

A. I. N° - 222553.0020/13-0  
AUTUADO - SIRLANDES OLIVEIRA - ME.  
AUTUANTE - GILSON HÉLIO SANTOS NOBRE  
ORIGEM - INFAC ITAPETINGA  
INTERNET - 31.03.2015

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0045-04/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. SIMPLES NACIONAL. a) RECOLHIMENTO A MENOS. Nos autos não há demonstração de como foi apurada a omissão referente às operações pagas com cartão de crédito e/ou débito, o que cerceia o direito de defesa e traz insegurança na determinação da infração. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Conforme consta na descrição dos fatos, a irregularidade que foi apurada foi falta de lançamento de nota fiscal de entrada no livro Registro de Entradas. c) VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. Nos autos não há demonstração de como foi apurada a omissão referente às operações pagas com cartão de crédito e/ou débito, o que cerceia o direito de defesa e traz insegurança na determinação da infração. Infrações nulas, nos termos do art. 18, II e IV, "a", do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/13, exige ICMS, no valor de R\$ 32.452,18, imputando ao autuado as seguintes irregularidades:

1. 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 falta de pagamento de parte do imposto, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 23.098,40, mais multa de 75%.
2. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através de notas fiscais de entradas confrontadas com a escrituração do livro Registro de Entradas, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Lançado ICMS no valor de R\$ 9.131,16, mais multa de 150%.
3. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, no período de abril de 2010 a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 222,62, mais multa de 150%.

O autuado apresentou defesa (fls. 107 e 104) e, inicialmente, afirma que está enquadrado no Simples Nacional, independentemente de ser o comércio de produtos veterinários e insumos agropecuários isentos de ICMS, conforme o "artigo 41 do Anexo I do RICMS/2000" (fl. 110).

Diz que não houve falta de recolhimento de imposto, pois declarou à Receita Federal o débito do Simples Nacional. Afirma que, portanto, quando se iniciou a presente fiscalização, já tinha efetuado o parcelamento dos débitos em 24/08/12, conforme comprova o documento de fl. 109.

Aduz que, assim, ficou suspensa qualquer dívida com a Receita Federal e, consequentemente, com a parcela de 2,56% que pertence ao Estado, cabendo ao Governo Federal fazer o correspondente repasse ao Estado da Bahia.

Reitera que o débito em questão já estava parcelado, sendo os pagamentos efetuados a partir de 28/03/13, conforme comprovam os DARFs acostados às fls. 111 a 121.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 127 e 128, na qual afirma que a comercialização de produtos isentos de ICMS faz parte da receita bruta apurada para efeito de cálculo do ICMS do Simples Nacional, conforme os artigos 2º e 3º da Resolução nº 51 do CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional). Frisa que os débitos declarados já foram considerados na presente ação fiscal, conforme a coluna “I” (“ICMS DASN OU RECOLHIDO”) do demonstrativo “ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR” (fls. 15, 22 e 29).

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Em 28/03/14, o autuado voltou a se pronunciar nos autos, repetindo os exatos termos da defesa interposta e já relatada (fls. 131 a 147).

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 151, o processo foi convertido em diligência à INFATZ Itapetinga, para que fossem adotadas as seguintes medidas saneadoras: 1- fosse elaborado um demonstrativo discriminando as notas fiscais de entradas que deixaram de ser escrituradas pelo autuado no livro Registro de Entradas; 2- fosse acostada ao processo fotocópia dessas notas fiscais de entradas e, caso fossem notas fiscais eletrônicas, que fosse elaborado um demonstrativo indicando a chave de acesso de cada uma delas; 3- fosse acostada ao processo cópia do relatório TEF diário por operação que foi utilizado no levantamento das compras pagas com cartão; 4- fosse concedido ao autuado o prazo de trinta dias para pronunciamento e, caso o autuado, viesse a se pronunciar, que o autuante prestasse a informação fiscal correspondente.

A diligência foi cumprida, conforme fls. 156 e 157. Foram elaborados os demonstrativos de fls. 158 a 163, foram acostadas ao processo as notas fiscais não escrituradas de fls. 164 a 333, foram anexados os relatórios TEFs de fl. 334.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronunciou às fls. 339 e 340.

Inicialmente, o defendant reitera que comercializa com produtos veterinários e insumos agropecuários, produtos isentos conforme o “Artigo 41 do Anexo I do RICMS/2000”.

Afirma que, se alguma nota fiscal não foi escriturada, isso não quer dizer que não foi pago o DAS, referente às vendas.

Menciona que o lançamento se refere a cobrança a menos de ICMS e, em seguida, questiona como se chegou a essa cobrança a menos se não foi verificado o pagamento do Simples Nacional onde está inclusa a parte do ICMS?

Acrescenta que, dentre as notas fiscais não escrituradas, estão notas fiscais de compra de uma impressora para uso do estabelecimento e de uma moto para o ativo imobilizado.

Ressalta que, para se caracterizar a falta de pagamento de ICMS, deveria ter sido efetuado um encontro do pagamento do DAS mensal com as compras do mês, e não a simples apuração de falha na escrituração.

Solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao se pronunciar às fls. 344 e 345, o autuante reitera que a comercialização de produtos isentos de ICMS faz parte da receita bruta apurada para cálculo do valor do Simples Nacional a recolher, conforme a Resolução nº 51 do CGSN.

Diz que todas as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e não escrituradas pelo defendante foram segregadas, inclusive as operações referentes a aquisições de calçados, impressora e moto, conforme o Anexo 1-C, coluna H.

Prosseguindo em seu arrazoado, afirma que *No que se refere à retificação da cobrança do valor do crédito reclamado, o valor foi reduzido na omissão de saída pela entrada de R\$ 8.342,82, folha nº 30 deste PAF, anexo 05 (ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR continuação), coluna (P), para R\$ 8.250,25 do mesmo anexo e coluna já retificado por este Preposto.*

Ao concluir, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, passando o valor devido de R\$ 32.452,18 para R\$ 32.359,61.

O autuado volta a se pronunciar às fls. 371 e 372, dizendo que sabe que a comercialização de produtos isentos de ICMS faz parte da receita bruta na apuração do ICMS do Simples Nacional. Acosta ao processo fotocópia de DARFs atinentes a pagamento de parcelamento, bem como de notas fiscais utilizadas na auditoria fiscal.

Argumenta que foi esquecido o ICMS retido no pagamento das notas fiscais no valor de R\$ 10.674,61.

Diz que não se pode afirmar que uma pequena empresa compre, por hipótese, R\$ 200.000,00 em um mês, e tenha que vender R\$ 200.000,00, como está sendo feito nesta autuação. Menciona que a falta de escrituração de notas fiscais não quer dizer que tenha o contribuinte deixado de pagar o imposto devido pelo regime do Simples Nacional.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

À fl. 566-V, o autuante afirma que o defendante não trouxe aos autos nenhum argumento novo capaz de alterar a informação fiscal anterior.

## VOTO

Após a instrução do presente processo administrativo fiscal, inclusive com a realização de diligência, foi o Auto de Infração submetido a julgamento e, na fase de estudo e discussão acerca do lançamento tributário, foi observada, de ofício, a existência de vícios que acarretam a nulidade do Auto de Infração, conforme passo a me pronunciar.

Para um melhor entendimento da matéria, começo a apreciação da lide pelas infrações 2 e 3, deixando a infração 1 para o final do voto.

Na infração 2, foi exigido ICMS referente a operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada com base na presunção prevista no art. 4º, §4º, IV, da Lei nº 7.014/96, sendo que no Auto de Infração a autoridade lançadora imputou ao autuado a seguinte acusação: *“Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entradas, confrontado com a escrituração do Livro Registro de Entradas.”* (grifo não original).

Efetivamente, o artigo 4º, § 4º, IV, da Lei nº 7.014/96, prevê que se presuma a ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar a entrada de mercadorias ou bens não registrados.

Não há dúvida que a falta de contabilização de entradas de mercadoria autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou o pagamento dessas entradas com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, restando ao contribuinte o ônus da prova dessa presunção. Todavia, conforme consta no Auto de Infração, o que foi apurado no caso em análise foi falta de lançamento de nota fiscal de entrada no livro Registro de Entradas, tendo sido essa irregularidade detectada mediante o confronto das notas fiscais com o citado livro.

Segundo entendimento assente neste CONSEF, a falta de registro de nota fiscal de entrada autoriza a presunção prevista no art. 4º, § 4º, IV, da Lei nº 7.014/96, porém, a falta de lançamento de nota fiscal no livro Registro de Entradas, como é o caso ocorrido neste lançamento, constitui descumprimento de obrigação acessória, sendo cabível a multa prevista nessa mesma lei.

Dessa forma, há divergência entre a exigência fiscal feita na infração 2, que trata de presunção de omissões anteriores de receitas tributáveis e a forma de apuração levada a efeito pelo autuante que consistiu em mero confronto entre as notas fiscais de aquisições e o livro Registro de Entradas. Nesta situação a exigência fiscal não deverá recair por presunção. Em consequência, resta insegurança na determinação da infração, o que impõe a decretação da nulidade desse item da autuação, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Na infração 3, o autuado foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras ou administradoras de cartão.

Da análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante não se observa a existência de planilha demonstrando o levantamento das vendas pagas com cartão em confronto com as informadas pelas financeiras ou administradoras de cartão. Essa falha processual cerceia o direito de defesa do autuado, bem como impede que este órgão julgador administrativo afira a regularidade da exigência fiscal. A infração em tela é nula nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Quanto à infração 1, no exame dos demonstrativos que embasam a autuação, constata-se também que não há nos autos planilha evidenciando como foram apurados os valores lançados como “omissão de cartão”. Mais uma vez esse víncio processual cerceia o direito de defesa do autuado, bem como impede que este órgão julgador verifique a regularidade da exigência fiscal.

Além dos vícios acima que já são suficientes para se determinar a nulidade da infração 1, observa-se que na apuração dos valores devidos nessa infração foram adicionados, às receitas informadas pelo autuado, os débitos exigidos nas infrações 2 e 3. Como essas duas últimas infrações são nulas, fica clara a falta de liquidez e certeza da exigência fiscal referente à infração 1, o que acarreta a sua nulidade nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Dessa forma, a infração 1 também é nula, a teor do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **222553.0020/13-0**, lavrado contra **SIRLANDES OLIVEIRA – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA