

**PROCESSO** - A. I. Nº 130610.0203/08-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MULTISERV LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0371-05/09  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 23/12/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0445-12/10

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. SUBFATURAMENTO. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Constatado que em todas as infrações não há segurança quanto ao seu cometimento, falta indicação das fontes, demonstrativos e critérios que conduziram à autuação. Implica, portanto em cerceamento de defesa para o contribuinte, pois não há elementos suficientes para se determinar com precisão o cometimento das infrações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Nulo o Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado em 25/09/2008 para exigir imposto no montante de R\$449.289,90, imputando ao recorrido a prática de quatro infrações, elencadas abaixo.

**Infração 1.** *Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (sub-faturamento comprovado). ICMS no valor de R\$ 162.591,90 e multa de 100%.*

**Infração 2.** *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 157.748,00 e multa de 60%.*

**Infração 3.** *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 124.950,00 e multa de 60%.*

**Infração 4.** *Deixou de apresentar Documento Fiscal quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$ 4.600,00.*

A 5ª JJF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração NULO com base nas considerações a seguir transcritas, a partir do voto proferido pelo ilustre relator de Primeira Instância, *in verbis*.

(...)

*“No mérito, na infração 1 é imputado ao autuado a ocorrência de subfaturamento nas saídas de mercadorias (escória), o que resultou em recolhimento a menos de ICMS. Deste modo a acusação versa sobre a utilização de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado no mercado. Consta na descrição fática que o faturamento da empresa autuado é incompatível com os preços por ela praticados, ou seja, o autuado coloca na sua nota fiscal o preço de R\$ 0,02 por tonelada vendida, quando na realidade o preço não é este como demonstrado através da apresentação de diversas notas fiscais.*

*Inobstante a infração referir-se aos exercícios de 2003 e de 2004, além do exercício de 2005, constato que o autuante tomou por base o preço praticado pelo contribuinte para o mesmo produto, no exercício de 2005, ou seja, o valor da tonelada de escória, de R\$ 6,1, como consta no demonstrativo de fls. 26 a 35 do PAF, ou seja, o auditor fiscal promoveu um arbitramento da base de cálculo do ICMS. Contudo, tratando-se de uma medida a ser aplicada nos casos em que haja sonegação do imposto e não for possível auditoria, segue regras próprias, previstas na legislação do ICMS, arts. 937*

*Partiu a fiscalização da acusação de que os valores de vendas declai*

Created with

*notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias, mas não comprovou devidamente qual seria o preço no mercado varejista. A contrario sensu, utilizou o preço praticado pelo mesmo contribuinte, um ano e dois anos após a ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja, após as saídas das mercadorias do estabelecimento. Portanto, falhou nesse aspecto, fundamental para a quantificação da base de cálculo, que deve ser certa e determinada, livre de dúvidas para que torne o lançamento perfeito e apto a surtir efeitos jurídicos e legais, não foi o que ocorreu na presente situação.*

*Também no compulsar das notas fiscais anexas ao PAF, relativas à esta infração verifico que as mesmas, formalmente são idôneas, pois não há comprovação de que houve omissão de indicações, não ser o documento legalmente exigido para a respectiva operação, e guarda ainda os requisitos e exigências regulamentares, inclusive com prazo de validade não vencido.*

*Quanto ao aspecto trazido na acusação, em que embora revestido das formalidades legais, os documentos fiscais teriam sido utilizados com o intuito comprovado de fraude, não há comprovação nos autos, de que estes fatos tenham ocorrido. É que a fraude não se presume e cabe a quem acusa provar a sua alegação. Verifico que não há substrato material que comprove a acusação, no presente caso, bem como que as notas fiscais emitidas estão formalmente perfeitas.*

*Outrossim, caso fosse realmente detectado que o contribuinte prestou declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias; estaria a fiscalização autorizada a arbitrar o valor da base de cálculo do imposto, mas para tanto teria que se utiliza uma dos métodos previstos no art. 938 do RICMS/BA, e não a forma que utilizou no presente lançamento, além de comprovar o efetivo preço praticado no comercio varejista, nos exercícios objeto da autuação.*

*Por esses motivos, entendo que a infração está eivada de vícios insanáveis e decreto a sua nulidade.*

*Na infração 2, consta a acusação de que a empresa autuada emitiu diversas notas fiscais a titulo de “simples remessa”, para empresas diversas, sem o devido retorno.*

*Constato que o autuante utilizou o preço arbitrado de R\$ 6,1 por tonelada para compor a base de cálculo das notas fiscais que fazem parte da autuação, consoante o demonstrativo de fls. 26 a 35, procedimento que também não está respaldado em provas, e encontra-se efetivamente ligado à acusação anterior, o que também fulmina de nulidade o lançamento. Infração nula.*

*Na infração 3, consta a acusação de que o autuado emitiu as Notas Fiscais nºs 603, 617, 618 e 639, como “outras saídas não especificadas” e “remessa para conserto”, sem a devida correspondência, nem os contratos correspondentes. Na descrição fática há o relato de que o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 596, de 19/09/2003, fl. 393, como transferência de uma máquina, nota fiscal irregularmente cancelada, pois possui diversos carimbos de postos fiscais, está sem o canhoto, fatos que indicam o trânsito das mercadorias.*

*Ocorre que não há demonstrativos das notas fiscais apontadas, nem a indicação do ano de fabricação dos bens, que podem ter a incidência do ICMS reduzida, de acordo com data de aquisição dos mesmos. Deste modo, não há segurança quanto à infração, pois falta a parte integrante do Auto de Infração, qual seja o demonstrativo da base de cálculo, fato que fulmina de nulidade a infração.*

*Na infração 4, consta a multa em decorrência da falta de apresentação de documentos fiscal.*

*Constato que também não estão discriminados quais os documentos não foram entregues, já que alguns foram apresentados, tanto que a fiscalização foi realizada. Assim, não há segurança quanto à acusação, pelo que entendo nula a infração, consoante disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pois o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração.*

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”*

Diante da Decisão proferida, a 5ª JJF recorre, de ofício, 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

## VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão nº 0371-05/09 que impõe sucumbência a Fazenda Pública Estadual na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

Na infração 1, pesa sobre o contribuinte a acusação de recolhimen de utilização de documento fiscal consignando preços inferiores a nas saídas da mercadoria nos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

A JJF verificou que o autuante utilizou no demonstrativo fiscal, fls. 26 a 35, o preço praticado pelo contribuinte no ano de 2005, aplicando este mesmo valor aos exercícios de 2003 e 2004. Verificou também que o autuante considerou, na autuação, que os preços praticados pelo autuado eram muito inferiores àqueles praticados no mercado, além de haver apurado que as notas fiscais acostadas ao PAF, em seu aspecto formal e de exigências regulamentares, são idôneas.

Diante da acusação que pesa sobre o atuado e dos fatos elencados acima, verificados pela JJF, vê-se notório que a infração é absolutamente nula por mais de um motivo. De início, verifico que o fiscal autuante quando aplicou o mesmo preço de venda da mercadoria para três exercícios fiscais, sem qualquer dúvida, chegou à base de cálculo para exigência do imposto pela via do arbitramento, via esta que pode ser seguida quando se mostrar impossível à aplicação de outro método de auditoria. Entendo que há que se demonstrar a mais completa impossibilidade de aplicação de outros métodos de auditoria, o que, no caso em tela, me parece fartamente demonstrado exatamente o contrário.

O autuante não trouxe aos autos comprovação de que o autuado declarava valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias. Em verdade, quando o autuante se limita a utilizar em seu levantamento um mesmo valor para uma mercadoria em três exercícios fiscais distintos e praticados pelo próprio autuado, sem recorrer ao mercado para buscar o verdadeiro preço da mercadoria e, por consequência, fundamentar a acusação, mais uma vez incorreu em erro que maculou a autuação em razão da suspeição que cerca a base de cálculo do imposto exigido.

Em que pese a autuação sugerir fraude na utilização dos documentos fiscais por parte do autuado, não há qualquer indício nos autos de que tal fato aconteceu, ademais, o autuante não traz qualquer prova da acusação. Quanto aos documentos fiscais trazidos aos autos, entendo que atendem rigorosamente aos ditames das normas que lhes exige.

Na infração 2, o contribuinte é acusado de não recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Neste caso, o fato é emissão de notas fiscais de “simples remessa” sem o devido retorno. Aqui, o autuante, como bem asseverou a JJF, se valeu do mesmo preço que atribuiu à mercadoria para quantificar a exigência da infração 2, o que pelos motivos já expostos anteriormente redundava em nulidade do lançamento.

Quanto à infração 3, o autuado é exigido pelo não recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Neste caso, o fulcro da autuação está na emissão de notas fiscais sob os títulos de “outras saídas não especificadas” e “remessa para conserto” sem as devidas correspondências, nem os contratos correspondentes. A ilustre julgadora de primo grau fundamenta a Decisão de tornar nulo este lançamento no fato de que não está presente nos autos o demonstrativo da base de cálculo, parte integrante do Auto de Infração. Neste caso, a falta de elemento indispensável à compreensão e verificação do *quantum* exigido nesta infração, definitivamente, torna nula a exigência pela mais completa falta de segurança na determinação da base de cálculo do imposto exigido.

Por fim, tratando da infração 4 que impõe multa por haver deixado de apresentar documento Fiscal quando regularmente intimado, pude verificar que o autuante não elencou quais documentos deixaram de ser entregues. Ademais, diante dos seis volumes que tem o presente PAF e das três outras infrações apontadas pelo autuante, não posso entender qual fiscalização teria deixado de ser realizada. Comungo do entendimento da JJF pela nulidade desta infração pela mais completa indeterminação da infração.

Isto posto, entendo que o presente Auto de Infração, da forma como foi lavrado, com as irregularidades apontadas que redundam no flagrante atentado aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade material, de outro modo não poderia a JJF decidir, senão pela nulidade do Auto de Infração, em que pese os julgadores de primo grau haverem adentrado ao mérito das infrações, o que levaria à improcedência do presente aut

Por tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para manter a Decisão recorrida.

## 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 **NULO** o Auto de Infração nº **130610.0203/08-0**, lavrado contra **MULTISERV LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS