

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0008/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ELMAP SUPERMERCADOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5º JF nº 0070-05/11
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 24/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0238-11/11

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO E DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DEVIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SANEAMENTO DO PROCESSO MEDIANTE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. Os fatos apurados demonstram insegurança do lançamento de ofício, em especial na fixação da base de cálculo e, conseqüentemente, dos valores devidos. O levantamento necessita ser feito em sua totalidade. Inteligência da Súmula nº 1 do CONSEF. Infração Nula. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada, com retificação da multa, haja vista que o valor previsto no art. 42, XIII-A, “j”, deve ser aplicado por ação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto a teor do que impõe o art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado em 27/09/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 222.212,81, por imputar o cometimento de duas infrações, ambas objeto deste Recurso abaixo transcritas:

1. deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento de base de cálculo, em virtude de falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. Arbitramento baseado no método do Custo das Mercadorias Vendidas acrescido da MVA (art. 938. Inc. I, RICMS/97), sendo lançado o valor de R\$ 180.812,81 e aplicada multa de 100%.
2. falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Defesa (TED). Omissão de entrega de arquivo. No período de julho/2007 a dezembro/2009 não enviou os arquivos magnéticos, sendo lançado o valor de R\$ 41.400,00, referente à multa por descumprimento de obrigação acessória.

O contribuinte defendeu-se às fls. 155 a 157 através de advogado constituído às fl. 158, alegando, de início, que por motivo de força maior – incêndio no seu estabelecimento-, foram danificados os equipamentos e escrituração contábil - e que por isso não pode apresentar os arquivos magnéticos, o que não obsteu que fosse feito o levantamento no período fiscalizado de 2007/2009, e aplicado o arbitramento, sem ter sido causado prejuízo ao erário ante a possibilidade de apuração do tributo por outro método.

Mencionou que o fisco desconsiderou que o estoque final existente em cada exercício, “zerando-o”, indevidamente e que na sua atividade comercial de gêneros alimentícios, é impossível se vender toda a mercadoria adquirida no mesmo exercício.

Argumentou que, conquanto o valor agregado seja o mesmo para cada um dos exercícios autuados, os percentuais de proporcionalidade são diferentes, 51, 47 para 2007 e 67, 96 para o exercício seguinte, sem qualquer justificação plausível. Pugnou pela revisão do exercício de 2008, pois irá reduzir a base de cálculo.

Na informação fiscal de fls. 175 a 178, citando o Art. 146 do RICMS/97, a autuante fez a ressalva do autuado ser obrigado a comunicar à Inspetoria Fazendária, no prazo de 8 dias, os casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais e tal comunicação não ocorreu e que o § 1º do referido artigo não foi cumprindo.

Invocou o art. 708-B do RICMS/97, sob o argumento de que o sujeito passivo com inscrição com algarismo final 3, é obrigado a entregar os arquivos magnéticos com seu movimento econômico até o dia 15 de cada mês, o que não ocorreu atraindo a aplicação da penalidade correspondente, e que foi por ele desatendida a intimação para fins de apresentação do livro de Registro de Inventário com a escrituração dos estoques de 2007 e 2009 à fl. 11 do PAF.

Reportou-se sobre o estoque final “versus” proporcionalidade das mercadorias tributadas e que no arbitramento da base de cálculo foi utilizado, para ambos os exercícios, o método mais benéfico com base na MVA de 20%, a teor do artigo 938, inciso I, alínea “e” do RICMS/97, ressaltando que o contribuinte não “facilitou” o trabalho da fiscalização.

Destacou a metodologia utilizada para a apuração dos percentuais de proporcionalidades, mencionando que no cálculo da proporcionalidade foi apurado a partir dos valores das compras informadas pelos fornecedores do contribuinte (SINTEGRA) tanto no ano de 2007 quanto no ano de 2008, conforme demonstrado nos Relatórios de NF Informados por Terceiros ano: 2007 e 2008, às fls. 15 e 35.

Salientou que o arbitramento foi baseado no método do Custo das Mercadorias Vendidas acrescido da MVA, conforme Demonstrativos do Arbitramento da Base de Cálculo do ICMS às fls. 12 e 13, elaborados, nos termos do citado art. 938, Inciso I, do RICMS/97, pugnando, em conclusão, pela procedência da autuação.

A 5ª JfF decidiu a lide sob os fundamentos seguintes quanto à primeira infração:

“(…) A autuante informou que realizou o arbitramento da base de cálculo utilizando o método previsto no art.938, inciso I do regulamento mencionado acima que, assim, dispõe:

“Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior, atualizado monetariamente, serão adicionados os valores, também atualizados, das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA):”

Examinando os documentos colacionados aos autos que fundamentaram a autuação, nos dois exercícios, constatei que na apuração da base de cálculo não fora aplicado sistematicamente o método insculpido na norma transcrita acima.

Verifica-se que a autuante informou que as fontes de dados que deram suporte ao arbitramento decorreram de informações constantes das DMA apresentadas pelo contribuinte e de informações consignadas em relatórios SINTEGRA, contendo relações de notas fiscais fornecidas por terceiros – fornecedores, entretanto, não consta dos autos cópias das notas fiscais correspondentes acompanhadas das provas de que o sujeito passivo realizou, efetivamente, as compras de tais mercadorias.

Outra questão a ser observada diz respeito à exclusão da base de cálculos dos valores proporcionais às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Saliente-se que tal proporcionalidade não pode ser aplicada no presente caso, uma vez que segundo disposição da Instrução Normativa nº 56/2007, as referidas operações só poderão ser excluídas da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apuradas omissões de saídas presumidas, nos termos do §3º do art.2º do RICMS/97, com matriz no §4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96. A autuante, inclusive, ao apurar os percentuais correspondentes, tomou

como referência relatório fornecido por terceiros. Se admitida a proporcionalidade aplicada, haverá um enorme prejuízo ao erário estadual.

Verifico também, que foram juntadas cópias de relatório da DMA consolidada contendo informações de operações realizadas prestadas pelo sujeito passivo atinentes aos dois exercícios, e não consta do PAF qualquer demonstração da inexistência de mercadorias em estoque.

Não consta do arbitramento a atualização monetária exigida pela norma citada anteriormente.

Observo ainda, que na apuração do imposto foi compensado crédito fiscal decorrente de relatórios informados por terceiros, sem qualquer prova do direito ao mencionado crédito.

Constata-se também, que foram deduzidos do ICMS apurado, valores relativos ao imposto pago nos dois exercícios, contendo códigos de receitas que não poderiam ser deduzidos, a exemplo de substituição tributária, diferença de alíquota e parcelamento.

Restou, assim, demonstrado que o Auto de Infração contém falhas que não podem ser corrigidas nesta fase do processo.

Concluo desta forma, que nos moldes como foi apurada a infração, não foram observados os requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada, assim como os elementos que compõem a base de cálculo e os valores lançados.

Para consubstanciar meu voto, transcrevo parte da fundamentação da Súmula nº. 1 deste Colegiado.

“Ao analisar tais lançamentos, o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) tem-se deparado com situações em que essas exigências legais não estão sendo cumpridas, o que tem resultado na decretação da nulidade de inúmeros Autos de Infração. E uma das razões que têm levado à nulidade é a questão que envolve a base de cálculo do imposto, quando ela deixa de ser devidamente demonstrada, dentro do exigido nas normas, tanto na fiscalização em estabelecimentos como na fiscalização exercida no trânsito de mercadorias. As normas estabelecem condições para que se possa determinar a base de cálculo, a salvo de dúvidas ou incompreensões, para que o Estado possa constituir um crédito perfeitamente conhecido, de liquidez e certeza inquestionáveis.

Para se determinar a base de cálculo a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, o que há de ser feito de forma compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário impositivo. A clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material. Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.”

Assim, a falta de clareza na apuração da base de cálculo e dos valores impositivos, bem como as falhas apontadas nos papéis de trabalho acostados aos autos, implicam prejuízo ao erário estadual e ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade a esta infração, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 ao estabelecer:

“Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Diante de todo o exposto, deve ser declarada nula a Infração 01, ao tempo que represento à autoridade fazendária para que determine, neste item, a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

E quanto à segunda infração, a Junta de Julgamento Fiscal deliberou nesses termos:

“Na Infração 02, está sendo exigido a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 41.400,00, em decorrência da falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet, relativos aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2009.

O contribuinte reconhece que, efetivamente não entregou os arquivos magnéticos nos prazos apropriados, em decorrência de ter havido um incêndio em seu estabelecimento. Disse que ficou impossibilitado, por força

maior, de cumprir com a obrigação acessória, razão pela qual pede o afastamento das multas impostas, mês a mês pelo descumprimento de tal obrigação.

A multa prevista no art. 42, XIII-A “j” da Lei nº 7.014/96, aplicável à presente situação, está estipulada no valor de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega nos prazos previstos na legislação de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviço efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débito ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação.

Não se trata de aplicação do princípio da proporcionalidade, mas de retificação da multa, para a efetivamente prevista na Lei nº 7.014/96, que prevê o valor de R\$ 1.380,00, que engloba os exercícios fiscalizados em cada ação fiscal.

Deste modo, a multa aplicada passa a ser no valor de R\$ 1.380,00, em conformidade com a previsão do art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96. Portanto, a infração é procedente, com redução da multa aplicada.

Ante todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Diante de todo o exposto, deve ser declarada nula a Infração 1, ao tempo que represento à autoridade fazendária para que determine, neste item, a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 5ª JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Através de Recurso de Ofício foi devolvido a esta CJF o reexame da autuação. Dos elementos dos autos pormenorizadamente analisados, verifico que a Decisão recorrida não merece reparos quanto à infração 1, pois, como bem exposto no voto supratranscrito, foram constatados vícios insanáveis no lançamento de ofício, apresentando-se em desacordo com a regra do art. 938, I, do RICMS/97, eis que, em ambos os exercícios fiscalizados, a autuante não aplicou sobre a base de cálculo o método de arbitramento como determina esse dispositivo legal, mas o fez diversamente.

A par disso, não cuidou de juntar aos autos os documentos que dariam suporte à acusação fiscal, mais especificamente, as notas fiscais fornecidas por terceiros e que foram mencionadas na Informação Fiscal como suporte para o arbitramento, este que foi apurado mediante o conteúdo das DMAs e os relatórios do SINTEGRA com as notas fiscais correspondentes, as quais, contudo, não foram acostadas ao processo a fim de comprovar se o contribuinte efetivamente adquiriu tais mercadorias.

Ademais disso, com acerto, foi também constatado pelos julgadores de primeiro grau que a proporcionalidade foi descabidamente aplicada, já que, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, a hipótese dos autos é diversa, não se tratando de presunção de omissão de saídas de mercadorias.

Logo, não caberia a exclusão sobre a base de cálculo dos valores proporcionais às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, como procedeu a autuante, ensejando prejuízo ao erário estadual decorrente dessa falha. Houve, ainda, a não aplicação da correção monetária, conforme previsto na legislação, à época dos fatos geradores.

Dessas inferências, certo asseverar que houve a apuração da base de cálculo e dos valores imponíveis sem a devida segurança e clareza, tendo havido falhas apontadas nos papéis de trabalho a resultar em prejuízo ao cofre estadual, de um lado e, de outro, cerceio do direito de defesa na medida em que não foi acostada aos autos a referida documentação que confirmaria a acusação fiscal.

Confirmando, portanto, a declaração de nulidade quanto à infração 1 ante a configuração do art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Entrementes, quanto à infração 2, concluo pela reforma do julgado quanto à multa aplicada ao contribuinte, o qual, como supracitado, admitiu não ter entregue os arquivos magnéticos tempestivamente em face de um incêndio no seu estabelecimento - fato, aliás, que sequer cuidou de trazer aos autos qualquer elemento de prova – e assim decido por divergir do entendimento da JJF, por não considerar como aplicável o valor total de R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) para todos os exercícios fiscalizados, englobando-os.

A contrário senso, considero que se trata de obrigação que se sucede no tempo, sendo de trato sucessivo, que se repete ao longo do exercício, daí que não pode englobar todos os meses, como entendeu a JJF, restringindo, indevidamente, o alcance da norma sancionatória.

Pelo que, julgo subsistente a infração 2 e restabeleço a multa imposta na autuação, que deve ser de R\$1.380,00 para cada mês no qual houve a transgressão pelo contribuinte, isto é, a falta de entrega, pela Internet, dos arquivos magnéticos contendo as suas operações de entrada e saídas mensais, a qual monta o valor de R\$41.400,00.

Finalmente, ratifico os termos da Decisão da JJF no sentido de representar à autoridade fazendária para que determine, quanto à infração 1, a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modifica a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0008/10-0**, lavrado contra **ELMAP SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$41.400,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se à repetição dos atos, a salvo de falhas, na forma do art. 21 do RPAF/99, quanto à infração 1.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS