

PROCESSO - A. I. N°102104.0012/04-0  
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J. B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA.  
RECORRIDOS - J. B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0151/04-05  
ORIGEM - INFAS IGUATEMI  
INTERNET - 29/07/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0255-12/05

**EMENTA:** ICMS. ARBITRAMENTO. EXTRAVIO DE LIVROS E DOCUMENTOS. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Refazimento dos cálculos reduz valor do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Afastada as preliminares de nulidade. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 4ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0151/04-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado exigindo-se do contribuinte o pagamento de ICMS no valor de R\$80.867,31, apurado mediante arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação da documentação fiscal e contábil.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, sob o argumento de que:

- a) o Auto de Infração é nulo, posto que falta o imprescindível “termo de início da fiscalização”, exigido pelo CTN e não apresentado pela autuante, sem prejuízo do fato de que inexiste fundamentação legal para aplicação do arbitramento da base de cálculo;
- b) o arbitramento foi adotado em função da falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil, por ter sido a empresa vítima de furto, fato ocorrido em 03/01/2001, quando foi levado o seu veículo saveiro Placa Policial nº JNH-5163, no qual encontravam-se seus livros Registro de Entradas, de Saídas, de Inventário, de Ocorrências, Registro de Empregados, DAE’s e DMA’s, relativo ao período de 1995 a 2000, argumentando que é um absurdo uma empresa ser obrigada ao pagamento de um Auto de Infração ilegal, uma vez que o imposto foi apurado mediante arbitramento da base de cálculo e para assegurar a aplicação do arbitramento, deveria o Fisco apontar indícios fortes de sonegação;
- c) no exercício de sua atividade, comercializa um percentual médio de 8% de mercadorias sujeitas à substituição tributária, ou seja, com fase de tributação encerrada e que o arbitramento sobre tais mercadorias implica no *bis in idem*, o que fere a legalidade necessária ao lançamento fiscal;
- d) quanto ao *meritum causae*, aduziu que a empresa foi autuada por idêntica infração em relação ao exercício de 1998, tendo o CONSEF homologado valores diversos, conforme cópia anexa, bem assim que no presente lançamento foi aplicada a MVA de 100%, quando deveria ter sido utilizada a de 30%, prevista no art. 938, I, “g”, do RICMS, em razão da diversidade de espécies de mercadorias comercializadas pela empresa, além do que em uma grande maioria tiveram o imposto pago pelo regime de substituição tributária;
- e) com relação à multa aplicada, asseverou que, pelo fato de restar comprovado nos autos o furto dos documentos da empresa, tal situação equivale a um “sinistro”, o que ensejaria a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, oportunidade em que

transcreveu o teor de ementa deste CONSEF, por meio do Acórdão CJF nº 0032/12/02, que considerou insubsistente o lançamento fiscal, aplicando-se tão-somente a multa pelo extrativo dos documentos;

- f) no que tange à “substituição tributária”, afirma que anexou cópia de um termo de encerramento de fiscalização, lavrado anteriormente, para atestar a veracidade de sua alegação;
- g) por fim, após protestar pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e revisão fiscal para apuração correta dos valores e consideração das mercadorias substituídas, requereu a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração;

Em sua informação fiscal, a fiscal autuante descreveu, inicialmente, o motivo da lavratura do Auto de Infração, esclarecendo que, quanto às alegações de nulidade suscitadas pelo recorrente, em razão da falta do Termo de Início de Fiscalização, não há a necessidade de apresentação do referido termo, já que consta no Auto de Infração o número da Ordem de Serviço, bem assim de absoluta falta de fundamento legal para aplicação do arbitramento, afirmou constar do Auto de Infração o respectivo fundamento, seu enquadramento e a multa aplicada. No que se refere às questões meritórias, após fazer um resumo da alegação defensiva, alegou que a Certidão Policial comprova a falta de apresentação da documentação fiscal. Com relação ao arbitramento aplicado, aduziu que foi com base no que determina o RICMS/BA, na parte que se refere ao método e ao índice de correção. Quanto à MVA, afirmou que, por um lapso, considerou o percentual de 100%, quando o correto é realmente de 30%, previsto no item 4 do Anexo 89, o que fez reduzir o valor do imposto originalmente cobrado para R\$10.881,21, conforme demonstrado em planilha que elaborou.

A Secretaria do CONSEF encaminhou o PAF à INFRAZ-Iguatemi, para dar ciência ao autuado da informação fiscal, o que foi cumprido, conforme intimação e AR às fls. 46/47.

Em nova manifestação à fl. 49, o autuado disse ratificar todos os termos de sua defesa, oportunidade em que renovou os pedidos de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF Nº 0151/04-05, a 4.<sup>a</sup> JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

- a) não há como prosperar a argüição de nulidade do recorrente, posto que, quanto à ausência do Termo de Início de Fiscalização, restou comprovado que foram anexados aos autos três intimações expedidas pela autuante à empresa, constando em todas elas a sua ciência, restando cumprido o quanto disposto no art. 26, III, do RPAF/99, regulador da matéria; com relação à alegação de falta de fundamentação para aplicação do arbitramento, a mesma não procede, à luz do disposto no art. 146, do RICMS/97, que estatui que, em caso de furto (como o declarado pelo autuado), o contribuinte deve comunicar o fato à repartição fiscal no prazo de oito dias, comprovando o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação de pagamento do imposto, no mesmo prazo, o que não foi cumprido pelo autuado; outrossim, o artigo acima citado em seu § 1º, prevê que, 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 efetuá-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 ao seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração de 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; ainda na seara preliminar, no que tange ao argumento de que não houve comprovação da sonegação, considera-se o mesmo impertinente, visto que o art. 146, acima citado, não alberga tal condição, a fim de que seja adotado o arbitramento da base de cálculo do imposto;

- b) quanto ao *meritum causae*, não procede a alegação defensiva de que foram incluídas no arbitramento da base de cálculo mercadorias adquiridas com fase de tributação encerrada, bastando, para tanto, a análise do demonstrativo de fl. 12, que se baseou nos valores das entradas e saídas informadas pelo autuado para a SEFAZ, por meio da DMA (ver fl. 14); com relação à MVA de 100% aplicada para exigir o imposto, observa-se que a mesma foi utilizada de forma equivocada, conforme admitiu a própria autuante em sua informação fiscal, tendo sido tal equívoco objeto de refazimento dos cálculos, com a utilização da MVA de 30%, o que implicou na redução do imposto originalmente cobrado para a importância de R\$10.881,21; no que diz respeito à redução da multa, percebe-se que aquela indicada pelo autuante é a efetivamente correta para a infração cometida;
- c) tendo em vista que o autuado, em sua defesa, não conseguiu elidir a autuação, considera-se parcialmente caracterizada a infração, cuja exigência tem respaldo legal no art. 937, I, do RICMS/97, ressaltando-se, ainda, que a empresa foi autuada anteriormente por idêntica infração, relativamente ao exercício de 1998, cujo Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte pela 4<sup>a</sup> JJF, em virtude de refazimento dos cálculos, cuja Decisão foi mantida pela 2<sup>a</sup> CJF e pela Câmara Superior, conforme Acórdãos JJF nº 0374-0/02, CJF nº 045-11/02 e CS nº 0032-21/03, respectivamente;

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$50.000,00, a referida 4.<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4.<sup>a</sup> JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando todos os termos de sua peça defensória, especialmente de que “*a questão relativa às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não foi corretamente enfrentada pela JJF, causando sérios prejuízos à defesa e a solução da demanda.*” Aduz que o julgamento apegou-se ao documento de fl. 14 (DMA), quando este revela, em socorro ao contribuinte, que mais de 50% das mercadorias adquiridas e comercializadas encontram-se com a fase de tributação encerrada, o mesmo acontecendo em relação aos estoques, esclarecendo que, se forem deduzidos apenas do estoque inicial o percentual de 50%, referente a mercadorias substituídas, não haverá diferença de ICMS a pagar. Outro aspecto a ser enfrentado é o concernente à multa por infração. Alega que, comprovado o furto dos documentos da empresa, o que não se contesta, a situação equivale a um sinistro, devendo, nesses casos, ser aplicada apenas multa pelo descumprimento de obrigação acessória, o que fica respaldado, ainda mais, em relação às mercadorias substituídas, constituindo-se, inclusive, em prova de ausência de sonegação, posto que se houve antecipação do ICMS não houve sonegação. Afirma que, no mínimo, haveria que se reduzir a multa e adequá-la aos casos de sinistro, conforme art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96. Transcreve julgamento do CONSEF – Acórdão CJF nº 0032-12/02 – a fim de corroborar a sua tese. Ao final, após protestar pela juntada de documentos e pela revisão fiscal para a correta apuração dos valores e consideração das mercadorias substituídas, pugna pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, alegando que, na hipótese de manutenção de alguma parcela do imposto, que seja convertida a sanção em multa formal ou a sua redução.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS entende com relação à alegação de que foram incluídas no levantamento para a base de cálculo do arbitramento mercadorias com a fase de tributação encerrada, a questão já foi analisada em primeira instância, tendo sido provado nos autos que este argumento não procede, posto que os valores foram obtidos, em relação às entradas e saídas de mercadorias, com base nos documentos apresentados pelo autuado, por meio da DMA de fl. 14. Outrossim, quanto à argüição da equidade para aplicação apenas de multa formal em razão de não ter havido dolo por parte do autuado no respectivo extravio, não há como prosperar tal argumento, vez que foi apurado imposto pela fiscalização realizada e autorizado por lei para que fosse utilizado o arbitramento da base de cálculo ante a inexistência de livros e documentos fiscais. Ademais, o arbitramento realizado encontra respaldo no art. 937, *caput* e inciso I c/c o § 1.<sup>º</sup>, do art. 146, inciso I, alínea “b” e art. 938, § 3.<sup>º</sup> e inciso I, alínea “g”,

todos do RICMS/97, restando comprovado, por outro lado, que a empresa não apresentou, na verdade, os documentos necessários à realização de outro método de fiscalização, justificando, assim, o arbitramento realizado.

## VOTO

Inicialmente, faz-se mister enfrentar as argüições de nulidade suscitadas pelo recorrente.

A primeira delas se refere à ausência, nos autos, do Termo de Início de Fiscalização. Rejeito a preliminar suscitada, posto que a mesma não enseja a nulidade do lançamento fiscal, à luz do quanto estatuído no art. 26, III, do RPAF/99, que prescreve, *ad litteram verbis*:

*“Art.26 – Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:*

*I - ...*

*III – intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento, exibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar o recolhimento do tributo.”*

Compulsando-se os autos, percebe-se, com clareza solar, que foram anexados aos autos, fls. 7/10, três intimações expedidas pela autuante à empresa, constando em cada uma delas a ciência do mesmo, inexistindo, portanto, qualquer nulidade da ação fiscal.

Quanto à segunda preliminar de nulidade suscitada, concernente à falta de fundamentação para aplicação do arbitramento, não há como acolhê-la, invocando-se, para tanto, o quanto insculpido no art. 146, do RICMS/97, que determina que, em caso de furto (como o declarado pelo autuado), o contribuinte deve comunicar o fato à repartição fiscal no prazo de oito dias, comprovando o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação de pagamento do imposto, no mesmo prazo.

Ora, *in casu*, não logrou êxito o recorrente em demonstrar o cumprimento da obrigação, razão pela qual não merece guarida a preliminar suscitada.

Ademais, o artigo acima referido, consigna, em seu § 1º, que, 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 efetuá-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 ao seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração de 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.

*Pari passu*, no que tange à alegação de que não houve comprovação da sonegação, o que impediria a utilização do método do arbitramento, não há como prosperar a tese do recorrente, à luz do art. 146 supra transcrito, que não prevê tal condição, a fim de que seja adotado o arbitramento da base de cálculo do imposto.

Ingressa-se, agora, na seara de análise do Recurso de Ofício apresentado pela Douta 4.ª JJF, por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$ 50.000,00, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Reparo algum merece o *decisum* de primeira instância no que se refere à redução do débito tributário determinado no julgamento de primeira instância. Senão, vejamos.

Decorreu a redução do débito do fato de que o autuante, equivocadamente, aplicou a MVA de 100% para exigir o imposto, quando, em verdade, caberia ao mesmo aplicar a MVA de 30%, o que foi admitido pelo próprio autuante, quando da apresentação de sua informação fiscal.

Logo, após o refazimento dos cálculos, foi o débito originariamente autuado reduzido para R\$10.881,21, tendo a decisão de primeira instância agido com acerto ao promover a sua redução,

razão pela qual voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo a decisão recorrida que determinou a redução do débito tributário.

Mister se faz, finalmente, a análise do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, cingindo-se à matéria atinente ao *meritum causae*, posto que devidamente enfrentadas as preliminares suscitadas.

No que tange à alegação do recorrente de que foram incluídas no levantamento para a base de cálculo do arbitramento, mercadorias com a fase de tributação encerrada, razão alguma assiste ao recorrente, bastando, para tanto, a análise do demonstrativo de fl. 12, o qual se baseou nos valores das entradas e saídas informadas pelo mesmo à SEFAZ por meio da DMA acostada à fl. 14.

Suficiente não se apresenta a argumentação do recorrente de que “*mais de 50% das mercadorias adquiridas e comercializadas encontram-se com a fase de tributação encerrada, o mesmo acontecendo em relação aos estoques, esclarecendo que, se forem deduzidos apenas do estoque inicial o percentual de 50%, referente a mercadorias substituídas, não haverá diferença de ICMS a pagar*”, vez que não tem o condão de elidir a autuação fiscal e, consequentemente, a decisão prolatada no âmbito de primeira instância, baseada na declaração fornecida pelo próprio recorrente.

Outrossim, no que se refere à multa aplicada, tida como exorbitante por parte do recorrente, em face do sinistro ocorrido, inexistindo, portanto, dolo de sua parte, raso em fundamentação válida se apresenta o argumento apresentado, posto que foi apurado imposto pela fiscalização realizada e autorizado por lei para que fosse utilizado o arbitramento da base de cálculo, ante a inexistência de livros e documentos fiscais.

Cura informar, a título de embasamento dos argumentos supra expostos, que a empresa foi autuada anteriormente por idêntica infração, relativamente ao exercício de 1998, tendo sido os julgamentos proferidos com espeque nos argumentos supra expostos, à luz dos Acórdãos JJF nº 0374-0/02, CJF nº 045-11/02 e CS nº 0032-21/03.

Destarte, salientando que o arbitramento realizado encontra respaldo no art. 937, *caput* e inciso I c/c o § 1.º, do art. 146, inciso I, alínea “b” e art. 938, § 3.º e inciso I, alínea “g”, todos do RICMS/97, restando comprovado, por outro lado, que a empresa não apresentou, na verdade, os documentos necessários à realização de outro método de fiscalização, justificando, assim, o arbitramento realizado, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a R. Decisão de primeira instância em todos os seus termos e fundamentos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 102104.0012/04-0, lavrado contra J. B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.881,21, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS