

PROCESSO - A. I. Nº 207097.0005/12-3
RECORRENTE - COTTO BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (COTTO BAHIA LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0218-01/14
ORIGEM - INFAS ALAGOINHAS
INTERNET - 03/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0142-12/15

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** IMPOSTO DECLARADO EM DMA E NÃO RECOLHIDO. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As alíquotas foram corretamente aplicadas em todos os demonstrativos do presente Auto de Infração, quais sejam, 12% nas vendas interestaduais e 17% nas saídas internas ou para destinatários não contribuintes do imposto. 3. ARBITRAMENTO. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM DECLARAÇÃO NOS DOCUMENTOS DE VALORES INFERIORES AOS PRATICADOS. Na verdade, não houve arbitramento. O contribuinte efetuou vendas de diversos itens de sua produção sem emitir notas, consoante os pedidos apreendidos pela fiscalização e anexados ao processo (infração 4), os quais, assim como na infração 5, forneceram as informações para a constituição da base de cálculo. No que concerne à quinta infração, restou comprovado, através do cotejo entre os documentos e os pedidos, que o autuado declarou, em notas fiscais, ter vendido mercadorias em valores inferiores àqueles efetivamente praticados. Subsunção no art. 1º da Lei Federal nº 8.137/1990. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 1ª JJF Nº 0218-01/14, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 19/09/2012 para exigir crédito tributário na cifra de R\$ 265.166,19, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto declarado através de DMA (Declarações e Apurações Mensais do ICMS - Programa PROBAHIA). R\$89.408,41. Multa de 50%, prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Está dito que o contribuinte deixou escriturar no livro Registro de Saídas operações relativas a diversas notas fiscais de venda, nos exercícios de 2008, 2009, 2010 e 2011. R\$119.841,43. Multas de 70% e 100%, previstas no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 - Omissão de saídas tributáveis, em decorrência de cancelamentos irregulares de

notas fiscais. Consta que o sujeito passivo efetuou cancelamentos de notas fiscais, desobedecendo os artigos 210 e 211 do RICMS/1997, referentes aos exercícios de 2008, 2009 e 2010. R\$31.492,06. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documentos fiscais. Segundo o autuante, o fiscalizado efetuou vendas de sua produção industrial para diversos clientes, com os respectivos faturamentos, anexados a este processo, sem a emissão dos documentos fiscais (os formulários contínuos destinados às notas teriam sido reservados e cancelados em seguida). Valor R\$21.624,99. Multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "i" da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de quantias inferiores aos preços das mercadorias. O recorrente teria declarado valores nas notas inferiores aos efetivamente constatados, consoante as cópias de pedidos juntados ao processo. R\$2.312,20. Multa de 100%, prevista no art. 42, IV, "i" da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento, em razão de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros próprios. R\$487,10. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/1996.

A sexta e última imputação não foi objeto de Recurso.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 07/10/2014 (fls. 793 a 800) e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, nos termos a seguir transcritos.

"VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das 6 infrações descrita e relatadas na inicial do autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes, exceto em relação à infração 6, no valor de R\$487,10, que não foi impugnada pelo sujeito passivo, estando, pois, tacitamente reconhecida e fora da lide.

Preliminarmente, a arguição do sujeito passivo de que não foi intimado regularmente, conforme a prescrições do art. 108 e 39, § 3º, do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF/BA), foi superada por ordem da Procuradoria Geral do Estado - PGE PROFIS, que determinou o recebimento das suas razões de defesa, em homenagem ao princípio da ampla defesa, antes da inscrição do PAF na Dívida Ativa.

No mérito, a primeira infração acusa o autuado de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, mesmo após descontados os valores do crédito presumido de 85%, a que faz jus. O Auditor Fiscal elabora demonstrativo de débito e o acosta aos autos, fl. 23, além da declaração dos valores em aberto na DMA, feita pelo próprio contribuinte, fl. 24.

Em sua defesa, o argumento do autuado é que a empresa é beneficiária do crédito presumido, equivalente a 85 % do ICMS devido. Afirma que a autoridade fiscal, mesmo garantindo que calculou os valores, já descontados referidos créditos, assim não o fez. Elabora demonstrativo, admitindo que o valor correto do imposto devido é de R\$ 946,68 (fl. 642).

Examinando os autos, constato que o sujeito passivo está inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, explorando a atividade de "fabricação de artefatos de cerâmicas e barros cozido para usos na construção, exceto azulejos e pisos" - CNAE FISCAL 2342-7/02, beneficiado com o crédito presumido de 85% do imposto incidente nas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, além do diferimento do lançamento e pagamento de ICMS na importação ou diferencial de alíquotas, na aquisição de máquinas e equipamentos, conforme a Resolução 08/2005 do PROBAHIA (Lei nº 7.025/97).

O direito não assiste ao autuado. De fato, o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido, em virtude da apuração, com grave equívoco aritmético, do crédito presumido e valor do imposto. Assim, é que, por exemplo, nas operações de saídas do mês de janeiro de 2011, no valor de R\$33.337,94, conforme demonstrativo que apensou à sua defesa, fl. 642, ao calcular o valor do imposto, o fez de forma indevida, apurando R\$400,06, quando, na realidade, o valor a ser considerado seria R\$ 4.000,60 (R\$ 33.337,94 x 12%). Na sequencia de erros, o autuado considerou o crédito presumido de 85% (R\$340,05), apurando o valor de R\$60,01 (R\$400,06 - R\$340,05).

Como já citado, o Auditor Fiscal elaborou demonstrativos de débitos (fls. 23/24) e, além da cópia da Declaração da Apuração Mensal - DMA contendo os valores em aberto, constam dos livros fiscais do autuado, com cópias que também estão anexadas aos autos (fls. 415/617), os valores das operações de saídas sobre as quais incidiram o ICMS exigido, na presente exação.

Diante do exposto, resta caracterizada a exigência, conforme consta na inicial dos autos e no demonstrativo fiscal, fls. 23 e 24, no valor que totaliza R\$89.408,41.

No item 02, a exigência é que o contribuinte deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O valor recai sobre diversas notas fiscais emitidas pela autuado, sem registro em sua escrita fiscal.

A alegação da defesa é que tais notas se referem às operações de vendas que foram canceladas e que não houve a ocorrência de fato gerador do ICMS. Diz ainda que, caso tivessem ocorridas as operações interestaduais, a alíquota aplicável seria de 12% e não a interna de 17%, como, equivocadamente, teria lançado o fiscal. Admite um débito de R\$15.252,92.

O Auditor Fiscal sustenta a exigência com a elaboração dos demonstrativos de débitos (fls. 40, 52/54, 117/118 e 166/168), discriminando as notas fiscais não escrituradas, além de acostar aos autos, as respectivas cópias, totalizando R\$119.841,43. Esclarece que os documentos fiscais que fazem parte desta infração não foram cancelados, como afirmou o contribuinte, nem foram calculados com equívoco, na aplicação das alíquotas.

A Nota Fiscal, seja no modelo 1, 1-A ou eletrônica, poderá ser cancelada, antes da saída efetiva da mercadoria do estabelecimento, na hipótese em que ainda não ocorreu o fato gerador do imposto. No caso de notas fiscais físicas, o contribuinte emitente do documento fiscal deverá conservar todas as vias no talonário, no formulário contínuo ou nos jogos soltos, conforme o caso; e, no documento cancelado, apor declaração dos motivos determinantes do cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido em substituição ao cancelado.

No Ato COTEPE nº 33/2008 ficou estabelecido que a NF-e não poderá ser cancelada em prazo superior a 24 horas, contando-se do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação do serviço. Caso a operação não tenha sido realizada e o cancelamento não tenha sido transmitido no prazo, a correção deve ser realizada através da emissão de NF-e de estorno.

Não se observam nos autos quaisquer procedimentos do autuado no sentido de explicar, munidos de provas, os cancelamentos das notas fiscais, emitida e não escrituradas. Não foram trazidas as demais vias dos documentos tidos como cancelados e as notas fiscais eletrônica apontadas na presente exigência constam com status de "autorizada", no site da Fazenda Estadual e no Portal Nacional. Além disso, de acordo com a legislação vigente, as notas fiscais eletrônicas canceladas, denegadas e com os números inutilizados, devem ser escrituradas, sem os valores monetários.

As alíquotas incidentes na exigência fiscal foram corretamente aplicadas, devendo corresponder à mesma alíquota que incidiu na operação originária: 12%, nas operações interestaduais e 17%, nas operações de saídas internas e quando os destinatários não sejam contribuintes do imposto (art. 50, RICMS BA). Caracterizada, pois, a infração da falta de recolhimento do ICMS, sem escrituração das notas fiscais respectivas, no valor de R\$119.841,43.

Na infração 3, a exigência é pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente.

Alega o autuado que também tais notas fiscais foram canceladas, não se referem a operação de venda e não houve a ocorrência de fato gerador do ICMS, descabendo o lançamento fiscal. Questiona igualmente a imposição de 17%, em lugar de 12%, em todas as notas fiscais nas quais os destinatários estão em outros Estados. Admite, se devido, o valor de R\$ 8.206,03.

Rebate o Auditor Fiscal, arguindo que os documentos fiscais que suportam a exigência não poderiam ser cancelados, nem foram calculados equivocadamente pela fiscalização, como quer a defesa, considerando que os procedimentos adotados pelo contribuinte para cancelamento do documento fiscal não estão descritos na legislação tributária.

Verifico que o Fiscal, responsável pela autuação, relacionou notas fiscais, cujos cancelamentos foram considerados irregulares, dando azo a acusação de omissão de saídas e a consequente exigência do ICMS correspondente. Os demonstrativo fiscais encontram-se acostados ao PAF, fls. 169, 179/180 e 292. No entanto, tal exigência não se sustenta, no total, em face dos documentos acostadas nos autos, não obstante o autuado não ter cumprido de forma satisfatória o seu dever jurídico de apresentar provas em favor da sua tese.

Não existiram as omissões, nas operações de saídas, conforme consignado nos autos, uma vez que a maioria das notas fiscais discriminadas nos demonstrativo fiscal estão com todas a sua vias, inclusive, as primeiras vias, entre tais, aquela acostadas às fls. 281, 286, 276, 261, 257, 261, 25, 222. A exigência deve ser mantida, contudo, com relação aos documentos fiscais que não tenham suas vias completas, caso da nota fiscal nº 001, valor reclamado R\$2.164,80 (fl. 169); nota fiscal nº 146, valor R\$4.820,46 (fl. 169) e nota fiscal nº 703, valor R\$ 1.453,19 (fl. 179), além das notas fiscais nº 831, valor exigido R\$ 726,62; nota fiscal nº 903, valor R\$ 25,70 e nota fiscal nº 904, valor R\$ 1,68, todas conforme demonstrativo, fl. 179, emitidas para o mesmo destinatário, Multibel Utilidades e eletrodomésticos, tendo em vista que tais documentos estampam o carimbo dos postes

fiscais, com a dedução lógica de que o trânsito de tais mercadorias restou confirmado.

As alíquotas da exigência estão corretamente aplicadas: 12%, nas operações interestaduais e 17%, nas operações de saídas internas e quando os destinatários não sejam contribuintes do imposto (art. 50, RICMS BA). Desta forma, a exigência resta subsistente em parte, no valor R\$ 9.192,45.

Nas infrações 4 e 5, a exigência é da falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documento fiscal ou da declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias.

Argui o autuado que a autoridade fiscal se apoia em meros indícios da comercialização com preço abaixo dos “valores correntes”, sem ao menos explicar o que venham a ser os tais “valores correntes” e lhe impor uma cobrança indevida de ICMS, na alíquota de 17%.

O Auditor Fiscal rebate, aduzindo que os dados do autuado e colhidos nos papeis de trabalho de auditoria, fls. 294 / 411, são de difícil aceitação. Explica que tal documentação veio anexada ao material entregue, quando da realização dos trabalhos fiscais e que para cada nota fiscal constam os respectivos pedidos e observações específicas.

Verifico que, nas infrações em debate, a apuração do imposto teve origem a partir do confronto dos valores constantes das notas fiscais emitidas pelo autuado e aqueles constantes nos pedidos respectivos, conforme demonstrativos elaborados pelo fiscal e demais documentos acostados aos autos, fls. 294/413.

À rigor, apesar de o autuante ter tipificado e fundamentado a exigência como se fosse arbitramento da base de cálculo, nas duas infrações em apreciação, não se observou, de fato, a ocorrência da medida excepcional. Os valores apurados foram colhidos a partir das anotações efetuados pelo próprio contribuinte autuado, consignando os efetivos valores das operações de circulação de mercadorias, registrados nos seus controles internos, em confronto com os respectivos documentos fiscais e sua escrituração oficial.

Sabe-se que o poder de fiscalização da administração tributária tem sede constitucional (art. 145, § 1º, CF 88). Assim, conforme indica o art. 195, CTN, sendo o tributo uma prestação pecuniária e compulsória, a fiscalização, na tarefa de esclarecer a ocorrência e as reais circunstâncias dos fatos relacionados às atividades exercidas pelo contribuinte, goza de amplos poderes e é dotada dos instrumentos necessários à escorreta apuração da ocorrência do fato imponível. Estando, pois, autorizada a examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos e papéis do contribuinte, com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável e conferir ou calcular o montante do tributo devido.

Apesar de o contribuinte não estar obrigado a produzir prova contra si mesmo, estando obrigado apenas na entrega dos documentos e livros obrigatórios, as fichas, planilhas, rascunhos, controles internos, pedidos e outros registros não exigidos por lei, mas que foram entregues deliberadamente pelo autuado, durante a intimação para fiscalização, como ocorreu no caso concreto, constituindo-se em provas da sonegação do ICMS perpetrada contra o Fisco Estadual, o respectivo lançamento de ofício é dever acometido ao preposto fiscal, nos termos do art. 142, CTN, após a coleta de dados, informações relacionadas ao fato imponível e a verificação da efetiva subsunção dos fatos correspondentes à hipótese prevista na norma de tributação.

Desta forma, perfeitamente correta a posição do Fisco ao considerar os documentos “pedido de venda”, uma vez que diante das provas e observações com relação às operações de vendas, competia ao Fisco atuar positivamente, praticando os atos, examinando os documentos fiscais ou não e, configurada a infração tributária, tem-se como acertada a exigência das infrações acima anunciadas por desatendimento das normas legais que regem o Imposto de Circulação de Mercadorias - ICMS. É ônus do autuado trazer ao PAF documentos que possam refutar a apuração fiscal com os Recursos de defesa a ele inerente, do que não cuidou, na peça de impugnação, acostadas no presente PAF, após ser cientificado de todo o teor da autuação.

As alíquotas da exigência estão corretamente aplicadas: 12%, nas operações interestaduais e 17%, nas operações de saídas internas e quando os destinatários não sejam contribuintes do imposto (art. 50, RICMS/BA). Posto isso, restam devidamente caracterizadas a infração 04, no valor de R\$ 21.624,99 e a infração 05, no valor de R\$ 2.312,20.

Por fim, com relação à arguição do caráter de confisco com relação à multa tipificada no presente Auto de Infração, constato que a aplicação de penalidade pecuniária encontra previsão na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo aos órgãos de julgamento administrativo a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ante o exposto, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

É o Voto”.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 810 a 820, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando as acusações.

Relativamente à primeira imputação, alega que o método correto de apurar o imposto devido é o disposto na planilha de fl. 814. Entende que a autoridade fiscalizadora desprezou o crédito presumido de 85% a que tem direito e, ao invés de aplicar a alíquota de 12% (interestadual), utilizou a de 17% (interna).

Quanto às infrações 02/03, sustenta que os documentos fiscais objeto da autuação são relativos a vendas interestaduais realmente canceladas. Ainda que se concluisse em sentido contrário, a alíquota utilizada no demonstrativo do autuante foi a interna (17%), e não a de 12%.

Em seguida, repete a argumentação concernente às alíquotas e alega que não é possível o arbitramento da base de cálculo das infrações 4 e 5, baseadas em comercializações abaixo dos valores correntes, sem ao menos ter restado pormenorizado o que venham a ser tais valores.

Por fim, qualifica as multas de abusivas, requerendo o afastamento ou a redução, solicita diligência para apuração das quantias efetivamente devidas e conclui pleiteando o acolhimento das razões apresentadas.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 827 a 832, assinala que o recorrente refuta o inteiro teor da Decisão de primeiro grau com fulcro em argumentos vagos e protelatórios, sem ao menos observar que a JJF - agindo zelosamente e de ofício - reduziu o valor da infração 3 para um patamar muito próximo do admitido na irresignação, não em virtude das alegações de defesa, mas por outros motivos, especificados à fl. 830, situação não ventilada no apelo, o que demonstra certo descaso para com este e. Conselho de Fazenda.

No que diz respeito à infração 2, a afirmação de que as notas foram canceladas seria inverossímil. Ainda que tais fatos tenham ocorrido, o contribuinte deve arcar com o ônus da desídia, por não ter adotado as medidas a que se refere o texto grafado em negrito à fl. 829, em que pese não ser crível tamanho desleixo.

Em relação às infrações 4 e 5, o sujeito passivo poderia ter elidido o arbitramento por meio de prova cabal, mas não o fez, atraindo a incidência do art. 142 do RPAF/1999.

A discussão acerca do caráter supostamente abusivo da multa esbarra no comando do art. 167 do RPAF/1999.

Encerra opinando pelo Não Provimento.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, a fiscalização e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e no Recurso.

Indefiro o pedido de diligência, com fundamento o art. 147, I, “a” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/1999/BA), pois todos os elementos aptos e necessários para formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes no processo.

Com respeito às multas, cuja natureza supostamente abusiva ou inconstitucional não pode ser apreciada neste foro (art. 167, I e III, RPAF/1999/BA), eventuais pedidos de redução ou cancelamento devem ser dirigidos à Procuradoria, em sede de controle de legalidade, tendo em vista a revogação do art. 159 do sobredito Regulamento processual, através da Lei nº 12.605/2012.

No mérito, as alíquotas foram corretamente aplicadas em todos os demonstrativos do presente Auto de Infração, quais sejam, 12% nas operações interestaduais e 17% nas saídas internas ou para destinatários não contribuintes do imposto, o que constato, por exemplo, às fls. 52 a 54.

Com referência à infração 1 (falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto declarado através de DMA), cujos demonstrativos foram juntados às fls. 23 a 25, não há que se falar em alíquotas nos mesmos, porquanto decorrem do mero cotejo entre o ICMS devido e o recolhido, levando-se em consideração o crédito presumido de 85%.

No que tange à segunda acusação (falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios), não foram apresentadas, pelo recorrente, provas dos tais cancelamentos das notas fiscais, emitidas e não escrituradas. Por exemplo, não estão presentes no processo as demais vias dos documentos supostamente cancelados. As notas fiscais eletrônicas indicadas pelo autuante constam com status "autorizada", no sítio desta Secretaria da Fazenda.

Documentos modelos 1, 1-A ou eletrônicos podem ser cancelados antes das ocorrências dos fatos geradores. Em relação a estes últimos (eletrônicos), em prazo inferior a 24 horas da Autorização de Uso (Ato COTEPE nº 33/2008). Todavia, notas fiscais eletrônicas canceladas, denegadas ou com os números inutilizados devem ser escrituradas sem os valores monetários nos livros próprios. No caso das notas físicas, o emitente deve conservar todas as vias no talonário, no formulário contínuo ou nos jogos soltos, conforme o caso. No documento cancelado, tem a obrigação de declarar os motivos determinantes do cancelamento e fazer referência, se for o caso, ao novo documento, emitido em substituição ao cancelado.

A JJF, conforme ressaltou a Procuradoria do Estado no seu Parecer, excluiu da terceira infração (omissão de saídas tributáveis, em decorrência de cancelamentos irregulares de notas fiscais) todas as operações cuja totalidade das vias das notas fiscais foi colacionada aos autos, efetuando revisão para valor próximo àquele admitido pelo recorrente.

As duas últimas imputações dizem respeito à falta de recolhimento de ICMS, em virtude da não emissão de documentos fiscais nas operações de saída (infração 4) e da declaração, nas notas, de valores inferiores aos reais, extraídos dos pedidos (documentos de controle interno) do fiscalizado (infração 5).

Na verdade, não houve arbitramento, motivo pelo qual não cabe cogitar a aplicação de crédito presumido. O contribuinte efetuou vendas de diversos itens de sua produção sem emitir notas, consoante os pedidos apreendidos pela fiscalização e anexados ao processo (infração 4), os quais, assim como na infração 5, forneceram as informações para a constituição da base de cálculo. No que concerne à quinta infração, restou comprovado, através do cotejo entre os documentos e os pedidos, que o autuado declarou, em notas fiscais, ter vendido mercadorias em valores inferiores àqueles efetivamente praticados.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 4 e 5)

Peço venia ao n. Relator, mas, relativamente às infrações 4 e 5, que acusam o Sujeito Passivo de falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documentos fiscais e em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de quantias inferiores aos preços das mercadorias, divirjo do voto acima expresso.

Por primeiro, compulsando os autos, verifico que não se trata de arbitramento, pois, o levantamento fiscal, *in fine*, foi construído com base em documentos gerenciais da recorrente que foram utilizados pela fiscalização.

Ora, se o imputação deriva de arbitramento, é de se supor que não havia possibilidade de se fazer um levantamento fiscal por outros meios, do mesmo modo que se um levantamento fiscal foi feito com base em documentos, independentemente do seu caráter, por óbvio, não poderia ser

um arbitramento. Nessa esteira, a sessão IV do RICMS/99 trata do “arbitramento” de maneira específica, elencando no art. 937, as possibilidades de aplicação de tal roteiro de fiscalização, como segue:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

II - omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento;

III - lançamento ou registro fictício ou inexato, na escrita contábil ou na fiscal;

IV - falta de emissão de documento fiscal a que esteja obrigado o contribuinte, ou emissão em desconformidade com a operação realizada;

V - declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias;

VI - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, processo mecanizado, máquina registradora, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), inclusive na condição de emissor autônomo, de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;

VII - transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea;

VIII - utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem;

IX - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado.

Parágrafo único. As ações e omissões descritas nos incisos II e III só autorizam o arbitramento da base de cálculo quando a escrituração fiscal ou contábil do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias, ou valor dos serviços prestados, conforme o caso.

Como se depreende da leitura do dispositivo, as possibilidades são exaustivas, não se podendo admitir alargamentos, muito menos falta de destreza no manejo de tão afiada e perigosa ferramenta.

Ora, se a acusação de infração foi apurada com base em arbitramento e o levantamento se deu com base em documentos gerenciais, por óbvio há de se concluir, com base na legislação acima transcrita, que o roteiro utilizado não corresponde à indicação feita na própria acusação, o que é no mínimo confuso.

Nessa linha, o fato de o autuante ter formulado acusação fiscal com base em arbitramento, tendo construído levantamento fiscal com base em documentos gerenciais, entendo que há flagrante cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Passando desse primeiro ponto, outro que merece destaque é o fato de o autuante haver procedido ao levantamento fiscal com base em documentos gerenciais da ora recorrente. Entendo que neste ponto, o fisco se vale de dois pesos e duas medidas, explico. Em regra, o fisco não admite que o contribuinte se valha de documentos gerenciais para construir a sua defesa, sob a justificativa de que apenas os documentos fiscais serviriam a tal propósito.

No caso dos autos, o que se verifica é exatamente a lógica invertida. Neste caso, em que pese o fisco não aceitar documentos gerenciais, esse mesmo fisco se valeu de tais documentos para engendrar as acusações fiscais em apreço.

Ora, se os documentos gerenciais são para o fisco impresatáveis porque podem não corresponder à verdade dos fatos, por óbvio, não poderiam nem podem servir como base de uma acusação fiscal pelos mesmos motivos, pois, tal conduta apenas confere tratamentos isonômicos, sob o ponto de vista da serventia e eficácia de determinado elemento de prova.

Por tais motivos, sem mais delongas, entendo que não se pode manter lançamentos cuja base material é inconsistente ou divudosa, como no caso dos autos, pois, atentam, contra a segurança jurídica e à isonomia, fundamentos que são imprescindíveis ao julgamento de qualquer querela. No caso dos autos, me parece óbvio que os documentos gerenciais não podem servir a dar esteio à acusação fiscal, pois, não é possível saber se tais documentos contêm informações com a necessária correção e precisão de modo que sirvam à lastrear as acusações fiscais em voga.

Isto posto, pelos fundamentos acima expostos, entendo que são improcedentes as infrações 4 e 5, motivo pelo qual voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE ao apelo recursal para reformar a decisão de piso e excluir da exigência fiscal as infrações em referências.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207097.0005/12-3, lavrado contra **COTTO BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (COTTO BAHIA LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$242.866,58**, acrescido das multas de 50% sobre R\$89.408,41, 60% sobre R\$487,10, 70% sobre R\$60.243,82 e 100% sobre R\$92.727,25, previstas no art. 42, incisos I; II, "a"; IV, "i" e III, da Lei nº 7014/1996, e dos acréscimos legais. Tendo-se em vista a subsunção dos fatos no art. 1º da Lei Federal nº 8.137/1990, seja comunicada a autoridade competente da INFIP (Inspeção Fiscal de Investigação e Pesquisa), para que, juntamente com o Ministério Público do Estado da Bahia, adote as medidas legais pertinentes.

VOTO VENCEDOR (Infrações 4 e 5) - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Maurício Souza Passos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE (Infrações 4 e 5) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Daniel Ribeiro Silva Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILo REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - VOTO DIVERGENTE
(Infrações 4 e 5)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS