

**A. I. Nº** - 300766.0008/10-0  
**AUTUADO** - ELMAP SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - LUCIMAR RODRIGUES MOTA  
**ORIGEM** - INFAZ PAULO AFONSO

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0070-05/11**

**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 refeito 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2010, lança crédito tributário no total de R\$ 222.212,81 em razão do cometimento das seguintes infrações:

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 autuado apresenta defesa, às fls. 155 a 157, transcreve os termos das infrações, aduz que, conforme prova documental anexa, no ano de 2008, ocorreu um incêndio em suas instalações, o que causou o extravio de equipamentos e de toda a escrituração contábil e financeira da empresa, além de todo o seu estoque de mercadorias, por este motivo não entregou seus arquivos magnéticos.

Aduz que a falta de envio dos arquivos magnéticos no período levantado pela fiscalização (2007/2009) não impediu que houvesse o lançamento, por arbitramento, do imposto supostamente devido, pois não houve prejuízo para Fazenda Estadual no tocante à identificação do montante do ICMS, apurado por outra sistemática prevista em lei.

Salienta que a multa tipificada no art. 42, XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, só deve penalizar o contribuinte que, dispondo do equipamento, deixe de transmitir os dados ao órgão fiscalizador, no prazo legal. Diz que no caso em julgamento, 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 da obrigação.

Ressalta que em relação à obrigação principal, desconsidera a fiscalização o estoque final existente em cada exercício, zerando-o, indevidamente. Diz que na atividade comercial de gêneros alimentícios, é impossível se vender toda a mercadoria adquirida no mesmo exercício.

Destaca que, embora 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. Pede a revisão no percentual do exercício de 2008.

Conclui pedindo a exclusão da autuação.

A autuante presta informação fiscal às fls. 175 a 178, citando o Art. 146 do RICMS/97, aduz que o autuado é 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.

Alega ainda que o § 1º do referido artigo diz que se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios ao seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária. Complementa dizendo que, como as intimações constantes deste PAF nunca foram atendidas, arbitrou a base de cálculo para cobrança do ICMS.

Argui que o autuado estava obrigado a fazer a entrega do arquivo magnético, transcreve os dispositivos legais que impõem tal exigência, bem como a da aplicação da penalidade cabível em decorrência de tal omissão.

Ressalta que o autuado foi intimado com finalidade específica para apresentar à fiscalização o livro de Registro de Inventário com a escrituração dos estoques de 2007 e 2009 às fls. 11 do PAF, mas o autuado não atendeu à intimação.

Argumenta que, como o estoque final é um dos itens usados para se arbitrar a base de cálculo do ICMS e o autuado não facilitou a sua fiscalização, considerou o valor monetário deste item como inexistente. Frisa que, apesar de contestar o “zeramento” do estoque final, o autuado não informa o seu valor.

Explica que ao realizar o arbitramento da base de cálculo utilizou o método mais benéfico para o autuado, considerando a MVA de 20%, observando o que dispõe o artigo.938, inciso I, alínea “e” do RICMS/97.

Destaca que o 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, dados demonstrados nos Relatórios de NF Informados por Terceiros ano: 2007 e 2008, às fls. 15 e 35, esclarece a metodologia utilizada para a apuração dos percentuais de proporcionalidades.

Esclarece 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, atendendo aos ditames art.938 Inciso I do RICMS/97, que transcreveu.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Do exame nas peças processuais, verifica-se que o Auto de Infração em lide, lança crédito tributário de ICMS e de multa por descumprimento de obrigação acessória, que passo a analisá-las.

Em relação à Infração 1 o sujeito passivo foi acusado de ter deixado 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.

O contribuinte alegou em sua defesa que ocorrera um incêndio em suas instalações, o que causou o extravio de equipamentos e de toda a escrituração contábil e financeira da empresa, além de todo o seu estoque de mercadorias.

Saliento que a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove a 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, consoante art.937, inciso I do RICMS/97.

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 nº56/2007, 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 imponível. 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 imponíveis, bem como a 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.

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 nº7.014/96, 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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0008/10-0**, lavrado contra **ELMAP SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº10.847/07. Recomenda-se à repetição dos atos, a salvo de falhas, na forma do art. 21 do RPAF/99, quanto à infração 01.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR