

PROCESSO - A. I. Nº 269182.0004/04-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (SÃO LUIZ MATEIRIAIS DE CONSTRUÇÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JF nº 0140-03/05
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 11/08/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0263-11/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. OMISSÃO DE LANÇAMENTOS. MOVIMENTO REAL TRIBUTÁVEL APURADO EM OPERAÇÃO DE PONTO FIXO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Não comprovado que a escrituração do contribuinte era insuficiente para a adoção dos meios normais de fiscalização. Ausência de motivo legal para adoção do arbitramento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a-1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JF, através do Acórdão nº 0140-03/05, que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe.

A acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$85.095,81, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento, por ter o contribuinte apresentado débito do imposto nos meses de julho, agosto e setembro de 2004, em valores inferiores à média levantada no Ponto Fixo de R\$45.427,54, apurada através do movimento real tributável nos meses de abril a junho de 2004.

A Decisão recorrida foi de que os documentos de fls. 5 a 52 dos autos comprovam que o contribuinte foi comunicado da adoção de um “ponto fixo” como meio de fiscalização, conforme disposto no art. 938 I-A, do RICMS/97. Entretanto, não existem no processo as provas que motivaram a adoção do arbitramento como forma de apuração da base de cálculo do imposto, tanto da indicada no enquadramento inicial (art. 937, II, do RICMS) como indicada pelo fiscal estranho ao feito na primeira informação fiscal (art. 937, IV, do RICMS), pois não há prova de que o sujeito passivo “omitiu lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento” de modo que a escrituração se tornasse insuficiente para determinar o valor das entradas, saídas e dos estoques de mercadorias, conforme disposto no inciso II e parágrafo único do art. 937 do RICMS, como também não há prova de que o contribuinte deixou de emitir documentos fiscais a que estava obrigado ou em desconformidade com a operação realizada, nos termos do inciso IV do mesmo artigo. Ressalta que este é o entendimento prevalente no CONSEF, conforme Súmula de nº “5”. Assim, a Decisão da JF é pela Nulidade do Auto de Infração, do que recorre de ofício para uma das Câmaras de julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS apurado através de arbitramento da base de cálculo, por ter o contribuinte apresentado débito do imposto nos meses de julho, agosto e setembro de 2004, em valores inferiores à média levantada considerando o critério intitulado “Ponto Fixo” na ordem de R\$45.427,54, apurada através do movimento real tributável nos meses

de abril a junho de 2004, com base no § 8º combinado com o inciso I-A, ambos do art. 938 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O citado § 8º do art. 938 do RICMS prevê a adoção do arbitramento da base de cálculo do ICMS, com base na média mensal obtida a partir da aplicação do método previsto no inciso I-A do aludido artigo, mediante prévia autorização do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do contribuinte. Contudo, não consta dos autos o referido documento de autorização.

Por outro lado, o caput do art. 937 do RICMS/97 dispõe que a fiscalização 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. Porém, não existem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo e a conseqüente impossibilidade de se utilizar o método normal de apuração do imposto.

O CONSEF inúmeras vezes já se pronunciou que *“Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento”*, conforme Súmula nº “5”, visto que por se tratar de um método extremo e, devido a sua excepcionalidade, somente pode ser utilizado quando não houver nenhuma possibilidade de apurar-se o montante do débito através de outros roteiros de fiscalização, ou seja, apenas em última hipótese é que o arbitramento da base de cálculo poderá ser utilizado.

Assim, além da falta da necessária autorização do Diretor de Administração Tributária, também estão ausentes nos autos os documentos que comprovem que o contribuinte incorreu na prática de sonegação do imposto e não foi possível apurar o montante real da base de cálculo.

Desta forma, entendo que não há elementos suficientes para se aplicar o arbitramento, devendo o mesmo ser anulado e refeito o lançamento salvo de falhas.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração NULO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269182.0004/04-1, lavrado contra **AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (SÃO LUIZ MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS