

A. I. Nº - 298963.0033/05-6
AUTUADO - EDDIE LACERDA & FILHOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CALMON ANJOS DE SOUZA
ORIGEM - INFAC VALENÇA
INTERNET - 22/02/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0047-05/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração reconhecida. 2. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSEERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Inexistência de elementos que justifiquem o arbitramento. Infração nula. 3 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. Rejeitado o pedido de diligência. Decisão unânime. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em 29/09/2005, exigindo imposto no montante de R\$121.423,21, mais multas de 70% e 100%, e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$994,24, em razão das seguintes ocorrências:

I – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior volume monetário – o das saídas tributáveis. O débito foi apurado para os exercícios de 2002 (R\$8.578,45) e 2003 (R\$6.705,42), totalizando este em R\$15.283,87, com multa de 70%;

II – 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;

III – 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 264/265 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 331/332, o contribuinte requereu parcelamento do débito, integralmente quanto a 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 341/349), 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.

Observou que na infração 2, o autuante no curso de uma operação fiscalizatória denominada “Operação Ponto Fixo”, acompanhou a movimentação econômica do estabelecimento defendant 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 defendant 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 obstaria 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 4.729, exige-se que haja a vontade livre e consciente de exonerar-se do pagamento do tributo e não um mero ato culposo. 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 quê 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 pela 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 (fl. 796) 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 a 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 do RICMS.

VOTO

O sujeito passivo tributário reconheceu expressamente o cometimento da infração 1 e parcialmente a de nº 3. 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. Da análise dos autos, constato que estes documentos fiscais têm como destinatários contribuintes distintos do autuado. Razão assiste ao autuado quando requer a exclusão dessas notas fiscais do débito apurado para a infração 3. Entendo que não há mais lide para as infrações 1 e 3, motivo pelo qual não me detengo na análise das mesmas. Mantenho dessa forma, integralmente a infração 1 e parcialmente a 3, esta última conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliquota %	Multa %	Valor Histórico	Valor em Real
17/01/2002	09/02/2002	504,74	0	10	50,47	50,47
11/09/2002	09/10/2002	708,70	0	10	70,87	70,87
24/10/2002	09/11/2002	785,00	0	10	78,50	78,50
30/11/2002	09/12/2002	290,54	0	10	29,05	29,05
19/12/2002	09/10/2003	268,85	0	10	26,89	26,89
30/04/2003	09/05/2003	3.112,00	0	10	311,20	311,20
11/08/2003	09/09/2003	2.413,32	0	10	241,33	241,33
Total					808,31	808,32

Quanto a infração 2, apesar do contribuinte ter considerado esta como uma teratologia jurídica, esclareço que o procedimento, mais conhecido pela Fiscalização como “Ponto Fixo”, está albergado pela legislação posta – Lei nº 7.981/01, sendo disciplinado pelos artigos 937 e 938 do RICMS. Esclareço que esta não é uma medida desconhecida do nosso sistema jurídico, uma vez que a legislação federal a contém, sendo mais um dos procedimentos fiscais à disposição da Receita Federal, que com o arbitramento pretende obter o valor próximo àquele que foi omitido à tributação. Assim não cabe o argumento defensivo quanto à inaplicabilidade do arbitramento por estar assim criando uma base de cálculo ficta, pois como foi dito esta é a intenção desse tipo de procedimento fiscal. A própria Lei Complementar 87/96, em seu art. 18, admite a possibilidade do arbitramento desde que sejam omissos ou não mereçam fé às declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial. Ressalto que não se está aqui apurando a existência de ilícito penal, mas sim a responsabilidade tributária, que independe da intenção do agente. Feitas essas considerações, observo 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. Também 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.

De outra forma, parece-me 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). Dessa forma, tenho como nula a infração 3, com base no art. 18, IV, "a" do RPAF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir imposto no valor de R\$15.283,87 e multa pelo descumprimento de obrigação acessória no importe de R\$808,31, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298963.0033/05-6, lavrado contra **EDDIE LACERDA & FILHOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.283,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$808,31, previstas no art. 42, IX, da mesma lei, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR