

A. I. Nº - 211322.0064/11-2
AUTUADO - JAIR AMORIM DA SILVA (AMORIM METAIS) - ME
AUTUANTE - JÚLIO DAVID NASCIMENTO DE AMORIM
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 01/09/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-05/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTROS DE ENTRADA E LIVRO CAIXA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Ilícito devidamente comprovado nos autos. Infração não contestada. 2. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; b) RECOLHIMENTO A MENOR 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 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. Representação para renovação do procedimento fiscal em relação às parcelas excedentes. Manutenção em parte das infrações. 3. 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 o livro caixa e o livro registro de entradas de mercadorias. Caracterizada tão somente a infração acessória de falta de entrega de livros de uso obrigatório. Item insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 13/09/2012 para exigir ICMS e multa no valor total de R\$64.873,79, mais acréscimos legais.

Ao contribuinte foram imputadas as seguintes infrações:

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.

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 omissão 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: “*NFs 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.

Foi apresentada a peça impugnatória ao lançamento de ofício, apensada à fls. 246 a 262, subscrita por advogado – procuração anexa – fl. 264.

Sustenta a defesa que a imputação fiscal é mera presunção fiscal, presunção esta que teve como base o Sistema SINTEGRA, sem, todavia, trazer provas de que a autuada é a destinatária das mercadorias, a exemplo dos canhotos de recebimento de produtos, comprovantes do transporte, comprovantes de pagamento da transação comercial, etc. Assim, para a defesa, deixou de ser atendido em todo o procedimento o devido processo legal, incorrendo o preposto em infração a diversos princípios constitucionais.

Invocou a aplicação do artigo 112 do CTN, que prescreve o princípio do *in dubio pro* contribuinte.

Argumentou, mais à frente, que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, deverão ser atendidos os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, conforme estabelecido no art. 2º, RPAF/99. Aduz que a função fiscal, deve obediência ao princípio da reserva legal, em conformidade com as normas postas na Constituição e nas leis infraconstitucionais.

Ponderou que no caso concreto, as imputações constantes das infrações 2 e 3, não se encontram lastreadas em provas que possam atribuir ao contribuinte o cometimento das infrações ali consignadas. Para comprovar a entrada real das mercadorias na empresa autuada, deveria ter o

autuante obtido os seguintes documentos:

- 1- as terceiras vias das notas fiscais de compra em nome da autuada que deveriam ter sido recolhidas pelos Postos Fiscais de entrada e enviadas para o CFAMT;
- 2- o pedido de compra de mercadoria feito pela empresa autuada junto ao fornecedor;
- 3- o canhoto de recebimento das mercadorias pela compradora;
- 4- o comprovante de pagamento das compras efetuadas, seja através de duplicata a pagar, depósitos bancários, cheques, entre outras formas;
- 5- o carimbo do posto fiscal na nota fiscal de entrada;
- 6- o registro das notas fiscais de entrada no sistema CFMAT.

Não comprovado o fato gerador, através da juntada das notas fiscais obtidas através do sistema SINTEGRA, restaria demonstrado, para a defesa, a falta de provas das entradas das mercadorias, levando em decorrência à nulidade da imputação fiscal.

Fez menção a lições doutrinárias dos professores Clélio Berti, Paulos de Barros Carvalho e outros, para sustentar que em matéria de direito tributário é *“curial que se o agente administrativo acusa a ocorrência de um fato jurídico tributário, que implicará numa relação jurídica tributária, que terá, necessariamente, uma pessoa na condição de sujeito passivo e de devedora do valor do tributo, faz-se inexorável que aquele prove a imputação que dirige a esse, isto é, a de que materializou-se o fato jurídico tributário e de que o liame obrigacional deve ser instalado perante aquele certo sujeito, segundo a lei aplicável.”*

Frente a este entendimento, postula a decretação de nulidade do Auto de Infração, com arrimo no art. 18, IV c/c o art. 42, II, do RPAF/99.

Para a defesa, deveria o autuante ratificar ou instruir a ação fiscal com o comprovante de pagamento das compras junto aos fornecedores, ou acostar cópias das prováveis duplicatas mercantis tão comuns nas vendas a prazo em operações desta natureza, ou, ainda, comprovar suas alegações, demonstrando que a receita auferida em cada operação refletiu na conta Caixa / Bancos ou na conta fornecedores, seja a aquisição à vista ou a prazo.

Colacionou no processo decisões administrativas deste CONSEF, relacionadas com os argumentos desenvolvidos na peça defensiva, a exemplo dos Acórdãos, JJF 0093-01/12; JJF 0216-05/12; JJF 0029-04/09; CJF nº 0034-4/09 e JJF 0034-04/09. Todas essas decisões trazem o entendimento na linha da insegurança da acusação fiscal frente à falta de prova documental ou material da efetiva entrada de mercadorias ou bens no estabelecimento de contribuinte.

Sustenta, portanto, a defesa, que o Auto de Infração, no caso concreto, se encontra fragilizado por ausência de prova da materialidade da infração, em razão da ausência, nos autos, das cópias das notas fiscais que se encontram na relação do SINTEGRA apresentada pelo preposto fiscal para fundamentar a exigência tributária.

Ao finalizar, formulou pedido pela NULIDADE TOTAL do Auto de Infração ou pela sua IMPROCEDÊNCIA.

Foi prestada Informação Fiscal, inserida às fls. 271 a 275 dos autos. O preposto fiscal, inicialmente, transcreveu as disposições contidas no art. 25, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, que define as obrigações acessórias das empresas optantes do Simples Nacional.

Em seguida ponderou que o Regime do Simples Nacional é uma forma de tributação de natureza progressiva, na medida em que as alíquotas são aumentadas em função do faturamento, sem dedução de despesas. O recolhimento no Simples Nacional abarcaria impostos e contribuições, entre eles: Imposto de renda pessoa jurídica (IRRJ), IPI, CSLL, COFINS, PIS/PASEP, Contribuição Previdenciária Patronal (CPP), ICMS e ISS municipal.

Após essas considerações, o autuante afirmou que as empresas optantes do Simples Nacional não

estão dispensadas de escrituração de livros, devendo manter registros de suas movimentações financeiras no livro Caixa. Citou também a Resolução do Comitê Gestor de nº 10/07, publicado no D.O.E, de 02/07/07. Transcreveu as regras contidas no art. 3º, III, da citada Resolução, que determinam a obrigatoriedade, para as microempresas e empresas de pequeno porte - optantes do simples nacional – de proceder à escrituração do Livro Caixa, para movimentação bancária e financeira, e do livro Registro de Entrada de Mercadorias, modelo 1 ou 1-A, para fins de escrituração dos documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias, bens e serviços.

Fez algumas observações acerca das informações obtidas via o SINTEGRA e disse que confrontou essas informações com aquelas declaradas pelo contribuinte, inclusive as que foram levadas ao registro na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN.

Ao concluir disse que os trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos em conformidade com a lei, tendo por base as informações obtidas junto ao contribuinte e em fontes externas, a exemplo do Sintegra, CFAMT e sistema da nota fiscal eletrônica (NF-e).

Esta 5ª Junta de Julgamento, em 09 de maio de 2013, através do Acórdão nº 0063-05/13, proferiu decisão pela Procedência Parcial do A.I, nos seguintes termos:

Para o deslinde deste processo administrativo fiscal faz-se necessário uma avaliação conjunta das provas juntadas, pelo autuante e pelo autuado, ao longo das fases instrutórias do procedimento fiscal, em conjunto com as alegações e esclarecimentos que foram produzidos nas fases da defesa e da informação fiscal. Nesta perspectiva da dialética das provas e dos fatos, e tendo por norte interpretativo o princípio de livre convencimento do julgador e as regras de experiência, é que elaboraremos o nosso “decisum”.

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 ao 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 listagens 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 possibilitassem 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 A.I, 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 renove o procedimento a salvo das falhas apontadas, no tocante aos itens declarados nulos, no tocante aos itens 2, 3 e 4 do Auto de Infração.

O processo foi submetido à instância superior, em razão do processamento do recurso de ofício, nos termos do art. 169, inc. I, alínea "a", do RPAF/99.

Após distribuição, o PAF foi encaminhado a 3ª Câmara de Julgamento fiscal, que deliberou, de forma unânime pela nulidade da decisão de 1º grau, com a seguinte fundamentação:

" 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 e 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.

Em retorno à 1ª Instância o processo foi incluído na pauta suplementar visando a adoção de medidas saneadoras, junto à INFAZ de origem, a cargo do agente atuante, conforme abaixo (fl. 318):

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.

No mesmo expediente foi também solicitado que o autuante elaborasse parecer fundamentado e, remanescendo valores a serem exigidos, a apresentação de novos demonstrativos de débito por infração.

Às fls.322/323 o autuante afirmou que a revisão dos cálculos tomou por base as informações constantes das notas fiscais eletrônicas, com a exclusão dos registros relacionados aos sistemas CFAMT e SINTEGRA, em atendimento ao item 3 da diligência.

Após tecer considerações em torno das características formais e legais da NFe, o autuante informou que fez uso do aplicativo, **Processador DFe**, procedendo à filtragem dos dados contidos nos documentos eletrônico, com detalhamento e confronto das aquisições e vendas de mercadorias, bem como das receitas oriundas dessas operações que lastrearam a exigência fiscal concernente às omissões de recolhimento do ICMS no sistema de apuração do Simples nacional. Apresentou, ao final, uma tabela indicando os seguintes valores a serem exigidos no lançamento:

Outubro/2010 - R\$ 1.852,60;

Novembro/2010 - R\$ 1.020,73;

Dezembro /2010 - R\$ 744,18;

Total: R\$ 3.617,51.

Quanto ao item 2 da diligência, em que foi solicitada o processamento de nova intimação ao sujeito passivo para a apresentação dos livros de Entradas de Mercadorias e Caixa, o autuante

declarou que após duas formalizações, em 01/04/2014 e 04/04/2014 (docs. fls. 324/325), não obteve êxito no cumprimento deste item da revisão.

O contribuinte foi notificado, via AR (aviso de recebimento) do parecer e demonstrativos gerados na revisão, conforme termo de intimação constante das fls. 335/336 do PAF, com reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Consta ainda à fl. 339 do PAF, declaração firmada pelo sujeito passivo, dirigida ao Inspetor Fazendário, de que não possuía os livros fiscais Caixa e Entradas de Mercadorias.

VOTO

Inicialmente apreciarei as questões relacionadas às infrações 1 e 4.

Ficou patente na diligência determinada por esta 5ª JJF 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 JJF, 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 debeatur* 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, excluo 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho Estadual de Fazenda, por unanimidade, julgar **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 autuado a 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. Representa-se à autoridade fiscal competente para que determine a renovação do procedimento fiscal em relação aos valores excedentes apurados na diligência efetuada pela agente autuante (fls. 322/323).

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”, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR