

PROCESSO - A. I. N° 207093.0017/09-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UNIFRIOS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - UNIFRIOS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0033-01/15
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0021-11/20

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Fato demonstrado nos autos. Excluídos valores embutidos no arbitramento. Quando se apura o imposto relativo a determinado exercício mediante arbitramento, o cálculo leva em conta todo o imposto que deveria ter sido pago naquele exercício, inclusive por antecipação. Reduzido o valor do imposto a ser lançado. 2. ARBITRAMENTO. FALTA DE ENTREGA, AO FISCO, DE LIVROS E DOCUMENTOS. EXERCÍCIOS DE 2004, 2005, 2006 E 2007. Feita revisão dos valores do arbitramento, para aplicação do critério da proporcionalidade, observada a regra do § 4º do art. 938 do RICMS/97, haja vista que a empresa realiza operações com isenção, não incidência e antecipação tributária. Excluída a parcela relativa a 2007, haja vista que, apesar de ter sido arbitrado o imposto de quatro exercícios, inclusive o exercício de 2007, por falta de apresentação dos documentos, a autoridade fiscal não havia intimado a empresa para apresentar a documentação relativa a 2007, pois as intimações dizem respeito apenas aos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Superada a preliminar suscitada quanto à alegação de ausência de Termo de Fiscalização circunstanciado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PROVIDO EM PARTE**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO** e de ofício, excluir os valores relativos ao exercício de 2004, na infração 1. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 1ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 1ª JJF N° 0033-01/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2009, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 2.316.298,90, relativos a duas infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas a seguir.

INFRAÇÃO 1 - Recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial”, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 71.333,40, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento de ICMS, fato apurado mediante arbitramento da base de cálculo, em virtude da não exibição, ao fisco, da documentação fiscal e contábil, sendo lançado imposto no valor de R\$

2.244.965,50, mais multa de 100%.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 24/03/2015 (fls. 6293 a 6313) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Neste processo discutem-se dois lançamentos.

O 1º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial”, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

No 2º lançamento, o imposto apurado foi calculado mediante arbitramento da base de cálculo, em virtude da não exibição, ao fisco, da documentação fiscal e contábil.

O contribuinte suscitou em preliminar a nulidade do procedimento fiscal, porém não deixou claro se se refere ao primeiro lançamento, ou ao segundo, ou a ambos. Cita diversos dispositivos legais. Diz que foi intimado para em 30 dias pagar o débito deste Auto ou apresentar defesa, constando na intimação cópias do Auto e dos demonstrativos que o instruem, e considera que a repartição fiscal atendeu plenamente ao teor do art. 46 do RPAF. Alega que o lançamento seria nulo por incerteza quanto ao montante do débito tributário, nos termos do § 1º do art. 18, haja vista ser impossível verificar como o fiscal autuante apurou o débito lançado, porque não existem outros elementos que sustentem e sirvam de base para o lançamento em discussão.

Tendo em vista que o autuado não deixou claro a qual dos dois itens se refere a preliminar suscitada, deduzo que a alegação de ser impossível fazer a revisão dos valores lançados porque os elementos apresentados são insuficientes para se estabelecer a base de cálculo dos valores lançados se refira ao item 2º, que cuida de imposto lançado mediante arbitramento.

Já quanto à indagação, na preliminar, “a) onde estão as notas fiscais que serviram de embasamento para os valores indicados nas folhas de números 8 a 24?”, deduzo que se refira ao item 1º.

Além dessas questões preliminares, há nestes autos uma questão que suscito de ofício por se tratar de matéria de ordem legal. É que os valores lançados no item 1º se referem aos exercícios de 2004 a 2007, e esses exercícios foram objeto do arbitramento de que cuida o item 2º. Quando é feito o arbitramento do imposto relativo a um exercício, automaticamente tudo o que seria devido nesse exercício se considera compreendido no arbitramento. Sendo assim, devo analisar inicialmente o item 2º, deixando para depois a análise do item 1º.

Como salientei, no item 2º o imposto foi calculado mediante arbitramento da base de cálculo, em virtude da não exibição, ao fisco, da documentação fiscal e contábil.

O autuado alegou que o lançamento seria nulo por incerteza quanto ao montante do débito tributário, nos termos do § 1º do art. 18, haja vista ser impossível verificar como o fiscal autuante apurou o débito lançado.

Em manifestação posterior, em decorrência da reabertura do prazo de defesa, o autuado alegou que, quando foi intimado a apresentar sua documentação vinculada aos exercícios de 2004 a 2006, separou a documentação e deixou-a à disposição do fisco no próprio estabelecimento da empresa, porém, no curso da fiscalização, entre a 1^a intimação (27.1.09) e a data de lavratura do Auto de Infração (30.6.09), o preposto do fisco não retornou à empresa para arrecadar a documentação solicitada, optando pelo cômodo entendimento de que a empresa não teria atendido às intimações. Observa que a documentação referente ao ano de 2007 sequer tinha sido solicitada. Alegou que no demonstrativo do arbitramento do exercício de 2005 não há nos autos qualquer documento que comprove os valores adotados pelo preposto fiscal a título de “Entrada” para vários meses, da mesma forma que também não existe documentação comprobatória para os valores adotados como “Crédito” para os meses que especifica, assim como também não se encontra nos autos qualquer documento capaz de demonstrar estarem corretos os valores considerados pelo autuante a título de “Pagamento” para vários meses. Aponta discrepâncias entre os demonstrativos fiscais. Reclama que o fiscal não considerou os estoques inicial e final. Também reclama da falta de comprovação dos índices de correção dos valores inseridos no demonstrativo fiscal. Quanto aos exercícios de 2004 e 2006, alega que eles contêm os mesmos vícios, conforme passa a demonstrar. Insiste em que a fiscalização não solicitou a documentação relativa a 2007, e os demonstrativos fiscais apresentam valores divergentes de entradas. Alega que não foram atendidos os requisitos legais para a aplicação da medida extrema do arbitramento: existência de Termo de Fiscalização Circunstanciado, previsto no art. 939, I, do RICMS; comprovação da impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo por meio de outros roteiros normais de fiscalização; comprovação da negativa do contribuinte em apresentar a documentação solicitada. Reclama que o fiscal não levou em conta a regra da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Também reclama do percentual de lucro adotado.

Houve diligência para que o fiscal autuante se pronunciasse a respeito das questões suscitadas pelo autuado, com a devida fundamentação, conforme prevê o § 6º do art. 127 do RPAF. Na mesma diligência, tendo em vista a alegação do contribuinte de que a documentação da empresa está à disposição do fisco para fins de aplicação dos roteiros normais de auditoria, foi solicitado que o autuante intimasse o contribuinte a fim de apresentar os

livros e documentos originais aptos para uma fiscalização regular, e, caso o contribuinte atendesse à intimação, os livros e documentos deveriam ser arrecadados, juntando-se aos autos a prova da arrecadação, devendo ser informado se a documentação apresentada era suficiente para uma fiscalização regular, caso em que tais documentos deveriam ser mantidos sob a guarda da repartição, aguardando a decisão deste órgão julgador. Recomendou-se que a intimação do contribuinte deveria ser endereçada ao escritório de advocacia indicado no rodapé do instrumento à fl. 5044, tendo em vista que a empresa não está mais funcionando.

Em seguida, foi determinada nova diligência, tendo em vista que a diligência anterior não foi cumprida a contento relativamente a três aspectos: alegação da ausência de termo de fiscalização circunstanciado; observância do critério da proporcionalidade, em função da regra do § 4º do art. 938 do RICMS então em vigor; intimação do contribuinte para que apresentasse os livros e documentos, devendo ser atestado se os mesmos seriam suficientes para uma fiscalização regular, caso em que os documentos deveriam ser mantidos sob a guarda da repartição, aguardando a decisão deste órgão julgador.

Foi informado que os advogados constituídos pela empresa requereram prazo de 30 dias para atender à intimação, o que foi deferido, mas a documentação não foi entregue.

Nova diligência foi determinada para que o fiscal autuante procedesse à revisão do lançamento ajustando o arbitramento segundo a previsão do § 4º do art. 938 do RICMS/97.

O fiscal autuante prestou informação justificando por que não deveria atender à diligência, por considerar que tal diligência seria inócua, não compatível com a legislação.

Foi acostado às fls. 6229/6230 um “parecer de diligência fiscal” firmado pelo auditor José Roberto Oliveira Carvalho informando que, com base nas DMAs do contribuinte, foi adotado o critério da proporcionalidade pelas entradas, ajustando o arbitramento segundo a previsão do § 4º do art. 938 do RICMS/97, passando o imposto a ser lançado de R\$2.244.965,50 para R\$1.323.818,44.

O autuado, ao ter ciência da revisão, comentou a recusa do autuante ao cumprimento da diligência determinada pelo órgão julgador. Suscita a nulidade das intimações, alegando que foram direcionadas a pessoas não habilitadas. Alega também que houve vício na apuração do imposto, em virtude da utilização incorreta do roteiro de fiscalização, bem como a carência de elementos circunstanciais considerados na constituição do crédito tributário, implicando inconsistência na determinação da matéria tributável, além da aplicação de provas indiciárias inidôneas para verificar a ocorrência do fato gerador, pois o autuante privilegiou presunções legais em detrimento de outros meios eficientes à apuração do fato gerador. Alega quebra de sigilo bancário e sigilo financeiro, e que não há nos autos qualquer prova da idoneidade dos relatórios TEF apresentados parcialmente pelo autuante. Frisa que nem todas as operações com os cartões de crédito/débito são operações mercantis, pois certamente houve operações que não estão sujeitas à incidência do ICMS.

Encaminhados os autos ao fiscal autuante para ciência e pronunciamento, foi dito simplesmente que o autuado não trouxe fato novo ou elementos comprobatórios, sendo mantidas as alterações já indicadas.

Fiz esse histórico a fim de situar as diversas questões aduzidas nos autos, haja vista as diversas diligências e sucessivas manifestações do contribuinte.

Passo a decidir.

O contribuinte reclamou que não foi lavrado o Termo de Fiscalização circunstanciado previsto no inciso I do art. 939 do RICMS. Em face dessa alegação, foi solicitado em diligência que o autuante se pronunciasse especificamente sobre essa questão, e, caso tivesse sido cumprido o disposto no inciso I do aludido artigo, que fizesse juntada da prova aos autos.

No cumprimento da diligência, o autuante nada disse nesse sentido, respondendo outras coisas, relativas à intimação do contribuinte.

De fato, o art. 939, I, do RICMS/97 prevê que, para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o auditor fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, deve emitir “Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual deve ser transscrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências”. Isso não foi feito, mas essa regra deve ser interpretada em conjunto com o art. 30 do RPAF, segundo o qual, quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, devendo neste caso o autuante consignar no livro de ocorrências, se houver, a forma de emissão do Auto de Infração, indicando o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do débito apurado. Os dados relativos ao aludido termo circunstanciado estão no Auto. Dou por superada a preliminar.

Quanto ao mérito, observo que originariamente, embora no Auto constem os exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007, examinando-se os demonstrativos às fls. 12, 13 e 14 nota-se que só foram elaborados os demonstrativos do arbitramento dos exercícios de 2005 (fl. 12), 2006 (fl. 13) e 2007 (fl. 14). Em diligência posterior, ao serem

refeitos os cálculos do arbitramento por fiscal estranho ao feito, vieram aos autos novos demonstrativos, inclusive do exercício de 2004, para o qual não havia sido feito demonstrativo originariamente. Ocorre que o demonstrativo de 2004, que só veio aos autos no curso do processo, constitui na verdade um novo lançamento, não podendo surtir efeitos retroativamente. Inclusive porque teria de ser observada a regra de decadência. Por conseguinte, dos novos demonstrativos apresentados pelo fiscal que procedeu à revisão do arbitramento, considero válidos somente os dos exercícios de 2005, 2006 e 2007. Consequentemente, deve ser excluída a parcela do arbitramento do exercício de 2004.

Outra questão: o contribuinte alegou que, apesar de ter sido arbitrado o imposto relativamente ao exercício de 2007, por falta de apresentação dos documentos, o fiscal não havia intimado a empresa para apresentar a documentação relativa a 2007, pois as intimações dizem respeito apenas aos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

A prova disso está às fls. 8 a 11. Existem nos autos 4 intimações. A 1^a intimação encontra-se à fl. 8. Nela, são solicitados os livros e documentos dos exercícios de 2004 e 2005.

A 2^a intimação está na fl. 9, na qual, além dos mesmos documentos e livros de 2004 e 2005, são solicitados também os do exercício de 2006.

A 3^a solicitação está na fl. 11, que diz respeito também aos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

Não há intimação relativa ao exercício de 2007.

Faço o registro de que existe ainda outra intimação, à fl. 10, que foi identificada como “3^a”, mas na verdade parece ser a “única” intimação feita para apresentação de arquivos magnéticos de 2004 a 2006.

Portanto, o contribuinte não foi intimado para apresentar os livros e documentos fiscais relativos ao exercício de 2007. O autuado indaga se seria possível arbitrar o exercício de 2007, sem ter sido solicitada a documentação do período. É evidente que não. O § 5º do art. 938 do RICMS prevê que o arbitramento deverá limitar-se às operações, prestações ou períodos em que tiver ocorrido o fato que o motivou.

O fiscal, atendendo à diligência quanto a esse aspecto, respondeu (fl. 6082) que essa questão seria mais um dos artifícios do autuado, pois a prova de que foi intimado está à fl. 1601. A intimação à fl. 1601 contém apenas a assinatura do autuante. Por conseguinte, o autuado não foi intimado. O fiscal explicou que houve recusa de assinatura pelo senhor Eulival Santos da Conceição, atualmente funcionário de outra empresa. E de fato no rodapé da “intimação” à fl. 1601 consta que a pessoa que se recusou a assinar, o senhor Eulival Santos da Conceição, é gerente da Rede Nova, que hoje funciona na “A Nova Comercial de Águas Claras Ltda.” Ora, é evidente que o referido senhor, sendo funcionário de outra empresa, não poderia assinar uma intimação destinada à Unifrios Comercial de Alimentos Ltda.

Observo que a referida “intimação” à fl. 1601 (sem assinatura do autuado) foi apresentada “a posteriori”: ela não consta entre os documentos acostados ao Auto por ocasião da lavratura, às fls. 1 e seguintes. Aliás, as folhas 1 a 121 não estão numeradas na parte superior dos documentos, como o restante do processo – foi passado um “corretivo”, apagando a numeração, sendo a numeração apostada na parte inferior dos documentos até a fl. 121, contrastando com o restante do processo. E para ser fiel aos fatos devo registrar que a data da alegada recusa de assinatura da “intimação” à fl. 1601 é 16.2.11, sendo portanto posterior – o AI é de 2009.

Por essas razões, deve também ser excluída a parcela referente a 2007, porque não havia motivo para ser arbitrada a base de cálculo em relação a 2007, por “falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil”, conforme acusa o Auto, pois em relação a esse exercício o contribuinte não havia sido intimado para apresentação de tais elementos.

Note-se que, de acordo com o § 4º do art. 938 do RICMS então em vigor, na apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, para efeitos de aplicação do percentual da margem de valor adicionado (MVA) e da alíquota, deve-se levar em conta, sempre que possível, a natureza das operações ou prestações e a espécie das mercadorias ou serviços, admitindo-se, contudo, quando for impossível a discriminação, o critério da proporcionalidade e, em último caso, o da preponderância.

Foi determinado em diligência que o fiscal autuante procedesse como manda o Regulamento. A autoridade fiscal, contudo, se recusou a cumprir a diligência. Porém outro auditor refez os cálculos, e portanto foi sanada a questão da proporcionalidade.

Mantenho os valores relativos a 2005 e 2006, nos valores apurados na revisão fiscal. O demonstrativo do débito do item 2º deverá ser ajustado, relativamente aos exercícios de 2005 e 2006, de acordo com o resultado da revisão, às fls. 6229-6230, a saber:

- exercício de 2005: R\$ 371.344,68
- exercício de 2006: R\$ 655.716,25

Total: R\$ 1.027.060,93

Consequentemente, são nulos os lançamentos relativos a 2004 e 2007, por inobservância do devido

procedimento legal. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esse item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Passo agora à análise do item 1º, que acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial”, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

O autuado indagou em preliminar onde estariam as Notas Fiscais que serviram de embasamento para os valores indicados às fls. 8 a 24.

É difícil saber quais são as folhas dos autos a que se refere o contribuinte como “folhas 8 a 24” porque alguém cobriu os números das folhas dos autos desde a fl. 4 até a fl. 119, que eram numerados no alto, à direita, as quais foram renumeradas na parte de baixo das folhas, à direita.

Na fase de instrução a então Relatora, Dra. Osmira Freire, louvavelmente preocupada com a busca da verdade material, baixou os autos em diligência (fls. 163/165) para que, com relação ao item 1º, o fiscal autuante anexasse aos autos cópia dos demonstrativos dos arquivos Sintegra do contribuinte e de terceiros relativos às operações com o autuado, e solicitasse aos remetentes das mercadorias cópias das Notas Fiscais que embasam a autuação, os pedidos das mercadorias conforme constam nas Notas Fiscais, os comprovantes dos recebimentos das mercadorias pelo autuado ou os “canhotos” das Notas Fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias, e declaração dos fornecedores com indicação dos dados de pagamentos ou comprovantes de recebimento dos valores referentes às vendas realizadas através das Notas Fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias, etc.).

Houve diligências subseqüentes no mesmo sentido, porque a primeira diligência não foi cumprida a contento, haja vista que o fiscal apenas anexou os demonstrativos e as vias das Notas Fiscais (fls. 167 e ss.).

O autuado alegou que as cópias dos documentos recebidos estavam “totalmente apagadas”. Embora não tenha feito prova disso, foi alegado também que os demais elementos determinados na diligência não lhe foram entregues, a saber: cópia dos demonstrativos do arquivo Sintegra do contribuinte, os pedidos das mercadorias, o comprovante de recebimento das mercadorias, o “canhoto” da Notas Fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias e a declaração dos fornecedores, com indicação dos dados de pagamento e/ou comprovantes de recebimento dos valores referentes às vendas realizadas através das Notas Fiscais objeto do Auto de Infração (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias, etc.).

De fato, esses elementos não foram anexados pelo fiscal autuante, porém isso se torna irrelevante neste caso, pois o contribuinte não negou que tivesse feito as compras. O que ele alegou foi apenas que os elementos apresentados pelo autuante seriam insuficientes para se estabelecer a base de cálculo dos valores lançados. Cópias de pedidos das mercadorias, “canhotos” de recebimento das Notas Fiscais e dados de pagamentos tais como boletos bancários, duplicatas, etc., em nada contribuem para se estabelecer a base de cálculo do ICMS. Tais elementos teriam utilidade nestes autos apenas se houvesse dúvida de que as compras tivessem sido feitas pelo autuado, mas isto não foi questionado na defesa (fls. 125/127).

O contribuinte havia alegado que o fiscal teria incorrido em vários equívocos, dos quais destacou dois, a título de exemplo. O primeiro diria respeito à classificação incorreta dada pelo autuante às mercadorias, como se elas fossem para “fins de comercialização”, requisito legal para a exigência do ICMS a título de antecipação parcial. O autuado alega isso, mas apenas alega. Não diz quais são as mercadorias. Não diz qual seria a sua destinação. Ora, um estabelecimento comercial adquire mercadorias para comercialização. Essa é uma presunção óbvia, natural, lógica. Se a destinação é outra, quem deve provar isso é o contribuinte.

O segundo equívoco estaria no fato de o autuante ter exigido antecipação parcial relativamente a inúmeras mercadorias sujeitas à substituição tributária, o que contraria a disposição contida no art. 352-A, § 1º, do RICMS/97. Também neste caso o contribuinte apenas alega tal circunstância, sem se preocupar em especificar quais seriam as mercadorias.

Concluo que os valores lançados no item 1º não foram impugnados eficazmente, e o autuado dispunha de elementos suficientes para detectar algum erro porventura existente.

Porém trago agora uma questão que já anunciei inicialmente, tendo sido esta a razão de ter julgado o item 2º antes do item 1º. Suscito esta questão de ofício por se tratar de matéria de ordem legal. É que os valores lançados no item 1º se referem aos exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007, e esses exercícios foram também objeto do arbitramento de que cuida o item 2º, o que significa dizer que os valores lançados no item 1º se encontram embutidos no item 2º, havendo uma evidente superposição de valores, haja vista que os valores do item 1º são aborvidos pelos do item 2º, pois, neste, foi feito o arbitramento do imposto devido nos exercícios assinalados. Esse vício procedural somente se percebe porque neste caso os dois lançamentos foram feitos no mesmo Auto de Infração. Se fossem feitos em Autos de Infração distintos, conforme agora é possível, em virtude de uma alteração efetuada recentemente no art. 40 do RPAF, não haveria como o órgão julgador verificar de ofício esse aspecto, que diz respeito à estrita legalidade do procedimento fiscal.

Com efeito, o item 2º deste Auto cuida de arbitramento da base de cálculo dos quatro exercícios considerados - 2004, 2005, 2006 e 2007. Quando se apura o imposto relativo a determinado exercício mediante arbitramento, o arbitramento leva em conta todo o imposto que deveria ter sido pago naquele exercício, inclusive por antecipação. O lançamento do imposto apurado mediante arbitramento e mais do imposto devido "por antecipação" no mesmo exercício implica evidente cobrança de imposto em duplicidade.

Porém, embora, em princípio, os valores do item 1º estejam embutidos no item 2º, mas tendo em vista que neste julgamento estão sendo declarados nulos no item 2º os lançamentos dos itens 2004 e 2007, mantenho no item 1º os débitos relativos a esses exercícios (2004 e 2007), nos valores originários, a saber:

- exercício de 2004: R\$ 7.117,77
 - exercício de 2007: R\$ 13.976,36
- Total: R\$ 21.094,13

Há um requerimento no sentido de que as intimações relativas a este feito sejam enviadas aos endereços eletrônicos raphaelpizani@gmail.com e ou brazlabanca@gmail.com, dos advogados e representantes do autuado. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma regular e também na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas simplesmente na forma do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

A 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 6326 a 6347. Na sua peça recursal, aduz as seguintes alegações.

Preliminarmente, alega que, mesmo diante de extensa fundamentação da peça impugnatória (apontando inúmeras razões para decretação da nulidade do AI), deixou a Junta de Julgamento Fiscal de apreciar a matéria, ultrapassando os fundamentos apresentados pela Recorrente, sem ao menos justificar a omissão.

Argumenta que, na lavratura do Auto de Infração, o preposto Fazendário deixou de apontar com clareza e objetividade todos os elementos formadores que deram substrato ao lançamento operado, implicando até na omissão reiterada de documentos e informações precisas à identificação clara e objetiva da matéria tributável, nos termos exigidos pelo artigo 142 do CTN, o que, por via de consequência, macula o procedimento fiscal.

Se não bastasse essa sucessão de erros, aponta que houve uma tentativa equivocada e ilegal de convalidar um Auto de Infração com juntada posterior de documentos que deveriam servir de substancial prova do lançamento confeccionado sob o rito do arbitramento. Sustenta que tal expediente fere o quanto disposto no § 1º, do artigo 18 do RPAF/BA.

Afirma que a ausência de tais documentos é sinal claro de que não houve cumprimento às formalidades exigidas na feitura do Auto de Infração, sendo, portanto, impossível, identificar a matéria tributável. Chama a atenção para o fato de que as nulidades suscitadas jamais foram enfrentadas pela Junta de piso, o que representa sério constrangimento a princípios constitucionais que regem o Processo Administrativo Fiscal.

Transcreve o texto do art. 18, inciso I do RPAF/BA para concluir que, da exegese do dispositivo citado, fácil é identificar que o Auto de Infração só será convalidado se a nulidade apontada for meramente formal, o que não é o caso dos autos, já que a nulidade diz respeito à própria identificação da matéria tributável e à qualificação e quantificação do quantum debeatur.

Por essa razão, pugna pela total improcedência do Auto de Infração, e o acolhimento das razões aqui expostas, sendo certo que: a) Não foram apresentados, em tempo, isto é, na feitura do Auto de Infração, os documentos necessários à identificação da matéria tributável, tendo sido constatado, nos documentos acostados pelo fiscal, após a lavratura, que parte deles foi solicitada em data posterior à lavratura, o que implica saber como é que o fiscal conseguiu proceder ao arbitramento se, na época da lavratura, ele ainda não tinha as informações constantes nesses documentos; Explica que o auto foi lavrado em 2009, e só em 2010, como, por exemplo, atestam

as fls. 2210 e 2222, é que o preposto fiscal resolveu solicitar informações que já deveriam estar nos autos ou já deveriam ser de seu conhecimento para identificação precisa da matéria tributável; b) Os vícios apontados, jamais poderiam ser convalidados ou corrigidos, por não se reportarem a vícios meramente formais, já que, conforme exaustivamente exposto, não se trata de vício simples de procedimento. Na verdade, pelo que parece, o fiscal promoveu a lavratura do Auto de Infração, sem se atentar a elementos relevantes à identificação da matéria tributável.

Ainda em sede de preliminar, quanto ao arbitramento, afirma que é importante consignar as razões do presente Recurso Voluntário, em duas etapas, a primeira, em relação aos requisitos autorizadores do procedimento de aferição indireta, e aos requisitos formais de condução válida do procedimento excepcional.

Quanto aos requisitos autorizadores, traz à baila o teor do artigo 937 do RICMS/97 para concluir que, da exegese do dispositivo citado, podem-se extrair os seguintes requisitos que devem estar presentes em regime de concomitância: a) que o contribuinte tenha incorrido em prática de sonegação; b) e não seja possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que tenha havido 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;

A partir da análise do dispositivo supra, entende ser possível concluir, a partir dos requisitos acima, que, no caso dos Autos, não ficou demonstrado que o contribuinte incorreu em prática de sonegação, esta definida na Lei nº 8.137/90, cujo texto do art. 1º, inciso I transcreve.

Assegura que também não houve a hipótese do inciso I, do artigo 937 do RICMS/97, já que a Recorrente jamais se negou a apresentar os documentos solicitados. Explica que, na verdade, sempre esteve à disposição da Fazenda Estadual que, representada por um de seus agentes, não se preocupou em diligenciar e coletar tais documentos, até porque não há, na legislação tributária estadual, norma que determine que os documentos deverão ser entregues pelo contribuinte na repartição fazendária.

Portanto, já com relação ao requisito autorizativo, conclui que fica prejudicado o arbitramento operado, por lhe faltar fundamento legal.

A propósito, frisa que a Recorrente nunca soube ao certo qual foi o fundamento do Arbitramento, e qual o meio adotado. Somente após sucessivas diligências é que o preposto fiscal veio expor que o arbitramento se deu nos termos do artigo 938, I-B RICMS/97, isto é: *“tomando-se o valor das operações consignadas em documentos fiscais coletados e/ou informações oriundas de fornecedores ou destinatários, com os quais o contribuinte mantinha relacionamento comercial, e projetando-o para o período considerado, com base na participação percentual sobre o total das operações regularmente escrituradas (Lei nº 7.438/99)”*.

Questiona a forma como o preposto fiscal fez isso, já que essas notas e essas informações só foram coletadas (pelo menos é que se atesta, por exemplo, dos documentos de fls. 222 e 2210) após a lavratura do Auto de Infração.

Pontua que essa questão também não foi enfrentada pela Junta de origem.

Quanto aos requisitos que devem constar nos Autos que dizem respeito à formação regular do Arbitramento (Item B), reproduz o texto do art. 939, inciso I do RPAF/99 para concluir que redação do dispositivo é bastante clara quando impõe à fiscalização o dever de lavrar o Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, isto é, apontado, com riqueza de detalhes, todos os motivos que ensejaram o arbitramento.

Argumenta que se prevê o RICMS/97 tal dever à fiscalização, não poderia o preposto fiscal se esquivar do seu cumprimento, até porque o referido dispositivo visa garantir o perfeito acesso à ampla-defesa e ao contraditório a fim de que fiquem claros todos os elementos circunstanciais do

levantamento tributário procedido pela aferição indireta. Destaca, todavia, que o preposto fiscal não se preocupou em lavrar o referido termo e que, inclusive, insistiu nessa omissão mesmo após sucessivas diligências em que foi solicitado que se pronunciasse sobre o expediente do inciso I, do artigo 939 do RICMS/97.

Assim, entende que a ausência do Termo de Fiscalização, nos termos do inciso I do artigo 939 do RICMS/97, macula todo o procedimento fiscal. Transcreve ementa do Acórdão CJF N° 0203-11/2010 em apoio aos seus argumentos.

Entende equivocada a decisão da Junta de piso ao considerar que o dispositivo do inciso I, do artigo 939 do RICMS/97 deverá ser interpretado conjuntamente com o que dispõe o artigo 30 do RPAF, pois o RPAF cuida de norma procedural, enquanto que o RICMS/97 é especial em matéria de ICMS, devendo ser respeitado, nessa situação, por se tratar de tema relativo à apuração por arbitramento do referido imposto, matéria estranha ao tratado no RPAF.

Destaca, também, que é importante consignar que jamais poderia o RPAF ser aplicado com o intuído de mitigar direitos e garantias do contribuinte, até porque a norma do 939, inciso I do RICMS/97 visa garantir a precisa identificação da matéria tributável, nos termos do artigo 142 do CTN, reforçar a ampla-defesa e a verdade material (princípios resguardados pelo RPAF em seu artigo 2º), oportunizar ao contribuinte que se manteve inerte a apresentar documentos, caso seja esse o caso, e deixar claro ao contribuinte que foi impossível utilizar outro roteiro ordinário de auditoria.

Assim, a Recorrente requer que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente improcedente, nos termos dos fundamentos supramencionados.

No mérito, alega divergências nos demonstrativos apresentados, pois os valores apresentados pelo fiscal autuante discrepam com as informações exatas das DMA's. Alega que a Junta de piso deixou, no Acórdão vergastado, temas relevantes à identificação precisa dos elementos que serviram de diretriz ao Arbitramento, tais como: a) A junta não se pronunciou sobre diversos requerimentos de diligência por fiscal estranho ao feito, tendo em vista que o fiscal autuante se negava cumprir o quanto determinado pela Junta de origem; b) Houve omissão da Junta quanto às divergências entre valores constantes nos Demonstrativos DMA's e nos Relatórios Consolidados de DMA's, já que o fiscal apresentou, em seus demonstrativos, valores superdimensionados, totalmente irreais.

Ressalta que tais temas, embora tenham sido objeto de forte exposição, jamais foram explorados atentamente pela Junta de origem, prejudicando o direito de defesa e o devido Processo Legal.

Conclui, portanto, que, por entender relevante, é que requer que este Conselho de Fazenda Estadual baixe os autos em diligência a fim de que sejam apuradas essas divergências encontradas entre Demonstrativos DMA's e nos Relatórios Consolidados de DMA's para todos os exercícios fiscalizados e que a proporcionalidade executada na última diligência, nos termos do artigo 938, § 4º, seja refeita, nesta situação, com suporte nos exatos valores, e não naqueles superdimensionados pelo Autuante.

Em relação à decisão de piso, caso este colegiado ultrapasse as questões expostas, requer a Improcedência do Recurso de Ofício, para fins de que seja mantida a decisão de piso, nos seus exatos termos, levando em conta a diligência requerida no item 2.1 do presente Recurso Voluntário.

Por fim, tece explicações detalhadas acerca dos motivos que levaram a JJF a reduzir o valor lançado.

Isto posto, com base nos fundamentos acima expostos, requer, com suporte nos artigos 18 do RPAF/BA, e ainda, nos artigos 937, 938 e 939 do RICMS/97, que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente nulo, e que o presente Recurso Voluntário seja provido em sua integralidade, no que diz respeito às nulidades apontadas e ao item 2.1 do mérito das razões do Recurso, não

reconhecidas ou enfrentadas pela Junta de Julgamento Fiscal.

Noutro giro, caso este Egrégio Conselho de Fazenda entenda por não acatar os fundamentos apresentados no presente Recurso Voluntário, requer que seja negado provimento ao Recurso de Oício, em razão do que dispõe o RPAF/BA, mantendo-se inalterada a decisão de piso (Acórdão JJF nº 0033-01/15).

Termos em que pede deferimento.

As folhas 6356/6363, foi emitido parecer jurídico pela PGE/PROFIS, da lavra dos Drs. Adriana Lopes Vianna e Elder dos Santos Verçosa, aduzindo o que segue.

Após discorrer sobre as teorias atinentes à aplicação da norma processual no tempo, citando e transcrevendo a doutrina existente sobre a matéria, conclui que a norma processual introduzida pelo Decreto nº 16.738/16 (que alterara o RPAF, passando a dispensar o parecer da PGE/PROFIS para julgamento dos Recursos Voluntários) tem aplicação imediata nos processos pendentes, tornando despicienda a manifestação da Douta Procuradoria.

Opina pela devolução do feito ao CONSEF, destacando, todavia, que a emissão do aludido parecer deve ser precedida de solicitação prévia do relator do processo, hipótese em que deverá indicar, precisamente, os aspectos jurídicos sobre os quais deseja que a Representação da PGE se pronuncie.

À folha 6364, a Procuradora Assistente, Dra. Rosana Passos, emitiu despacho, acolhendo o pronunciamento acima citado.

VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo aduz questões variadas, as quais suscitam a nulidade da decisão recorrida e do Auto de Infração. Trato-as antes de adentrar ao mérito da autuação, por se tratar de questões que, uma vez acolhidas, tornam despiciendo o exame do Recurso de Ofício.

Quanto à alegação de nulidade da decisão de piso por ausência de fundamentação, não merece acolhida, pois o Relator fez extensas considerações acerca das alegações do Contribuinte, tendo, inclusive, acolhido a maior parte delas, o que resultou na nulidade de parte da exigência fiscal, matéria que será analisada quando da apreciação do recurso de ofício.

Especificamente, naquilo que se refere à Infração 02, reproduzo parte da Decisão recorrida, em trecho que o Relator expõe as razões do entendimento manifestado, conforme abaixo.

“Passo a decidir.

O contribuinte reclamou que não foi lavrado o Termo de Fiscalização circunstaciado previsto no inciso I do art. 939 do RICMS. Em face dessa alegação, foi solicitado em diligência que o autuante se pronunciasse especificamente sobre essa questão, e, caso tivesse sido cumprido o disposto no inciso I do aludido artigo, que fizesse juntada da prova aos autos.

No cumprimento da diligência, o autuante nada disse nesse sentido, respondendo outras coisas, relativas à intimação do contribuinte.

De fato, o art. 939, I, do RICMS/97 prevê que, para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o auditor fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, deve emitir “Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual deve ser transrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências”. Isso não foi feito, mas essa regra deve ser interpretada em conjunto com o art. 30 do RPAF, segundo o qual, quando o Auto de Infração for emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituirão um instrumento único, devendo neste caso o autuante consignar no livro de ocorrências, se houver, a forma de emissão do Auto de Infração, indicando o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do débito apurado. Os dados relativos ao aludido termo circunstaciado estão no Auto. Dou por superada a preliminar.

Quanto ao mérito (grifo acrescido), observo que originariamente, embora no Auto constem os exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007, examinando-se os demonstrativos às fls. 12, 13 e 14 nota-se que só foram elaborados os demonstrativos do arbitramento dos exercícios de 2005 (fl. 12), 2006 (fl. 13) e 2007 (fl. 14). Em diligência

posterior, ao serem refeitos os cálculos do arbitramento por fiscal estranho ao feito, vieram aos autos novos demonstrativos, inclusive do exercício de 2004, para o qual não havia sido feito demonstrativo originariamente. Ocorre que o demonstrativo de 2004, que só veio aos autos no curso do processo, constitui na verdade um novo lançamento, não podendo surtir efeitos retroativamente. Inclusive porque teria de ser observada a regra de decadência. Por conseguinte, dos novos demonstrativos apresentados pelo fiscal que procedeu à revisão do arbitramento, considero válidos somente os dos exercícios de 2005, 2006 e 2007. Consequentemente, deve ser excluída a parcela do arbitramento do exercício de 2004.

Outra questão: o contribuinte alegou que, apesar de ter sido arbitrado o imposto relativamente ao exercício de 2007, por falta de apresentação dos documentos, o fiscal não havia intimado a empresa para apresentar a documentação relativa a 2007, pois as intimações dizem respeito apenas aos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

A prova disso está às fls. 8 a 11. Existem nos autos 4 intimações. A 1ª intimação encontra-se à fl. 8. Nela, são solicitados os livros e documentos dos exercícios de 2004 e 2005.

A 2ª intimação está na fl. 9, na qual, além dos mesmos documentos e livros de 2004 e 2005, são solicitados também os do exercício de 2006.

A 3ª solicitação está na fl. 11, que diz respeito também aos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

Não há intimação relativa ao exercício de 2007.

Faço o registro de que existe ainda outra intimação, à fl. 10, que foi identificada como “3ª”, mas na verdade parece ser a “única” intimação feita para apresentação de arquivos magnéticos de 2004 a 2006.

Portanto, o contribuinte não foi intimado para apresentar os livros e documentos fiscais relativos ao exercício de 2007. O autuado indaga se seria possível arbitrar o exercício de 2007, sem ter sido solicitada a documentação do período. É evidente que não. O § 5º do art. 938 do RICMS prevê que o arbitramento deverá limitar-se às operações, prestações ou períodos em que tiver ocorrido o fato que o motivou.

O fiscal, atendendo à diligência quanto a esse aspecto, respondeu (fl. 6082) que essa questão seria mais um dos artifícios do autuado, pois a prova de que foi intimado está à fl. 1601. A intimação à fl. 1601 contém apenas a assinatura do autuante. Por conseguinte, o autuado não foi intimado. O fiscal explicou que houve recusa de assinatura pelo senhor Eulival Santos da Conceição, atualmente funcionário de outra empresa. E de fato no rodapé da “intimação” à fl. 1601 consta que a pessoa que se recusou a assinar, o senhor Eulival Santos da Conceição, é gerente da Rede Nova, que hoje funciona na “A Nova Comercial de Águas Claras Ltda.” Ora, é evidente que o referido senhor, sendo funcionário de outra empresa, não poderia assinar uma intimação destinada à Unifrios Comercial de Alimentos Ltda.

Observo que a referida “intimação” à fl. 1601 (sem assinatura do autuado) foi apresentada “a posteriori”: ela não consta entre os documentos acostados ao Auto por ocasião da lavratura, às fls. 1 e seguintes. Aliás, as folhas 1 a 121 não estão numeradas na parte superior dos documentos, como o restante do processo – foi passado um “corretivo”, apagando a numeração, sendo a numeração apostada na parte inferior dos documentos até a fl. 121, contrastando com o restante do processo. E para ser fiel aos fatos devo registrar que a data da alegada recusa de assinatura da “intimação” à fl. 1601 é 16.2.11, sendo portanto posterior – o AI é de 2009.

Por essas razões, deve também ser excluída a parcela referente a 2007, porque não havia motivo para ser arbitrada a base de cálculo em relação a 2007, por “falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil”, conforme acusa o Auto, pois em relação a esse exercício o contribuinte não havia sido intimado para apresentação de tais elementos.

Note-se que, de acordo com o § 4º do art. 938 do RICMS então em vigor, na apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, para efeitos de aplicação do percentual da margem de valor adicionado (MVA) e da alíquota, deve-se levar em conta, sempre que possível, a natureza das operações ou prestações e a espécie das mercadorias ou serviços, admitindo-se, contudo, quando for impossível a discriminação, o critério da proporcionalidade e, em último caso, o da preponderância.

Foi determinado em diligência que o fiscal autuante procedesse como manda o Regulamento. A autoridade fiscal, contudo, se recusou a cumprir a diligência. Porém outro auditor refez os cálculos, e portanto foi sanada a questão da proporcionalidade.

Mantenho os valores relativos a 2005 e 2006, nos valores apurados na revisão fiscal. O demonstrativo do débito do item 2º deverá ser ajustado, relativamente aos exercícios de 2005 e 2006, de acordo com o resultado da revisão, às fls. 6229-6230, a saber:

- exercício de 2005: R\$ 371.344,68
 - exercício de 2006: R\$ 655.716,25
- Total: R\$ 1.027.060,93

Consequentemente, são nulos os lançamentos relativos a 2004 e 2007, por inobservância do devido

procedimento legal. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esse item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.
...”

Como se vê, foram extensas as considerações feitas pela decisão de piso, tendo abordado todos os variados pontos suscitados pela defesa, com minuciosas referências às folhas processuais em que se encontravam os elementos cuja ausência havia sido alegada pela empresa.

É de se destacar, outrossim, que parte do lançamento foi declarado nulo pela JJF, atendendo, exatamente, o pedido do Sujeito Passivo, o que é revelador de que a decisão de piso atendeu, sim, as formalidades previstas em lei, não merecendo reparo nesse ponto.

Quanto à alegação de nulidade da Infração 02, ao argumento de que os elementos de prova foram juntados posteriormente à lavratura do Auto de Infração, noto que tal pleito já fora devidamente acolhido pela JJF, a qual excluiu os valores exigidos relativamente ao exercício de 2004.

Quanto à alegação de nulidade do arbitramento por ausência de requisitos ensejadores desse procedimento, observo que a JJF já acolhera tal pleito naquilo que se refere ao exercício de 2007, o qual foi, igualmente, excluído da presente exigência fiscal.

Quanto aos exercícios de 2005 e 2006, há provas, no processo, de que tais documentos foram solicitados à empresa, por três vezes (vide folhas 08, 09 e 11), pedido que, uma vez desatendido, abre a possibilidade de arbitramento da base de cálculo.

Quanto à alegada ausência de “termo circunstanciado”, prévio à lavratura do Auto de Infração, noto que não merece acolhida, pois o exame das folhas 12, 13 e 14 permite-nos constatar que foram anexadas tais peças ao processo, desde o seu início.

Assim, rejeito as alegações de nulidade suscitadas.

Quanto ao pedido de diligência, denego por entender que os elementos do processo são suficientes à formaçao da minha convicção.

Quanto ao mérito, no pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF Nº 0033-01/15) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$2.316.298,90 para o montante de R\$1.048.155,06, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, a redução do valor lançado decorreu da decretação da procedência parcial das infrações 01 e 02, sendo este o objeto do presente recurso.

Por tratar de questão prejudicial à análise da Infração 01, inicio a análise do presente recurso pela Infração 02, conforme segue.

Na Infração 02, a desoneração decorreu de dois fatores: da exclusão dos valores relativos aos exercícios 2004 e 2007, bem como da redução dos valores lançados referentes aos exercícios 2005 e 2006.

Quanto à exclusão dos valores relativos ao exercício de 2004, a JJF explicou que tal se deu pelo fato de que não constaram, originalmente, demonstrativos de arbitramento da base de cálculo do imposto, a exemplo do que ocorreu com os exercícios de 2005, 2006 e 2007. Assim, entendeu que não poderia prevalecer tal exigência, por cerceamento do direito de defesa, no que não merece censura.

Examinando os autos, noto que, à folha 122, consta intimação da lavratura do Auto de Infração, encaminhada por Aviso de Recebimento (AR), recebida pelo Sujeito Passivo em 21/07/09, cuja cópia se encontra à folha seguinte (fl. 123). Assim, entendo que se encontra devidamente documentado que a empresa recebeu o demonstrativo correspondente, em que pese o Autuante não tenha tido o cuidado de anexar a sua cópia impressa.

Ademais, o Sujeito Passivo fez acostar a cópia impressa do demonstrativo de 2004, juntamente

com a sua peça impugnatória, conforme se pode constatar pelo exame da folha 154 do processo. Assim, entende que merece reparo a decisão de piso, pois a omissão citada se limitou à via impressa, restando provado que o Contribuinte recebeu o demonstrativo de cálculo.

Por esse motivo, restabeleço o lançamento naquilo que se refere ao exercício de 2004, no montante de R\$36.702,36, em conformidade com o demonstrativo mensal acostado à folha 6.231.

Quanto à exclusão dos valores relativos ao exercício de 2007, tal decorreu, segundo o voto do Relator, do fato de que o Sujeito Passivo sequer ter sido intimado para apresentação dos livros e documentos fiscais relativos a esse exercício, não havendo, portanto, justa causa para o arbitramento da base de cálculo do imposto. Entendo que se afigura correta a decisão de piso, pois efetivamente as intimações expedidas não trataram do exercício de 2007. (vide folhas 36/39).

Ainda relativamente à desoneração da Infração 02, relativamente à redução dos valores lançados nos exercícios 2005 e 2006, tal se deu por força da diligência realizada pela inspetoria de origem, cujo estranho ao feito aplicou a proporcionalidade das saídas tributadas, relativamente às isentas/não tributadas. Entendo que a decisão de piso se encontra adequada, já que se estribou no demonstrativo débito elaborado pelo auditor diligente, às folhas 6229/6230.

Quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*Recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “anticipação parcial”, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 71.333,40, com multa de 60%;*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando nulidade do procedimento, sem opor detalhes ao mérito do lançamento.

A 1^a JJF entendeu que não seria possível manter a exigência fiscal relativamente aos exercícios de 2005 e 2006, pois tais valores já estavam contemplados no seio do arbitramento perpetrado na Infração 02, cuja exigência é abrangente e contempla todo o imposto normal devido no período.

Assim, manteve, apenas, os valores relativos aos exercícios de 2004 e 2007, já que a exigência fiscal relativa à Infração 02 havia sido considerada nula nesses exercícios, pela JJF.

Entendo que a decisão de piso se encontra adequadamente fundamentada, pois o arbitramento da base de cálculo (contido na Infração 02) contemplou todo o tributo normal devido pela empresa no período autuado, não sendo possível efetivar uma nova exigência no mesmo período, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Como não existia legislação, na época dos fatos geradores, que amparasse, ao menos, a exigência da multa (norma que somente foi introduzida na Lei nº 7.014/96, em novembro de 2007), entendo que a decisão de piso se encontra adequada.

Dou Provimento Parcial, portanto, ao Recurso de Ofício.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo limita-se a afirmar que os valores lançados foram superdimensionados pelo Autuante, sem apontar, especificamente, quais os valores se encontram errados, nem indicar aqueles que entende corretos.

Ressalte-se que o presente feito foi baixado, por diversas vezes, em diligência, não somente ao autuante, mas também à ASTEC, oportunidade em que os valores lançados foram revisados pelo estranho ao feito, adequando-os aos valores informados na DMA, o que resultou na redução dos valores originalmente exigidos, conforme já citado na análise do Recurso de Ofício.

Caso ainda persista alguma divergência, cabe ao Sujeito Passivo apontá-la e, ato contínuo, indicar os valores corretos, única forma de se desincumbir do seu ônus processual de evidenciar o fato modificativo alegado.

Não o tendo feito, entendo que não resta outra conclusão senão manter a decisão de piso neste ponto.

Ex-positis, Nego Provimento ao Recurso Voluntário.

De ofício, excluo os valores relativos ao exercício de 2004, na Infração 01, dado o fato que esta CJF está restabelecendo os valores lançados para a Infração 02, neste mesmo exercício. Assim, para que não se apresentem, concomitantemente, valores arbitrados em 2004, para a Infração 02, e valores de antecipação parcial, para a Infração 01, promovo a exclusão, de ofício, daqueles valores lançados na Infração 01, ao fundamento de que o arbitramento da base de cálculo já contempla todas as importâncias devidas no período.

Assim, a Infração 01 é Procedente em Parte, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
fev/07	R\$ 1.446,69
abr/07	R\$ 959,13
mai/07	R\$ 901,81
jun/07	R\$ 93,49
jul/07	R\$ 551,26
ago/07	R\$ 9.188,96
set/07	R\$ 328,42
nov/07	R\$ 71,04
dez/07	R\$ 435,56
TOTAL	R\$ 13.976,36

A Infração 02 é, também, Procedente em Parte, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
dez/04	R\$ 36.702,36
dez/05	R\$ 371.344,68
dez/06	R\$ 655.716,25
TOTAL	R\$ 1.063.763,29

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício e NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS
1	R\$ 13.796,36
2	R\$ 1.063.763,29
TOTAL	R\$ 1.077.559,65

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e de ofício, excluir os valores relativos ao exercício de 2004, na infração 1 e modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0017/09-0, lavrado contra **UNIFRIOS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.077.739,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.976,36 e 100% sobre R\$1.063.763,29, previstas no art. 42, incisos II, “d” e IV, “i” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

