

PROCESSO - A. I. Nº 279467.0014/09-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TCL TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0357-05/09
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 03/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0352-12/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. ARBITRAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Embora seja razoável a aplicação do arbitramento, haja vista a falta de exibição de documentos ao fisco, o procedimento foi conduzido de forma irregular. Utilização de método não condizente com os previstos na legislação para arbitramento. Item NULO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AÇÚCAR. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. Imposto apurado a partir da base de cálculo arbitrada. Declarada a nulidade do arbitramento, o item em exame é também nulo. Improriedade da exigência fiscal. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, à luz do quanto disposto no 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, em face da R. Decisão pela mesma proferida que julgou procedente em parte o Auto de Infração, lavrado em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Pelo não atendimento das três intimações. Valor da multa: R\$ 1.380,00.
2. Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação de documentação fiscal e contábil. Referente à saída de açúcar sem o devido pagamento do ICMS, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Os demonstrativos, em anexo, foram elaborados com base em informações colhidas nos sistemas da SEFAZ, tendo em vista que o autuado deixou de apresentar os documentos solicitados nas três intimações anexas ao processo. Valor do ICMS: R\$ 251.185,19.
3. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Referente à saída de açúcar sem o devido pagamento do ICMS substituição/antecipação, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Os demonstrativos, em anexo, foram elaborados com base em informações colhidas nos sistemas da SEFAZ, tendo em vista que o autuado deixou de apresentar os documentos solicitados nas três intimações anexas ao processo. Valor do ICMS: R\$ 50.237,04.

Em sua peça impugnatória, o contribuinte inicialmente informou “já estar ciente” da infração 1.

No que se refere à infração 2 do lançamento, declarou que o auditor fiscal autuou a empresa com base em informações colhidas nos sistemas da SEFAZ. Todavia, prossegiu, não foi observado pelo autuante que estas informações, extraídas da DMA, referem-se o ativo imobilizado da empresa e não a operações com açúcar, com Registro, ainda, que só passou a exercer atividade de compra e ve

01/10/2007. Juntou cópia reprográfica de livros fiscais e notas fiscais e comprovante de pedido de AIDF. Afirmou que a cobrança deste item é indevida.

Relativamente à infração 3, argumentou que os valores já haviam sido autuados no Auto de Infração nº 298951.1207/07-7, pelo Auditor Fiscal, sr. Edjalma Ferreira dos Santos, em relação à aquisição dos bens para o ativo imobilizado. Disse, ainda, que “...somente a circulação de mercadorias constitui fato gerador do ICMS e, no caso em análise, tal fato não ocorreu, visto se tratar de hipótese de compra de maquinário destinado ao Ativo Imobilizado, aí se encerrando a exigência do ICMS. Entende não haver que se falar em nova tributação para que não seja cobrado imposto em duplicidade, pois assim se estaria infringindo o Código Civil Brasileiro”.

Requeru, liminarmente, a decretação de nulidade do presente Auto de Infração. No mérito, afirmou que a obrigação tributária lançada não pode prevalecer, pois, se baseia em aplicação de multa que contraria o que diz a letra da lei, bem como na falta de verificação dos livros fiscais de entrada do autuado.

Em seguida, formulou pedido pela improcedência ou procedência parcial do Auto de Infração, requerendo, também, provar o alegado por meio das provas em direito admitidas.

Em sede de informação fiscal, o autuante observou, inicialmente, que a atividade econômica principal do estabelecimento autuado é fabricação de açúcar de cana refinado (código nº 1072401) e que o contribuinte foi regularmente intimado, por três vezes, não tendo apresentado a documentação solicitada. Declarou, ainda, que, conforme Notas Fiscais nºs 387 e 388, integrantes do Auto de Infração nº 2328930621/09-3, lavrado também em 16/06/09, pela fiscalização do trânsito de mercadorias, fica comprovado que o autuado realiza operações com açúcar de forma habitual. Mais à frente, declarou que o autuado se limitou a apresentar cópias de documentos fiscais, sem, contudo, comprovar a escrituração dos mesmos. Diante dessa situação, afirmou que procedeu ao arbitramento da base de cálculo do imposto, aplicando também a penalidade prevista na legislação pelo não atendimento das três intimações.

Ao finalizar, requereu a manutenção do presente Auto de Infração, entendendo que o mesmo se encontra plenamente fundamentado na legislação vigente.

Através do Acórdão JF nº 0357-05/09, decidiu a 5ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“O contribuinte, em relação à infração nº 1, não apresentou na peça defensiva argumentos no sentido de rechaçá-la. Não houve, portanto, contestação quanto à matéria fática. No que concerne ao enquadramento legal da conduta do sujeito passivo, entendemos correto o procedimento fiscal. Isto porque, após 3 (três) intimações, inseridas às fls. 6, 7 e 8 do presente PAF, ficou configurada a inércia do contribuinte, que deixou de apresentar os livros e documentos solicitados pelo auditor fiscal necessários à deflagração do procedimento de fiscalização. Configurada assim a obstrução aos trabalhos de auditoria fiscal, ensejando a aplicação da multa prevista no art. 42, inc. XX, letra “c”, da Lei nº 7.014/96, no montante de R\$ 1.380,00.

Em decorrência da inércia empresarial acima exposta, o auditor fiscal arbitrou a base de cálculo do ICMS, dos exercícios de 2004, 2005 e 2006, que resultou na formalização da infração nº 2. Prima facie, faz-se importante observar, que o método de arbitramento utilizado pelo autuante, tomando por base os valores de aquisição de bens para o ativo imobilizado, a saber veículos automotores, não se encontra previsto no art. 938 do RICMS. Aliás, o próprio autuante teve dificuldade de enquadrar este método, visto que no Auto de Infração, no campo destinado ao enquadramento do fato, citou o art. 938, para em seguida, se expressar da seguinte forma: “inc. ...# (a depender do método utilizado)#, alínea...# (a depender da mercadoria)# 124 # (se relativo a um único mês, ou) #, art. 938, § 3º# (se meses aglutinados)# do Decreto 6.284/97”. Em outras palavras, o Auto de Infração foi lavrado sem a determinação do enquadramento legal do método de arbitramento, fato que por si só levaria a nulidade do procedimento, visto que o lançamento é ato administrativo vinculado aos estritos termos da lei.

Não fosse o aspecto formal, acima exposto, nos deparamos também com óbices de natureza material. Senão vejamos. No período alcançado pelo arbitramento não restou caracterizado que o contribuinte tenha efetuado operações de compra e venda mercantis, visto que os dados da DMAs cor 2005 e 2006, anexadas ao PAF, não atestam este fato. Todos os dados apenas ativos fixos.

Ademais, no período autuado, não consta que o contribuinte tenha efetuado operações sujeitas à incidência do ICMS, relacionadas à obrigação principal, posto que não foram anexadas ao processo quaisquer provas atestando o pagamento de tributo, seja pelo regime normal ou por antecipação tributária. Consta no exercício de 2006, tão somente a exigência de R\$ 3.000,00, decorrente de dois Auto de Infração (doc. fl. 17). Por outro lado, as notas fiscais mencionadas pelo autuante para justificar a autuação se referem a operações ocorridas no exercício de 2009, portanto, subsequentes aos exercícios fiscalizados. Logo, a acusação de que a empresa promoveu operações de circulação de açúcar, nos exercícios objeto do arbitramento, não foi sequer demonstrada, ainda que por indícios. Ademais, a mera declaração de atividade comercial na DMA consolidada, no campo CNAE-fiscal, não prova que a empresa, de fato, tenha promovido operações de saídas de açúcar de cana refinado.

Pelas razões acima expostas, o item 2 do lançamento, seja sob o aspecto formal ou sob o aspecto material, revela-se desprovido de segurança, razão pela qual decreto a nulidade do mesmo, nos termos do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, reafirmando, ainda, que o método de apuração da base de cálculo arbitrada no presente Auto de Infração não se encontra previsto no art. 938 do RICMS/97. Assim, apesar de presentes, no caso em exame, os pressupostos para o arbitramento da base de cálculo do ICMS, em razão do não atendimento das intimações firmadas pelo autuante, verificamos que o método utilizado e a forma de apuração do tributo não atendem aos ditames da legislação em vigor.

No tocante à infração 3, na qual se exige o ICMS por substituição tributária em relação às operações com açúcar de cana, constatamos, a partir da leitura dos demonstrativos inseridos às fls. 9, 11 e 13, que a citada imputação parte dos cálculos advindos da infração 2. Sendo esta nula, a infração decorrente padece do mesmo vício, razão pela qual também declaro a invalidade da mesma.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para manter tão somente a infração 1. As infrações 2 e 3 são nulas, razão pela qual represento à autoridade fiscal competente para que renove a ação fiscal a salvo das falhas indicadas no presente voto.”

Às fls. 75/76 foram acostados aos PAF extratos do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT), referentes ao pagamento, em 21/01/2010, do valor de R\$1.463,08, correspondente à infração 1.

VOTO

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise e apreciação das infrações 2 e 3, julgadas nulas na Decisão recorrida.

No que se refere à infração 2, comungo com o entendimento externado na Decisão de *primo* grau, no sentido de que “o método de arbitramento utilizado pelo autuante, tomando por base os valores de aquisição de bens para o ativo imobilizado, a saber veículos automotores, não se encontra previsto no art. 938 do RICMS”.

Restou comprovado, inclusive, que o próprio autuante teve dificuldade de enquadrar o aludido método, tendo em vista que no Auto de Infração, no campo destinado ao enquadramento do fato, após ter sido citado o art. 938, foram utilizadas expressões absolutamente inconclusivas e inconsistentes, denotando que o presente Auto de Infração fora lavrado sem a determinação do enquadramento legal do método de arbitramento, fato que, por si só, redundaria na nulidade do procedimento, à luz do princípio da legalidade.

Todavia, além do aspecto formal supra invocado, também sob o aspecto material o lançamento de ofício padece de obstáculos intransponíveis.

Isso porque inexistem nos fôlios processuais qualquer comprovação de que o contribuinte tenha efetuado operações de compra e venda mercantis, especialmente porque os dados da DMA's consolidadas - exercícios de 2004, 2005 e 2006 -, anexadas ao PAF, não demonstram a ocorrência de tal fato. Ao revés, os documentos acostados apenas indicam que a empresa adquiriu ativos fixos.

Outrossim, inexistem nos autos qualquer demonstração indicando que, no período autuado, o recorrido tenha realmente realizado operações sujeitas à incidência do ICMS. vinculantes à obrigação principal, tendo em vista que não foram anexadas a atestando o pagamento de tributo, seja pelo regime normal ou p exercício de 2006, existe apenas a exigência de R\$ 3.000,00, resultant

Infração (doc. fl. 17), ao passo que as notas fiscais utilizadas pelo autuante para justificar a autuação se referem a operações ocorridas no exercício de 2009, ou seja, posteriores aos exercícios fiscalizados.

Destarte, como corretamente afirmado pelo *a quo* “a acusação de que a empresa promoveu operações de circulação de açúcar, nos exercícios objeto do arbitramento, não foi sequer demonstrada, ainda que por indícios”, sem prejuízo do fato de que “a mera declaração de atividade comercial na DMA consolidada, no campo CNAE-fiscal, não prova que a empresa, de fato, tenha promovido operações de saídas de açúcar de cana refinado”.

De referência à infração 3, da simples leitura dos demonstrativos jungidos às fls. 9, 11 e 13, percebe-se que a mencionada imputação toma como lastro os cálculos advindos da infração 2. Ora, tendo sido a mesma declarada nula, evidente que a presente infração também se encontra inquinada de vício insanável, devendo, de igual forma, ser mantida a Decisão recorrida.

Ex positis, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado, mantendo inalterada a Decisão recorrida, representando à autoridade fiscal competente para que renove a ação fiscal a salvo das falhas no que tange às infrações 2 e 3 e recomendando que sejam homologados os valores efetivamente recolhidos.

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 279467.0014/09-9, lavrado contra **TCL TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos. Representa-se à autoridade fiscal competente para que renove a ação fiscal a salvo das falhas quanto às infrações 2 e 3.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS