

PROCESSO - A. I. Nº 211322.0064/11-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JAIR AMORIM DA SILVA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5º JJF nº 0063/05-13
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 21.10.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0387-13/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. CONTRADIÇÃO ENTRE O RELATÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. NOVA DECISÃO. Flagrante contradição entre o quanto exposto no relatório e a fundamentação da decisão recorrida. Decisão NULA. Recurso PREJUDICADO. Retorno dos autos à primeira instância. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS e multa no valor total de R\$64.873,79, mais acréscimos legais, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Não apresentou o livro Caixa e o livro de Registro de Entrada, obrigatórios para o contribuinte pela sua forma de apuração – Simples Nacional, conforme determina o artigo 26, §§2º e 4º, da Lei Complementar nº 123 de 2006. Multa fixa de R\$460,00, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Valor exigido: R\$24.847,46. Multa de 75% - art. 35, da LC nº 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

INFRAÇÃO 3 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Tacitamente demonstrado no cabedal de informações expressadas nos anexos apensos ao presente PAF. Valor exigido: R\$33.535,94. Multa de 75% - art. 35, da LC nº 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

INFRAÇÃO 4 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme planilhas demonstrativas referentes aos exercícios fiscalizados e devidamente gravadas na mídia e impressas apensos ao presente PAF. Valor exigido: R\$6.030,39. Multa fixa de 1%, sobre o valor comercial das entradas – art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.

Em primeira instância, as infrações 2, 3 e 4 foram declaradas nulas em razão da seguinte fundamentação:

Na Infração 1 ao contribuinte é imposta penalidade, pela falta de entrega, após devidamente intimado, dos livros de escrituração obrigatória. Citou o preposto fiscal, na peça acusatória, que o contribuinte não procedeu à entrega do livro caixa e do livro registro de entradas de mercadorias (REM). A pretensão fiscal foi fundamentada nas disposições do RICMS, positivadas no art. 42, inc. IV e art. 934, § 1º, do RICMS/97.

Lastreando a acusação fiscal foram juntadas as intimações fiscais, lavradas em 02/08/2012 e 14/08/2012 – docs. fl. 12 e 11, respectivamente. No Termo de Arrecadação de Documentos consta que os referidos livros não foram apresentados ao preposto fiscal, visto que o mesmo não consignou ter retirado os referidos livros

do estabelecimento do contribuinte (doc. fl. 10). Daí resultou que foi lançada a penalidade, exatamente pela falta de entrega do livro Caixa e do Livro de Registro de Entradas de Mercadorias.

Por sua vez, a acusação estampada no item 4 do Auto de Infração apresenta como motivação para a aplicação da penalidade, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, a falta de registro de notas fiscais nos livros de uso obrigatório do contribuinte. Nas planilhas que dão sustentação ao lançamento, juntados às fls. 16 a 20 do PAF, o preposto fiscal fez consignar que a exigência fiscal tem por suporte probatório uma relação que engloba as “Notas Fiscais sem registro no LRE constantes dos registros SINTEGRA e Nota Fiscal Eletrônica”.

Há uma clara contradição entre a Infração 1 e a Infração 4. Ou os livros não foram apresentados e o preposto fiscal não teve como conferir a ausência de registros (entradas, pagamentos etc.), ou os livros foram apresentados e a preposto fez as devidas as verificações quanto aos lançamentos escriturais.

Além da contradição acima mencionada, observo ainda que a acusação fiscal tem como principal por lastro probatório as informações existentes em relatórios existentes nos Registros SINTEGRA. Necessário seria que o preposto fiscal, para o correto equilíbrio do processo, anexasse ao PAF, juntamente com o rol de notas que compõem os demonstrativos, as respectivas cópias dos documentos fiscais obtidas por circularização ou via CFAMT, possibilitando assim ao contribuinte exercer com plenitude o contraditório e a ampla defesa. A exigência fiscal fundamentada tão somente em relatórios SINTEGRA, composto tão somente da listagem de notas fiscais de aquisição de mercadorias, sem a juntada dos correspondentes documentos, não é prova da efetiva realização das operações. Há neste caso um claro e inequívoco cerceamento ao direito de defesa e a imputação fiscal apresenta-se totalmente comprometida e eivada de insegurança.

Essas falhas repercutem também nas Infrações 2 e 3, visto que a base probatória em que se fundamenta as respectivas imputações é a mesma, ou seja, uma listagem de notas fiscais de compras, cujos pagamentos não teriam sido declarados e registrados nos livros de escrituração obrigatória. Dessa suposta constatação, o autuante refez os cálculos de recolhimento da parcela do ICMS, na sistemática do Simples Nacional, tomando por base as declarações do próprio sujeito passivo. Procedeu, em seguida, ao lançamento das diferenças apuradas nas faixas de tributação respectivas, ou seja, agregou as receitas supostamente omitidas aos valores declarados pelo contribuinte, configurando assim as imputações de falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS, no regime de apuração do Simples Nacional, que correspondem às infrações 2 e 3, respectivamente.

A fragilidade das exigências fiscais está justamente no fato de que o suporte probatório utilizado pelo autuante – a listagem de notas fiscais, ser insuficiente para se atribuir ao contribuinte as omissões de pagamento de imposto no regime simplificado de apuração do ICMS.

Verifico ainda que algumas notas fiscais de saídas, de emissão do autuado, juntadas ao PAF, às fls. 179/236, documentam operações amparadas pelo regime de diferimento. São vendas de sucatas, pois o contribuinte opera, segundo os registros cadastrais existentes nos bancos de dados da SEFAZ-BA, na atividade comercial de compra e venda de sucatas. Observo que nenhuma relação ou vínculo foi estabelecido entre as notas fiscais de saídas, cujas operações são pagas no regime de diferimento, sem débito do ICMS, e a relação de notas fiscais que serviram de lastro para as imputações relacionadas às Infrações 2, 3 e 4.

Chama também a atenção o fato de que o preposto fiscal fez consignar em seus relatórios uma presunção sem qualquer lastro legal. À fl. 25 (exercício de 2008); fl. 30 (exercício de 2009); fl. 51 (exercício de 2010); e, fl. 65 (exercício de 2011) - consta nos demonstrativos elaborados pelo do autuante que: “a data de entrada das notas fiscais de origem diferente de LRE (livro de registro de entradas) foi calculado como sendo a data da nota fiscal mais 7 “sete” dias”. Firmou então o autuante, uma presunção, sem qualquer lastro normativo, de que as notas fiscais de entrada ingressaram 7 dias após a data das respectivas emissões, no estabelecimento do autuado. Ora estabelecer presunção de falta de pagamento de ICMS, sem lastro probatório em documentos fiscais de aquisição e com agregação de outras presunções não contidas no texto legal, configura também flagrante cerceamento do direito de defesa e revela a insegurança da acusação fiscal.

Ademais, no caso em exame, sequer o livro caixa da empresa compõe a base probatória do lançamento de ofício, circunstância que impossibilita se fazer qualquer vinculação entre a falta de registro dos pagamentos à presunção firmada pelo preposto fiscal na peça acusatória, formalizada no Auto de Infração.

Se a autoridade fiscal não dispunha de elementos probatórios que lhe possibilitessem desenvolver e aplicar os roteiros normais de fiscalização, o recurso assegurado na norma tributária seria o arbitramento da base de cálculo e não o uso de presunções sobre presunções sem amparo em base documental segura.

Frente ao exposto a única infração que subsiste neste lançamento é o item 1 do Auto de Infração, que imputou ao sujeito passivo a falta de apresentação de livros fiscais solicitados mediante intimação. Este fato, inclusive, sequer foi negado pela defesa.

Considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração mantendo tão somente a Infração 1. Acolho o pedido do contribuinte e declaro nulos os itens 2, 3 e 4 do lançamento fiscal, com espeque no disposto no art. 18, incisos II e IV, do RPAF/99.

Represento à autoridade fiscal para que renove o procedimento a salvo das falhas apontadas, no tocante aos itens declarados nulos.

Houve a interposição de Recurso de Ofício, pois, a redução do crédito tributário foi superior a R\$ 100.000,00.

É o relatório.

VOTO

Analisemos os motivos que levaram à declaração de nulidade das infrações 2, 3 e 4 pela decisão recorrida.

Contradição entre a Infração 1 e a Infração 4, pois, a primeira infração decorre da não apresentação dos livros, enquanto que a quarta infração decorre da fiscalização dos livros, pela qual foram identificadas entradas de mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal. A decisão recorrida observa que se os livros não foram apresentados o preposto fiscal não teria como ter apurado o quanto descrito na infração 4.

Observo que os livros podem ter sido apresentados ao preposto fiscal posteriormente, após o prazo previsto na lei, o que permitiria a aplicação da multa referente à infração 1 e a fiscalização referente à infração 4, portanto, tal fato não representa contradição capaz de anular a infração.

Além dessa contradição a decisão recorrida ressalta que a acusação fiscal referente às infrações 2, 3 e 4 tem como lastro probatório apenas as informações constantes em relatórios dos Registros SINTEGRA e que não foram anexados ao auto de infração as cópias dos documentos fiscais obtidas por circularização ou via CFAMT.

Observo que tal fundamento da decisão é contrário ao quanto exposto no próprio relatório da decisão recorrida, que asseverou o seguinte:

Subsidiaram o Auto de Infração os seguintes demonstrativos: Para o exercício de 2008 I - Relação de notas fiscais sem Registro no LRE constantes nos registros SINTEGRA e nota fiscal eletrônica (fls. 16/20); II - Demonstrativo "Livro de Registro de Entradas mais NF's não registradas" (fls. 21/31); III - proporcionalidade da ST pelas compras e Resumo da Divergência - omissão de saída pela entrada (fls. 32/34); Apuração do imposto pelo simples nacional, envolvendo "Segregação e Apuração das omissões de receita, análise do simples nacional a reclamar e total do ICMS segregado por tipo de infração (fls. 35/38). Às fls. 29 a 65 foi juntado o demonstrativo relativo a: "NF's não registradas no LRE (NF-e/ CFAMT/SINTEGRA - exercícios de 2009 e 2010)". Anexados também extratos do simples nacional da empresa (fls. 66 a 164). Nos autos também foram juntadas algumas amostras de notas fiscais, englobando entradas e saídas promovidas pela autuada, todas envolvendo operações de compra ou de venda de sucatas, sob o amparo do regime de diferimento do ICMS.

Destarte, resta uma contradição entre o quanto relatado pela decisão recorrida e a conclusão do julgamento, que foi a seguinte:

A exigência fiscal fundamentada tão somente em relatórios SINTEGRA, composto tão somente da listagem de notas fiscais de aquisição de mercadorias, sem a juntada dos correspondentes documentos, não é prova da efetiva realização das operações. Há neste caso um claro e inequívoco cerceamento ao direito de defesa e a imputação fiscal apresenta-se totalmente comprometida eivada de insegurança.

Diante da contradição existente entre a fundamentação e o relatório da decisão recorrida, declaro a sua nulidade, devendo os autos retornarem à primeira instância para re-análise do caso e adoção de providências saneadoras que os Ilustres Julgadores da 5ª JJF entenderam cabíveis.

Face ao exposto, VOTO pela NULIDADE DA DECISÃO recorrida e julgo PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho Estadual de Fazenda, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a apreciação do Recurso de Ofício interposto e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **211322.0064/11-2**, lavrado contra **JAIR AMORIM DA SILVA**, devendo os autos retornar à primeira instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR DA PGE/PROFIS