

ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO nº 148 /2010
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
122ª Sessão Extraordinária de 20/10/2009
Processo de Recurso nº 1/2508/2007
Auto de Infração nº 1/200521683
Autuante: Francisco de Araújo Cruz - mat. 37964-1-8
Recorrente: CÉLULA DE JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA
Recorrido: CASA FORTE COMÉRCIO DE MATERIAL DE CONST. LTDA
Cons. Relator: José Rômulo da Silva

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração constatada através de comprovante de vendas emitido pelo contribuinte e impresso por equipamento não autorizado pelo fisco. Arbitramento da base cálculo. Emprego de margem agregada (20%). A legislação do ICMS não autoriza presunção de fato gerador ou infração nos casos da existência de "recibos de vendas" ou "comprovantes de vendas" eventualmente imputados ao contribuinte, muito menos a utilização de arbitramento com margem de agregação, nos moldes como aqui se apresenta. Consigna o presente caso clara falta de adequação do fato concreto a qualquer hipótese da legislação do ICMS no tocante ao lançamento do crédito tributário. O agente fiscal procedeu à revelia da legislação ao qualificar o fato juridicamente como falta de recolhimento mediante utilização de arbitramento, donde se vislumbra prática de ato sem autorização legal o que reclama a nulidade prescrita no inciso III do § 2º do art. 53 do Dec. 25.468/99. Negado provimento à Remessa necessária. Confirmada a decisão singular de NULIDADE do Auto de Infração, por motivação diversa. Decisão por unanimidade de votos.

Trata-se de Remessa necessária da decisão de decisão de Primeira Instância de nulidade do auto de infração por falta de recolhimento do ICMS.

Nas informações complementares que seguem o agente fiscal noticia que a infração fora constatada através de comprovante de vendas emitido pelo contribuinte e impresso por equipamento não autorizado pelo fisco.

Noticia ainda que para efeito de arbitramento da base calculo levou em consideração a regra do inciso III, § 8º do art. 827 do RICMS, ao invés da regra do § 7º do mesmo artigo, já que por esta última se chegaria a um valor muito elevado; optou assim pela regra mais benéfica ao contribuinte. Finalmente, agregou 20% (vinte por cento) sobre o faturamento de declarado de janeiro a outubro de 2005 e, sobre o resultado, aplicou 17% (dezessete por cento) donde chegou ao valor não recolhido de R\$ 39.075,36 (trinta e nove mil e setenta e cinco reais e trinta e seis centavos), ora lançado.

Nas razões da impugnação a atuada alega a impropriedade do levantamento, pois não seguiu o que determina o art. 827 do RICMS quando do levantamento do "movimento real tributável". Segundo a impugnante, a prova acostada não se equipara à quaisquer daquelas dispostas no *caput* do referido artigo; alega que se trata de "pedido" para orçamentos entregues a clientes para efeito de consulta de preços, que não retrata, portanto, vendas propriamente.

Alegou, outrossim, a falta de correlação da previsão do inciso III, do § 8º do art. 827 com o caso concreto. Segundo a mesma, encera-se ali o confronto entre as saídas registradas e saídas efetivamente praticadas, ou entre registros contábeis e fiscais; no entanto no caso concreto se dá conta de pedido de orçamento que não representa venda ou ato ou fato contábil.

Ainda nas suas razões a impugnante rebate qualquer conotação de fraude que a imputação possa ter e que, por outro lado, a imputação está baseada em simples indícios.

A decisão singular está assim ementada:

FALTA DE RECOLHIMENTO - NULIDADE ABSOLUTA. A falta dos elementos efetuados nos autos constitui impedimento para o exercício da ampla defesa e do contraditório, haja vista a impossibilidade da comprovação da acusação pela ausência de elementos imprescindíveis a sua confirmação, deixando, portanto de obedecer aos ditames contidos no art. 33, inciso XI do Dec. 25.468/99, combinado com art. 32 da Lei n° 12.732/97.

A Consultoria Tributária emite Parecer sugerindo a manutenção da decisão de procedência de 1ª Instância, por preterição do direito de

defesa (art. 53, § 3º do Dec. 25.468/99), referendado pelo representante da Doutra Procuradoria Geral do Estado.

É o relatório.

VOTO

De fato, não pode ser outro o destino do auto de infração senão o da nulidade absoluta. A legislação do ICMS não autoriza presunção de fato gerador ou infração nos casos da existência de "recibos de vendas" ou "comprovantes de vendas" eventualmente imputados ao contribuinte, muito menos a utilização de arbitramento com margem de agregação, nos moldes como aqui se apresenta.

Bem verdade que, tratando-se de prova indiciária, poder-se-ia, por meio de inferência lógica, presumir que a venda ali consignada, e tão somente esta, se dera sem emissão de documento fiscal, conquanto pudesse não ser verdadeira. Efetivamente foi esta a conclusão do agente, a priori. Todavia, escorado no inciso III do § 8º do art. 827 do RICMS, utilizou o arbitramento para chegar ao montante de R\$ 229.855,00 (duzentos e vinte e nove mil oitocentos e cinquenta e cinco reais) de vendas realizadas sem emissão de documento fiscal, agregando margem de lucro de 20% (vinte por cento). Urge dizer que o dispositivo não tem aplicação nesse caso, sem embargo que a agregação é sequer prevista.

Ora, o dispositivo não é uma forma para arbitramento, mas encerra uma presunção legal de omissão de receitas de vendas que leva em consideração a diferença apurada entre vendas registradas e vendas efetivamente praticadas, ou decorrente do confronto entre registros fiscais e contábeis; portanto não se aplica aos casos de existência pura e simples de recibos ou pedidos de vendas do contribuinte. Além do que, a rigor arbitramento é técnica para a avaliação de preços de bens, serviços ou atos jurídicos autorizada nas hipóteses excepcionais em que a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, sejam omissos ou não mereçam fé (art. 146 do CTN).

Urge por assim dizer que no caso concreto somente após a efetiva demonstração da existência de operações de vendas sem emissão de documentos fiscais ou na hipótese destes não merecerem fé é que de fato estaria autorizada a utilização do arbitramento para a quantificação da base de cálculo, e não, por contrária, apontar o fator gerador do tributo e a existência de infração à legislação tributária.

4

Processo nº: 1/2508/2007
Auto de infração nº: 1/200521683
Cons. Relator: José Rômulo da Silva.

Mesmo que se quisesse aplicar, para efeito de arbitramento, a hipótese do § 7º do art. 827, ainda assim não poderia. A hipótese consigna "documentos fiscais impressos sem a autorização da Sefaz" que aqui não se verifica. Trata-se na verdade de "pedido" que nem grosseiramente pode ser equiparado a qualquer documento fiscal, até porque expressamente consigna que "não vale como nota fiscal".

Portanto, consigna o presente caso clara falta de adequação do fato concreto a qualquer hipótese da legislação do ICMS no tocante ao lançamento do crédito tributário. O agente fiscal procedeu à revelia da legislação ao qualificar o fato juridicamente como falta de recolhimento mediante utilização de arbitramento, donde se vislumbra prática de ato sem autorização legal o que reclama a nulidade prescrita no inciso III do § 2º do art. 53 do Dec. 25.468/99.

Diante do exposto, voto para que se Conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida na Instância Singular, declarando-se assim a nulidade do feito fiscal, mas por fundamento diferente da decisão monocrática, como também do Parecer da Consultoria Tributária referendado pelo Representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como eu voto.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **Célula de Julgamento de 1ª Instância** e recorrida **Casa Forte Comércio de Material de Const. Ltda.**

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial; negar-lhe provimento, para confirmar a decisão declaratória de nulidade do processo proferida em 1ª Instância, porém por fundamentação diversa, qual seja, "autoridade impedida por vedação legal", conforme art. 53, § 2º, inciso III do Dec. 25.469/99 nos termos voto do Conselheiro Relator. Ressalte-se que a nulidade declarada difere também, nos seus fundamentos, do Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Ausentes, momentaneamente, os Conselheiros Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias e Marcos Antônio Brasil.


Processo n°: 1/2508/2007

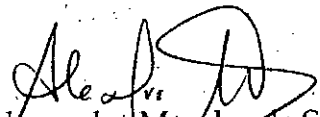
5

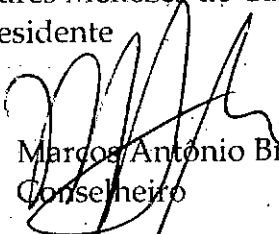
Auto de infração n°: 1/200521683

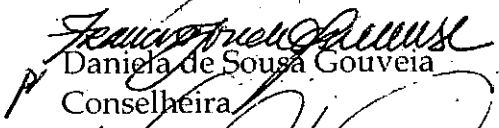
Cons. Relator: José Rômulo da Silva.

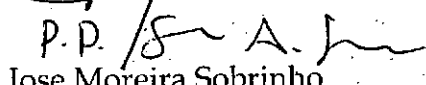
Sala das Sessões da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, em 05 de maio de 2010.

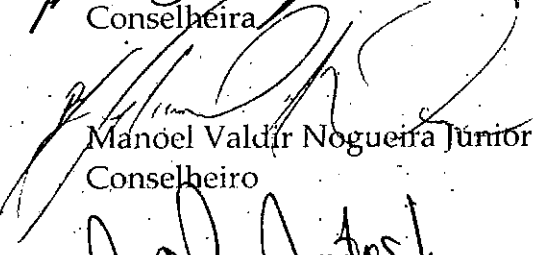

Sandra Maria Lavares Menezes de Castro
PP/P Presidente



Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

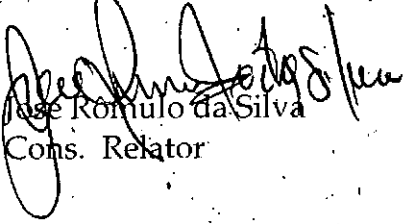

Marcos Antonio Brasil
Conselheiro

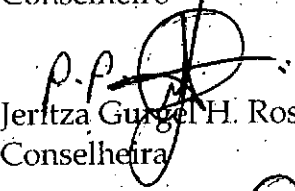

Daniela de Sousa Gouveia
Conselheira

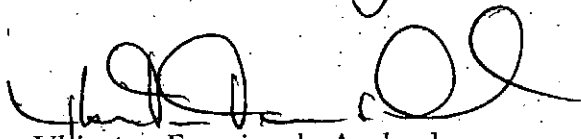

Jose Moreira Sobrinho
Conselheiro


Manoel Valdir Nogueira Junior
Conselheiro


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro


José Rômulo da Silva
Cons. Relator


Jeritza Gurgel H. Rosário Dias
Conselheira


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado