

PROCESSO - A. I. Nº 298963.0033/05-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EDDIE LACERDA & FILHOS LTDA. (CASA LACERDA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0047-05/06
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0147-12/06

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Inexistência de elementos que justifiquem o arbitramento. Infração nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração mantida em parte com correção de valores. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela Colenda 5ª JJF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/00, contra a referida Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº JJF 0047-05/06, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Recurso de Ofício tem por objeto a análise das infrações 2 e 3, integrantes do presente Auto de Infração, julgadas, respectivamente, nula e parcialmente procedente em Primeira Instância, tendo sido assim lançadas:

- Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de omissão de lançamento nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento, exigindo-se imposto no valor de R\$106.139,34, com multa de 100%, nos meses de julho de 2004 a junho de 2005 e;
- Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, cobrando-se multa de 10%, referente aos meses de janeiro e agosto a dezembro de 2002 e abril a agosto de 2003, importando na exigência de R\$994,24.

Às fls 264 e 265 o autuante consignou no Termo de Fiscalização que, ao mensurar as vendas exclusivamente tributadas nos dias 23, 26, 27, 28 e 29 de abril de 2004; 10, 11, 18, 19 e 20 de maio de 2004, bem como nos dias 3, 9, 15, 19 e 30 de junho daquele ano, apurando-se assim a média de arrecadação prevista no art. 938, I-A, do RICMS, estendendo a mesma para todo o período fiscalizado, sendo o imposto apurado através do cotejamento entre a aludida média e o efetivamente recolhido. Ressaltou o autuante que a infração foi fundamentada no inciso IX, do artigo 937, do RICMS.

Às fls 331 e 332, o contribuinte requereu parcelamento do débito, integralmente quanto à infração 1, e parcialmente quanto a infração 3. O pedido foi deferido em 1º de outubro de 2005, tendo sido recolhida a parcela inicial em 11/10, daquele ano.

O autuado interpôs defesa administrativa (fls 341 a 349), reconhecendo a infração 1 e se comprometendo a efetuar o recolhimento no prazo legal. Na infração 3, requereu apenas a exclusão de duas notas fiscais, nos valores de R\$1.175,74, emitida em 26/08/2002 e R\$683,78, emitida em 08/08/2003, por se destinarem a outros contribuintes. Rebateu a infração 2, considerando esta uma teratologia jurídica.

O autuado interpôs defesa administrativa, observando, quanto à infração 2, que o autuante, no curso de uma operação fiscalizatória denominada “Operação Ponto Fixo”, acompanhou a movimentação econômica do estabelecimento defendente e apurou pelos documentos fiscais decorrentes das operações de compra e venda lá ocorridos, o montante de ICMS devido e recolhido em tal período que teve média de R\$50.251,08. Diante desse valor, a autoridade fiscal simplesmente notificou o defendente que, dali por diante, estaria o mesmo obrigado a recolher esse valor. Salientou que, em termos práticos, esta infração nada mais é do que um arbitramento para “frente”, criando assim uma base de cálculo ficta. Ressaltou que o caput do art. 937, do RICMS, impõe a comprovação de três situações, efetivas e simultâneas, como pressuposto do arbitramento:

- a) o contribuinte incorrer na prática de sonegação fiscal;
- b) não for possível apurar-se o montante da base de cálculo e, por último, que o fisco não possa conhecer os montantes sonegados. Assinalou que, apesar dessa exigência, o Termo de Fiscalização aponta apenas os dispositivos incorridos, sem especificar os fatos que ensejaram a aplicação da penalidade ora em discussão. Salientou que, se foi possível apurar o ICMS médio pago pelo contribuinte, nada obstará que se apurasse a base de cálculo do imposto, procedimento que, por si só, invalidaria o arbitramento feito por confrontar-se com o caput do art. 937, do citado regulamento. Sustentou que a ocorrência da infração 1 é uma prova cabal da possibilidade de se apurar a base de cálculo do imposto, afastando, por si só, uma dos pressupostos do arbitramento. Rechaçou o eventual uso da infração 1 como comprovação do cometimento do crime de sonegação fiscal, porquanto, de acordo com a Lei nº 4.729, exige-se que haja a vontade livre e consciente de exonerar-se do pagamento do tributo e não um mero ato culposos. Insistiu que para se autorizar o arbitramento, faz-se necessário que se verifique, simultaneamente, a impossibilidade de apuração da base de cálculo real e o dolo específico, fatos que alega não terem ocorrido na presente ação fiscal. Informou que toda a sua documentação estava ao dispor do fisco e o manuseio destas comprovaria a regularidade de sua escrita fiscal, mas o autuante, ao invés de examinar a referida documentação, preferiu arbitrar o faturamento do estabelecimento, ignorando as exigências legais. Esclareceu que um dos princípios do direito tributário é a busca pela administração da verdade real, o que significa dizer que não pode o fisco pretender o recolhimento de imposto a mais que o devido, porque não pode haver vantagem legítima que não esteja vinculada aos estritos ditames da lei. Transcreveu trecho do Parecer de Luiz Rogério Sawaya Batista nesse sentido. Descreveu o arbitramento como medida de exceção que deve ser aplicada com cautela e forma criteriosa.

Finalizou suplicando a improcedência da autuação e dispensa das cominações acessórias (multas punitivas, de mora e juros). Requereu também perícia contábil nos documentos apresentados com o fim de apurar o ICMS efetivamente devido. Postulou também pela apresentação de novos documentos, se necessário forem.

O autuante, em informação prestada, reconheceu que as Notas Fiscais de nº 91990, no valor de R\$1.175,74 e a de nº 34379, esta no montante de R\$683,78, devem ser excluídas da infração 3. Quanto à infração 2, disse que o fisco comprovou, através de documentos constantes neste PAF, que o contribuinte declarava uma arrecadação menor do que a efetivamente lançada, e que esta diferença não era lançada nos livros fiscais próprios, nem na escrita geral do contribuinte, fato que impedia ao fisco de alcançar os valores não oferecidos à tributação. Sustentou que os procedimentos adotados foram os constantes dos art. 937 e 938, ambos do RICMS.

Através do Acórdão JJF N.º 0047/05-06, a 5ª JJF julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, manifestando, quanto às infrações 2 e 3, o seguinte entendimento:

- a) inicialmente, quanto a infração 3, decidiu a primeira instância que *“O autuante em sua informação fiscal admitiu que incorreu em erro ao computar as notas de nº 34379 e 91990 no levantamento feito para a infração 3, concordando assim com o pedido do contribuinte”*, ressaltando, ainda, que *“Da análise dos autos, constato que estes documentos fiscais têm como destinatários contribuintes distintos do autuado”*, assistindo razão ao autuado ao

requerer a exclusão dessas notas fiscais do débito apurado para a infração 3, conforme demonstrativo indicado no voto proferido;

- b) no que concerne à infração 2, entendeu o *a quo* “*que os motivos alegados pelo autuante como ensejadores do arbitramento: omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento e qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado (incisos II e IX do art. 937) não restou provado nos autos no período objeto da autuação*”; além disso, “*não se juntou ao PAF a prévia autorização do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do contribuinte, conforme determina o § 8º, do artigo 938, do citado regulamento*”, razão pela qual é “*contraditório que em determinado momento o autuante se utilize da escrita contábil e fiscal da empresa, como foi o caso da infração 1 e em outra situação a desconsidere, se valendo do arbitramento (infração 3)*”, apresentando-se nula a infração;

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância. Senão, vejamos.

No que tange à infração 3, tida como parcialmente procedente em primeira instância, restou demonstrado que o autuante, como ele mesmo confessou, incorreu em erro ao computar as Notas Fiscais de nºs 34379 e 91990, sem prejuízo do fato de que tais documentos têm como destinatários contribuintes absolutamente distintos do autuado, razão pela qual deve ser mantida a Decisão recorrida.

Outrossim, de referência à infração 2, como assinalado no Acórdão lavrado em primeira instância, não logrou êxito o autuante em demonstrar a efetiva existência dos motivos ensejadores do arbitramento, a saber: omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento e qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, bem como o pressuposto indispensável de que o fisco não possa conhecer o montante sonegado (incisos II e IX do art. 937).

Ademais, não foi adimplida, previamente, uma das obrigações do Fisco Estadual para a adoção do método do arbitramento, qual seja, a autorização do Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do contribuinte, à luz do quanto disposto no o § 8º, do artigo 938, do RPAF. Ora, no mínimo contraditório se apresenta o procedimento adotado pelo autuante que, quanto à infração 1, se utilizou da escrita contábil e fiscal da empresa, desconsiderando-a em outra situação, como no caso do arbitramento.

Flagrante, pois, a NULIDADE da mencionada infração 2.

Ex positis, em face do quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo a Decisão de Primeira Instância em toda a sua inteireza.

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 **298963.0033/05-6**, lavrado contra **EDDIE LACERDA & FILHOS LTDA. (CASA LACERDA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.283,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$808,31, prevista no art. 42, IX, da mesma lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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