

PROCESSO - A. I. Nº 211322.0064/11-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JAIR AMORIM DA SILVA (AMORIM METAIS) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5º JJF nº 0157-05/14
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 10.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0362-12/14

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A base de cálculo do lançamento (resultante da soma das receitas omitidas pela falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias) foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar nº 123/2006. Base probatória insuficiente, em parte, para comprovar a acusação fiscal - relação de notas fiscais do SINTEGRA e CFAMT. Falta de juntada ao processo das notas fiscais que atestassem a efetiva aquisição das mercadorias. Cerceamento ao direito de defesa. Mantida a exigência em relação às Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), constantes dos bancos de dados da SEFAZ-BA, nos meses apurados em revisão fiscal. Observado o limite dos valores e meses, originalmente autuados. Impossibilidade de alteração do lançamento para agravar as infrações. Manutenção em parte das infrações. 2. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DA ENTRADA DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. Infração sem lastro probatório. Comprovado nos autos, inclusive através de diligência, que o contribuinte não apresentou ao autuante os livros Caixa e Registro de Entradas de Mercadorias impossibilitando a configuração da infração. Item insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal - 5ª JJF, que, por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado para exigir ICMS e multa no valor total de R\$64.873,79, em decorrência de quatro infrações conforme abaixo descritas, sendo objeto do Recurso apenas as infrações 2, 3 e 4.

INFRAÇÃO 1 – Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Não apresentou os livros Caixa e 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 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 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.

A 5ª JF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

Inicialmente apreciarei as questões relacionadas às infrações 1 e 4.

Ficou patente na diligência determinada por esta 5ª JF que o contribuinte não apresentou, no curso da ação fiscal e mesmo após, na fase revisão do feito, os livros de Entradas de Mercadorias e o livro caixa. O fato foi corroborado na diligência, após 2 (duas) intimações formalizadas pelo próprio autuante (docs. fls. 324 e 325). A hipótese levantada pelo relator da 3ª CJF, por ocasião do exame do Recurso de ofício, de que os livros poderiam ter sido apresentados posteriormente, após o prazo de lei, revelou-se, na diligência, como efetivamente não ocorrido.

Por essas razões mantenho o entendimento que foi externado no julgamento originário com a fundamentação apresentada linhas abaixo.

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 documentos 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 as infrações 1 e 4. Ficou efetivamente demonstrados que os livros solicitados no curso a ação fiscal não foram apresentados ao preposto fazendário em nenhuma fase do procedimento, nem mesmo por ocasião da diligência determinada por esta 5ª JF, razão pela qual fica mais que provado que o agente não teve como conferir a ausência de registros das notas na escrita fiscal-contábil do sujeito passivo (entradas, pagamentos etc.).

Logo, remanesce, quanto ao descumprimento de obrigação acessória, o item 1 do lançamento fiscal, com a imputação de falta de apresentação de livros fiscais (livro Caixa e livro Registro de Entradas de Mercadorias), de uso obrigatório dos contribuintes optantes do Simples Nacional, com penalidade de R\$ 460,00, prevista no art. 42, inc. XX, da lei nº 7.014/96, de acordo com a redação dada pela Lei nº 10.847/99.

A infração 4, deve, portanto, ser excluída do lançamento fiscal.

No tocante às infrações 2 e 3, o autuante, na revisão, exclui as notas fiscais do CFAMT e do SINTEGRA, cujas cópias não foram entregues ao contribuinte. A exigência fiscal, quanto a esses documentos teve por base tão somente um relatório, contendo o rol de documentos supostamente destinados à empresa autuada.

Reitera-se, então o quanto afirmado na Decisão originária: a exigência fiscal fundamentada exclusivamente em relatório (SINTEGRA ou CFAMT), composto essencialmente da listagem das notas fiscais de aquisição, sem juntada dos correspondentes documentos, não é prova da efetiva realização das operações. Neste caso a um inequívoco cerceamento ao direito de defesa e a imputação fiscal apresenta-se totalmente comprometida e eivada de insegurança.

Remanesceram, após as exclusões, tão somente as notas fiscais eletrônicas de aquisição, cujas informações constam dos bancos de dados da Secretaria da Fazenda deste Estado, com a juntada ao processo de algumas amostras. Às fls. 165 a 178 foram apensadas 14 notas de aquisição e às fls. 179 a 239, algumas notas de vendas, todas acobertando operações com sucatas, submetidas nas operações internas ao regime de diferimento do ICMS.

O autuante, na fase de revisão, à fl. 333, apresentou uma planilha, denominada "Demonstrativo da Falta de Pagamento ou do Pagamento a Menor do ICMS devido sobre o Faturamento - Simples Nacional". Nesta peça informa que em relação ao ICMS apurado na sistemática do Simples Nacional, restaram exigíveis as parcelas dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2010, com a seguinte composição:

*Outubro/2010- R\$ 1.852,60;
Novembro/2010 -R\$ 1.020,73;
Dezembro /2010 -R\$ 744,18;
Total: R\$ 3.617,51.*

Por sua vez, o lançamento originário, em relação a esses mesmos meses, apresentou a seguinte configuração:

Infração 2:

*Outubro/2010: R\$78,42;
novembro/2010: R\$73,80.
Total: R\$152,22*

Infração 3:

Novembro/2010 - R\$637,74.

No que tange ao ICMS de dezembro de 2010, no qual foi apurado o valor de R\$744,18, verifico que este mês sequer integrou o lançamento de ofício na sua formatação originária.

Frente às circunstâncias acima apontadas podemos concluir que houve na revisão efetuada pelo autuante modificações que implicaram no agravamento dos valores originalmente exigidos. Frente à impossibilidade de alteração do lançamento para modificar o quantum debeat em desfavor do sujeito passivo, o A.I. permanece inalterado para os meses de outubro e novembro de 2010, com a manutenção dos valores de ICMS originalmente lançados, no montante, respectivamente de, R\$78,42 e R\$73,80, para a infração 2; e, R\$637,74, para a infração 3.

Quanto ao fato gerador do mês de dezembro/2010 e respectivo ICMS apurado na revisão fiscal, frente também a impossibilidade de alteração do lançamento para a inclusão de novos fatos geradores, excludo essa parcela.

Represento, todavia, à autoridade fiscal competente para que determine a renovação do procedimento ação fiscal em relação aos valores excedentes, apurados na diligência, devendo-se, antes disso, ser concedido ao contribuinte a possibilidade exercer a espontaneidade para a quitação do tributo apurado.

Frente ao acima exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. Mantenho integralmente a infração 1 e parte das infrações 2 e 3, conforme fundamentação e valores retromencionados.

Em decorrência da Decisão supra, a 5ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Inicialmente, registro que o presente Auto de Infração já foi objeto de julgamento anterior proferido pela então 3ª Câmara de Julgamento Fiscal que através do Acórdão CJF nº 0387-13/13 anulou a Decisão proferida pela 5ª JJF refletida pelo Acórdão nº 0063/05-13, oportunidade em que resultou em novo julgamento pela instância de piso, via Acórdão nº 0157-05/14 e que ora se aprecia.

Apesar da infração 1, que trata de penalidade por falta de apresentação dos livros Caixa e de Registro de Entradas de Mercadorias, não ser objeto do Recurso de Ofício, ela reflete diretamente na infração 4 que se refere a multa por falta de registro na escrita fiscal de entradas de mercadorias não tributáveis, as quais foram obtidas através dos registros SINTEGRA e Nota Fiscal eletrônica.

Ora, como o autuante não teve acesso ao livro Registro de Entradas, fato este que motivou a multa consignada na primeira infração, não prospera a penalidade imposta através da infração 4 já que o Fisco não teve acesso a esse livro. Correta a exclusão da penalidade do item 4 do Auto de Infração pela Junta de Julgamento.

No que toca às infrações 2 e 3, falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS referente ao Regime do Simples Nacional, temos que a exigência fiscal se fundamentou exclusivamente na "Relação de Notas Fiscais sem registro no LRE e constantes nos Registros dos Sistemas SINTEGRA e Nota Fiscal Eletrônica" elaborado pelo autuante, fls. 16 a 20, sem juntada de qualquer documento. Neste passo, na fase instrutória dos autos, a 5ª JfF deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ de origem para que fossem adotadas as seguintes medidas saneadoras:

- 1 – anexar ao processo todas as notas fiscais listadas nos demonstrativos apensados às fls. 16/65 (notas fiscais listadas e relacionadas aos sistemas SINTEGRA, CFAMT e NFe), entregando cópia desses documentos ao sujeito passivo;*
- 2 – intimar novamente o contribuinte a apresentar o livro Registro de Entradas de Mercadorias e o livro Caixa, a fim de se certificar o não registro das notas fiscais objeto dos itens 2, 3 e 4 do Auto de Infração;*
- 3 – excluir da autuação as notas fiscais cujas vias não forem juntadas ao PAF;*
- 4 – verificar também o montante de operações de saídas de mercadorias realizadas pelo sujeito passivo sem débito de ICMS, a exemplo das saídas sob o regime de diferimento e outras, em comparação com o total de saídas tributadas, nos períodos mensais que compõem as infrações 2 e 3.*

Em atendimento o autuante excluiu as notas fiscais constantes nos relatórios SINTEGRA e CFAMT, cujas cópias não foram entregues ao recorrido, mantendo a exigência apenas em relação as notas fiscais eletrônicas, conforme demonstrado às fls. 322 a 333, remanescendo débito apenas para os meses de outubro e novembro/10.

Em vista dos fatos acima vejo que as exclusões levadas a efeito pela 5ª JfF estão corretas, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho Estadual de Fazenda, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **211322.0064/11-2**, lavrado contra **JAIR AMORIM DA SILVA (AMORIM METAIS) - ME**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$789,96**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06 e Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

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