

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0008/03-6
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE CEREAIS ALTO JEQUITIBÁ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0222-02/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 25/10/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0335-12/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CERVEJA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS E SUBSEQÜENTES. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao contribuinte alienante a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido nas operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes, das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado, o que não ficou comprovado. A fiscalização apurou que o montante das saídas de mercadorias é em volume consideravelmente superior ao total das entradas, sendo adequada e legal a sistemática de apuração do imposto desenvolvido na ação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Não acolhidas às argüições de nulidade em função do acolhimento da dedução dos valores apurados em diligência fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, através do qual o contribuinte se insurge contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, contida no Acórdão nº 0222-02/04.

O Auto de Infração, objeto desta lide administrativa, foi lavrado contendo a seguinte acusação: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas a contribuintes localizados neste Estado”*.

Ao decidir a lide, o julgador de 1ª Instância proferiu voto com a seguinte fundamentação:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir a retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$608.715,31, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente ao período de abril/2000 a julho/2001, conforme faturamento obtidos através do arquivo SINTEGRA, à fl. 9 dos autos, abatidos dos créditos lançados no SIDAT, em razão do contribuinte não ter apresentado as notas fiscais de entradas e/ou comprovantes de recolhimentos relativos às aquisições de cerveja, de modo a comprovar o devido pagamento do ICMS por antecipação tributária e nem tão pouco a origem das mercadorias.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração suscitada, tendo em vista que o referido lançamento do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, cujo ato foi praticado por servidor competente, contendo elementos suficientes

para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, proporcionado ao sujeito passivo amplo direito de defesa.

Quanto ao mérito, o artigo 353, inciso II, item 2.10, do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, atribui como responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição o contribuinte alienante, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas de cervejas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado.

O contribuinte, por sua vez, em momento algum do processo, comprovou a origem das mercadorias e, conseqüentemente, a satisfação da obrigação tributária principal, quando de suas aquisições, com as devidas retenções por parte dos fornecedores ou com as devidas antecipações por parte do próprio adquirente. Assim, por não ficar configurado tratar-se de operações interestaduais, não se pode invocar o artigo 371 do RICMS como pleiteia o autuado, mas sim, o referido artigo 353, inciso II, do mesmo diploma legal, uma vez que não restou comprovada a hipótese de tê-las recebidas com o imposto antecipado.

No tocante a alegação de defesa de que pretende se exigir antecipação tributária sobre as saídas procedidas através de notas fiscais para consumidores, o que não haveria motivo para retenção, entendo desprovida de provas essenciais para sua aceitação, pois só através da apresentação das aludidas notas fiscais de venda ao consumidor se poderia comprovar, efetivamente, se tratam de operações de consumo, pois só a partir da análise das quantidades vendidas em cada documento fiscal e do seu destinatário chegaríamos a tal conclusão. A simples utilização desta série não é determinante para tal ilação, ainda mais que se trata de contribuinte inscrito como “Comércio Atacadista”. Portanto, a “priori” é correta a aludida inclusão, salvo prova em contrário.

Com relação a alegação de que não foi apurada a base de cálculo com a Margem de Valor Adicionado (MVA), sendo o imposto calculado sobre o total das saídas mediante aplicação da alíquota interna, abatidos os créditos, entendo caber razão ao contribuinte, pois nos termos do artigo 61, inciso II, do RICMS, a base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subseqüentes, é o valor da própria operação realizada pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, IPI e outros encargos, adicionado da MVA relativa às operações subseqüentes, de acordo com o percentual previsto no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor, tratando-se das mercadorias de que cuida o art. 353, inciso II, do RICMS. Assim, conclui-se que o valor ora exigido foi reclamado a menos, devendo ser feita nova ação fiscal relativa ao valor remanescente, inerente ao imposto decorrente da apuração da MVA de 70% sobre a atual base de cálculo.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE, sendo a data de vencimento para recolhimento do imposto a do dia 15 do mês subseqüente ao das operações, nos termos do art. 126, inciso I, do RICMS.”

Nas razões recursais o contribuinte argumenta que nas operações de revenda de cervejas e refrigerantes produzidos por terceiros, dispunha de duas opções de aquisição:

- a) no mercado interno, sendo que o imposto neste caso deveria ser retido pelo fornecedor, não cabendo retenção e recolhimento quando da saída subseqüente;
- b) em outros Estados (operações interestaduais), a responsabilidade pela retenção e recolhimento seria do fornecedor. Inexistindo acordo entre os Estados, a responsabilidade seria da empresa recorrente, no momento do ingresso das mercadorias neste Estado.

Ao contestar o Auto de Infração o autuado, preliminarmente, refutou os cálculos efetuados pela fiscalização, argüindo que os mesmos foram feitos de forma não demonstrada, sem determinação

da origem dos números e com abatimento de créditos sem que fosse citada a fonte de coleta dos mesmos. Aduziu que o presente Auto de Infração é o terceiro lavrado contra a empresa, pelos mesmos autuantes, tendo os dois primeiros, sido declarados nulos, pelas duas instâncias de julgamento do CONSEF. Sustenta que a não demonstração dos cálculos é motivo de declaração de nulidade, ao teor do art. 18, inc. IV, do RPAF/99.

No mérito argumentou que a autuação teve por base o fato de que a empresa comercializava com cervejas e refrigerantes, que se produzidos na Bahia, deveriam ter o imposto retido e recolhido pelos industriais, afastando-se a responsabilidade do autuado. Caso as aquisições fossem interestaduais, caberia ao fornecedor, no caso de existência de Convênio ou Protocolo, proceder à retenção do ICMS.

Apontou a existência de documentos que estavam em seu poder e que não foram apresentados, pois os fiscais autuantes estavam imbuídos do propósito de cobrar imposto indevido, a qualquer custo e de qualquer forma. No decorrer do tempo, foram surpreendidos com um vendaval, que destruiu um galpão onde eram guardados todos os documentos do estabelecimento, sendo extraviados, contra a vontade do contribuinte, livros, documentos, máquinas, equipamentos, móveis e muitos objetos, fato comunicado ao fisco baiano através do processo nº 0333335/2004-8, em 26/02/2004. Nos salvados do vendaval, foram encontrados alguns documentos, que foram anexados ao PAF, e que servem para decretar o encerramento das equivocadas ações fiscais. Ressaltou, também que a Secretaria da Fazenda conhece todas as operações praticadas pela empresa, uma vez que foram apresentadas todas as DMAs relativamente ao período em que o contribuinte operou no Estado. Anexou, à peça recursal, cópias dos registros de entradas do exercício de 2001, notas fiscais de aquisição referente ao exercício de 2000 (em pequena quantidade salva no depósito da empresa); notas fiscais de aquisição de mercadorias, exercício de 2001, juntamente com os comprovantes de recolhimento do imposto por substituição tributária (GNERS), cópias de denúncias espontâneas e respectivos valores denunciados.

Formulou os seguintes pedidos:

- 1) que a documentação apresentada fosse conferida e periciada por fiscal estranho ao feito;
- 2) que a SEFAZ verifique em seus arquivos os pagamentos efetuados através de GNERS e que não constam dos registros de recolhimentos atribuídos à empresa.

Ao final, requereu a nulidade da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal e alternativamente, a improcedência da ação fiscal, por entender estar provado que todos os recolhimentos de ICMS foram efetuados em relação às aquisições de cervejas e refrigerantes.

O processo foi remetido à Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), que ao analisar os autos, solicitou diligência para que fossem analisados os documentos anexados no Recurso, objetivando certificar se os mesmos demonstram o pagamento do ICMS por substituição tributária. Em deliberação unânime da Câmara de Julgamento Fiscal, foi deferido o pedido de diligência, e o processo foi encaminhado à IFEP, para revisão a cargo de auditor fiscal estranho ao feito.

Cumprida a diligência, foi constado, com base em informações prestadas pela GEARC, órgão interno da SEFAZ que controla a arrecadação tributária, que há recolhimentos a serem deduzidos do Auto de Infração, nos meses de outubro e dezembro de 2000; janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2001, considerando a veracidade das cópias das GNERS apresentadas pelo contribuinte. Em relação aos demais períodos mensais, os valores autuados permaneceram inalterados.

Instados a se manifestar, autuantes e autuado, somente este último se pronunciou sobre o resultado da diligência, afirmando que o seu principal argumento de defesa foi comprovado, pois restou demonstrado o pagamento do ICMS nas entradas de mercadorias originárias de outras unidades da Federação. Sustentou, ainda, em nova manifestação, a nulidade do método de fiscalização utilizado para a apuração da base de cálculo e citou decisões deste CONSEF para embasar as suas afirmações. Aduziu também a existência de contradição nos resultados gerados

após a diligência fiscal, pois o diligente teria abatido o imposto cobrado sobre as saídas que já estavam com a fase de tributação encerrada, com o imposto pago por antecipação, havendo, dessa forma, “mistura” de sistemas de apuração do imposto.

O processo retornou à PGE/PROFIS, para a emissão de Parecer jurídico conclusivo. O opinativo foi no sentido de Prover Parcialmente o Recurso Voluntário, com a adequação do valor exigido no Auto de Infração face à comprovação do recolhimento de parte das operações autuadas.

Após nova instrução do processo, este relator, entendeu ser necessário remeter o processo aos fiscais autuantes, a título de informação fiscal, para fins de serem prestados esclarecimentos quanto à forma como o imposto foi apurado no Auto de Infração. O pedido foi formulado nos seguintes termos, abaixo transcritos:

- 1- *No lançamento fiscal em discussão é imputado ao contribuinte a falta de retenção e de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas a contribuintes localizados neste Estado.*
- 2- *Os autuantes embasaram a autuação nas informações prestadas pelo autuado nos arquivos magnéticos (SINTEGRA), onde consta o faturamento mensal do contribuinte.*
- 3- *Foi deduzido do débito apurado no lançamento de ofício o ICMS comprovadamente recolhido (via GNRES, DAES, denúncia espontânea etc).*
- 4- *O contribuinte, em sua defesa de mérito, sustentou a inexistência do imposto exigido no Auto de Infração, pois o ICMS já fora totalmente recolhido pelo regime de substituição tributária, nas seguintes situações:*
 - 4.1 *pelos remetentes das mercadorias - cervejas e refrigerantes - por força da lei interna ou de acordo interestadual (Protocolo da qual o Estado da Bahia é signatário);*
 - 4.2 *pelo próprio contribuinte, em razão da antecipação tributária das operações subseqüentes, nas hipóteses em que não houve retenção do imposto pelos remetentes.*
- 5- *Ao ler a informação fiscal prestada pelos autuantes (peça anexa ao processo), é declarado que o volume de mercadorias comercializado pelo autuado/recorrente é notadamente superior ao informado na contabilidade do mesmo. Deduz-se que esse fato fiscal/contábil, discrepante, ensejou ou motivou a exigência do imposto.*

Pede-se que os autuantes informem a esta Câmara de Julgamento, em números absolutos e em notas explicativas, o montante das discrepâncias apuradas pelos mesmos, demonstrando a incompatibilidade entre o volume de entradas e saídas de mercadorias. Essa demonstração deverá ser clara e objetiva e consignada em peça informativa a ser anexada ao processo.

Após a informação fiscal deverá a Inspeção dar ciência da peça, em seu inteiro teor, ao representante legal da empresa, na forma prevista no RPAF/99, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo fixado prazo de 10 (dez) dias para que o mesmo se manifeste nos autos.

Após cumprimento das etapas acima descritas o Processo deverá retornar ao CONSEF para que a Procuradoria Estadual emita o Parecer jurídico conclusivo e a 2ª CJF julgue o Recurso Voluntário”.

Ao prestarem as informações solicitadas, os autuantes declararam que o montante das saídas, segundo os arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte e não contestados, totalizou a cifra de R\$5.157.721,59 e o montante das entradas, o valor de R\$1.335.514,06. Afirmaram que a margem de valor agregado nas operações com cervejas entre atacadistas e consumidor final é de 140%, quando adquiridas na indústria, de 70%, quando adquiridas junto a outro atacadista. Nas operações em apreço a margem de agregação entre aquisições e vendas alcançou a variação de 386%. Daí deduziram que estaria provada a absoluta discrepância entre o valor das entradas

declaradas - que serviram de base para os recolhimentos do ICMS por antecipação – e as respectivas saídas. Com base nesses dados, entenderam que estaria evidenciada, em fatos e números, que o autuado praticava a entrada de mercadorias de forma irregular, efetuando posteriores saídas com se já substituídas fossem. Assim, concluíram que considerando o “modus operandi” das fraudes em omitir entradas de mercadorias, e não se dispor do valor das aquisições, face o extravio dos documentos, para se certificar a exatidão dos valores de ICMS antecipados, foi a apurada a omissão com os dados das saídas informadas nos meios magnéticos, e calculado o imposto devido, deduzindo-se os valores comprovadamente recolhidos e o que foi revisado pelo auditor fiscal diligente, conforme Parecer constante de fls. 479 a 483.

Intimado o contribuinte a se manifestar sobre as informações prestadas pelos autuantes, aquele, através de advogado habilitado nos autos, Dr. Fernando Marques, se insurgiu contra a diligência, argüindo, preliminarmente, a nulidade da mesma, por ter sido prestada pelos próprios autuantes, sem a necessária isenção. Afirmou que as informações, em verdade, se constituíram em peça acusatória e pediu a realização de nova revisão a cargo de fiscal estranho ao feito. No mérito, afirmou que a “diligência” nada acrescentou de novo, declarando que a mesma, ao contrário, reforça a nulidade absoluta da autuação, pois tende a erigir a fato gerador do ICMS a suposta incompatibilidade entre os valores de compras e de vendas, cuja diferença foi apurada mediante levantamento da MVA, como se a obtenção de lucro em percentual elevado fosse fato gerador da obrigação, em substituição às efetivas compras e vendas. Declarou, ainda, que os livros fiscais que se encontram no PAF demonstram o verdadeiro movimento da empresa e que os mesmos foram desprezados. Impugnou os demonstrativos apresentados pelos autuantes, que dizem respeito apenas a uma parcela da movimentação da empresa. Disse, também, que as informações relacionadas à empresa Transportadora Olinda de São José dos Campos que teria agido em conluio com o autuado não devem ser consideradas, pois aquela empresa não é sujeito passivo da relação discutida nesta lide. Afirmou que não restou comprovado, em fatos e números absolutos a omissão de entradas de mercadorias para se fugir à antecipação, sendo ineficazes os métodos adotados na lide, através da apuração da MVA ou pelo total das saídas. Concluiu, declarando a necessidade de nova revisão do feito, preferencialmente pela ASTEC/CONSEF, sob pena de nulidade do processo e requereu, ao final, a declaração de improcedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação da Procuradoria Estadual, foi inicialmente afastada a suspeição de parcialidade dos autuantes para a execução da diligência solicitada por esta Câmara. Não se identificou qualquer nulidade do procedimento em se designar o mesmo fiscal autuante para cumprir a diligência fiscal, pois o ordenamento jurídico tributário não há norma que impinja a mácula de suspeição à conduta em apreço além de haver expressa disposição normativa, entalhada no inc. I, do art. 148 do RPAF, que preconiza a possibilidade do órgão julgador solicitar realização de diligência ou perícia ao próprio autuante. Portanto, o procurador parcerista entende que não há vício apontado pela parte recorrente. Quanto à demonstração de incompatibilidade entre o volume de entradas e saídas, sustenta que ficou demonstrado, à saciedade, a enorme discrepância desvelada no Auto de Infração em exame, demonstrado no percentual de 386% de MVA. Opina pela manutenção em parte da infração, com a dedução apenas dos valores apurados na diligência fiscal de fl. 479, concluindo pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente. A primeira, relacionada à falta de demonstração da forma como o imposto foi calculado no Auto de Infração. Conforme foi exaustivamente exposto no processo e afirmado pelo próprio contribuinte, ao abordar o mérito, a demonstração do cálculo do imposto tomou por base as informações em meio magnético fornecidas pelo autuado e anexada nos autos, relativamente às saídas promovidas no período de abril de 2000 a jul de 2001, conforme demonstrativo anexo, fl. 09. Constatou-se que o volume de saídas em relação ao montante das entradas alcançou a margem de agregação em torno de 386%, e que a margem de agregação de cervejas e refrigerantes, para efeito de

substituição tributária, é de 140% na indústria e de 70% na revenda efetuada por atacadistas. Foram deduzidos da autuação os valores comprovadamente recolhidos, inclusive aqueles apurados em diligência efetuada a pedido desta Câmara de Julgamento Fiscal. Portanto, a forma de apuração do imposto se encontra perfeitamente identificada na peça de lançamento, razão pela qual afasto a nulidade suscitada pela parte recorrente.

Afasto, também, o segundo pedido de nulidade, vinculado à execução da diligência, a cargo dos autuantes, que em verdade, se constituiu em um pedido de informação fiscal solicitada pelo relator deste processo com o fito de melhor instruir o processo. Inexiste, neste caso, o alegado vício de falta de imparcialidade da informação prestada, pois a solicitação visou, como já afirmado, a obter dos autuantes informações mais detalhadas a respeito da forma com foi desenvolvida ação fiscal e os números que foram gerados no lançamento de ofício. Frente ao princípio da livre apreciação da prova e da prerrogativa que tem o julgador de determinar a produção de provas ou informações que visem a esclarecer os fatos objeto da lide, não se pode falar em nulidade do procedimento desenvolvido pelos fiscais autuantes, pois o mesmo tem origem na solicitação do próprio órgão julgador. Ademais, para preservar os princípios do contraditório e da ampla defesa, foi concedida oportunidade ao contribuinte para que se manifestasse a respeito das informações prestadas pelos autuantes, o que se verificou com a petição de fls. 561 a 563, de forma que se manteve a equidade de tratamento dispensado às partes envolvidas nesta lide fiscal.

No mérito, a aplicação do método de fiscalização levado a cabo pelos autuantes é perfeitamente plausível e tecnicamente correto, considerando que grande parte da documentação da empresa foi extraviada, segundo a mesma, após um vendaval que atingiu um galpão onde se encontravam guardados os documentos fiscais do contribuinte. A ausência de grande parte da citada documentação e as informações prestadas em meio magnético possibilitaram a apuração do imposto, através do roteiro de auditoria da margem de valor agregado (MVA). Considerando-se o montante de vendas, que comparadas com as entradas, se revelou totalmente incompatíveis, é de se deduzir, por simples raciocínio aritmético, que houve a ocorrência de entradas não registradas ou declaradas, capazes de dar suporte o volume de saídas indicado nas informações em meio magnético produzidas pelo sujeito passivo e entregues à fiscalização. Em números absolutos a diferença de agregação é da ordem de 386%, e a margem de agregação da indústria até o consumidor final é de 140% e no atacado, de 70%, sendo, portanto, discrepantes os números apresentados pelo contribuinte para efeitos de pagamento do imposto nas entradas com o total das saídas efetuadas no mesmo período de apuração.

Do ponto de vista legal, a autuação tem suporte nos dispositivos citados no corpo do Auto de Infração, concernente aos seguintes artigos do RICMS/97: art. 353, II (que trata da responsabilidade por substituição; art. 126, I (que fixa o prazo de recolhimento do imposto); art. 61 (que discorre sobre a base de cálculo na substituição tributária); além do art. 936, que ao tratar do levantamento fiscal do ICMS, estabeleceu que: *“O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final, os serviços tomados ou, conforme o caso, prestados pelo estabelecimento, as despesas e encargos do contribuinte, o lucro auferido, e outros elementos, dados as informações concernentes às atividades do contribuinte ou responsável”*.

Assim, considerando os dados existentes no processo, é de se deduzir que o contribuinte autuado omitiu entradas de mercadorias, pois os valores são totalmente discrepantes e desproporcionais com o montante das saídas, de forma que a conduta do autuado é contrária à legislação tributária, pois a lei atribui ao contribuinte alienante a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido nas operações subseqüentes, a serem realizadas pelos adquirentes, das mercadorias

sujeitas ao regime de substituição tributária, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado, o que não ficou comprovado.

Cabe, portanto, a exigência do imposto contida no Auto de Infração, com a dedução dos valores apurados na diligência fiscal constante das fls. 479 a 483 dos autos.

De acordo com as deduções apuradas na citada diligência, o débito fiscal passa a apresentar os valores abaixo indicados, por período mensal:

Mês/Ano	Valor após diligência
abr/00	R\$ 8.214,97
mai/00	R\$ 36.624,36
jun/00	R\$ 22.892,14
jul/00	R\$ 20.985,06
ago/00	R\$ 28.768,51
set/00	R\$ 31.483,22
out/00	R\$ 70.910,94
dez/00	R\$ 73.698,80
jan/01	R\$ 11.570,76
fev/01	R\$ 40.309,65
mar/01	R\$ 17.568,18
abr/01	R\$ 28.138,30
mai/01	R\$ 13.577,71
jun/01	R\$ 22.087,13
jul/01	R\$ 18.719,17
TOTAL	R\$ 445.548,90

Portanto, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário alterando para PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em lide.

VOTO DISCORDANTE

O aspecto relevante deste processo é que o contribuinte alegou, e não houve qualquer contestação, em nenhum momento, que grande parte de sua documentação foi extraviada por um vendaval ocorrido no galpão da empresa. Por outro lado, para a apuração da base de cálculo o fisco considerou as informações constantes do SINTEGRA, confrontadas com parte da documentação apresentado pelo autuado. Em consequência, por falta de informações suficientes para a apuração exata da base de cálculo, determinou-se como diferença entre as entradas e saídas um percentual de 386%. Em seu voto, cita o julgador de 2ª Instância, como fundamentação, o art. 396 do RICMS, que não aplica ao caso presente, pois os dados apurados não representam a real situação das operações de entradas e saídas das mercadorias. Ao revés, deveria ser aplicado o disposto no art. 937, que trata do arbitramento, ao prever expressamente a forma de apuração do montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

*“I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam 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;**”*

O Parágrafo Único do mesmo artigo reforça esse entendimento:

“As ações e omissões descritas nos incisos II, III, V e VI só autorizam o arbitramento *quando a escrituração do contribuinte se tornar insuficiente para determinar o valor das entradas, das saídas e dos estoques das mercadorias*”.

É o caso em exame.

Não restando nenhuma dúvida, em face da clareza dos dispositivos transcritos, que a fiscalização estadual deveria ter procedido o arbitramento da base de cálculo, obedecendo rigorosamente os métodos prescritos no art. 938, para a seguir acrescer, a título de valor adicional (MVA), os percentuais indicados nas diversas alíneas determinadas para cada tipo de mercadoria.

Proceder de outra forma seria a prevalência do arbítrio do fisco sobre o arbitramento estabelecido na legislação pertinente.

Por todas essas razões peço *venia* ao ilustre relator do processo para discordar de seu entendimento e votar pela nulidade do processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298624.0008/03-6, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE CEREAIS ALTO JEQUITIBÁ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$445.548,90**, sendo R\$293.578,00, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$151.970,90, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da citada lei, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Antonio Marques Ribeiro, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

FAUZE MIDLEJ – VOTO DISCORDANTE

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