



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



Apelação Cível nº 0181722-27.2021.8.19.0001

Apelante: CIA MINEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA.

Apelado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relatora: DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. FISCO ESTADUAL. EMPRESA LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE MATIAS BARBOSA-MG, FABRICANTE DE CERVEJAS E CHOPES. MERCADORIAS PRODUZIDAS PELA AUTORA SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO TERRITÓRIO FLUMINENSE. APURAÇÃO DE ICMS NÃO RECOLHIDO NO PERÍODO DE 01/01/2017 A 30/06/2020, NO VALOR DE R\$ 5.498.165,67, E APLICAÇÃO DE MULTA NO VALOR DE R\$ 8.247.248,32, TOTALIZANDO R\$ 13.745.413,99. INFRINGÊNCIA DOS ARTIGOS 2º, 3º, 33 E 29 DA LEI 2.657/1996. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA CONDUTA ILEGAL QUE TERIA SIDO PRATICADA PELA AUTORA, PREJUDICANDO O DIREITO DE DEFESA; CONTRADIÇÃO DO RELATÓRIO ELABORADO PELO FISCAL QUANTO À DATA LANÇADA, UMA VEZ QUE CONSTA QUE A AUTORA TOMOU CIÊNCIA EM DATA ANTERIOR ÀQUELA DA PRÓPRIA INTIMAÇÃO; AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA O CONTRADITÓRIO NO PROCEDIMENTO DE “ARBITRAMENTO”, NÃO SE JUSTIFICANDO A UTILIZAÇÃO DA PAUTA DE MINAS GERAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; E, DA NULIDADE DA MULTA ARBITRADA DE 150%, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCISA, PARA A REJEIÇÃO DA PRETENSÃO ANULATÓRIA, QUE NÃO CARACTERIZA NULIDADE,





NOS TERMOS DO ART. 93, IX, DA CF E JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONTESTAÇÃO QUE IMPUGNA ESPECIFICAMENTE A NARRATIVA INICIAL, AFASTANDO A ALEGADA INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO AOS FATOS E FUNDAMENTOS DO PEDIDO. ARGUMENTAÇÃO DO AUTOR QUE, ADEMAIS, É CONTRARIADA PELA PROVA EXISTENTE NOS AUTOS, O QUE NÃO AUTORIZARIA A SUA PREVALÊNCIA, AINDA QUE SE TRATASSE DE RÉU REVEL (ART. 345, IV, CPC). AUTO DE INFRAÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO, COM DESCRIÇÃO DETALHADA DAS CONDUTAS IRREGULARES: REMESSA DE MERCADORIAS A VALORES INFERIORES AOS DE MERCADO, DESTINATÁRIOS INIDÔNEOS, OPERAÇÕES TRIANGULARES E MANIPULAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST, CONFIGURANDO INDÍCIOS DE FRAUDE. REGULARIDADE DA NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA, TENDO A AUTORA SIDO INTIMADA E DEIXANDO DE MANIFESTAR-SE OPORTUNAMENTE. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO AUTORIZADO PELO ART. 75 DA LEI 2.657/1996, DIANTE DA FALTA DE CREDIBILIDADE DOS VALORES DECLARADOS E INEXISTÊNCIA DE PARTE DOS PRODUTOS NA PAUTA FLUMINENSE, SENDO LEGÍTIMA A UTILIZAÇÃO DE PAUTA DE ESTADO DIVERSO PARA AFERIÇÃO DE PREÇOS DE MERCADO. MULTA DE 150% PREVISTA NO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C ART. 61, I, DA LEI 2.657/1996, DIANTE DA PRÁTICA DE CONDUTA FRAUDULENTA, AFASTADA A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ATO ADMINISTRATIVO QUE, ADEMAIS, GOZA DE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NÃO ILIDIDA PELA AUTORA, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. INAPLICÁVEL A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DO ART. 85, §11, DO CPC, POR AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PRÉVIA.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0181722-27.2021.8.19.0001, de que são partes as acima mencionadas, **ACORDAM** os Desembargadores da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de ação anulatória de auto de infração, ajuizada por CIA MINEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, alegando, em síntese, que o Fisco Estadual, em 04/05/2021, lavrou em desfavor da autora o Auto de Infração nº 03.620177-0, imputando apuração de ICMS não recolhido no período de 01/01/2017 a 30/06/2020, no valor de R\$ 5.498.165,67, e aplicação de multa no valor de R\$ 8.247.248,32, totalizando R\$ 13.745.413,99, por infringência dos artigos 2º, 3º, 33 e 29 da Lei 2.657/1996. Sustenta, preliminarmente, a nulidade formal do auto de infração na medida em que o citado artigo 2º possui 5 incisos e parágrafo único também com 5 incisos, mas não foi especificado qual item ou itens foram violados; que o artigo 3º possui 19 incisos e 9 parágrafos, sendo que, igualmente, o auto de infração não especificou qual item ou itens foram violados; que o artigo 33 possui 10 parágrafos e 13 incisos intermediários, sendo que, mais uma vez, o auto de infração não especificou qual item ou itens foram violados; e, igualmente, não foram especificados quais seriam os indicativos de incidência dos 4 parágrafos do artigo 39. Que os vícios apontados caracterizam ofensa ao devido processo legal, tendo em vista que impedem o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. No mérito, sustenta que o auto de infração decorre de procedimento iniciado através da intimação 533682-34/1, para a autora apresentar informações, sem requisitar quaisquer documentos. Argumenta que o relatório elaborado pelo fiscal é contraditório quanto à data em que a autora tomou ciência da referida intimação, uma vez que constou que tal ciência ocorreu no dia 12/02/2022, ao passo que a própria intimação somente foi expedida no dia



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



19/03/2021. Assevera que o procedimento de “arbitramento” realizado pelo fiscal não foi submetido ao contraditório, restando caracterizado o cerceamento de defesa, eis que não foi dada oportunidade para a autora falar sobre o referido arbitramento, sendo certo que não se justifica a aplicação da pauta do Estado de Minas Gerais, uma vez que o Sistema de Substituição Tributária não comporta aplicação e conceitos por analogia, não sendo possível utilizar condições de um mercado (Estado da Federação) e aplicar em outro mercado (Estado da Federação). Sustenta ainda a incorreção da multa de 150% aplicada no caso de “arbitramento”, uma vez que não há tal previsão no parágrafo único, do artigo 60, da Lei 2.657/1996. Pugnou pelo deferimento da tutela provisória de urgência para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como a suspensão da tramitação do processo administrativo e, ao final, a procedência do pedido para a declaração de nulidade do auto de infração.

Indeferimento da tutela provisória de urgência pela decisão do ind. 572.

O Estado do Rio de Janeiro apresentou contestação no ind. 581 sustentando, em suma, a validade do auto de infração, tendo em vista que decorrente de ausência de pagamento do ICMS mediante fraude, adulteração, falsificação ou vício. Argumenta que a autora está localizada no município de Matias Barbosa, em Minas Gerais, e possui como atividade principal a fabricação de cervejas e chopes, cujas mercadorias por ela produzidas estão sujeitas ao regime de substituição tributária no território fluminense. Assevera que a análise de notas fiscais emitidas pela autora para três destinatários situados no Rio de Janeiro (Cia Mineira Ind. e Com. de Bebidas Ltda – EPP Filial; Empório Beer Distribuidora de Cervejas Eireli; e, Beerjack Com. e Dist. de Bebidas e Alimentos Ltda) demonstrou que a remessa de mercadorias para tais estabelecimentos foram realizadas com valores muito inferiores, ou seja, variando de aproximadamente metade até oito vezes menores que os valores praticados pela autora com outros destinatários. Que, no dia 13/04/2020, em diligência no endereço da empresa Empório Beer Distribuidora de Cervejas Eireli, constante do cadastro do contribuinte, foi verificado que a empresa não existia naquele local. Que, no





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



dia 17/04/2020, em diligência no endereço da empresa Beerjack Com. e Dist. de Bebidas e Alimentos Ltda, foi constatado que o endereço cadastrado se trata de um apartamento exclusivamente residencial. Assim, foi constatado que em nenhum dos endereços informados há operação de comércio de bebidas. Aduz que, através do Posto de Controle Interestadual de Comendador Levy Gasparian, foi verificado que o Supermercado Zona Sul adquiriu mercadorias diretamente da autora. Porém, as mercadorias foram entregues com a emissão de Notas Fiscais para Empório Beer e desta para o Supermercado Zona Sul. Que, assim, foi verificado que o ICMS-ST destacado foi abaixo do valor de mercado apurado, sendo que, nas notas fiscais emitidas para o Supermercado Zona Sul, não há destaque de ICMS-ST, sob a premissa de que o imposto já havia sido recolhido na entrada no território fluminense. Por conseguinte, a fiscalização apurou que a autora emite notas fiscais com valores inferiores aos de mercado para as citadas empresas, de modo que a base de cálculo do ICMS-ST e FECF-ST na entrada do Rio de Janeiro é reduzida e, conseqüentemente, o valor do imposto recolhido é reduzido intencionalmente. Sustenta a legalidade do procedimento de arbitramento, tendo em vista não serem merecedores de fé os valores dos produtos destacados nas notas fiscais emitidas pela autora e por não estarem na pauta de bebidas frias do Estado do Rio de Janeiro, mas nas pautas mineiras, bem como porque os mercados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais são próximos, situados na Região Sudeste do país e, ainda, porque são mais de 2000 descrições diferentes entre rótulos, tipos, volumes e embalagens comercializadas no período abrangido pela autuação. Assim, o procedimento de arbitramento está em consonância com o disposto no artigo 75, § 1º, II, da Lei 2.657/1996. Que a fiscalização utilizou o preço de venda unitário de cada mercadoria, vigente na data da emissão de cada nota fiscal, a partir do Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final (PMPF) apresentadas nas pautas de MG. Que nos casos em que não foi possível constatar com certeza qual item da pauta se referia determinada mercadoria, devido à enorme variedade de descrições utilizadas pelo contribuinte, optou-se pelo menor valor da pauta para o mesmo volume da embalagem na mesma marca. Sustenta que o procedimento foi regular, tendo sido observado o contraditório, uma vez que a autora, em 12/02/2021, tomou ciência dos





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



questionamentos suscitados, porém não apresentou resposta à fiscalização no prazo legal de 30 dias. Que há não qualquer contradição quanto a data constante na intimação (19/03/2021), eis que se refere simplesmente a data em que foi impressa uma via em PDF da intimação que está salva no sistema da SEFAZRJ. Por conseguinte, foram adequadamente aplicadas as penalidades, que se encontram em consonância com os dispositivos legais constantes do auto de infração. Por fim, argumenta que a impugnação apresentada pela autora em sede administrativa foi rejeitada por intempestividade, eis que, cientificada do lançamento em 17/05/2021, somente apresentou a impugnação em 30/07/2021.

Réplica no ind. 714.

Determinada a manifestação das partes em provas (ind. 728), o réu pugnou pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que não tinha outras provas a produzir (ind. 733), tendo a parte autora igualmente, pugnado pelo julgamento antecipado da lide (ind. 735).

Parecer do Ministério Público, no ind. 741, no sentido da improcedência do pedido.

Sentença no ind. 747 com o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, acolho a manifestação do MP de index 741/745 que passa a integrar a presente fundamentação e julgo improcedente o pedido e condeno o autor em custas e honorários advocatícios na forma do artigo 85 parágrafo 3o do CPC.

Transitado em julgado, dê-se baixa e arquivo.
PRI.”

Considerou o sentenciante que:

“Como ressaltado pelo MP no caso concreto não houve vício na autuação administrativa ou qualquer violação a ampla defesa no caso em testilha, devendo o Poder Judiciário se abster de efetuar o controle do mérito da administração pública na forma do artigo 2o da CRFB.
Os fundamentos adotados pelo ERJ são razoáveis que e somente podem ser mudados em casos excepcionais, não presentes no caso em julgamento.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



O AI 03.620177-0, originado a partir do Processo Administrativo Fiscal nº E-04/211/005669/202 tem origem na constatação de vício no recolhimento do ICMS-ST, FECF-ST irregularidades pelo contribuinte.

Foi apurado pelo fisco que o contribuinte no período de 01/01/2017 a 30/06/2020 efetuou a entrega de seus produtos no ERJ a valores muito inferiores aos valores das remessas aos outros destinatários, ou seja, houve uma discrepância entre os preços praticados junto a estas 3 empresas em comparação com os demais clientes, sendo efetuado o devido processo administrativo.

Ressalto que foi demonstrado pelo ERJ no processo administrativo de index 588/702 que foi observado o devido processo legal, havendo inclusive o recurso ao Conselho de Contribuintes, o que seria inclusive como ressaltado pelo MP no parecer de index 741, pois "o duplo grau de jurisdição administrativa se aperfeiçoa, em casos como o ora ventilado, através da remessa do processo aos superiores hierárquicos do Auditor Fiscal Chefe e, ou seja, ao Subsecretário ou ao Secretário".

Apelação no ind. 788 em que a parte autora sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista que adotou como fundamento parecer do Ministério Público totalmente dissociado do processo e com o objeto da lide, ou seja, o referido parecer trata de caso sobre a compensação de débito tributário com precatório estadual, e, ainda, acerca da competência do Conselho de Contribuintes. Que referido parecer, acolhido pela sentença, parece ter se originado de "copiar e colar" sem qualquer critério e sem um mínimo de zelo com a função jurisdicional. Que o parecer se refere a um caso em que houve recurso para o Conselho de Contribuintes, sendo que, no caso da parte autora, a sua impugnação teve negativa de seguimento por intempestividade. No mais, reiterou as razões da inicial. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso para que seja anulada ou reformada a sentença para que seja acolhido integralmente o pedido, com a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais.

Contrarrazões no ind. 821, tendo o réu reiterado as razões da contestação.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, no ind. 844, no sentido de que não há interesse que justifique a intervenção do Ministério Público neste feito.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



Esse é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, uma vez que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Trata-se de ação anulatória de Auto de Infração lavrado pelo Fisco Estadual em desfavor da autora, empresa localizada no município de Matias Barbosa-MG, fabricante de cervejas e chopes, por infringência dos artigos 2º, 3º, 33 e 29 da Lei 2.657/96, resultando na apuração de ICMS não recolhido no período de 01/01/2017 a 30/06/2020, no valor de R\$ 5.498.165,67, e multa no valor de R\$ 8.247.248,32, totalizando a quantia de R\$ 13.745.413,99:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



No caso em tela, conforme se verifica da inicial, a parte autora sustenta a nulidade do auto de infração por inobservância da indicação específica da conduta ilegal que teria sido por ela praticada, consoante os incisos constantes dos artigos 2º, 3º, 33 e 29 da Lei 2.657/1996, o que caracteriza ofensa ao contraditório e a ampla defesa; a ilegalidade do procedimento administrativo porque a intimação direcionada a autora, para prestar informações, não requisitou a apresentação de qualquer documento; contradição do relatório elaborado pelo fiscal quanto à data lançada, uma vez que menciona que a autora tomou ciência em data anterior a que consta da própria intimação; que o procedimento de “arbitramento” não foi submetido ao contraditório, sendo que não se justifica a utilização da pauta do Estado de Minas Gerais, uma vez que o Sistema de Substituição Tributária não comporta aplicação e conceitos por analogia, não sendo possível utilizar conceitos de um mercado (Estado da Federação) e aplicar em outro mercado (Estado da Federação); e da nulidade do valor da multa arbitrada de 150%, uma vez que não há tal previsão no parágrafo único, do artigo 60, da Lei 2.657/1996.

O recurso não merece provimento.

Quanto à tese de nulidade da sentença, não há confundir-se fundamentação sucinta com inexistência de fundamentação; neste caso, a rejeição do pedido inicial teve as razões apresentadas, específicas e correlatas à questão controvertida, nos seguintes termos:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



Como ressaltado pelo MP no caso concreto não houve vício na autuação administrativa ou qualquer violação a ampla defesa no caso em testilha, devendo o Poder Judiciário se abster de efetuar o controle do mérito da administração pública na forma do artigo 2º da CRFB.

Os fundamentos adotados pelo ERJ são razoáveis que e somente podem ser mudados em casos excepcionais, não presentes no caso em julgamento.

O AI 03.620177-0, originado a partir do Processo Administrativo Fiscal nº E-04/211/005669/202 tem origem na constatação de vício no recolhimento do ICMS-ST, FECF-ST irregularidades pelo contribuinte.

Foi apurado pelo fisco que o contribuinte no período de 01/01/2017 a 30/06/2020 efetuou a entrega de seus produtos no ERJ a valores muito inferiores aos valores das remessas aos outros destinatários, ou seja, houve uma discrepância entre os preços praticados junto a estas 3 empresas em comparação com os demais clientes, sendo efetuado o devido processo administrativo.

Ressalto que foi demonstrado pelo ERJ no processo administrativo de index 588/702 que foi observado o devido processo legal, havendo inclusive o recurso ao Conselho de Contribuintes, o que seria inclusive como ressaltado pelo MP no parecer de index 741, pois "o duplo grau de jurisdição administrativa se aperfeiçoa, em casos como o ora ventilado, através da remessa do processo aos superiores hierárquicos do Auditor Fiscal Chefe e ou seja, ao Subsecretário ou ao Secretário".

Ante o exposto, acolho a manifestação do MP de index 741/745 que passa a integrar a presente fundamentação e julgo improcedente o pedido e condeno o autor em custas e honorários advocatícios na forma do artigo 85 parágrafo 3º do CPC.

Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA AO ARTIGO 93, IX DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A fundamentação concisa atende à exigência do artigo 93, IX da Constituição Federal, não implicando a invalidação da decisão que a utiliza. 2. Ausente o requisito específico do prequestionamento, resta inviabilizado o processamento do recurso extraordinário. Incidência do óbice da Súmula 282-STF. Agravo regimental a que se nega provimento.”
(AI 310272 AgR, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26-03-2002, DJ 28-06-2002 PP-00133 EMENT VOL-02075-08 PP-01739)





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



Argumenta o apelante que não houve, na resposta oferecida pelo réu, nestes autos, impugnação específica às razões expressas na inicial, como causa de pedir, o que, em seu entendimento, as tornaria incontroversas.

Equivocada a tese do apelante.

Houve na contestação a contrariedade às alegações da autora, asseverando-se a regularidade da autuação fiscal e do procedimento administrativo, não se podendo olvidar, ademais, de que, nos termos do artigo 345, inciso IV, do Código de Processo Civil, mesmo nas hipóteses de revelia, a presunção de veracidade das alegações de fato, veiculadas pelo autor, não prevalece quando contrariada pela prova que instrui os autos, como ocorre neste caso.

Diferentemente do alegado pelo apelante, o auto de infração apresenta-se adequadamente fundamentado, descrevendo, de forma minuciosa, a conduta irregular constatada, sem resultar qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, que foi, efetivamente, exercida, também pela via administrativa.

Constatou a fiscalização estadual que o contribuinte, no período de 01/01/2017 a 30/06/2020, remeteu para três destinatários estabelecidos no território do Estado do Rio de Janeiro (filial da empresa autora; EMPÓRIO BEER Distribuidora de Cervejas EIRELI; BEERJACK Com. e Dist. De Bebidas e Alimentos Ltda.), mercadorias de sua fabricação, em valores significativamente inferiores àqueles praticados para os demais adquirentes; em continuidade à atividade fiscalizatória, verificou-se que dois dos supracitados destinatários sequer existiam nos locais correspondentes aos respectivos endereços cadastrais.

Verificou-se, ainda, que houve operações de aquisição de mercadorias por Supermercado Zona Sul diretamente ao ora apelante, que, inobstante, os direcionou a EMPÓRIO BEER, a qual os encaminhou ao adquirente, apurando-se que o valor retido a título de ICMS-ST (substituição) nas notas fiscais emitidas pela alienante, utilizou como base de cálculo, valor inferior ao de mercado, inexistindo destaque do tributo nas notas fiscais





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



referentes à pretensa operação posterior (EMPÓRIO BEER para Supermercado Zona Sul), o que se pretendeu justificar pelo recolhimento do ICMS quando da entrada das mercadorias no território fluminense.

Tais circunstâncias indicam, efetivamente, a intencional redução do valor do imposto devido, de forma ilícita – fraudulenta – o que justifica a autuação fiscal, em que foram citados os dispositivos legais a que se enquadra a conduta do autuado, pelo que não há falar-se em nulidade.

Diferentemente do alegado pelo apelante, este foi notificado, na via administrativa, de forma regular, ciente desde 12/02/2021, para a prestação de esclarecimentos quanto às irregularidades apuradas, como indicam as cópias do processo administrativo que instrui a contestação, e, inobstante, deixou de manifestar-se, oportunamente.

Ademais, houve o exercício de impugnação, pela via administrativa, cujo mérito, inobstante, não foi analisado, em razão de intempestividade.

Cabe considerar que, a rigor, tanto na via administrativa, quanto nestes autos, o autor deixou de apresentar razões aptas a descaracterizar as irregularidades constatadas pelo Fisco Estadual, limitando-se a apresentar teses – impertinentes – de invalidade formal do auto de infração, ou de cerceamento de defesa na via administrativa, o que corrobora a correção da autuação lavrada em seu desfavor.

Portanto, o lançamento por arbitramento efetuado pelo fisco estadual encontra amparo no artigo 148 do Código Tributário Nacional, sendo certo que, *in casu*, o arbitramento do valor devido a título de ICMS foi justificado com base na expressa previsão do artigo 75, § 3º, inciso IV, da Lei Estadual nº 2.657/1996, por não merecerem fé os valores apresentados nas notas fiscais e por não haver, na pauta de bebidas frias – mercadoria comercializada pelo autuado – do Estado do Rio de Janeiro, parte dos produtos comercializados:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



“Art. 75. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de mercadorias, bens, serviços ou direitos, o Auditor Fiscal, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvado, em caso de contestação, avaliação contraditória administrativa ou judicial.

§1º O Auditor Fiscal arbitrará o valor das operações ou das prestações nos casos de:

I – o contribuinte não possuir ou deixar de exibir elementos necessários à comprovação da exatidão do valor das operações ou prestações realizadas ou exibi-los com inconsistências que tornem improfícua a apuração do imposto;

II – existir fundada suspeita de que os documentos fiscais não refletem o valor real das operações;

III – serem omissos ou não merecerem fé, esclarecimento, declaração ou outro elemento constante da escrita fiscal ou comercial do contribuinte ou, ainda, documento emitido por ele ou por terceiro legalmente obrigado;

IV – ser prestado serviço de transporte ou de comunicação, bem como ser feita a entrega, remessa, recebimento, transporte, guarda ou armazenamento de mercadoria sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo;

V – funcionar o contribuinte sem a devida inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS ou com inscrição não habilitada.

VI – a quantidade de documentos ou livros apresentados pelo contribuinte tornar improfícua a apuração do imposto e não tiverem sido apresentadas informações ou declarações eletrônicas, ou tiverem sido apresentadas com erros ou omissões.

§2º Para fins de aplicação do inciso I do §1º deste artigo, entende-se como elementos necessários à comprovação da exatidão do valor das operações ou prestações realizadas, as informações ou declarações eletrônicas, os livros, documentos fiscais ou outros meios necessários à apuração do imposto.

§3º Para fins de aplicação do disposto neste artigo, a critério do Auditor Fiscal, os métodos para o arbitramento serão:

I – inferência com base em amostragem estatística, nos casos dos incisos I e VI do §1º do caput e, quando couber, nos demais casos;





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



II – quando não conhecido o valor das saídas e prestação de serviços efetuadas no período, utilização de uma das seguintes alternativas de base de cálculo:

a) um inteiro e cinco décimos do valor das saídas referentes ao último período em que o contribuinte manteve escrituração de acordo com as leis comerciais e fiscais;

b) um inteiro e cinco décimos do valor das compras de mercadorias efetuadas ou dos serviços adquiridos no próprio ou em outro mês.

III – utilização de pauta de preços definida por Ato do Secretário de Estado de Fazenda;

IV – utilização de quaisquer meios indiciários, tais como consumo de energia elétrica, água, gás, valor das operações efetuadas em períodos idênticos, coeficientes médios de lucro bruto ou de valor acrescido e de preços unitários, considerados o processo produtivo, a atividade econômica, a localização e a categoria do estabelecimento.”

O procedimento administrativo, pela utilização das pautas do Estado de Minas Gerais, se apresenta adequado, como forma de obter-se o valor mais próximo daquele praticado no mercado, para a aferição do tributo devido, não se justificando a simples discordância quanto aos critérios utilizados pelo fiscal, inexistindo a invalidade alegada pela apelante.

Quanto à aplicação da multa de 150%, esta se coaduna à regra do artigo 60, parágrafo único, da supracitada Lei Estadual nº 2.657/1996, ante o que estabelece o artigo 61, inciso I, do mesmo Diploma Legal, inexistindo a distinção alegada pelo apelante:

“Art. 60. O descumprimento da legislação tributária em relação a obrigação principal sujeita o infrator, contribuinte ou responsável, além da exigência do tributo, às seguintes multas:

I – 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto:

a) creditado, deduzido ou compensado em desacordo com a legislação;

b) não destacado, não debitado, não retido, não estornado ou não pago;





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



II – 120% (cento e vinte por cento) do valor do imposto retido por substituição tributária e não declarado no documento de informação e apuração, se deixar de pagá-lo.

Parágrafo único – A multa será de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto, se, nas hipóteses previstas neste artigo, adulterar, viciar ou falsificar documento ou escrituração de livro, ou, ainda, utilizar documento simulado, viciado ou falso para produção de qualquer efeito fiscal, nos casos em que, por ação ou omissão, tiver concorrido para a prática fraudulenta.”

“Art. 61. O disposto no art. 60 também se aplica, nas hipóteses de:
I – apuração do imposto por arbitramento;
(...)”

Não se pode olvidar de que os atos administrativos gozam da presunção de veracidade e legitimidade, cuja desconstituição, mediante prova cabal, incumbe ao autor, que, inobstante, deixou de fazê-lo, razão pela qual prevalece a autuação fiscal, o que resulta na improcedência do pedido.

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 168, 515 535 DO CPC. SÚMULA 284 DO STF. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ÔNUS DA PROVA. PARTICULAR. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Tem entendido esta Corte que não deve ser anulada sentença, quando possível decotar-se a parte viciada. Precedentes.

3. O auto de infração é ato administrativo que, enquanto tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao particular o ônus de demonstrar o que entende por vício.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Oitava Câmara de Direito Público
Apelação nº 0181722-27.2021.8.19.0001



4. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.”

(REsp n. 1.108.111/PB, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe de 3/12/2009.)

Por tais fundamentos, o voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargadora **FLÁVIA ROMANO DE REZENDE**
Relatora

