

PROCESSO	- A. I. Nº 269140.0018/13-9
RECORRENTE	-MERCANTE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICO DE CONSTRUÇÃO
RECORRIDA	-LTDA.
RECURSO	-FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
ORIGEM	-RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0034-06/14
INTERNET	-IFEP NORTE
	- 04.11.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0323-12/14

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM VALOR INFERIOR AO VALOR EFETIVO DA OPERAÇÃO. É pacífico o entendimento do CONSEF de que o arbitramento só deverá ser aplicado quando não houver outros roteiros normais de fiscalização possíveis de se apurar o imposto devido pelo contribuinte, correspondentes às suas operações. No caso, restou comprovada a possibilidade de apuração do imposto por outros meios, inclusive com a lavratura de outro Auto de Infração concomitante. Ademais, em que pese a presença de forte indícios de sonegação do imposto, inexiste previsão legal para a metodologia aplicada para apuração da base de cálculo arbitrada do imposto. Modificada a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO** e, de ofício, declarado **NULO** o Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 6ª JJF, através do Acórdão nº 0034-06/14, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$ 1.019.275,04, acrescido da multa de 100%, inerente aos exercícios de 2009 e 2010, sob a acusação de “Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo sido comprovada a sonegação do imposto e não sendo possível conhecer o montante sonegado.”, conforme demonstrativos às fls. 6 a 17 e documentos às fls. 18 a 1.433 dos autos.

Consta do campo “Descrição dos Fatos” que:

Em conformidade com o Boletim de Inteligência nº 711/2013, elaborado pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (Infi), em anexo, decorrente da Operação Espelho Mágico, realizada em 2012, numa operação conjunta da Secretaria da Fazenda, Ministério Público e Secretaria da Segurança Pública, ficou demonstrado através da farta documentação, que o contribuinte fiscalizado praticou subfaturamento em diversas notas fiscais nos exercícios de 2009 e 2010.

Ante tal circunstância, e não sendo possível apurar o real montante da base de cálculo do imposto, procedemos ao arbitramento da base de cálculo, em consonância com o disposto no art. 22 inciso IV da Lei nº 7.014/96, utilizando o método previsto no parágrafo primeiro, inciso I, alínea “d” do art. 22 da referida lei, agregando-se ao custo apurado das mercadorias tributáveis uma MVA de 40%, de acordo com a atividade do contribuinte, conforme demonstrativos, fotocópias dos livros de Inventário de 2008, 2009 e 2010 e dos livros Registro de Apuração de 2009 e 2010, em anexo.

Tendo sido apurada uma receita arbitrada superior ao montante escriturado pelo contribuinte, procedeu-se a cobrança do imposto omitido, de acordo com o disposto no art. 22-A da lei 7014/96, sem o incentivo do Termo de Acordo previsto no Decreto 7799/00.

A Decisão recorrida, às fls. 1.519/1.527, foi pela procedência do Auto de Infração, após afastar a preliminar de nulidade arguida por entender que o Auto de Infração foi lavrado com estrita observância dos ditames previstos no RPAF/99, a teor dos arts. 39, 40, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, a decisão consiste nas considerações, a seguir transcritas:

A presente autuação decorreu da falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo sido comprovada a sonegação do imposto e não sendo possível conhecer o montante sonegado nos exercícios de 2009 e 2010. Por tais razões foi aplicado o arbitramento da base de cálculo, amparado no art. 937, e incisos do RICMS/97.

O Boletim de Inteligência nº 711/2013, juntado às fls. 384 a 396, elaborado pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP/SEFAZ, retrata a deflagração da Operação Espelho Mágico, quando foi detectada sonegação tributária mediante a prática de subfaturamento em operações de venda de mercadoria, pela sociedade empresária em lide. Dessa forma, subsidiou os trabalhos de fiscalização, que foram executados na empresa autuada, em decorrência da comprovação da denúncia, de que a mesma realizou operações de venda de mercadoria com subfaturamento, no período de 2009 e 2010.

A empresa foi denunciada ao Ministério Público, em 31.09.10, em Feira de Santana/BA, cuja documentação foi enviada à INFIP, para análise, através do Ofício nº 357/2010. Finda a análise da farta documentação apresentada com a denúncia, a INFIP elaborou o RIF nº 238/2011, apontando que a Mercante Distribuidora sonegava tributos pela prática do subfaturamento de suas operações de vendas de mercadorias.

A documentação apresentada pelo denunciante consiste de cópias dos seguintes documentos:

- a) *Notas Fiscais Modelo 1 e Notas Fiscais Eletrônicas, emitidas pela denunciada.*
- b) *Notas de Conferência, emitidas pela denunciada.*
- c) *Cópias de cheques emitidos por pessoas jurídicas e pessoas físicas utilizados para pagamentos de compras de mercadorias realizadas na denunciada.*

Desta documentação a INFIP validou apenas as Notas Fiscais Modelo 1 e as Notas Fiscais Eletrônicas, posto que as Notas de Conferências são documentos internos da denunciada e os cheques emitidos por seus clientes estão sob proteção de sigilo bancário.

Constatada a validade das cópias das Notas Fiscais e das notas Fiscais Eletrônicas apresentadas pelo denunciante, foram realizados diversos cotejos entre essas e suas respectivas Notas de Conferência, quando foi constatado que somente havia divergência entre os valores das mercadorias: as Notas de Conferências continham os valores reais das operações comerciais, enquanto que as respectivas Notas Fiscais ou Notas Fiscais Eletrônicas, emitidas por ocasião da entrega das mercadorias, continham valor subfaturado em 50%. Nas fls. 389/390, vemos a Nota de Conferência, que contém dados do cliente, das mercadorias adquiridas, seus valores, forma de pagamento, etc., e reflete fielmente a operação comercial de venda.

Já na Nota Fiscal, estão todos os dados contidos na Nota de Conferência e ela vinculada, exceto o valor, posto que traz o valor reduzido em 50% (subfaturado).

Quanto aos cheques, emitidos para pagamentos das compras, estes espelham o valor das Notas de Conferência, ou seja, o valor real da operação, enquanto as suas respectivas notas fiscais contêm o valor subfaturado em 50%. A maioria dos cheques está nominal a Mercante Distribuidora.

Consta o registro de três operações comerciais, na fl.391, com detalhes do seu pagamento, os cheques emitidos, a Nota de Conferência e a Nota Fiscal Eletrônica, bem como uma tabela vinculando as cópias dos cheques apresentados na denúncia às operações comerciais realizadas pela denunciada.

A INFIP, elaborou uma relação de clientes da Mercante Distribuidora, para subsidiar os trabalhos de fiscalização, haja vista que a prática do subfaturamento requer a anuência das partes envolvidas na operação comercial, demonstrativo que se encontra nas fls. 1418 a 1424.

Consta nas fls. 1426 a 1433, planilhas analíticas de cálculo, referentes à “Diferença entre o valor do pedido e respectiva nota fiscal”.

Os recibos de arquivos eletrônicos que foram entregues ao contribuinte estão nas fls 1434 a 1446, com as assinaturas do representante legal da empresa. As provas do cometimento da sonegação fiscal estão anexas às fls. 397 a 1433.

Os autuantes ressaltam que “a documentação apresentada na denúncia representa 0,49% do total do faturamento declarado em relação a 2009 e em relação a 2010, 0,0038%. Ademais, que o Arbitramento da base de cálculo foi efetuado de acordo com a legislação pertinente, Art. 938 do RICMS, utilizando os dados fornecidos pela Empresa e a MVA determinada para o caso: 40%. A Lei nº 7014/96 em seu art. 22, e o Decreto nº 6284/97 no art.937, autorizam o arbitramento sempre que haja emissão de documento fiscal em desconformidade com a operação e também quando se comprove a sonegação do imposto e o fisco não possa conhecer o montante sonegado. Este é o caso em questão!”

Quanto aos julgados de arbitramento nulos ou improcedentes, trazidos pela defendant, são de situações completamente diferentes: omissão de receita, distorção da conta mercadorias, falta de apresentação de notas fiscais etc. A presente autuação está baseada em subfaturamentos comprovados com notas fiscais, notas de conferência e o efetivo pagamento da operação (cópias dos cheques).

Quanto à alegação de que o Auto de Infração nº 269140.0012/13-0 foi lavrado baseando-se na documentação do contribuinte e, portanto essa documentação seria suficiente para calcular todo o montante sonegado, essa não pode prosperar. O Auto em questão trata das seguintes infrações, conforme esclarecido pelos autuantes: "1) Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto com antecipação tributária.; 2) Falta de recolhimento de diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo; 3) Créditos utilizados em valor superior ao permitido pelo decreto 7799/00; 4) saída de mercadorias elencadas no anexo I do Convênio ICMS 52/91 com carga tributária inferior ao devido.; 5) Falta de registro na escrita fiscal e mercadorias sujeitas a tributação – multa; 6) Falta de registro na escrita fiscal de mercadorias não tributáveis – multa;".

Portanto, o contribuinte foi autuado por infrações relativas a crédito e entradas de mercadorias, que não tem relação com o subfaturamento, com exceção do item quatro, cuja base de cálculo poderia ter sido maior, caso, essas notas também tiverem sido subfaturadas, o que não pode ser determinado somente com a escrita apresentada.

Consoante os arts. 1 e 2 da Lei nº 8.137/1990, constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social mediante as condutas ali descritas, e o subfaturamento é tipo tributário que se apóia em documentos paralelos à contabilidade, com vistas à diminuir a parcela de imposto a ser paga ao erário.

Concluo que o Boletim da INFIP retrata que o sujeito passivo, de forma contumaz praticava o subfaturamento, com diversas empresas para as quais vendia mercadorias.

Tendo sido detectado a prática de subfaturamento, o pressuposto para o arbitramento encontra-se justificado, pois consoante o art. 22, I e IV, da Lei nº 7.014/96, “a autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, na hipótese de operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea; ou em qualquer caso em que se comprove a sonegação do imposto.”

Quanto ao método utilizado, no presente caso, encontra-se previsto no § 1º, I do art. 22 da Lei nº 7.014/96, e a MVA agregada ao custo das mercadorias tributáveis alcançou o percentual de 40%, previsto no inciso I, “d” da citada norma legal.

Entendo que, a contrário do que afirmou o impugnante, o Boletim de Inteligência nº 711/2013, acompanhado de farta documentação, constitui prova suficiente que a sonegação de fato ocorreu, tal como prescreve o art. 937, IX do RICMS/BA. Ademais, as notas fiscais e as notas de conferência, emitidas pelo sujeito passivo, demonstram divergências, o que caracteriza a prática de ilícito fiscal, visando diminuir o valor do ICMS devido ao erário.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão de 1^a instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 1.538 a 1.566, Recurso Voluntário onde apresenta as seguintes considerações:

Após descrever sua atividade comercial aduz que, por força de uma denúncia foi alvo de investigação pela INFIP, o que ocasionou na elaboração do Relatório de Inteligência Fiscal - RIF nº 238/2011, no qual a INFIP promoveu à análise de alguns documentos apresentados pelo denunciante, tais como cópias de notas fiscais, emitidas pelo autuado, entre 2009 e 2010, "notas de conferência" e cheques emitidos por alguns dos clientes que comercializaram com o contribuinte no período fiscalizado, cujos documentos seriam suficientes para comprovar a prática de subfaturamento das notas fiscais emitidas, em aproximadamente 50%.

O recorrente salienta que, de toda essa documentação, a INFIP somente considerou válida e, portanto, idônea (dotada de presunção de veracidade e legitimidade), as Notas Fiscais Modelo 1 e as Notas Fiscais Eletrônicas, sob o entendimento de que: "*Desta documentação, a Infip aferiu somente a validade das Notas Fiscais Modelo 1 e das Notas Fiscais Eletrônicas, posto que as Notas de Conferência são documentos internos da denunciada e os cheques emitidos por seus clientes estão sob proteção de sigilo bancário.*". Contudo, mesmo declarando que os outros documentos não seriam válidos, a INFIP considerou as informações contidas nas chamadas "Notas de Conferência", concluindo, com base nessa questionável documentação, que o contribuinte havia subfaturado as Notas Fiscais.

Ressalta, ainda, a fragilidade dessa conclusão a que chegou a INFIP, uma vez que, nos termos do RIF nº 238/2011, os documentos apresentados pelo denunciante não chegam a representar nem 0,5% do faturamento de 2009 e 0,004% do de 2010, o que levou ao Ministério Público deflagrar a "Operação Espelho Mágico", realizando buscas e apreensões nos estabelecimentos comerciais do sujeito passivo e nas residências de seus sócios e funcionários, não encontrando nada comprometedor.

Ato contínuo, a INFIP elaborou o Boletim de Inteligência nº 711/2013, a fim de subsidiar os trabalhos da fiscalização, nos exercícios de 2009 a 2011, visando o possível lançamento de ICMS e com a orientação prévia de que o Fiscal deveria elaborar um roteiro de arbitramento da base de cálculo do ICMS. Contudo, aduz o recorrente que se trata de provas indiciárias e que jamais subfaturou qualquer documento fiscal, tendo apresentado ao fisco todos os documentos necessários para que o mesmo apurasse o valor do ICMS devido nos períodos fiscalizados, não havendo que se falar hipótese de arbitramento da sua base cálculo.

Destaca o autuado que o raciocínio da Decisão recorrida foi pautado na equivocada premissa de que a prática do subfaturamento estaria devidamente comprovada, pois, segundo o recorrente, além da boa parte da citada documentação não poder ser considerada para fins de arbitramento, posto tratar-se de documentação inidônea, esta corresponde a tão somente 0,5% do faturamento de 2009 e 0,004% do de 2010.

Assim, entende o recorrente que inexiste prova inequívoca de que o subfaturamento teria ocorrido e que o Fisco possui meios hábeis, suficientes e idôneos para apurar o real montante do tributo devido, não havendo justificativa legal para a aferição indireta da base de cálculo do ICMS, do que cita o art. 26 da Lei nº 3.956/81; art. 22 da Lei nº 7.014/96 e art. 937 do RICMS/97, para aduzir que não há qualquer comprovação de que o contribuinte teria incorrido em quaisquer das proposições legais previstas, ou seja, o arbitramento somente poderá ocorrer quando o montante do tributo não puder ser apurado de qualquer outro modo e o contribuinte tiver sonegado o imposto. Cita Súmula 5 do CONSEF com esse entendimento.

Afirma que o suposto faturamento poderia ter sido afastado caso houvesse sido feito um exame da sua contabilidade, pois, como se tratam de cheques relativos a clientes usuais e antigos do recorrente, em algumas situações, pode haver o pagamento de duas ou três notas fiscais de uma

só vez e, por óbvio, o valor do cheque não vai coincidir com o valor da nota fiscal, logo, inexiste comprovação da sonegação.

Reitera o sujeito passivo que se o fisco não possui autorização judicial para proceder à análise dos cheques emitidos por alguns dos clientes da recorrente, por óbvio que qualquer consideração ou mesmo menção à esse tipo de prova deverá ser desconsiderado para qualquer fins, inclusive para a lavratura do auto de infração, pois prova ilícita é o mesmo que uma “não prova”

Já em relação às “Notas de Conferência”, diz que pouco importa se emitidas ou não pelo contribuinte, já que certo é que legislação alguma obriga que as pessoas jurídicas as emitam. Logo, segundo o recorrente, não seria de todo impossível que as informações nela contidas tenham sido postas aleatoriamente, sem qualquer conformidade com a realidade.

Afirma que são apenas conjecturas, passíveis de aferição da realidade por meio de um procedimento regular de fiscalização, do que cita decisão da 5ª JJF, relativo ao Auto de Infração nº 931713-9/06, pela improcedência de autuação que se baseia em meros indícios de subfaturamento, como também se reporta a outro julgamento no qual consignou que documentos extras fiscais (a exemplo de nota de conferência) não podem ser considerados como prova efetiva da prática de faturamento, mas apenas indício de irregularidade. Cita doutrina.

Registra que o fato de o Auto de Infração nº 269140.0012/13-0 não tratar exatamente de subfaturamento, não retira a veracidade da afirmação de que a mesma escrita contábil-fiscal da recorrente foi utilizada pela autoridade autuante quando da sua lavratura, de modo que, os documentos contábeis e fiscais, se não puderem ser levados em conta para o cálculo da integralidade do ICMS, consoante afirma a JJF, ao menos, devem ser considerados como indícios contrários àqueles que possuí o fisco, sob pena de privilegiar meros indícios de prova em detrimento da busca da verdade material. Invoca o art. 112 do CTN.

Por fim, pede a reforma do julgado recorrido para decretar a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 1.571 a 1.576 dos autos, a PGE/PROFIS, através de seu representante, Dr. José Augusto Martins Junior, salienta que o cerne da inconformidade manejada no apelo reside no argumento de que o arbitramento perpetrado nos autos lastreou-se em “documentos” desprezados pela fiscalização como válidos, sendo possível à fiscalização proceder os roteiros usuais de fiscalização. Neste sentido, concluiu o recorrente que o arbitramento não pode se constituir numa ferramenta para afigir castigo ou reprimenda ao contribuinte, mas, isto sim, mecanismo necessário para verificação da efetiva realidade de operações supostamente praticadas, quando não possível captá-las pelos métodos normais de aferição da verdade no mundo real.

Diante de tais considerações, a PGE/PROFIS transcreve o art. 937, incisos I e IX, do RICMS/97 para, em seguida, aduzir que, compulsando os autos, de fato, observa-se todas as condições necessárias para aplicação do arbitramento, que nada mais é que um método de apuração de base imponível calcada em provas indiciárias, quando os documentos fiscais formais não se prestam a provar a efetiva base mensurável das operações efetivamente realizadas.

O opinativo frisa, de plano, o que se buscava ser provado foi o valor real das vendas realizadas pelo recorrente, não refletidos nos documentos fiscais formais emitidos pelo contribuinte. Assim, considera que, diante das provas indiretas colhidas ao longo da persecução fiscal, criteriosamente cooptada no Boletim de Inteligência da INFIP nº 711/2013, chegou-se a conclusão, diante do cotejo com os documentos formalmente emitidos pelo contribuinte, que restou não fidedigna as informações neles lustradas, sendo necessária a realização do método do arbitramento. Repisa que o faturamento que engendrou o método do arbitramento derivou de documentos do autuado, fiscais (prova direta) e não fiscais (provas indiretas), precisamente as notas fiscais e nota de

conferência, do que ressalta que o arbitramento nada mais é que uma espécie de lançamento, com previsão no art. 148 do CTN.

Aduz a PGE/PROFIS que, neste caso, resta patente nos autos que os documentos fiscais formalmente emitidos pelo contribuinte estavam, de fato, contaminados por uma inidoneidade de conteúdo, precisamente na definição do valor da operação, tendo sido tal distorção apurada no expediente administrativo nº 238/2011, sendo absolutamente lídimo a realização do lançamento por arbitramento. Destaca que na mesma trilha de indícios de subfaturamento se posiciona a jurisprudência sobre a possibilidade do uso do arbitramento, do que transcreve ementas do STJ, relativo ao Agravo Regimental no Recurso Especial 1363312 (MT) e AgRg no Recurso Especial nº 1.133.498 (MA).

Assim, diante do exposto, a PGE/PROFIS opina pelo improvimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento de 08/10/2014, a representante da PGE/PROFIS presente, Drª Maria José Ramos Coelho Lins A. Sento Sé, explanou que não reitera o pensamento do Parecer emanado, diante das provas constantes dos autos, as quais entende que devem ser validadas, como também que tem que ser comprovada a impossibilidade da aplicação do roteiro normal de fiscalização para a apuração da base de cálculo do ICMS. Assim, opina pela nulidade do Auto de Infração.

Em seguida, após sucessivos pedidos de vistas pelos Conselheiros, o PAF foi submetido a julgamento na sessão de 20/10/2014, na qual o representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, que lavrou o Parecer de fls. 1.571 a 1.576 dos autos, manifestou sua concordância com o opinativo exarado em mesa, pela Dr.ª Maria José Ramos Coelho Lins A. Sento Sé, concluindo pela nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, relativa ao Acórdão JJF nº 0034-06/14, que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$1.019.275,04, acrescido da multa de 100%, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, por ter sido comprovada a sonegação do imposto e não ser possível conhecer o montante sonegado.

Inicialmente devemos consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Da análise das peças processuais, verifica-se que a metodologia adotada para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS não possui amparo legal, uma vez que, o presente lançamento, decorre do resultado do CMV (custo das mercadorias vendidas) acrescido da MVA (margem de valor adicionado) em cotejo com o total das *saídas escrituradas*, conforme demonstrativo às fls. 6 e 12 dos autos, o que contraria o estabelecido no artigo 938, § 2º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época, o qual determinava que, do valor do imposto apurado através do arbitramento (alíquota de 17% sobre o resultado do CMV acrescido da MVA), seriam deduzidos o saldo do crédito fiscal do período anterior, os créditos destacados em documentos fiscais relativos ao período, bem como o valor do imposto pago correspondente às operações e prestações, conforme a seguir transcrito, o que não ocorreu:

Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior, atualizado monetariamente, serão adicionados os valores, também atualizados, das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA):

[...]

c) ferragens, louças, vidros, material elétrico, eletrodomésticos e móveis: 40%;

Também é pacífico o entendimento deste Colegiado de que o arbitramento só deverá ser aplicado quando não houver outros roteiros normais de fiscalização possíveis de se apurar o imposto devido pelo contribuinte, correspondentes às suas operações, consoante Súmula 5 deste CONSEF.

SÚMULA CONSEF Nº 05

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO.

Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Resoluções nº 3596/98 e 4892/98.

Acórdãos CJF 0062/99, 0273/99, 0300/00, 0332/00, 0588/00, 0637/00, 0809/00, 0819/00, 0849/00, 1074/00, 1368/00, 0053/01, 0057/01, 0351/01, 0568/01, 0579/01, 0589/01, 0606/01, 0813/01, 2050-12/01, 2058-11/01, 2125-12/01 e 0070-12/02.

Acórdãos CS 0475/00 e 0631/01.

No caso presente, restou comprovada a possibilidade de apuração do imposto por outros meios, pois, à época da ação fiscal realizada, não ficou evidenciada a recusa do sujeito passivo de apresentar ao preposto fiscal os livros e documentos fiscais e contábeis, tanto é que os prepostos fiscais lavraram contra o próprio sujeito passivo, na mesma data (30/09/2013), o Auto de Infração nº 269140.0012/13-0, no valor histórico de ICMS de R\$ 93.828,52, relativo a seis infrações (códigos: 01.02.05; 01.05.03; 03.02.05; 06.02.01; 16.01.01 e 16.01.02), inerente ao mesmo período fiscalizado, o qual se encontra homologado.

Por outro lado, diante da evidência de subfaturamento nos documentos fiscais do contribuinte, como lastro para a apuração da base de cálculo do imposto através do arbitramento, com fulcro no art. 937, IX, do RICMS/97, ou seja, *qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado*, deveriam tais provas processuais ser ampliadas com a circularização maior dos documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo, intimando os destinatários clientes do autuado a comprovar o efetivo pagamento das operações mercantis, de modo a se provar, de forma inequívoca, a “contaminação” de toda documentação fiscal e sua inidoneidade de conteúdo quanto à definição do valor da operação, robustecendo o índice das provas documentais de 0,5% do faturamento de 2009 e de 0,004% do faturamento de 2010, conforme consta dos autos. Neste, caso, mesmo assim, haveria de se considerar os tópicos anteriores do método legal da aplicação e da dedução do valor exigido no lançamento de ofício.

Assim, represento à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal, salvo das falhas apontadas, observando o prazo decadencial, considerando-se tratar de uma nulidade por vício material.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, nos termos do art. 20 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 269140.0018/13-9, lavrado contra **MERCANTE DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS