

PROCESSO - A. I. Nº 293259.1201/04-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GAIVOTA ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0319-01/05
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 30/11/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0404-12/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDA COM NOTA FISCAL INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada nos autos a inidoneidade dos documentos fiscais. Infração não caracterizada. 2. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Restou provada a necessidade de aplicação do arbitramento, mas não foi utilizada nenhuma das formas legais previstas para a sua consecução. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JFJ, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão constante no Acórdão JFJ Nº 0319-01/05, em que foi declarado Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe. São objetos da presente revisão as seguintes irregularidades:

1. [infração 1] Omissão de saída de mercadorias tributáveis por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada, nos meses de fevereiro a abril de 2002, exigindo ICMS no valor de R\$86.726,08;
2. [infração 3] Falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo sido comprovada a sonegação do imposto e não sendo possível conhecer o montante sonegado, nos exercícios de 2002 e 2003, exigindo ICMS no valor de R\$7.542.548,72.

Por meio do Acórdão JFJ Nº 0319-01/05, as infrações 1 e 3 foram julgadas, respectivamente, improcedente e nula.

Quanto à infração 1, o ilustre relator fundamentou o seu voto da seguinte forma:

Na Infração 1, foi exigido imposto do autuado por utilização de 6 documentos fiscais inidôneos, tendo o autuante afirmado que as notas fiscais foram utilizadas com o intuito comprovado de fraude porque foram emitidas em valores elevados, não foram registradas e os adquirentes não comprovaram o seu pagamentos, além do autuado não ter apresentado o Livro Registro de Inventário referente ao exercício de 2001 e as notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas dos exercícios de 2001 a 2003.

Entendo que a infração não está caracterizada, pois não há nenhuma prova nos autos de que as notas fiscais foram utilizadas com o intuito de fraude, sendo, por este motivo, inidôneas com base no art. 209, VI do RICMS/97. Contudo, verifico o cometimento de outra infração, que é a falta de recolhimento do imposto em razão da falta de registro de notas fiscais referentes a saídas de mercadorias tributáveis.

Em relação à infração 3, o relator assim se pronunciou:

No tocante à Infração 3, na qual é exigido imposto apurado por meio de arbitramento, verifico que o autuante demonstrou a necessidade da realização do arbitramento, autorizado pelo art. 937, II do RICMS/97, comprovando a omissão de lançamentos nos livros fiscais de 1.322 notas fiscais, bem como elaborou o Termo de Fiscalização exigido pelo art. 939, I e seu parágrafo único, do citado regulamento.

Contudo, ao elaborar o arbitramento, o autuante apenas multiplicou a quantidade de notas fiscais não registradas pelo valor do menor crédito fiscal constante das notas fiscais não registradas recuperadas pela fiscalização, sem utilizar nenhum dos métodos previstos no §1º do art. 22 da Lei nº 7.014/96, regulamentado no art. 938 do RICMS/97.

Desta forma, entendo que não foi observado o devido processo legal para elaboração do arbitramento, sendo nula a infração. Ressalto ainda que a realização do arbitramento deve compreender todas as operações tributáveis do autuado, registradas ou não, abrangendo inclusive a falta de recolhimento do imposto referente à Infração 01, não podendo se limitar apenas às operações omitidas, e devendo ser abatidos os valores efetivamente recolhidos e os créditos porventura devidos. Diante do exposto, com base no art. 21 do RPAF/99, recomendo a realização de nova ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, para exigência do imposto devido.

Considerando que o montante da desoneração do autuado ultrapassava o valor previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

No presente Recurso de Ofício, está sendo submetida à apreciação desta 2ª CJF a Decisão proferida pela 1ª JF que julgou improcedente e nula as infrações 1 e 3, respectivamente.

Quanto à infração 1, foi acertada a Decisão proferida pela Primeira Instância, uma vez que não há provas nos autos de que as seis notas fiscais arroladas na autuação (fls. 16 a 22) foram utilizadas com o intuito comprovado de fraude. Como foi bem ressaltado na Decisão recorrida, o que está caracterizada nos autos é a falta de recolhimento do imposto em razão da falta de registro de notas fiscais, porém isso é outra acusação, a qual não foi objeto do presente lançamento.

No que tange à infração 3, também foi acertada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, pois, apesar de justificar-se a aplicação do arbitramento, a metodologia empregada não tem respaldo na legislação tributária estadual.

No Auto de Infração, o autuante afirma que utilizou o método previsto no inciso I-B do art. 938 do RICMS-BA, o qual prevê:

Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

[...]

I-B - tomando-se o valor das operações consignadas em documentos fiscais coletados e/ou informações oriundas de fornecedores ou destinatários, com os quais o contribuinte mantenha 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);

Analisando os demonstrativos de fls. 23 e 26, onde foi feito o cálculo do arbitramento da base de cálculo do imposto, verifica-se que o critério ali aplicado não foi exatamente o mesmo previsto no dispositivo regulamentar transcrito acima. Além disso, os citados demonstrativos evidenciam que, no arbitramento realizado, não foram observadas as determinações contidas no § 2º do art. 938 do RICMS-BA, quais sejam:

§ 2º Do valor do imposto apurado através de arbitramento, serão deduzidos o saldo do crédito fiscal do período anterior, os créditos destacados em documentos fiscais relativos ao período, bem como o valor do imposto pago correspondente às operações e prestações, cujos valores serão atualizados monetariamente na forma deste artigo, quando cabível.

Considerando que o método aplicado pelo autuante não tem respaldo na legislação tributária, a exigência fiscal é nula e, portanto, foi correta a Decisão da Primeira Instância.

Ressalto que, nos termos do art. 21 do RPAF/99, deverá a INFAZ Eunápolis providenciar o refazimento da ação fiscal referente à infração 3, a salvo de falhas e, sendo cabível o arbitramento, que o seja refeito, a salvo de falhas.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, homologando a Decisão recorrida, a qual não carece reparos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293259.1201/04-2, lavrado contra **GAIVOTA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.579,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e recomendar a realização de nova ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, para exigência do imposto devido relativo à Infração 3.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS