

A. I. Nº - 293259.1201/04-2
AUTUADO - GAIVOTA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 13.09.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0319-11/05

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. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. 3. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2004, impõe ao autuado as seguintes infrações:

01. 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;
02. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, no mês de janeiro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 3.579,50;
03. 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.

Consta nos autos o Termo de Fiscalização (fl. 15), onde o autuante justificou a adoção do arbitramento afirmando que o autuado emitia notas fiscais em valores elevados, com intuito comprovado de fraude, não registrava na escrita fiscal e não recolhia o imposto devido, além de não ter apresentado o Livro Registro de Inventário no exercício de 2001 e as notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas nos exercícios de 2002 e 2003. Acrescentou que o autuado não registrou a emissão de 1.322 notas fiscais de saídas e que os adquirentes de algumas notas fiscais

que foram recuperadas pela fiscalização não comprovaram as entradas das mercadorias nos estabelecimentos nem o seu pagamento.

O autuado apresentou manifestação (fls. 142 e 143), onde alegou que não recebeu o Auto de Infração e os seus anexos, pois somente foi remetida a intimação via correios, requerendo a devolução de prazo para defesa.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 149), propôs o envio de nova intimação, com cópia do Auto de Infração.

O autuado apresentou defesa (fls. 153 a 161), onde afirmou que as três infrações estão interconectadas entre si e são de improcedência indubidosa. Disse que toda a acusação fiscal foi originada da Infração 01, não assistindo razão ao autuante para estendê-la à Infração 03, promovendo um arbitramento fiscal, sem critério e fundamento, não se podendo admitir que uma pequena empresa possa gerar tributos no montante de 7,6 milhões de reais.

Asseverou que a assertiva de que houve emissão de notas fiscais de valores elevados, no intuito de gerar créditos inidôneos, não passa de um juízo de valor “subjetivo, presunçoso, premonioso”, sem qualquer compromisso com critérios técnicos de consistência probatória indispensável à materialização da acusação, tendo as notas fiscais acobertado as mercadorias ali discriminadas, sem que o autuante tivesse provado o contrário.

Declarou que o arbitramento configura bi-tributação, visto que a Infração 01 esgota a acusação perpetrada, e que só deveria ser aplicado após o autuante esgotar todos os meios de oferecer ao autuado a oportunidade de mostrar a sua receita, despesa, lucro, estoque, caixa, etc., transcrevendo doutrina de Samuel Monteiro e Hugo de Brito Machado e ementa de julgado do TRF da 1ª Região. Requeru a nulidade do arbitramento e a improcedência do Auto de Infração pela falta de prova das acusações nele perpetradas.

VOTO

O presente Auto de Infração exige imposto do autuado pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis mediante a utilização de documentos fiscais inidôneos nas operações de saída e pela falta de seu recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, e apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo sido comprovada a sonegação do imposto e não sendo possível conhecer o montante sonegado.

Na Infração 01, 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.

Quanto à Infração 02, que se refere à falta de antecipação tributária nas aquisições de bebidas alcoólicas – vodka e whisky - da empresa Seagram do Brasil Ind. e Com. Ltda., situada no Estado de Pernambuco, mediante as Notas Fiscais nºs 13.382 a 13.384 e 13.463, constato que está

devidamente demonstrada nos autos, não tendo o autuado efetuado defesa específica a esta infração, apenas alegou a sua improcedência e afirmou que estaria relacionada à Infração 01. Desta forma, com base no art. 143 do RPAF/99, entendo que a Infração 02 é subsistente.

No tocante à Infração 03, 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.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor total de R\$ 3.579,50, sendo insubstancial a Infração 01, caracterizada a Infração 02 e nula a Infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293259.1201/04-2, lavrado contra **GAIVOTA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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 03.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR