

A. I. N° - 217366.0002/13-5
AUTUADO - THIRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - WILSON ALBUQUERQUE MELO JUNIOR
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 15/04/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-03/14

EMENTA: ICMS: SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Com a apresentação pelo impugnante no curso da ação fiscal do livro Registro de Entradas do exercício de 2010 e 2011, foram refeitos os demonstrativos de apuração e de débito, cujas cópias foram fornecidas ao impugnante juntamente com todos os documentos que fundamentam o lançamento, com isso o valor do débito foi reduzido. Infrações parcialmente subsistentes. Corrigida a multa de 150% para 75%. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração em lide, lavrado em 28/03/2013, efetuou-se lançamento de ICMS no valor total de R\$16.907,39 nas infrações a seguir relacionadas:

Infração 01 - Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos nos meses de julho e outubro a dezembro de 2009 e janeiro a agosto de 2010, no valor de R\$11.240,30, sendo aplicada a multa de 75% sobre o valor do lançamento.

Infração 02 - Omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração de livro Registro de Entradas, nos meses de fevereiro, março e maio de 2010 e gosto de 2011, no valor de R\$5.667,09, acrescido da multa de 150%.

O impugnante apresenta contestação às fls. 257 a 276, expondo as razões de defesa a seguir resumidas

Depois de sintetizar a acusação fiscal frisa que ao encerrar o trabalho fiscal, que o autuante forneceu, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando-o, mês a mês as parcelas de ICMS que o mesmo achava que a empresa era devedora. Acrescenta assinalando que, com base nestes elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa, ideal, onde se pudessem apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão, haja vista que os demonstrativos fiscais fornecidos não são, em si próprios, autoexplicativos, nem claros.

Assevera que o lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Enfatiza que, além das regras de Direito estipuladas nas Leis, Regulamentos e Portarias, existem rotinas administrativas a serem observadas e que estão contidas nas Instruções Normativas e Informações Técnicas oriundas da Administração visando à correção da atividade fiscalizadora, que os senhores julgadores, no

presente caso, concluirão que está patente a inobservância, por parte do autuante, dos dispositivos dos atos normativos em vigor.

Informa que em relação à infração nº 02, o autuante não lhe forneceu, cópia das notas fiscais eletrônicas que o mesmo alega ter verificado nos sistemas da SEFAZ no exercício de 2010 e que não estariam registradas na escrita fiscal da empresa. Diz que em relação ao exercício de 2011, mais especificadamente ao mês de agosto de 2011, o autuante não forneceu nem a relação das notas fiscais eletrônicas que não estariam registradas em sua escrita fiscal e tampouco forneceu as cópias das notas fiscais eletrônicas alegadas que não estariam registradas em sua escrita fiscal.

Cita que na instauração do processo administrativo fiscal atender-se-á entre outros princípios, o princípio da verdade material conforme determina o art. 2º do RPAF-BA/99.

Assegura que o autuante, ao não fornecer cópias das notas fiscais constantes do demonstrativo constante da infração 02, cerceou seu direito de ampla defesa.

Existem inúmeros casos, em que nos sistemas da SEFAZ, constam notas fiscais, cujos destinatários são outras empresas, os números das notas estão incorretos, os valores das notas fiscais constantes nas relações do CFAMT, Sintegra e Notas fiscais eletrônicas não coincidem com o valor real constante da via das notas fiscais, a natureza da operação não é compra para revenda, às vezes sendo remessa para conserto, bonificação, etc.

Destaca o entendimento deste este Conselho manifestado em inúmeras decisões proferidas de que a via arrecadada nos diversos postos fiscais fixos e volantes ou a cópia fornecida por Fornecedores é prova material imprescindível para comprovação de irregularidade fiscal e que deve ser anexada aos autos e também ser fornecida cópia das mesmas ao contribuinte para que o mesmo tenha o direito de garantia de ampla defesa.

Menciona que, ao ofender a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação.

Sustenta que, por não ter se assentado dentro do mais estrito princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, o crédito tributário não ficou constituído de forma legítima, o que implica sua nulidade.

Afirma que o CONSEF, através de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa, transcrevendo diversas emendas de julgados deste Conselho.

Assevera que o Auto de Infração, para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação. Dentre estes, destaca-se, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, inciso III do RPAF-BA/99, cujo teor transcreve.

Diz não haver dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição do que a autoridade fiscal entende como fato gerador do tributo. Acrescenta que deve estar indicado na peça de acusação, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito exigência tributária, por meio da autuação.

Afirma que a situação descrita, pelo autuante não caracteriza fato gerador do imposto.

Observa que o Auto de Infração na infração de nº 02 em “omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração de livro Registro de Entradas”, mas não indica através de qual documento ele apurou o valor das transações comerciais supostamente realizadas pela autuada. Continua assinalando que o autuante não apresentou as cópias das notas fiscais que teriam sido pagas com

receitas omitidas com a discriminação das operações, para que a empresa pudesse analisar e demonstrar que o autuante está equivocado.

Sustenta que a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança. Prossegue observando que a infração deve estar bem descrita pelo autuante no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defende amplamente. Arremata frisando que a descrição há de ser objetiva, clara, e tão completa quanto necessária para que possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, assim não sendo, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal.

Transcreve o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, para ilustrar a importância de elementos imprescindíveis para se determinar, com segurança e clareza, o fato gerador.

Afirma que sem dúvida, há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração.

Menciona que o CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida em um Auto de Infração, seja obscura e, consequentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. Acrescenta destacando que, no período a que se refere à infração, era inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional e opera no ramo de comércio varejista de gêneros alimentícios, cuja grande parte é isenta de ICMS (verduras, frutas, legumes, carnes, frangos, ovos, etc.) e outra parte sofre tributação pelo regime de substituição tributária e/ou antecipação tributária a exemplo de refrigerantes, bebidas em geral, bolachas, biscoitos, iogurtes, etc. Arremata citando que é nesse neste sentido, que seguem as decisões prolatadas por este Conselho, reproduzindo diversas ementas de decisões acerca da matéria proferidas .

Ao tratar do mérito da autuação diz em relação à infração 01, assegura que a acusação fiscal é improcedente e revela que os valores declarados pela autuada à Receita Federal e os recolhimentos dos impostos estão conforme o escriturado no livro de Saídas de Mercadorias.

Informa que anexa a defesa, cópia do livro de Saídas de Mercadorias e as declarações mensais DASN que comprovam a não existência das diferenças apuradas pela fiscalização.

Observa que em decorrência dos cálculos efetuados pelo autuante terem sido baseados em valores referentes à suposição de omissão de entradas inexistentes constante da infração de nº 02, a acusação da infração nº 01 é improcedente.

Sustenta que o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não se sustenta o lançamento do crédito tributário da impugnada.

Quanto à infração 02, afirma que o autuante não anexou ao processo fiscal e nem forneceu à autuada, cópias das notas fiscais constantes do Demonstrativo ANEXO 1 - intitulado “NFs NÃO REGISTRADAS NO LRE POR ORIGEM”.

Depois de repisar os mesmos argumentos alinhados em relação à infração 01, também requer a decretação da nulidade dessa a infração por cerceamento do direito de defesa da autuada como prevê o art. 18, inciso II do RPAF-BA/99, alicerçando seu argumento com a colação da transcrição das ementas de diversos julgados do CONSEF.

Requer que seja solicitada a Secretaria deste Conselho de Fazenda, cópia na integra da Resolução do Acórdão CJF Nº 0291-12/06, para que passe a fazer parte integrante desta defesa e que esta JJF analise e aplique o princípio da proporcionalidade ao presente processo.

Relata que, não sendo acatado seu pedido de nulidade, requer que seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada através das notas fiscais de compras, constando o valor das compras de mercadorias isentas, mercadorias cujo ICMS foi recolhido pelo regime de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária e o

valor das compras de mercadorias tributadas e sobre o valor da diferença apurada seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido.

Menciona que a Secretaria da Fazenda, considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual publicou a Instrução Normativa nº 56/2007 determinando que os prepostos fiscais quando apurasse infrações previstas no §3º do art. 2º do RICMS-BA/97, com matriz no §4º da Lei nº 7.014/96 aplicasse o princípio da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Continua frisando que o autuante deixou de cumprir o que determina a referida Instrução Normativa, que é norma legal, portanto, passível de nulidade do constante na infração 02 deste Auto de Infração.

Requer que o julgamento pela nulidade desta Infração e, caso não seja aceito o pedido que seja aplicado o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, reduzindo o valor do ICMS.

Diz ficar comprovado que quanto à infração 02, o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, caracterizando a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos, ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam quais as notas fiscais que não estariam registradas no livro Registro de Entradas e em relação à infração de nº 01 a acusação é totalmente improcedente, pois, baseada em fatos constantes da Infração de nº 02 não comprovados invalida completamente a acusação constante nesta infração.

Conclui requerendo que seja julgada nula a infração 02 e improcedente a infração 01.

O autuante presta informação fiscal, fls. 438 a 441, depois de transcrever a acusação fiscal e resumir as alegações da defesa, articula as seguintes ponderações.

Afirma que o Auto de Infração foi lavrado com base nos documentos apresentados pelo contribuinte e pelas informações fiscais constantes dos Sistemas SEFAZ.

Destaca que foram entregues ao contribuinte os demonstrativos e relatórios do Sistema de Auditoria Digital -AUDIG, referentes aos exercícios fiscalizados, em ordem cronológica, lógica e sequencial, exercício por exercício, sendo o primeiro de cada grupo correspondente a cada exercício, o relatório analítico de apuração de proporcionalidade e o último demonstrativo, cujo título é “Análise ICMS do SIMPLES NACIONAL a Reclamar”, a demonstração analítica das divergências apuradas mensalmente por infração, de fls. 146 a 247 do presente Processo Administrativo Fiscal. Continua afirmando que também foram entregues ao preposto da autuada cerca de vinte arquivos eletrônicos, gravados em mídia, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos, de fls. 251, autenticados e assinados de acordo com as normas da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP-Brasil, o que assegura sua inviolabilidade e validade jurídica.

Observa que dentre os arquivos eletrônicos entregues, os arquivos denominados “THIRO NFe2009”, “THIRO NFe 2010” e “THIRO NFe 2011” indicam a relação das notas fiscais eletrônicas constantes do Sistema Nota Fiscal Eletrônica- NFe, da SEFAZ-BA, nos quais estão assentes:

1. O contribuinte destinatário da Nota Fiscal Eletrônica; o CNPJ e razão social do destinatário; o período (no caso, 01 a 12/2009, 2010 e 2011; o tipo de transação: nota recebida; tipo da nota: Nfe-nota fiscal eletrônica; tipo da operação: interna ou interestadual;
2. Após essa identificação, segue-se a relação das notas fiscais eletrônicas, contendo: o número da Nfe; o CNPJ e a inscrição estadual do emitente, a Unidade Federada do emitente da NFe, o valor, o ICMS destacado, a base de cálculo do ICMS, o ICMS substituído, a base de cálculo do ICMS substituído, e o “status” autorizada, no presente caso.

Pontua que, à época da lavratura do Auto de Infração em tela, as chaves de acesso não estavam disponibilizadas, e, por esse motivo, estamos anexando ao presente PAF a relação impressa com as chaves de acesso de cada uma das notas fiscais constantes do Demonstrativo “NFS NÃO REGISTRADAS NO LRE POR ORIGEM”, referentes a cada um dos exercícios fiscalizados.

Esclarece que além da relação impressa das chaves de acesso e correspondentes notas fiscais eletrônicas, foram gravados na mídia que ora está anexando, a relação das referidas chaves de acesso dos arquivos eletrônicos contendo todas as notas fiscais eletrônicas do período fiscalizado, os quais, mediante as chaves de acesso que foram disponibilizadas pelo Sistema NFe da SEFAZ-BA, possibilitam que sejam visualizados e impressos os DANFEs respectivos no site da SEFAZ-BA, no site da SEFAZ autorizadora da Nota Fiscal ou ainda no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica NFe - WWW.nfe.fazenda.gov.br/portal, da Receita Federal do Brasil.

Informa que a quase totalidade das notas fiscais de entrada da autuada tem sua origem no próprio Estado, o que permite fácil visualização de qualquer das notas fiscais na página da SEFAZ-BA, na internet, acesso esse universal mediante as chaves de acesso correspondentes, as quais, além de estarem nos arquivos da mídia ora encaminhados, em complementação aos arquivos já entregues à autuada, constam da relação que foi impressa em papel, e que está sendo anexada ao presente PAF.

Destaca que, além de apresentar as chaves de acesso de todas as notas fiscais utilizadas na ação fiscal, estão disponibilizados na mídia, que ora anexa, os arquivos eletrônicos das próprias notas fiscais eletrônicas, que podem ser visualizadas diretamente, sem necessidade de acesso à internet e sem necessidade de uso de chave de acesso, através dos arquivos dos DANFEs - Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica, os quais permitem a visualização imediata de cada uma das notas fiscais eletrônicas, eis que já estão no formato PDF.

Relativamente à documentação fiscal apresentada pela autuada, como pode ser constatado no Relatório Diário Operações TEF-Transferência Eletrônica de Fundos, referente ao exercício de 2009, emitido pela SEFAZ-BA, no qual constam os registros das operações de crédito/débito realizadas pelo contribuinte, diz constatar-se que, no exercício de 2009, as operações foram iniciadas precisamente em 02/01/2009, com uma operação de crédito, no valor de R\$26,72, com a Administradora CIELO. Acrescenta que se pode constatar a ausência do Registro de Saídas de 2009, apresentado pela autuada, os registros dessas operações de débito/crédito de janeiro a junho de 2009 realizadas pelo contribuinte, conforme Relatório Diário TEF, que diz anexar ao presente feito.

Informa que, embora regularmente intimada, fl. 07, e estando inscrita como Empresa de Pequeno Porte do SIMPLES NACIONAL, a autuada não apresentou os livros fiscais Registros de Entrada referentes ao período fiscalizado, 2009, 2010 e 2011, quando da ação fiscal. Prossegue asseverando que somente agora, no momento processual da defesa, a autuada apresentou o Registro de Entradas de 2010, fato que ensejou a inserção das informações contidas no referido Livro Fiscal, no Sistema de Auditoria Digital - AUDIG, referente ao exercício de 2010, tendo sido gerados os relatórios, e apurados os novos valores, conforme indicado no demonstrativo abaixo e nos seguintes Relatórios do Sistema AUDIG: 1) Anexo 1-B Proporcionalidade da Substituição Tributária pelas Compras; 2) Anexo 1- Notas Fiscais não Registradas no LRE por Origem; 3) Anexo 2- Resumo da Divergência da Omissão de Saída pela Entrada; Anexo 3: Cálculo da Receita Apurada; e Anexo 3 - Análise do ICMS do SIMPLES NACIONAL a RECLAMAR, que vão anexados, indicado os valores de R\$10.073,98 para infração 01 e R\$684,93, totalizando R\$10.758,91 o débito do exercício de 2010.

No tocante a proporcionalidade frisa que do exame da Declaração Anual do SIMPLES NACIONAL-DASN da autuada, referente aos exercícios fiscalizados, constata-se que os valores declarados mensalmente como receita de atividade, em todos os meses do referido período, são declarados como revenda de mercadorias sem substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação. Prossegue destacando que apesar disso, e com base no exame da documentação apresentada, onde se constata a ocorrência de operações com produtos sujeitos à substituição tributária, procedeu à apuração dos percentuais de proporcionalidade, sendo que, o critério das compras, no caso, é o mais indicado pelo fato da autuada não ter apresentado as reduções “Z” do exercício de 2011, e estarem incompletas as reduções “Z” relativas aos outros

exercícios, tendo o preposto mencionado que “estavam ilegíveis”. Arremata ressaltando a despeito dos fatos supramencionados, foi aplicada a proporcionalidade, conforme relatórios constantes do presente PAF, de modo a fazer a segregação da receita apurada, para fins de determinação base de cálculo, da alíquota e do valor devido, de forma clara através dos relatórios e demonstrativos de auditoria apresentados de forma cronológica, sequencial e lógica, que permitem um entendimento inequívoco do procedimento realizado.

Cita que o Auto de Infração foi lavrado com base nos documentos apresentados pelo contribuinte e pelas informações fiscais constantes dos sistemas SEFAZ, sendo todos os materiais entregues ao contribuinte quando da ciência da ação fiscal. Diz que, apesar do contribuinte apresentar vastos argumentos em sua peça defensiva, em nenhum momento, defendeu de fato as infrações aplicadas e descritas no auto de infração, e demonstradas nos relatórios e demonstrativos gerados pelo programa de Auditoria - AUDIG, inclusive o das Notas Fiscais não Registradas no LRE por Origem.

Informa que todas as notas fiscais apontadas nos relatórios foram disponibilizadas nos arquivos eletrônicos gravados em mídia que permitem diretamente sua visualização ou impressão, eis que estão em formato PDF, constando a nota fiscal eletrônica em seu aspecto material tangível. Assinala que anexou as cópias impressas relativas ao mês agosto de 2010, e todos os outros arquivos PDF de todas as notas de entrada do contribuinte estão na mídia.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Intimado para ciência da informação fiscal e entrega da documentação fiscal acostada aos autos, fl. 1157 a 1164, o autuado se manifesta às fls. 1166 a 1174.

Inicialmente informa que acompanha esta manifestação às cópias das fls. de nºs 01,18, 19, 20, 21 e 30 do livro de Entradas de Mercadorias nº 03 com o registro das entradas de mercadorias referente ao mês de agosto e setembro de 2011e reafirma em todo seu teor sua defesa inicial apresentada.

Declara ser uma inverdade a afirmação do autuante de que a fiscalização foi realizada com base nos documentos apresentados, tendo em vista que em momento algum foi solicitado o livro de Registro de Entradas dos exercícios fiscalizados para que fosse efetuado confronto do que estava registrado com a documentação física, ou seja, nota por nota.

Destaca ser uma pequena empresa estabelecida em um bairro da periferia da cidade do Salvador, não tem mão de obra especializada em tecnologia da informática, e que os demonstrativos apresentados pelo autuante são complexos e não oferece condições para que a autuada os entenda, caracterizando cerceamento de defesa.

Assevera que o autuante deixou de fornecer as cópias das notas fiscais de entradas do exercício de 2009, em formato de papel, que o mesmo alega não estar registradas no livro Registro de Entradas. Acrescenta que, com este procedimento está caracterizado a falta de prova material e o cerceamento do nosso direito de defesa. Informa que em sua defesa inicial, anexou a cópia do livro Registro de Entradas onde está comprovado que todas as notas fiscais de entradas do exercício de 2009 constantes do Relatório apresentado pelo autuante estão devidamente registradas no livro Registro de Entradas de nº 02. Arremata destacando que em relação ao mês de agosto de 2011, que o autuante na sua informação fiscal anexou e forneceu as cópias das notas fiscais que o mesmo alega não estarem registradas no livro Registro de Entradas, o mesmo está completamente equivocado, pois, todas as notas fiscais constantes do relatório apresentado pelo autuante estão devidamente registradas às fls. 18 a 21 do livro Registro de Entradas de nº 03 conforme cópia anexa a esta manifestação.

Diz estranhar a declaração do autuante, pois as informações contidas no Relatório Diário TEF - Transferência Eletrônica de Fundos anexado pelo autuante referente ao período de janeiro a

junho de 2009 não tem vinculação alguma com os fatos apurados, que somente constituiu crédito tributário referente ao período de julho de 2009 em diante.

Assinala que a informação fiscal é completamente equivocada, já que em momento algum lhe fora solicitada a apresentação dos livros Registro de Entradas de 2009, 2010, e 2011. Observa que, caso não tivesse apresentado os livros após o prazo legal contido na devida intimação fiscal caberia ao autuante lavrar o Auto de Infração aplicando a multa de penalidade fixa contida na Lei, por falta de apresentação de livro fiscal. Arremata frisando que o autuante não comprova que intimou a autuada a apresentar os livros e se comprovasse deveria ter lavrado o Auto de penalidade fixa.

Sustenta que o autuante está completamente equivocado na sua interpretação e na feitura dos cálculos. Explica que ao tentar agilizar o seu trabalho de fiscalização utilizando-se de sistemas implantados recentemente pela Sefaz, que contém inúmeras inconsistências e não merecem confiabilidade. Enfatiza que os valores informados pelos contribuintes nas suas declarações devem ser confrontados com os documentos emitidos e recebidos e com os seus livros fiscais. Arremata mencionando que o autuante em momento algum fez esta análise, nem por amostragem, o que comprometeu a qualidade do seu trabalho.

Salienta o absurdo cometido pelo autuante no que se refere ao mês de agosto de 2011 em que todas as notas fiscais constantes das fls. 463 a 634 estão devidamente registradas na escrita fiscal da autuada.

Diz ficar comprovado que, quanto à infração 02, o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos, ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam quais as notas fiscais não estariam registradas no livro Registro de Entradas e, quanto à infração 01 a acusação é totalmente improcedente, pois baseada em fatos constantes da infração de 02 não comprovados, invalida completamente a acusação constante nesta infração.

Conclui reafirmando sua pretensão e pugna pela nulidade da infração 02 e pela improcedência da infração 01.

O autuante presta nova informação fiscal, fls. 1183 a 1186,

Diz inicialmente que o autuado não contraditou os valores que foram apurados e demonstrados, após revisão fiscal, para o exercício de 2010, conforme fls. 442 da Informação Fiscal, e são os que devem ser considerados, ou seja, R\$10.073,98 - infração 01 e R\$684,93 - infração 02. Observa que em sua manifestação, fls. 1167, o autuado indica como valores das infrações, os que foram inicialmente apurados, para o exercício de 2010 foram os seguintes: infração 01- R\$11.240,30 e infração 02 - R\$5.667,09.

Esclarece que o novo batimento para apuração das divergências relativas ao exercício de 2010 foi realizado tendo em vista que o autuado, somente no momento da defesa, apresentou o livro Registro de Entradas referente a 2010, o qual foi considerado para a nova apuração, como demonstrado em na informação fiscal de fls. 442 a 460, da qual resultaram os valores de R\$10.073,98 para a infração 01 e de R\$684,93 para a infração 02, após ter acatado as informações contidas no livro Registro de Entradas, apresentado na defesa pelo autuado. Arremata assinalando que não foram contraditados, pelo autuado, os valores que devem ser considerados para as infrações relativas ao exercício de 2010, eis que em sua manifestação, fl. 1167, foram informados valores diversos dos que devem ser considerados, que são os constantes do Demonstrativo de Débito do ICMS, fls. 442 na informação Fiscal,

Afirma que não pode ser levado a sério argumento do autuado ao afirmar, às fls. 1168, que “é uma inverdade”, que “a fiscalização foi realizada com base nos documentos apresentados pelo contribuinte, e que o autuante em momento algum solicitou o livro de Entradas de Mercadorias”,

eis que às fls. 07 consta a primeira Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, na qual intima-se o autuada a apresentar o livro Registro de Entradas e o de Saídas, além da documentação fiscal pertinente. Continua dizendo que, além disso, há um Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, às fls. 09, que torna insubsistente tais afirmações.

Quanto à alegação do autuado de que “o autuante deixou de fornecer as cópias das notas fiscais de entrada do exercício de 2009, em formato de papel, caracterizando falta de prova material e cerceamento de defesa.”, esclarece que em primeiro lugar, a nota fiscal eletrônica cujo arquivo está gravado numa mídia em formato PDF, é tão material quanto se estivesse impressa em papel, e estando no formato PDF, permite visualização direta e impressão em papel, bastando para isso que se dê um “click” sobre o arquivo que se queira visualizar ou imprimir, não sendo necessário conhecimento especializado algum em tecnologia da informação. Arremata destacando que não foi apurada a infração de omissão de entradas relativamente ao exercício de 2009, portanto, o autuante poderia ter alegado sobre infração inexistente.

Diz que no exercício de 2009, como se pode constatar no demonstrativo de fls. 184, “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR”, do confronto dos valores constantes da Coluna H - ICMS Devido, com os valores da Coluna I (ICMS DASN ou Recolhido, é que se apuraram os valores da Infração 01 - Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao SIMPLES NACIONAL, para o exercício de 2009.

Explica que não foram apuradas outras infrações para o referido exercício de 2009, portanto é desnecessária a afirmação da autuada de que “todas as notas de entrada do exercício de 2009 estão devidamente registradas no livro Registro de Entrada de nº 02. Esclarece que, como os livros Registros de Entrada referentes a 2009, 2010 e 2011 não foram apresentados durante a ação de fiscalização, foram utilizadas as notas fiscais apresentadas pela autuada. Acrescenta que ainda sobre esse tópico da manifestação do autuado, fls. 1170, constata-se que freqüentemente se confunde sobre a documentação fiscal que ele mesmo apresentou. Assim, em sua “Defesa Inicial”, a autuada não apresentou os registros de entrada de 2009, consoante afirma, mas somente os de 2010.

Menciona que no quesito “mês de agosto de 2011”, ainda às fls. 1170 da manifestação, constata-se que, o autuado vale-se de um artifício para produzir matéria de defesa. Chama a atenção para o procedimento adotado pela autuada que foi o de sempre apresentar a documentação fiscal incompleta, embora intimada desde o início da ação fiscal, para depois arguir os efeitos de tal prática como matéria de defesa, alegando “equívocos e inexatidões” no procedimento fiscal.

Relembra que o autuado, regularmente intimado no curso da ação fiscal, somente apresentou impressos sem encadernação, à guisa de livros Registro de Saída, folhas que corresponderiam ao registro de saídas de 2009, 2010 e 2011, não tendo apresentado os Registros de Entrada relativos a 2009, 2010 e 2011. Prossegue esclarecendo que, posteriormente, na defesa, apresentou somente o livro Registro de Entrada referente a 2010. Diz que ulteriormente, em sua manifestação, apresentou folhas impressas, correspondentes ao livro Registro de Entradas referente aos meses de agosto e setembro de 2011. Afirma que, por conta desse fato, refez o batimento para a apuração do valor da Infração para o mês de agosto de 2011, incluindo as informações do Registro de Entradas apresentado, eis que poderia comprovar a escrituração de notas fiscais de entrada além das que foram apresentadas, o que resultou em valores não divergentes para o referido mês, agosto de 2011.

Afirma que do mesmo modo, já foram apresentados e juntados ao processo os arquivos eletrônicos em formato PDF de cada uma das notas fiscais, além das planilhas com toda a documentação apresentada pelo contribuinte.

Reitera que, como sobejamente demonstrado na Informação Fiscal de fls. 438 a 460, relativamente ao exercício 2010 e na Informação Fiscal de fls. 1183 a 1187, levou em conta a nova documentação apresentada pelo autuado, tanto no momento da defesa, quanto na manifestação da autuada.

Esclarece que os valores a serem considerados para o presente PAF são os seguintes:

Exercício de 2009: Os valores que constam no Auto de Infração, constantes da Infração 01;
Exercício de 2010:

Os valores que constam no Demonstrativo do ICMS em anexo, no qual constam os valores para as Infrações 01 e 02, conforme apuração já feita em nossa primeira Informação Fiscal;

Exercício de 2011: devem ser excluídas da Infração 01 e da Infração 02 as infrações com data de ocorrência de 31/08/2011, conforme já explicitado anteriormente.

Reitera, ainda, o fato de que o autuado, ao atribuir na manifestação, valores diversos dos que já haviam sido estabelecidos após revisão de valores na primeira Informação Fiscal, inclusive com redução de seus valores, relativos ao exercício de 2010, tornou-os, isto é, os valores apurados na revisão citada, a seu ver, não impugnados, conforme explicitado acima.

Diante do quanto exposto, pugna pela procedência total do Auto de Infração epigrafado.

VOTO

Inicialmente cabe examinar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, sob a alegação de que ocorreu cerceamento de seu direito de defesa apontando os seguintes óbices na formalização dos presentes autos: a) - descrição dos fatos sem clareza impossibilitando a caracterização e determinação com segurança do fato gerador; b) - demonstrativos complexos e de difícil compreensão; c) - não entrega das cópias das notas fiscais e d) - falta de aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Depois de examinar detidamente os elementos que compõem os autos, constato que não deve prosperar a pretensão do defendant, uma vez que as irregularidades cometidas e consubstanciadas nas infrações 01 e 02 do Auto de Infração afiguram-se devidamente explicitadas de forma pormenorizada, com a expressa indicação do enquadramento legal e da multa sugerida pela fiscalização. Ademais, em sua alegação genérica o impugnante não identificou de forma objetiva qual o aspecto da descrição que lhe permitiu a compreensão dos fatos. Não procede também a alegação defensiva de que os demonstrativos de apuração e de débito de ambas as infrações são complexos. “Eis que, apesar de extensos, os demonstrativos contemplam, de forma ordenada, sistematizada e sequenciada, todos os passos da apuração, constando o título indicativo de cada uma das planilhas, bem como a denominação da operação em cada uma das colunas, além de observações detalhando o “passo a passo” dos cálculos. No tocante à falta do fornecimento das cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal verifico que este óbice foi superado por ocasião da informação fiscal elaborada pelo autuante que cuidou de carregar aos autos, fls. 464 a 1156, além das cópias das notas fiscais, relação das chaves de acesso e Relatório TEF as aludidas cópias e, mediante intimação, fls. 1163 e 1164, foram todos entregues ao impugnante que, dentro do prazo regulamentar, se manifestou às fls. 1166 a 1174, demonstrando de forma clara e inequívoca que esse óbice fora superado, carreando aos autos, inclusive, cópia do LRE relativo aos meses de agosto e setembro de 2011, fls. 1176 a 1180, que a despeito de ter sido expressamente intimados para apresentação, desde o inicio da fiscalização, fls. 07 a 09, e não atendera à intimação. Verifico também que não procede a alegação do autuado no que diz respeito a não aplicação da proporcionalidade na apuração do débito exigido, tem em vista que à fl. 443 consta explicitamente a apuração da proporcionalidade aplicada de acordo com as informações prestada pelo autuado. Nestes termos, fica patente inexistir nos autos qualquer óbice que possa macular a formalização do lançamento, haja vista que não foi identificada violação alguma ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos autos pelo desembaraço em que o autuado enfrentou todos os aspectos da acusação fiscal em sua impugnação.

Assim, por não vislumbrar nos autos qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício, considero ultrapassada a preliminar suscitada.

No mérito à infração 01, cuida do recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos.

Em sede de defesa o autuado pugnou pela improcedência desse item da autuação aduzindo que os valores por ele declarados à Receita Federal e o recolhimento dos impostos estão de acordo conforme escriturado no livro Registro de Entrada e repisou os demais argumentos já tratados por ocasião do enfretamento das questões de preliminar de nulidade.

O autuante em sua informação fiscal asseverou que o defendant, mesmo devidamente intimado, fls. 07 a 09, somente apresentou o livro Registro de Entradas do exercício de 2010, por ocasião da defesa, fls. 278 a 301, e em relação aos meses de agosto e setembro e 2011, quando se manifestou em relação à informação fiscal prestada, fls. 1175 a 1180. Refez o levantamento atinente a esse item da autuação, fls. 443 a 460, com base na escrituração fiscal apresentada pelo impugnante em confronto com as notas fiscais de entradas que resultou na manutenção dos valores apurados no exercício de 2009, na exclusão da exigência em relação ao mês de agosto de 2011 e, em relação ao exercício de 2010, conforme demonstrativo que apensou à fl. 442, resultou no débito de R\$10.073,98, cujas cópias foram dadas ciência ao impugnante, fl. 1164.

Depois de compulsar as peças que compõem o contraditório que emergiu desse item da autuação, precipuamente as intervenções efetuadas pelo autuante com apresentação ulterior do defendant de seu livro Registro de Entradas, considerando também que o defendant ao se manifestar acerca da ultima informação prestada, fls. 1166 a 1174, nada de novo acrescentou aos autos, constato que assiste razão ao autuante que refez acertadamente o demonstrativo de débito embasado na efetiva escrituração fiscal do defendant. Assim, acolho demonstrativo de débito relativo ao exercício de 2010, devendo ser mantida a exigência originalmente lançada em relação ao exercício de 2009 e a exclusão dos valores exigidos em agosto de 2011, remanescendo a exigência no valor de R\$10.208,50.

<u>DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 01</u>						
			A. I.	INFOR. FISCAL	JULGA- MENTO	
Data Ocor.	Base de Cálculo	Alíquota	Valor Lançado	Valor Devido	Valor Devido	Exclusão
31/07/2009	7.082,18	3,07%	217,73	217,73	217,73	0,00
31/10/2009	12.876,54	3,07%	395,31	395,31	395,31	0,00
30/11/2009	20.156,02	3,07%	618,79	618,79	618,79	0,00
31/10/2009	19.328,99	3,07%	593,40	593,40	593,40	0,00
31/01/2010	17.576,00	3,41%	599,35	1.150,77	599,35	551,42
28/02/2010	63.746,00	3,41%	2.173,76	1.704,60	1.704,60	0,00
31/03/2010	68.236,00	3,41%	2.326,86	2.279,01	2.279,01	0,00
31/04/2010	42.989,00	3,45%	1.483,15	1.638,00	1.483,15	154,85
31/05/2010	37.956,00	3,45%	1.309,49	1.262,72	1.262,72	0,00
30/06/2010	13.174,00	3,48%	458,46	962,64	458,46	504,18
10/07/2010	17.125,00	3,48%	595,98	1.076,25	595,98	480,27
31/08/2011	12.251,83	3,82%	468,02	-	-	-
TOTAIS			11.240,30	11.899,22	10.208,50	1.690,73

Considerando que nos meses de janeiro, abril, junho e julho, ocorreram agravamento do débito originalmente lançado que não é possível sua exigência neste Auto de Infração, represento a Autoridade Fazendária para que avalie a possibilidade de programar uma nova ação fiscal para que sejam exigidas as aludidas diferenças.

A infração 01 é parcialmente subsistente.

Quanto à infração 02 que trata da omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração de livro Registro de Entradas, constato que, do mesmo modo já referido em relação à infração 01, constato as correções efetuadas pelo autuante e acolho o novo demonstrativo de débito acostado à fl. 442, que resultou na exclusão da exigência atinente ao mês de agosto de 2011, que excluído os valores que agravaram a exigência originalmente lançadas, para os quais, do mesmo modo fica representada a Autoridade Fazendária a analisar a possibilidade de exigência mediante nova ação fiscal, remanesce o débito de R\$185,65, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 02						
			A. I.	INFOR. FISCAL	JULGA- MENTO	
Data Ocor.	Base de Cálculo	Alíquota	Valor Lançado	Valor Devido	Valor Devido	Exclusão
28/02/2010	5.501,17	3,41%	187,59	–	–	0,00
31/03/2010	26.582,99	3,41%	906,48	–	–	0,00
31/05/2010	8.317,39	3,45%	286,95	472,60	185,65	286,95
30/06/2010	–	–	–	17,65	–	17,65
10/07/2010	–	–	–	194,69	–	194,69
31/08/2011	112.200,78	3,82%	4.286,07	–	–	0,00
TOTAIS			5.667,09	684,94	185,65	499,29

Em relação à multa de 150% sugerida no Auto de Infração com base no inciso I e §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/97, constato que o agravamento do percentual de 75%, estatuído no inciso I, para 150%, determinado no §1º, somente deve ser aplicado nos casos em que restar configurado inequivocamente na apuração da irregularidade a ação dolosa perpetrada pelo sujeito passivo. Condício essa *sine qua non* para que seja aplicado o agravamento da sanção, consoante a nítida inferência que resulta da intelecção do teor categórico dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, a seguir reproduzidos, dispositivos legais indicados pelo §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

“Art . 71. Sonegação é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Assim, como se evidencia nos autos que nenhuma das ações dolosas elencadas e qualificadas nos dispositivos legais acima indicados teve seu cometimento pelo autuado inequivocamente comprovado, a multa sugerida no Auto de Infração deve ser corrigida para 75% prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, eis que restou manifesto nos autos ser descabido o agravamento previsto no §1º do aludido artigo.

Assim, a infração 02 resta parcialmente caracterizada com a retificação da multa para 75%.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **217366.0002/13-5**, lavrado contra **THIRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.394,15**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA