

**A. I. N°** - 269355.0607/05-5  
**AUTUADO** - BEAHC HILLS EMPREENDIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS AUGUSTO COSTA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** 10.07.09

### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0170-05/09

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não comprovada nos autos a efetiva impossibilidade de apuração do imposto por outros meios, o que enseja a nulidade do lançamento. Entendimento em consonância com a Súmula nº 5 do CONSEF. Constatado lançamento de ofício antes da intimação da ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2005, exige ICMS no valor de R\$44.188,83, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, nos exercícios de 2000 e 2001, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Consta na descrição dos fatos que apesar dos diversos contatos telefônicos e de inúmeras idas ao escritório de contabilidade do contador responsável pela escrita fiscal, o contribuinte não apresentou a documentação fiscal necessária à fiscalização.

Na Impugnação de fls. 24 a 28, preliminarmente o autuado pede a nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado antes da Intimação Fiscal para a apresentação da documentação solicitada.

No mérito, o autuado diz que o arbitramento foi procedido com base nas entradas de mercadorias das DMAs apresentadas mensalmente pela empresa no período 2000/2001, sem levar em consideração as vendas efetuadas e demais particularidades pondo-se para 2000 o valor de R\$217.974,59, mas nesse ano as entradas nas DMAs somam R\$85.965,51 e que havia um crédito de R\$10.078,65.

Diz que a revenda das mercadorias em 2000 alcançou R\$542.021,77, apurou-se o valor tributável de R\$72.658,74 que gerou um débito de imposto de R\$12.352,05.

Fala que da mesma forma ocorreu em 2001 quando o arbitramento informa compras de R\$99.012,69 e as DMAs registram apenas R\$35.604,73 tributáveis havendo ainda um crédito de R\$4.082,07, e a revenda foi de R\$137.756,00 sendo que a base de cálculo se deu em cima de R\$32.700,00, considerando-se as mercadorias tributáveis, o que gerou o débito de R\$5.559,00.

Para confirmar o que expõe a empresa juntou cópia dos livros Registro de Entradas, Saídas de mercadorias, Apuração do ICMS, DAEs e recibos de DMAs. Ao fim, requer a nulidade do auto de infração.

À fl. 816, o autuante produz sua Informação Fiscal em 7 (sete) linhas, dizendo:

- a) que entende que a lavratura do Auto de Infração antes da Intimação Fiscal em nada macula o auto;
- b) que, no mérito, o contribuinte não nega a falta de apresentação dos documentos fiscais intimado, discordando simplesmente dos valores do arbitramento e apresentando outros valores no intuito de reduzir o valor devido juntando ao PAF cópias de livros e notas fiscais;

c) que ratifica integralmente o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração concerne à falta de recolhimento do ICMS nos exercícios de 2000 e 2001, cujos valores foram apurados por meio de arbitramento da base de cálculo, com fulcro no artigo 937, caput e inciso I c/c com o § 1º do artigo 146, inciso I, alínea “b”, e na forma prevista no inciso I, alínea “g” c/c com o § 3º do artigo 938, todos do RICMS/97, tomando por base o CMV (custo das mercadorias vendidas), cuja motivação e cálculo encontram-se indicados nos demonstrativos de fls. 12 e 13.

O arbitramento da base de cálculo é considerado um recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação de livros e documentos fiscais comprobatórios das operações realizadas pelo contribuinte. Portanto, o arbitramento é um método utilizado somente quando não houver nenhuma possibilidade de se apurar o montante do débito por outros roteiros de fiscalização.

Constato que se trata de contribuinte que no período fiscalizado estava enquadrado no regime SimBahia, e por isso estava obrigado a escriturar apenas os livros Registro de Inventário e Caixa.

Portanto, em relação aos demais livros indicados como motivo do arbitramento da base de cálculo, o autuado é dispensado da sua escrituração.

Em relação ao contribuinte do SimBahia, a fiscalização pode realizar Auditoria da Conta Caixa, Auditoria da Substituição Tributária, Diferença de Alíquota, além de apurar se os valores das compras estão compatíveis com a condição do contribuinte; se o volume das entradas ultrapassou o limite para a condição da empresa; se há necessidade de reenquadramento ou desenquadramento; se os valores declarados na DME estão de acordo com o constatado por meio do CFAMT; se o contribuinte prestou declaração falsa ou inexata; apurar em relação às operações realizadas, se houve transferências devoluções, saídas e retornos para conserto, saídas e retorno para industrialização, mercadorias sinistradas, etc

Ademais, embora o autuante no Termo de Fiscalização de fl. 5, tenha escrito que o elemento que lhe serviu de base para a apuração foram as DMA's de 01/1999 a 01/2003 constantes nos sistemas da SEFAZ, os dados bases dos demonstrativos do arbitramento de fls. 12 (2000) e 13 (2001) não retratam os indicados nas DMA's de 2000 (fl.08) e 2001 (fl.09).

Vejo que mesmo não estando legalmente obrigado a mantê-los, a autuada na oportunidade da defesa trouxe aos autos diversos documentos fiscais e contábeis.

Saliento que a Súmula nº 5 do CONSEF trata da matéria em questão:

*“SÚMULA Nº 5 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MOTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento”.”*

Por outro lado, as Intimações Fiscais para apresentação de livros e documentos da autuada juntadas aos autos às fls. 6 e 7 pelo autuante, registram transmissão em 06 de julho de 2005 e o auto de infração foi lavrado em 30 de junho de 2005, portanto, como a autuada informa e o próprio autuante implicitamente admite na informação fiscal (fl. 816), o auto de infração foi lavrado antes de o contribuinte ser intimado para apresentação dos livros e documentos necessários à ação fiscal que visava verificar sua regularidade fiscal, procedimento ilegal que, de fato, constitui-se em vício insanável que implica em nulidade absoluta do lançamento de ofício.

Assim, considero que o autuante precipitou-se no procedimento e na conclusão da ação fiscal e que os elementos fiscais e contábeis podem ser analisados fiscalmente para só depois concluir-se sobre a viabilidade de aplicação do método arbitral.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando que o procedimento fiscal seja renovado, livre dos vícios neste registrados.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269355.0607/05-5, lavrado contra **BECH HILS EMPREENDIMENTOS LTDA.**, sendo recomendado a renovação do procedimento fiscal.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR