

PROCESSO - A. I. Nº 207143.0007/05-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RAIMUNDO ALVES DE JESUS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0167-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que o procedimento fiscal foi conduzido de forma insegura, pois não ficou claro o método utilizado na apuração da base de cálculo. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta nos termos do art. 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja declarado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, por entender que o lançamento tributário padece de vícios irremediáveis, os quais ensejam a declaração de nulidade absoluta.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.279.384,19, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil.

Tendo em vista que o autuado não pagou o valor exigido no Auto de Infração e nem apresentou defesa, foi lavrado o respectivo Termo de Revelia (fl. 51).

No exercício do controle da legalidade, a PGE/PROFIS, por meio da procuradora do Estado, Dra Cláudia Guerra, em despacho à fl. 61, encaminhou o processo à assessoria técnica da PROFIS, para que fosse verificado se foi regular o arbitramento utilizado pelo fiscal, vez que realizado com base no método previsto no art. 938, I, “f”, do RICMS-BA, o qual trata de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Por meio do Parecer PROFIS/ASTEC Nº 111/05 (fls. 62 a 66), a assessoria técnica da PGE/PROFIS afirma que há contradição nos documentos relacionados ao procedimento adotado pelo autuante. Explica que, segundo os demonstrativos de fls. 12, 18, 25, 32 e 45, o arbitramento foi efetuado com base no que *dispõe o art. 937, I, combinado com o art. 918, I, alínea ‘f’ do RICMS/97*. Contudo, consta na fl. 1 do Auto de Infração, o arbitramento foi realizado com base no (...) *artigo 937, inciso I com artigo 938, inciso I, alínea g* (...).

Após transcrever o disposto no art. 938, I, do RICMS-BA, o parecerista diz que, tendo em vista o percentual de 30% utilizado nos demonstrativos de fls. 12, 18, 25, 32 e 45, a conclusão mais lógica é que o arbitramento foi efetuado com base no disposto no art. 938, I, “g”, do RICMS-BA. Corroborando essa conclusão salienta que o Anexo 88 não indica qualquer percentual de 30%, quando trata da atividade principal do autuado, a qual trata de abate de bovinos e preparação de carnes – CNAE-FISCAL 1511301.

Prosseguindo, o parecerista ressalta que não foram considerados pelo autuante créditos fiscais relativos a possíveis aquisições feitas pelo autuado, conforme se pode ver nos demonstrativos acostados às fls. 12, 18, 25, 32 e 45. Diz que esses créditos, se existentes, tenderiam a reduzir o

valor da autuação, porém só poderiam ser computados à vista dos respectivos documentos fiscais.

Aduz que a forma lógica e matemática utilizada pelo autuante para apurar o débito tributário está de acordo com o art. 938, I, c/c § 2º, do RICMS-BA.

Afirma o parecerista que, *“neste caso, o arbitramento, apesar de ter o condão de apontar o montante das saídas supostamente sonegadas pelo contribuinte, já incluía a margem de lucro utilizada pelo estabelecimento (MVA), não implicaria, necessariamente, na possibilidade legal de exigência do ICMS”*.

Ao finalizar, o parecerista sustenta que *“qualquer que fosse o montante das saídas apuradas pela metodologia do arbitramento, estariam sob foco mercadorias saídas ao abrigo de operações não tributáveis, pelo que não haveria de se falar em cobrança do tributo estadual. No máximo, caberia aplicação de multas, por eventuais descumprimentos de obrigações de caráter acessório”*.

Considerando o Parecer supracitado, a Dra. Cláudia Guerra interpõe a Representação de fls. 67 a 70, onde afirma que o arbitramento foi efetuado sem que o autuante esclarecesse o método e o critério adotados. Sustenta a i. procuradora que não restou esclarecido nos autos qual o método do arbitramento utilizado pelo autuante, o que acarreta a nulidade do lançamento. Menciona que o arbitramento deve ser feito com bastante cautela, a fim de verificar o exato valor da operação tributável em atenção ao princípio da capacidade contributiva. Cita doutrina em apoio aos argumentos expendidos.

Prosseguindo, a ilustre procuradora diz acreditar *“que, salvo melhor juízo, a forma de apuração da base de cálculo pelo arbitramento, a indicação do tipo de mercadoria considerada, bem como o enquadramento legal adotado quando da quantificação do imposto devido não foram claramente explicitadas pelo preposto fiscal. Este fato, portanto, acabou por cercear o direito de defesa do contribuinte, violando o previsto pelo art. 5º da Constituição Federal, uma vez que não teria como se contrapor aos valores arbitrados e aduzir se foram os mesmos apurados de acordo com a legislação que rege a matéria”*.

Com fulcro no art. 119, II e § 1º, do COTEB, a ilustre procuradora do Estado representara ao CONSEF, a fim de que seja declarado Nulo o Auto de Infração.

Conforme despacho à fl. 71, o Dra. Ana Carolina Moreira, procuradora do Estado, e o Dr. Jamil Cabús Neto, procurador chefe da PGE-PROFIS, ratificaram a supracitada Representação.

VOTO

Na Representação interposta, a ilustre procuradora argumenta que a forma de apuração da base de cálculo pelo arbitramento, a indicação do tipo de mercadoria considerada, bem como o enquadramento legal adotado não foram claramente explicitadas pelo preposto fiscal, o que acabou por cercear o direito de defesa do contribuinte.

Quanto ao método utilizado para o arbitramento do montante da base de cálculo do imposto devido, entendo que o procedimento do autuante foi correto, encontra-se previsto no inciso I do art. 938 do RICMS-BA e está evidenciado algebricamente nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração. A seguir, transcrevo o art. 938, inciso I, do RICMS-BA, para melhor entendimento da questão:

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

I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior, atualizado

monetariamente, serão adicionados os valores, também atualizados, das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA):

O exame dos demonstrativos de fls. 12, 18, 25, 32, 39 e 45, onde foram apuradas as bases de cálculos arbitradas, comprova que o método utilizado pelo autuante foi o previsto no inciso I, transcrito acima. Corroborando esse fato, saliento que o parecerista da assessoria técnica da PGE/PROFIS também entendeu que a forma lógica e matemática utilizada pelo autuante para apurar o débito tributário estava de acordo com o art. 938, I, do RICMS-BA.

Admito que pode ter havido equívoco na determinação do percentual da margem de valor agregado cabível – percentuais previstos nas diversas alíneas do inciso I do art. 938 do RICMS-BA. Todavia, esse hipotético erro na especificação do percentual da margem de valor agregado, isso é, na indicação da alínea correta, caso reste comprovado, poderá ser objeto de retificação mediante uma nova Representação, sem que enseje a nulidade do lançamento.

Também observo que, nos demonstrativos de fls. 12, 18, 25, 32, 39 e 45, onde foram apuradas as bases de cálculos arbitradas, consta que o arbitramento foi feito em conformidade com o que dispõe o art. 937, I, combinado com o art. 918 (sic), I, alínea “F”, do RICMS-BA. Contudo, trata-se de um mero erro de digitação, o qual não é capaz de nulificar a autuação, pois o artigo correto (938) foi citado no corpo do Auto de Infração e, além disso, os demonstrativos deixam patente que o método utilizado foi o previsto no art. 938, I, do RICMS-BA.

Quanto às mercadorias comercializadas, observo que a atividade principal do contribuinte era o abate de bovinos e preparação de carnes, conforme o seu CNAE-FISCAL 1511301. Esse fato é corroborado pelos extratos do SIDAT acostados aos autos.

Em face do acima comentado, considero que os erros no enquadramento legal não ensejam a nulidade do lançamento e que o método utilizado no arbitramento está previsto na legislação. Além disso, está evidenciado nos autos o gênero de mercadorias comercializadas.

Na sessão de julgamento, foi salientado por membros desta 2ª CJF que é possível que não haja motivação suficiente para o arbitramento realizado, cabendo à PGE/PROFIS analisar essa hipótese e, sendo o caso, efetuar nova Representação.

Dessa forma, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação interposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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