

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0037/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. (LOJÃO DA EMBALAGEM)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0272-03/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/11/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0313-11/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO NA FORMA DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO LANÇADO DE OFÍCIO. Inexistência de elementos que justifiquem o arbitramento. Súmula nº 05 do CONSEF/BA: Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Mantida a Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3ª JJF após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração epigrafiado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao Fisco de documentação fiscal e contábil.

Em Primeira Instância, inicialmente a relatora da JJF rejeitou a alegação de decadência dos fatos geradores do exercício de 2003 e indeferiu o pedido de diligência do sujeito passivo para ouvida da Assessoria Técnica deste Conselho, ao argumento de que se encontravam no processo os elementos suficientes à formação da sua convicção.

Em seguida, pontuou a relatora que, para a aplicação do método de apuração por arbitramento é indispensável que esteja comprovada a impossibilidade de apuração do montante real do imposto devido, conforme artigo 26 do COTEB, e artigo 937 do RICMS/BA. Ressaltou, ainda, que o autuante afirma, na cópia do Termo de Encerramento de Fiscalização de fls. 82 a 85, que não foram apresentadas, em relação ao exercício de 2003, as leituras Reduções “Z” referentes a novembro e dezembro e o Livro Caixa 2003 e, ainda, em relação a 2004, não lhe foram entregues as Notas Fiscais série D-1 nºs 41601 a 41900, bem como as referentes a setembro a dezembro e o Livro Caixa 2004.

Aduziu que o ICMS é declarado e lançado por homologação, por períodos mensais de apuração, assistindo razão ao autuado ao alegar que, ainda que alguns roteiros de auditoria não pudessem ter sido realizados em relação a alguns meses objeto da fiscalização, outros roteiros poderiam ter sido realizados.

Passa a exemplificar quais roteiros entende poderiam ter sido aplicados pelo autuante, como:

- a) o roteiro de auditoria em empresa de pequeno porte, relativamente a todos os meses de 2003, uma vez que o preposto do Fisco não nega que lhe foram apresentadas todas as notas fiscais daquele exercício;

- b) a auditoria em cartões de débito e crédito nos exercícios de 2003 e de 2004, em relação a todos os vinte e quatro meses, desde que o Fisco detivesse os relatórios de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF disponibilizados no sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, ainda que o contribuinte não tenha apresentado as Reduções “Z” referentes a dois destes meses, cabendo ao contribuinte comprovar que realizara a emissão de documentos fiscais relativos às vendas cujos pagamentos houvessem sido realizados por meio de cartões de débito/crédito;
- c) roteiro de antecipação parcial e por substituição tributária, uma vez que nestes roteiros utiliza-se, basicamente, as notas fiscais de entradas, e o autuante não indica que tais documentos lhe foram negados, em qualquer dos dois exercícios e;
- d) roteiro de auditoria de caixa, a partir de novos documentos que o autuante pedisse ao sujeito passivo, a exemplo de comprovantes de despesas mensais, dos quais o preposto do Fisco não alega que lhe foram negados.

Afirma, assim, que independentemente da possibilidade de realização de outros roteiros de auditoria, além daqueles citados, a possibilidade de apenas um destes já inviabiliza a aplicação do método do arbitramento da base de cálculo, uma vez que o Fisco poderia ter aplicado outros procedimentos fiscais em lugar da realização do arbitramento.

Em conclusão, acata o pedido de declaração de nulidade do procedimento fiscal, por vício na forma de apuração da regularidade do cumprimento da obrigação tributária principal nos exercícios de 2003 e de 2004, conforme termos da Súmula nº 5 deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, já que restou patente nos autos que não está comprovada a impossibilidade da execução recomendando à autoridade fazendária a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções.

Ao final, a Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 7.851/99.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância quando concluiu pela nulidade do presente Auto de Infração.

E, de fato, o procedimento do arbitramento é medida extrema, que requer para sua incidência a estrita observância às regras que tratam da sua aplicabilidade.

Como bem ressaltou o julgado de Primeira Instância, para a aplicação do método do arbitramento e indispensável, nos termos do art. 937 do RICMS, que o contribuinte tenha incorrido na prática de sonegação do imposto e não seja possível apurar o montante real da base de cálculo. Tais condicionantes, entretanto, não se fizeram presentes no Auto de Infração em tela.

Assim, não há comprovação nos autos que ocorreu sonegação do imposto e muito menos que não fosse possível apurar o montante real da base de cálculo através de outros métodos.

Aliás, a Relatora da JFJ apontou diversos outros roteiros que poderiam ter sido adotados pelo autuante com base nos elementos disponíveis, a exemplo de auditoria de cartão de crédito e débito, roteiro de antecipação parcial, dentre outros que apontou, sem necessidade das reduções Z dos meses de novembro e dezembro de 2003 ou dos seus livros Caixa dos exercícios de 2003 e 2004, ou ainda das notas fiscais serie D-1 citadas, documentos que não foram apresentados pelo sujeito passivo e que motivaram a aplicação do arbitramento pelo autuante.

Registre-se que, como comprovam as intimações e termos de arrecadação de livros e documentos acostados aos autos pelo próprio autuante – fls. 08 a 12 dos autos - outros documentos, livros e

elementos foram entregues pelo sujeito passivo, que permitiriam a adoção de outros roteiros. Registre-se, ainda, que embora dispensada de escrituração de livros, a empresa acosta aos autos livros Registro de Entrada dos dois exercícios objeto da autuação, em uma demonstração da possibilidade de aplicabilidade de outros roteiros.

A jurisprudência consubstanciada nas decisões reiteradas deste Conselho, através das Juntas de Julgamentos Fiscais, Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, inclusive objeto da Súmula CONSEF nº 5, é no sentido de que o arbitramento constitui um procedimento excepcional. É um método de apuração do imposto que pressupõe a impossibilidade da aplicação de qualquer outro método de auditoria, em virtude da falta de apresentação ao fisco da escrita fiscal ou contábil ou dos documentos comprobatórios dos registros, ou quando comprovada sua imprestabilidade em virtude de vícios, erros ou deficiências dos lançamentos fiscais ou contábeis. Arbitramento é um procedimento legítimo, desde que seja efetuado quando e como prevê a legislação.

Por sua vez, a legislação ao estabelecer quando é admissível o arbitramento, indica os pressupostos que o justificam e estabelece os critérios ou métodos a serem adotados pelo auditor fiscal na fiscalização. Caso o agente fiscal não obedeça a essas regras, o lançamento é nulo de pleno direito.

Do exposto, comungando inteiramente com todos os fundamentos expostos no voto da JJF, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração epigrafado, ao tempo que recomendamos a renovação da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 NULO o Auto de Infração nº 206825.0037/08-4, lavrado contra **AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. (LOJÃO DA EMBALAGEM)** Recomenda-se a renovação da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS