

**PROCESSO** - A.I. Nº 233014.0155/09-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - HAWAI INDUSTRIA E COMERCIO DE MÓVEIS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0040-04/11  
**ORIGEM** - INFAS ITABERABA  
**INTERNET** - 26/12/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0376-12/11

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Apesar da ausência de um termo que explique, de forma circunstanciada a motivação para a aplicação do roteiro do arbitramento, a própria confissão do contribuinte, além das três intimações acostadas nos autos, suprem à larga a necessidade de explicações para a aplicação desse extremado recurso para a apuração do imposto. Na realidade, o contribuinte inviabilizou a realização de outro roteiro de auditoria, é o que resta provado. Decisão nula. Retornar-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Nulo o Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado em 30/03/2010, para exigir R\$47.482,20 em decorrência de duas infrações, abaixo transcrita:

*Infração 1 - Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME, tendo sido aplicada multa - R\$5.190,48.*

*Infração 2 - Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil - R\$42.291,72.*

A 4ª JJF, a partir do voto proferido pelo i. relator de Primeira Instância e após análise das peças processuais, decidiu, à unanimidade, por declarar nulo o Auto de Infração, conforme transcrição abaixo, *in verbis*.

“...

*O Auto de Infração trata da aplicação de multa em decorrência da constatação de omissão de entrada de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME e exige ICMS relativo a apuração do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil.*

*Observo que ambas as infrações decorrem de valores contidos no relatório SÍNTEGRA que não foram informados na DME.*

*Com relação à multa aplicada, no demonstrativo às fls. 17 e 27 foi comparado o valor total de aquisições de mercadorias contidos no relatório SÍNTEGRA com o total de compras informadas na DME e aplicado multa sobre o valor da diferença apurada.*

*Relativamente ao imposto exigido mediante arbitramento da base de cálculo, foi considerado o montante das compras contido no relatório SÍNTEGRA, adicionado a MVA para apurar a base de cálculo e do valor do imposto arbitrado foi deduzido o total de créditos consignado no mencionado relatório e o valor do imposto recolhido no período.*

*Na defesa apresentada o autuado argumentou que para a aplicação da multa e apuração do imposto foram utilizados os valores constantes das notas fiscais relacionadas pelo SINTEGRA, sem que as mesmas fossem apresentadas para instruir o PAF e possibilitar o exercício do direito de defesa. Negou a aquisição das mercadorias relacionadas no mencionado relatório.*

*O autuante contestou dizendo que os relatórios do SINTEGRA gozam de presunção de veracidade, com base em declarações de terceiros e que se o destinatário não reconhece as operações informadas, caberia a ele comprovar a falsidade ou fraude documental destes documentos.*

*Quanto à presunção de veracidade das operações de aquisição de mercadorias com base no relatório SINTEGRA, saliento que o ICMS é um imposto que incide sobre a circulação de mercadorias. Para que configure a ocorrência do fato gerador do imposto e surgimento da obrigação tributária faz-se necessário a comprovação da realização de uma operação mercantil.*

*A relação de dados contidos na relação de notas fiscais registradas no SINTEGRA, obtidos por meio de declaração dos fornecedores (fontes externas) servem como indícios de ocorrência de entradas no estabelecimento destinatário e diante da falta de escrituração destas, torna-se imprescindível a apresentação do documento fiscal, com o apoio em outros elementos probantes, para atestar a ocorrência da operação mercantil. Mesmo porque, sem acostar ao processo as cópias das notas fiscais constantes do relatório SINTEGRA emitidas contra o destinatário, o mesmo fica impossibilitado de se manifestar sobre elas para exercer o seu direito de defesa.*

*Ressalto ainda que o demonstrativo de notas fiscais do SINTEGRA relaciona apenas o número da nota fiscal, CFOP, dados cadastrais do fornecedor e valor da operação. Estes dados são insuficientes para se determinar com segurança o sujeito passivo da obrigação tributária, visto que não se sabe qual mercadoria foi comercializada, destinatário, quantidade, transportador, qual o responsável pelo pagamento do frete, etc.*

*Saliento que a mesma apreciação não ocorre com relação às notas fiscais coletadas no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT), tendo em vista que as notas fiscais são recolhidas no momento que acobertam o transporte de mercadorias em trânsito pelo território deste Estado. Logo, trata-se de operações efetivas de circulação de mercadorias.*

*Também, constato que pela relação do SINTEGRA juntada às fls. 18/19 e 28 se trata de notas fiscais emitidas por diversos fornecedores e seria contraproducente realizar diligência para carrear ao processo cópias de todas as notas fiscais para que o impugnante diante delas pudesse exercer o seu direito de defesa. Tal procedimento pode ser feito mediante renovação da ação fiscal determinada pela autoridade fazendária.*

*Pelo exposto, na situação presente considero inseguro o lançamento de ofício, tanto em relação à primeira como na segunda infração, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.*

*Além disso, com relação à segunda infração verifico que conforme intimações às fls. 6/8 e declaração do impugnante à fl. 9, não foram apresentados livros e documentos fiscais à fiscalização, sob alegação de extravio, o que constituiu motivação de apuração do ICMS mediante adoção do arbitramento da base de cálculo. Entretanto, compulsando os autos não identifiquei juntada de Termo de Fiscalização que deveria ter sido lavrado precedido do Auto de Infração, circunstanciando a ocorrência e transcrita no livro próprio, com indicação de outros elementos em conformidade com o art. 939 e § Único do RICMS/BA, abaixo transscrito:*

*(...)*

*Pelo exposto, além da incerteza na constituição da base de cálculo com fundamento nos valores contidos no relatório SINTEGRA, preterição do direito de defesa do contribuinte por não fornecer ao recorrente os documentos fiscais que dão suporte ao lançamento, constato também, que não foi obedecido o devido processo legal para apurar o ICMS mediante arbitramento da base de cálculo na infração 2.*

*Assim sendo, de ofício em conformidade com o art. 20 do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e recomendo à autoridade fazendária mandar renovar o procedimento fiscal a salvo de equívocos.*

*(...)*

Cientificados da Decisão de Primeira Instância, autuante e autuado não se manifestaram.

## VOTO VENCIDO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 4<sup>a</sup> JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0040-04/11 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da declaração de nulidade da autuação.

Auto de Infração lavrado em 30/03/2010, exige multa e ICMS em decorrência da omissão de entrada de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME e apuração do imposto por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil, respectivamente.

A 4<sup>a</sup> JJF decidiu por declarar a nulidade do Auto de Infração em razão da incerteza da constituição da base de cálculo do lançamento e da desobediência ao devido processo legal.

Referentemente à infração 1, a JJF entendeu que não há como se obter a necessária certeza no que se refere à constituição da base de cálculo do lançamento que tem como fundamento os valores contidos no relatório SINTEGRA. Aduz que o fato de não ter sido fornecido ao sujeito passivo a cópia dos documentos fiscais que dão suporte à autuação impedem que o contribuinte exerça o seu direito de defesa.

Quanto à infração 2, observou o i. julgador de primo grau que não foi jungido aos autos deste PAF o Termo de Fiscalização que deveria ter sido lavrado em momento anterior à lavratura do Auto de Infração, em conformidade com o art. 939 e § único do RICMS/BA.

A matéria de que trata o Auto de Infração em apreço é por demais conhecida deste CONSEF, que tem decidido, reiteradamente, na mesma linha da Decisão prolatada pela 4<sup>a</sup> JJF.

Quanto à primeira infração, o autuante constituiu o crédito fiscal com base nas informações obtidas nos relatórios do SINTEGRA, sem se ocupar de fazer juntar as notas fiscais correspondentes e necessárias a dar robustez ao lançamento pretendido.

Entende o autuante que os relatórios do SINTEGRA são elementos que se bastam para a lavratura de um Auto de Infração que acusa o contribuinte do cometimento de infração fiscal, impondo-lhe sanção.

Entendo que o SINTEGRA é uma ferramenta que possibilita ao fisco a identificação da possibilidade de haver o cometimento de infração fiscal, ou seja, ferramenta que se presta a fornecer ao fisco indício de irregularidade fiscal, entretanto, há que se ter a cautela necessária quando se acusa o contribuinte do cometimento de uma infração, tudo porque devem ser atendidos os ditames contidos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99. De mais a mais, o SINTEGRA, ferramenta que aponta indícios da existência de irregularidade fiscal, por si só não tem o condão de autorizar o fisco a constituir crédito fiscal em bases frágeis e incertas.

Este CONSEF, que tem como regra basilar à busca da verdade dos fatos, não tem admitido como prova do cometimento de infração fiscal aquelas notas fiscais obtidas através do SINTEGRA, em suas vias fixas, por entender da necessidade de prova complementar de que houve, de fato, a entrada de mercadorias no estabelecimento do sujeito passivo - circularização. No caso em discussão, o que se observa nos fólios deste PAF é que sequer foram juntadas as notas fiscais que dão lastro ao lançamento, ou seja, o autuante construiu a acusação fiscal, exclusivamente, com base nos relatórios do SINTEGRA, o que é absolutamente inadmissível, pois, retira do contribuinte a possibilidade de contraditar a acusação que lhe fora feita, bem como de exercer o seu direito de defesa.

Quanto à infração 2, com perspicácia de poucos, o ilustre relator de primeiro grau identificou falha processual que macula de nulidade o lançamento fiscal, qual seja, a inexistência do Termo de Fiscalização, circunstanciando a ocorrência e transcrita no livro próprio, e que deveria ter sido lavrado em momento anterior à lavratura do Auto de Infração.

Em se tratando de arbitramento, ferramenta que exige maestria e exacerbada cautela, há que se observar os comandos contidos no art. 939 e seu parágrafo único, do RICMS/BA, de maneira a que sejam atendidas as exigências ali contidas, sob pena de nulidade do lançamento. Exatamente neste ponto é que laborou em equívoco o autuante quando deixou de atender ao referido artigo da norma supracitada.

Por tudo o quanto exposto e com base nas falhas de procedimento e processuais, entendo que não

merece qualquer reparo a Decisão que se recorre, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de ofício, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada pela 4ª JJF – Auto de Infração NULO.

## VOTO VENCEDOR

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da decisão que julgou nulo o Auto de Infração.

Com a devida licença, discordo do voto do ilustre Conselheiro Relator, quanto ao Não Provimento do Recurso de Ofício apresentado.

Analizando a documentação constante dos autos deste processo, verifico que em relação às duas imputações o Fisco informa ter utilizado dados de notas fiscais constantes do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços – SINTEGRA.

Analizando esta situação constato que nos demonstrativos fiscais de fls. 18, 19, e 28, estão listados dados de notas fiscais de entrada, destinadas ao autuado, relativas aos exercícios de 2006 e de 2007, com detalhamento individualizado quanto à numeração dos documentos, Código Fiscal das Operações e Prestações - CFOP; inscrição estadual, CNPJ e Unidade da Federação do emitente; valor total do documento fiscal, valor do ICMS, valor das mercadorias isentas, mercadorias na condição “outras”; valor da base de cálculo e do ICMS devido por substituição tributária.

Com a decida *vênia*, embora concorde quanto a que as listagens oriundas do sistema integrado SINTEGRA não se constituam, por si só, em prova da realização das operações imputadas pelo Fisco, entendo que na realidade são, no mínimo, um forte indício de que tais operações ocorreram. Não seria razoável conceber que um sistema aprovado pelo CONFAZ, e nacionalmente estruturado, como o SINTEGRA, com a finalidade de possibilitar ao Fisco, nas diversas Unidades Federativas, um controle mais eficaz sobre as operações atinentes aos tributos devidos, não deva ser assim, no mínimo, considerado: um forte indício.

Não se pode imputar a existência de débitos tributários com base em indícios.

Todavia, não se pode também olvidar-lhes a existência, e nem deixar de pesquisar a veracidade dos dados que o Sistema SINTEGRA indique, apenas porque se trata de operações realizadas, também, por contribuintes localizados em outras Unidades da Federação. O Fisco não tem essa discricionariedade no cumprimento do seu dever funcional. Uma vez existindo indícios de operações de circulação de mercadorias, e, portanto a possibilidade de que tais operações tenham sido realizadas, com, ou sem, a devida regularidade, cabe ao Fisco investigar a situação e, só então, e se for esta a conclusão comprovada, lançar o crédito tributário apurado.

Do exame dos autos vejo que não foi realizada a busca da verdade material em relação aos vários dados enumerados dos documentos fiscais objeto das duas imputações do Auto de Infração que foi julgado nulo em primeira instância. Tal busca poder-se-ia dar com a realização das medidas processualmente previstas, a exemplo de diligências, ainda que a busca da verdade material atinja operações iniciadas em outras Unidades Federativas.

Por outro lado, continuando a analisar detidamente os dados documentais atinentes ao arbitramento realizado, Infração 2, verifico que a empresa, por três vezes intimada ao longo do período de 13/01/2010 (fl. 06) a 22/02/2010 (fl. 08), não apresentou ao Fisco os livros e documentos solicitados limitando-se a relatar, por intermédio de seu Advogado com Procuração à fl. 49 dos autos, que tendo sido por diversas vezes intimada a apresentar documentação fiscal, informava que “(...) foram extraviados todos os livros e documentos fiscais solicitados na referida intimação. Portanto, encontra-se impossibilitada de apresentar documentos fiscais.”

O confessado extravio de documentos físicas não exime o sujeito passivo de continuar submetido às regras tributárias a que estão adstritos os demais contribuintes do ICMS. A também confessada

falta de cumprimento da obrigação tributária acessória da exibição, ao Fisco, de documentos fiscais, impossibilitando a apuração da existência, ou inexistência, de irregularidades em relação ao cumprimento de suas demais obrigações tributárias, não pode ter o efeito de liberar o sujeito passivo da submissão à realização do único roteiro de auditoria, para a apuração de existência de créditos tributários não pagos, que poderia prescindir de tais livros e documentos fiscais seguidamente solicitados. Este roteiro de auditoria foi adotado pelo Fisco, o arbitramento da base de cálculo, conforme documentos de fls. 17 a 31.

Prevê o §2º do artigo 18 do RPAF/99, que rege o presente processo administrativo fiscal: “*Não se declarará a nulidade (...) se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.*”

Entendo, assim – sem adentrar no mérito quanto à correição de dados lançados pelo Fisco - que embora exista a previsão da lavratura de um determinado Termo que explique, de forma circunstanciada, a motivação para a aplicação do roteiro do arbitramento, a própria confissão do contribuinte, à fl. 09, além das três intimações acostadas às fls. 06 a 08, suprem à larga a necessidade de explicação para a aplicação desse extremado recurso para a apuração do imposto. Na realidade, o contribuinte inviabilizou a realização de outro roteiro de auditoria, é o que resta provado nos autos.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração, devendo os autos retornarem à 1ª Instância para novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 233014.0155/09-2, lavrado contra **HAWAI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELJO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS