

A. I. Nº - 156743.0005/13-8
AUTUADO - VALTER BISPO FELISBERTO
AUTUANTES - RICARDO JORGE FERNANDES DIAS
ORIGEM - DAT/SUL INFAZ/ILHÉUS
INTERNET - 25/09/2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-04/13

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. A adoção do arbitramento não possui motivação e fundamentação, sequer estão presentes os pressupostos legais e regulamentares, o que torna o lançamento imprestável para qualquer fim. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de março de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 29.288,39, bem como multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração, verificada no período de janeiro a dezembro de 2010:

Omissão de saídas de mercadorias apurado através de arbitramento da base de cálculo do ICMS, por utilização de máquina registradora em desacordo com as disposições regulamentares. Consta ainda na descrição dos fatos que a infração foi *“apurada através de planilha comparativa de cartão de crédito/débito”*.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante à fl. 37, onde argui em sua defesa, que não concorda com o que foi levantado, esclarecendo que houve equívoco do autuante que no comparativo entre os valores (livros fiscais versus TEF anual) não considerou o valor total das vendas, e sim, a base de cálculo do imposto, conforme cópia dos resumos mensais do livro Registro de Saídas de Mercadorias que apensa razão pela qual entende que o lançamento é improcedente.

Informação fiscal prestada à fl. 55 pelo autuante argumenta que *“naquela oportunidade, e pode ser visto nas folhas 11 a 34 do processo, verificamos que fizemos o levantamento pela base de cálculo do seu livro de saída sem considerar os valores contábeis escriturados em seu livro de saída, que são bem mais altos, que se fossem considerados, não iria gerar as tais diferenças apresentadas em nossa planilha”*.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado improcedente, acatando-se a alegação defensiva.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Omissão de saídas de mercadorias apurada através de arbitramento da base de cálculo do ICMS, por utilização de máquina registradora em desacordo com as disposições regulamentares.

Analisando a mesma, observo que se trata de descrição vaga e imprecisa, o que a primeira vista, poderia trazer prejuízo ao contribuinte por cercear-lhe o direito de defesa e o contraditório, vez que a acusação fiscal deve ser a mais clara e objetiva possível, de modo a garantir o exercício de tais direitos constitucionalmente garantidos ao sujeito passivo.

Em verdade, o artigo 937 do RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores, determinava que a fiscalização estadual poderia fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o

contribuinte incorresse na prática de sonegação do imposto e não fosse possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprovasse a ocorrência das seguintes hipóteses: I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estivessem devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos; II - omissão de lançamentos nos livros fiscais ou na escrita geral do estabelecimento; III - lançamento ou registro fictício ou inexato, na escrita contábil ou na fiscal; IV - falta de emissão de documento fiscal a que esteja obrigado o contribuinte, ou emissão em desconformidade com a operação realizada; V - declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias; VI - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, processo mecanizado, máquina registradora, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), inclusive na condição de emissor autônomo, de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento; VII - transporte desacompanhado dos documentos fiscais ou acompanhado de documentação inidônea; VIII - utilização de regime especial em desobediência às normas que o regem; IX - qualquer outro caso em que se comprovasse a sonegação do imposto, e o fisco não pudesse conhecer o montante sonegado. Já o parágrafo único do mencionado artigo, previa que *“as ações e omissões descritas nos incisos II e III só autorizam o arbitramento da base de cálculo quando a escrituração fiscal ou contábil do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias, ou valor dos serviços prestados, conforme o caso”*.

A autuação, em momento algum, explica quais dentre as razões enumeradas acima teriam dado azo à realização do arbitramento que afirma ter sido realizado.

De igual forma, chama a atenção, o fato de que, apesar de falar em arbitramento na acusação fiscal, o autuante ter trazido como balizador da autuação “Planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito” à fl. 06 do processo, o que contradiz a opção para a realização do “arbitramento” realizado.

A adoção do mecanismo do arbitramento, segundo a Doutrina e a Jurisprudência, somente cabe quando se torna impossível ao Fisco verificar a documentação fiscal do contribuinte, o que no caso não ocorreu, até pelo fato de que foram coligidos ao feito cópias dos registros fiscais do mesmo.

Isso equivale a se dizer que, existindo elementos suficientes para que a verdade material seja apurada, descabe a sua adoção, diante do fato dele se apresentar como regra de exceção, que somente em circunstâncias extremas e especiais deve ser adotado, já que a base de cálculo originária, que pode ser levantada, diante do acesso à documentação do sujeito passivo, é a que deve ser utilizada, frente à previsão na regra-matriz de incidência tributária, e diante da relação direta com o texto constitucional.

O entendimento do Poder Judiciário, a respeito, se expressa em decisões como a do ministro Castro Meira, do Superior Tribunal de Justiça, no RMS 26964 GO 2008/0114933-4, julgado em 19 de agosto de 2008:

“Ementa: TRIBUTÁRIO. ICMS. ART. 148 DO CTN. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INDÍCIOS DE SUBFATURAMENTO.

1. A pauta fiscal é valor fixado prévia e aleatoriamente para a apuração da base de cálculo do tributo. Não se pode confundi-la com o arbitramento de valores previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, que é modalidade de lançamento, regularmente prevista na legislação tributária.

2. O art. 148 do CTN deve ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando certa a ocorrência do fato imponible, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

3. *Ao final do procedimento previsto no art. 148 do CTN, nada impede que a administração fazendária conclua pela veracidade dos documentos fiscais do contribuinte e adote os valores ali consignados como base de cálculo para a incidência do tributo.*

4. *Caso se entenda pela inidoneidade dos documentos, a autoridade fiscal irá arbitrar, com base em parâmetros fixados na legislação tributária, o valor a ser considerado para efeito de tributação.*

5. *No caso, havendo indícios de subfaturamento, os fiscais identificaram o sujeito passivo, colheram os documentos necessários à comprovação da suposta infração e abriram processo administrativo para apurar os fatos e determinar a base de cálculo do imposto a ser pago, liberando na seqüência as mercadorias. Não se trata, portanto, de pauta fiscal, mas de arbitramento da base de cálculo do imposto, nos termos do que autoriza o art. 148 do CTN.*

6. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido*

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins”. (grifei)

Por outro lado, de acordo com a Súmula nº 05 deste órgão, não havendo a comprovação da 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, estando tal entendimento devidamente pacificado.

Também em relação ao levantamento realizado, verifico que o autuante não acostou aos autos, nem comprovou a entrega ao sujeito passivo dos TEF's diários conforme já assentado neste órgão julgador, limitando-se a juntar aos fólios os TEF's anuais, o que, entretanto, poderia ter sido sanado, mediante diligência, com reabertura de prazo para defesa.

Outra observação, prende-se à base de cálculo do lançamento, que o próprio autuante reconhece ter se equivocado, conforme sua afirmativa de que a “*base de cálculo do seu livro de saída sem considerar os valores contábeis escriturados em seu livro de saída, que são bem mais altos, que se fossem considerados, não iria gerar as tais diferenças apresentadas em nossa planilha*”, motivo pelo qual solicita a declaração de improcedência do lançamento.

De tudo quanto exposto, claro está a violação do disposto no artigo 18 do RPAF/99, especialmente os incisos III e IV, alínea “a”, não somente no que tange a adoção imotivada do mecanismo de arbitramento, como pela insegurança da base de cálculo. Por tais razões, o Auto de Infração voto no sentido de que deve ser julgado nulo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **156743.0005/13-8** lavrado contra **VALTER BISPO FELISBERTO**, devendo a repartição fazendária avaliar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas, respeitado o prazo decadencial.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR