

A. I. Nº - 207105.0361/02-3
AUTUADO - PETRONOVA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 14/02/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-03/03

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL E CONTÁBIL SOB A ALEGAÇÃO DE ROUBO E EXTRAVIO. Ficou comprovada a existência dos elementos motivadores para a realização do arbitramento da base de cálculo do imposto. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. 3. LIVROS FISCAIS. ROUBO. MULTA.** As multas, por descumprimento de obrigação acessória, devem ser absorvidas pela penalidade aplicada ao descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 27/03/02, para exigir o ICMS no valor de R\$1.177.335,59, acrescido da multa de 100%, além de multas no valor de R\$5.000,00, em decorrência de:

1. Extravio de documentos fiscais – notas fiscais nº 001 a 0250 – multa de R\$1.000,00;
2. Extravio dos livros fiscais – Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS, Registro de Inventário e Registro de Ocorrências – multa de R\$4.000,00;
3. Falta de recolhimento do imposto, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação, ao fisco, da documentação fiscal e contábil, sob a alegação de roubo. Foi arbitrada a base de cálculo do ICMS pelo método do CMV com fundamento nas informações obtidas na DMA, devido à impossibilidade de se apurá-la por qualquer outro meio (fornecedores, livros contábeis, clientes etc) - exercício de 2001.

O autuado apresentou defesa (fls. 83 a 98), preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que não lhe foram entregues “cópias do processo que originaram o auto de infração, impedindo-o de conhecer o inteiro teor das imputações que lhe são cometidas”. Acrescenta que, embora possua informações a respeito das imputações, não teve acesso ao levantamento, de modo a poder confrontar os dados. Transcreve o pensamento da doutrina a respeito da matéria.

Alega, ainda, que em momento algum a autuante demonstrou a forma de cálculo do imposto ou sequer anexou planilhas ao Auto de Infração, devendo ser declarada a sua nulidade.

No mérito, afirma que a ação fiscal foi desenvolvida em apenas 14 dias e a fiscalização exigiu “uma infinidade de informações e documentos, os quais por motivo de força maior não foram atendidos, tendo em vista o roubo ocorrido nas dependências da empresa”.

Quanto às infrações 1 e 2, diz que a autuante ignorou as alegações para a não apresentação dos documentos e livros fiscais e, além disso, os métodos utilizados para a aplicação das multas são confusos, pois baseados, ora em notas fiscais, ora nos livros de saída.

Em relação ao arbitramento (infração 3), aduz que jamais se negou a apresentar documentos ou informações, tendo havido a “impossibilidade de fornecê-las, por motivo já apresentado, ou seja caso de força maior, o roubo ocorrido”.

A final, pede o arquivamento do PAF e protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente apresentação de demonstrativos, inclusive perícias, diligências, vistorias, aditamentos e juntada de documento”.

A autuante, em sua informação fiscal (fls. 108 e 109), afirma que, “quando do recebimento do Auto, dia 11/04/02, foi fornecido cópia de todo o levantamento” e, ademais, o contribuinte poderia ter comparecido à repartição fazendária e solicitado cópias de quaisquer peças processuais gratuitamente, a teor do artigo 11, parágrafo único, do RPAF/99.

Não obstante esses fatos, sugere que o setor competente intime o contribuinte para ciência das peças que compõem o processo, com a reabertura do prazo de defesa.

À fl. 112, encontra-se acostada uma Intimação, enviada pela INFAZ Bonocô, notificando o autuado para “ciência da informação fiscal, conforme cópia anexa das folhas 001 a 109”.

Esta 3ª JJF, por meio do Acórdão JJF nº 0227-03/02 (fls. 115 a 117), julgou este Auto de Infração procedente em parte, mas o contribuinte, inconformado, interpôs Recurso Voluntário, o qual foi provido pela segunda instância, através do Acórdão CJF nº 0353-12/02 (fls. 137 a 139), sob o fundamento de que teria havido cerceamento de seu direito de defesa, em razão de ter-lhe sido concedido, pela repartição, o prazo de 10 dias, e não de 30 dias, para se pronunciar sobre os documentos que lhe foram posteriormente enviados pela Inspetoria Fazendária.

Em atendimento à decisão da 2ª CJF, este órgão julgador deliberou converter o PAF em diligência à Inspetoria de Origem (fl. 142) para que sanasse a irregularidade processual, isto é, concedesse o prazo de 30 dias para que o contribuinte se pronunciasse e enviasse o processo à autuante a fim de que fosse produzida a informação fiscal.

O autuado, após intimado (fls 149 e 150), se manifestou (fls 155 a 162) relatando que, em 13/03/02, foi iniciado o processo de fiscalização, tendo sido “exigidos alguns documentos fiscais, os quais não foram apresentados, pois devido a um caso de roubo os mesmos não estavam em poder da empresa para a devida apresentação, naquele momento”.

Prossegue dizendo que “sanadas as irregularidades aduzidas como preliminar na impugnação inicial”, insurge-se, no mérito, contra o lançamento, aduzindo que a ação fiscal foi desenvolvida em apenas 14 dias e a fiscalização exigiu “uma infinidade de informações e documentos, os quais por motivo de força maior não foram atendidos, tendo em vista o roubo ocorrido nas dependências da empresa”.

Quanto às infrações 1 e 2, diz que a autuante ignorou as alegações para a não apresentação dos documentos e livros fiscais e, além disso, os métodos utilizados para a aplicação das multas são confusos, pois baseados, ora em notas fiscais, ora nos livros fiscais de saída.

Em relação ao arbitramento (infração 3), alega que jamais se negou a apresentar documentos ou informações, tendo havido a “impossibilidade de fornecê-las, por motivo já apresentado, ou seja caso de força maior, o roubo ocorrido”.

Acrescenta que o “arbitramento da base de cálculo para apuração do imposto, ocorreu na margem de 30% (trinta por cento)”, “sendo certo que a alíquota aplicada sobre a mesma foi de 17% (dezesete por cento), sendo que a alíquota interna do Estado é de 7%, não havendo embasamento legal para aplicação da referida alíquota, ainda que houvesse (sic) sido realizadas operações interestaduais, as mesmas seriam tributadas pela alíquota de 12%.”

Argumenta, ainda, que o este lançamento apresenta “certa obscuridade, não nos dando segura comprovação da ocorrência do fato gerador bem como, suscitando dúvidas relativa as (sic) determinadas bases de cálculos”.

Transcreve o pensamento de alguns juristas e, a final, pede o arquivamento do PAF e protesta “por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente apresentação de demonstrativos, inclusive perícias, diligências, vistorias, aditamentos, juntada de documentos”.

A autuante, às fls. 171 e 172, apresenta nova informação fiscal, relatando o ocorrido no PAF e manifestando a sua surpresa e inconformismo com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que anulou o julgamento de primeira instância, apesar do parecer contrário da PROFAZ e do fato de que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

No mérito, mantém o lançamento e faz as seguintes considerações:

1. afirma que o autuado “adquiriu diversas mercadorias procedentes do Estado de São Paulo, em valores superiores a R\$7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil reais) conforme registros nos DMA, no entanto, todas as notas fiscais foram extraviadas, misteriosamente, tendo o contribuinte alegado que tudo foi furtado no interior de um veículo”;
2. a empresa funcionou, durante todo o período em que esteve ativa no Cadastro de Contribuintes do ICMS, em uma sala, comercializando álcool, combustível altamente inflamável;
3. após a lavratura deste Auto de Infração, a empresa desapareceu e encontra-se com sua inscrição estadual cancelada desde 09/10/02, sem que os sócios providenciem a sua baixa;
4. quanto ao percentual de alíquota aplicado no arbitramento, não têm nenhum cabimento as alegações defensivas, uma vez que a alíquota interna do Estado da Bahia é de 17% e somente é utilizado o percentual de 7% “no caso de operações interestaduais entre a região Sul e Sudeste para o Nordeste”.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, como suscitado pelo autuado, uma vez que o contribuinte recebeu cópias de todo o PAF (fls. 001 a 109), de acordo com a Intimação expedida pela repartição fazendária, à fl. 112, e novamente foi intimado a se pronunciar no prazo de 30 dias, conforme a diligência solicitada por esta 3ª JF (fls. 142, 149 e 150), o que saneou a irregularidade processual apontada pela segunda instância deste CONSEF.

No mérito, da análise das peças processuais, verifica-se, em relação à infração 3, que o presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de arbitramento da base de cálculo do imposto, efetuado no exercício de 2001, porque o autuado não apresentou à fiscalização os livros e as notas fiscais, sob a alegação de roubo, conforme:

1. a Certidão nº 0022001002300, exarada pelo Departamento de Polícia Metropolitana (fl. 9), em que o contribuinte comunica o roubo de uma pasta contendo os livros fiscais de entradas, saídas e de apuração do ICMS, além de disquetes contendo informações fiscais;
2. e o Recibo de Publicação nº 45080-4, do Jornal A Tarde (fl. 10), em que o autuado “comunica o extravio de livros fiscais, talonários e notas de contabilidade”.

Ressalte-se, por oportuno, que a ocorrência policial somente atestou o roubo de alguns dos livros fiscais. O contribuinte é que, posteriormente, incluiu o desaparecimento das notas fiscais no comunicado que foi publicado no Jornal A Tarde (fl. 10). Ademais, o autuado também não comunicou, à repartição fazendária, a existência do suposto roubo, como relatado acima.

O contribuinte foi intimado a apresentar a sua documentação, em 13/03/02 (fl. 7), mas não atendeu à solicitação alegando motivo de força maior, isto é, a ocorrência de roubo e extravio, como reconhecido pelo próprio impugnante em ambas as peças de defesa (fls. 83 a 98 e 155 a 162). Dessa forma, ficou demonstrada pela autuante a impossibilidade de levar a efeito um exame na escrituração fiscal da empresa, relativamente ao exercício de 2001.

Tal situação é disciplinada pelo RICMS/97, no § 1º do artigo 146, ao dispor que:

Art. 146. Nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I - comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias;

II - comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

*§ 1º Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuar-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, **o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco**, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária. (grifos não originais)*

Em face do exposto, a autuante adotou, para realizar o arbitramento da base de cálculo do imposto, o método previsto no artigo 938, inciso I, do RICMS/97, com base nos elementos extraídos das DMAs apresentadas, pelo próprio contribuinte à repartição fazendária, conforme determinado no § 6º do mencionado artigo 938, do RICMS/97.

Quanto ao percentual de 30%, adotado pela autuante a título de Margem de Valor Adicionado (MVA), está correto pois previsto na alínea “g”, do inciso I, do artigo 938, do RICMS/97, para “outras mercadorias”. Ressalte-se ainda que a alíquota de 17% é aquela indicada legalmente para as operações internas e é a que deve ser utilizada para a apuração do ICMS devido em razão de arbitramento de sua base de cálculo.

Saliente-se, por fim, que, ao contrário do que foi alegado pelo autuado, encontram-se acostados ao PAF todos os documentos em que se fundamentou a autuante para realizar o arbitramento: o demonstrativo de apuração, as DMAs, os valores de ICMS efetivamente recolhidos, além de outras informações necessárias (fls. 6, 11 a 73). Assim, entendo que é devido o valor apurado nesta

infração, haja vista que o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos capazes de desconstituir o lançamento.

Quanto às infrações 1 e 2, relativas a descumprimento de obrigação acessórias, devem ser excluídas do lançamento, uma vez que absorvidas pela penalidade por descumprimento de obrigação principal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207105.0361/02-3**, lavrado contra **PETRONOVA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS1.177.335,59**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR