

PROCESSO - A. I. Nº 232151.0001/17-6
RECORRENTE - MERCADINHO PREÇO BARATO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI – ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0196-03/17
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0191-12/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. O autuado não traz aos autos, elementos capazes de elidir a autuação. Auto lavrado de acordo com a legislação vigente à época. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto, tempestivamente, pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 20/03/2017, para cobrança de ICMS no valor de R\$26.763,28, bem como aplicação de multa no percentual de 75%, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração realizada através do confronto entre as notas fiscais de entrada e a escrituração do livro registro de entrada – sem dolo.

Após a devida instrução processual, a 3ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Procedência da autuação, conforme voto a seguir transcreto:

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Trata-se de auto de infração em que pesa contra a Impugnante que é contribuinte optante do Simples Nacional, a acusação de haver omitido da sua escrituração de entradas de mercadorias diversas notas fiscais, através de apuração realizada através do confronto entre as notas fiscais e a escrituração do livro registro de entrada, do que resultou a aplicação da presunção de omissão de saída de mercadoria tributada, com espeque no inciso IV do §4º do artigo 4º da Lei 7.014/96.

Inicialmente analisando a arguição de nulidade, fundada a partir do argumento da pretensa falta de clareza na imputação da infração, de que o levantamento fiscal utilizou roteiro inadequado, que a infração baseia-se em presunção não autorizada em lei, esclareço que do que verifiquei dos autos a infração está devidamente esclarecida e enquadrada nos dispositivos legais, inciso IV do §4º da lei 7.014/96 e nos artigos 18 e 26 da LC 123/06, que o roteiro de auditoria foi o adequado para o a apuração da infração em tela e funda-se em dispositivo previsto em lei.

Discordo do argumento defensivo de que não cabe a presunção em tela para empresas optantes pelo Simples nacional, pois não vislumbrei nenhum óbice considerando esta situação jurídica apontada para aplicação da presunção em tela.

Acrescento ainda que descabe também averiguar a escrituração do pagamento da nota de aquisição não escriturada para configurar a presunção objeto da acusação fiscal.

Portanto, tendo em vista não haver confirmado as alegações da defesa, como também nada que indique ofensa ao devido procedimento legal, ou revele insegurança jurídica para o Impetrante, e considerando que nem mesmo os julgados colacionados pela defesa demonstra substância capaz de socorrê-la, afasto o pedido de nulidade em questão.

Concluo que, inequivocamente, a falta de escrituração de notas fiscais de entradas no livro de registro de entradas de mercadorias, fragiliza o controle da administração tributária ao gerar insegurança quanto a devida

tributação nas saídas subsequentes, e por isso autoriza ao fisco, a proceder a presunção de saídas de mercadorias tributadas, conforme previsão no inciso IV do §4º do artigo 4º da Lei 7.014/96.

Assim, por tratar-se de presunção relativa e tendo verificado dos autos de que a impugnante não apresentou argumentos e documentos que representassem comprovação da efetiva improcedência da acusação quanto à falta de escrituração fiscal das notas fiscais de aquisição constante das planilhas do levantamento fiscal, e que tão pouco comprovou que sua conduta não repercutiu em omissão de saídas de mercadorias tributadas, voto pela procedência do presente auto de infração.

Inconformado com a decisão da 3ª JJF, o autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com Recurso Voluntário, fls. 207 a 235, aduzindo, o que segue abaixo:

Inicialmente, a Recorrente, transcreve o artigo 2º do RPAF estadual para ressaltar que os procedimentos administrativos fiscais, devem atender aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da **verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa** para verificar a ocorrência ou não do fato gerador de acordo com as rotinas de fiscalização previstas para a respectiva ação fiscal.

Entende que a Junta de julgamento Fiscal, em sua decisão, nunca deveria resolver de plano, uma vez que, faz-se necessário verificar se foi observado ou não o devido processo legal.

No seu entendimento, a decisão da JJF, além de contrariar as regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, também contraria as rotinas administrativas que devem ser observadas, posto que, **INOBSERVA O DEVIDO PROCESSO LEGAL**, ao utilizar roteiro de auditoria inadequado às empresas optantes do regime do Simples Nacional, que tem método específico de apuração do imposto devido e, nos moldes como foi apurado o débito, mostra-se inadequado a metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido.

Desse modo, entende que falta certeza do valor devido, configurando, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAFBA/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para ser determinada, com segurança e liquidez, a infração, impondo-se a nulidade deste da ação fiscal.

Entende que a autuação não observou o devido processo legal, na medida que, exige o cumprimento da obrigação principal, **utilizando método de apuração não respaldado em roteiros de auditoria adotados pela SEFAZ**. Vale dizer, o roteiro de auditoria desenvolvido pela autuante não era próprio para a situação e não permitia que se determinasse, com segurança, a infração e o valor do imposto.

Assevera que o imposto devido deveria ser apurado, mês a mês, mediante aplicação do roteiro de auditoria AUDIG, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS, além da emissão de relatórios, a exemplo de “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER” e, para determinação da alíquota, deve-se considerar a receita global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte, e não serão computadas para o cálculo do ICMS as vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, valor esse que será apurado no momento da segregação da receita, conforme previsto no § 4º do art. **18 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006**.

Diante do exposto, da forma em que foi feita a apuração do imposto do auto de infração em referência, a eminente Autuante, desconsidera o ditame legal vigente e contraria as decisões deste egrégio órgão julgador administrativo baiano, através de diversos acórdãos citados.

Requer que seja declarada nula a infração contida no auto de infração em referência por inobservância do devido processo legal, nos termos dos arts. 2º, 18, e 41, do RPAF Estadual, conforme já decidiu este egrégio órgão julgador através do acórdão citado abaixo:

ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/17

EMENTA: ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORIGEM

NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS. APURAÇÃO COM BASE NO TRATAMENTO DADO AOS CONTRIBUINTES NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE.

Observa que a inobservância do devido procedimento legal revela insegurança jurídica quanto à acusação imputada ao autuado, cerceando seu direito de defesa, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Alega, também, falta de clareza e segurança na imputação da infração, considerando que o lançamento em tela não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada, pois o que se vê é uma desconformidade entre a acusação de **omissão de saída de mercadoria tributada** e o fulcro da infração que é a **falta de escrituração das notas fiscais de entrada no livro de registro de entradas de mercadorias**, uma vez que são situações distintas.

Ressalta a incongruência entre o teor da acusação fiscal, e o fundamento da infração, pois entende que o fulcro da autuação não corresponde ao indicado na infração, evidenciando o cerceamento de defesa, em face da dificuldade, para que o sujeito passivo se defenda plenamente nos autos de acusação dúbia.

Cita diversos acórdãos deste CONSEF que, no seu entendimento, amparam a sua pretensão.

5a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0202-05/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS. a.1) DEIXOU DE RECOLHER O IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. A infração está fundamentada para cobrança do ICMS, em operações de saídas não registradas, quando a pretensão, em conformidade com os demonstrativos de débitos acostados às fls. 23/34 dos autos, era cobrar multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas. O lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, o que se vê é uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas. Infração nula, de ofício, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

ACÓRDÃO JJF Nº 0263-03/16

EMENTA: ICMS. ENTREGA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual atribui a responsabilidade pelo pagamento do imposto aos transportadores que derem trânsito a mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal ou documentação inidônea exigível. Entretanto, na situação fática, existe contradição entre o teor da infração e a “Descrição dos Fatos”. Com isto, o fulcro da autuação indicado pelo autuante se tornou incerto, gerando insegurança jurídica, cerceando o direito de defesa do autuado. Aplicação da norma disposta pelo art. 18 do RPAF-BA/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0236-04/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no RICMS/BA. De fato, o lançamento diz respeito a falta de recolhimento/recolhimento a menor de antecipação parcial, havendo desconformidade que vicia o lançamento, diante do fato de que sua correção no Auto de Infração não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO JJF Nº 0369-04/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. O roteiro de auditoria desenvolvido não era próprio para a situação e não permitia que se determinasse, com segurança, a infração e o valor do imposto. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Entende ter havido equívoco na aplicação da penalidade, tendo em vista que o preposto fiscal **apurou** a infração de “Omissão de saída de mercadoria tributada, **presumida** por meio de apuração realizada através do confronto entre as notas fiscais de entrada e a escrituração do livro registro de entrada – sem dolo” e que a falta de escrituração de notas fiscais de entradas no livro de registro de entradas de mercadorias, o autorizava presumir que tal ocorrência configurava

omissão de saída de mercadoria tributada, com base no inciso IV do §4º do artigo 4º da Lei 7.014/96.

Observa que em nenhum dos incisos do artigo citado autoriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis, em virtude da falta de escrituração de notas fiscais de entrada no livro de registro de entrada de mercadorias de empresa optante do simples nacional. Isto porque, as saídas de mercadorias são tributadas pela receita bruta de vendas, vale dizer, mesmo que uma mercadoria não tenha sua nota fiscal escriturada, não significa que a sua saída não foi tributada.

Alega que o preposto fiscal DEIXA DE CONSIDERAR O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PARA CONSIDERAR QUE OCORREU DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, uma vez que imputa a infração de omissão de saída de mercadoria tributada, em razão da falta de escrituração de notas fiscais de entrada no livro de registro de entradas de mercadorias, que ensejaria a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória e não de descumprimento de obrigação principal, como reiteradamente vem decidindo o CONSEF, conforme acórdãos a seguir:

ACÓRDÃO JJF Nº 0096-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Defesa reconheceu a infração. Não acolhido do pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, com fulcro no art. 42, § 7º, da Lei nº. 7.014/1996. Infração procedente. b) MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10%. Revisão fiscal realizada pela autuante, reduziu o valor lançado. Não acolhido do pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, com fulcro no art. 42, § 7º, da Lei nº. 7.014/1996. Observado de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea "c", do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Infração parcialmente procedente.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0236-11/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de, respectivamente, 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. Com fulcro no previsto no art. 106, II, "c", do CTN, a multa aplicada de 10% passa para 1%, uma vez que o inc. IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015. Mantida a Decisão recorrida.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0239-12/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Tal constatação, pura e simples, contudo, não autoriza a presunção de omissão de saída. Isto porque, até então não há prova de omissão de qualquer saída. Assim, se o pagamento de respectiva Nota Fiscal estiver registrado na contabilidade, não há omissão de receita real ou presumida. Caso o pagamento da respectiva Nota Fiscal não tenha sido contabilizado, aí sim, a lei autoriza a “presunção de omissão de receita”.

Assevera que a lei autoriza à empresa demonstrar que tal presunção admite prova em contrário por se tratar de presunção “juris tantum”. E assim, como até o presente momento não restou demonstrado pela autoridade fiscal qualquer omissão de receita advinda de omissão de saída de mercadorias tributáveis, este sim fato gerador do imposto, a autuada põe por terra a infração ora imputada, como se vê nas decisões do CONSEF, adiante citadas:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0397-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Levantamento realizado com base em cópia de notas fiscais obtidas diretamente junto aos emitentes localizados em outros Estados. Não comprovada a efetiva aquisição e o ingresso das mercadorias no território baiano. Acatada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

*1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0360-11/10*

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovado, mediante diligência fiscal, que o autuado não realizou operações de saídas de mercadorias tributáveis. Infração elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Alega ainda a Recorrente o cerceamento do direito de defesa por falta de apresentação de provas, tendo em vista que o preposto fiscal não anexou ao PAF, sequer uma nota fiscal das relacionadas no demonstrativo da infração, para que o autuado pudesse verificar se a mercadoria que está sendo exigido o pagamento do ICMS por omissão de saída, se trata ou não de mercadorias que já tiveram o ICMS, com base de cálculo reduzida, sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo immobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc., como se constata nas notas fiscais em anexo (Doc.04). Portanto falta prova do ingresso da mercadoria no estabelecimento autuado, como também falta prova de que cabe a exigência do pagamento do ICMS sobre as mercadorias constantes do demonstrativo em que se funda a imputação da infração.

Ressalta-se, ainda, que mesmo diante a impugnação da autuada a respectiva infração, no que tange a falta de provas, ainda sim, é dever do fisco a prova da improcedência da impugnação.

Cita o Professor Paulo de Barros Carvalho:

“...se o sujeito passivo contestar a fundamentação do ato lavrado pelo fisco, o ônus de exhibir a improcedência da impugnação volta a ser, novamente, da Fazenda, cabendo-lhe provar o descabimento jurídico da oposição, para fazer remanescer a exigência.”

Destaca a posição da Professora Suzy Gomes Hoffmann em sua obra: “Teoria da Prova no Direito Tributário”.

“Diz a mestra campineira, com outras palavras, que, em qualquer questão jurídica, é certo que se deve provar o alegado. Quem alega um fato deve prová-lo, o que, no caso do Direito Tributário, não é diferente. 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.”

Entende que deve ser excluído do Demonstrativo das Aquisições de Mercadorias **as notas fiscais de entrada que não se encontrarem materialmente comprovadas nos autos, padecendo de provas reais.**

Ressaltamos, assim, que no Direito Tributário, é nulo o Auto de infração baseado em PRESUNÇÃO fiscal sem a devida fundamentação, vez que se converte em FICÇÃO, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 “caput”, 150, I). Com efeito, a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Dec. N° 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II.

Solicita que sejam excluídas do Demonstrativo das Aquisições de Mercadorias, mediante diligência fiscal, as notas fiscais, indicadas na relação apresentada pelo autuante e que não estão

devidamente carreadas nos autos, razão pela qual requer que esta Colenda Câmara de Julgamento Fiscal declare a nulidade ou a improcedência da infração.

Alega que muitas das notas fiscais apontadas pelo autuante nos seus demonstrativos, carreados ao auto de infração em tela, não tiveram a efetiva entrada no estabelecimento da autuada, porque em verdade, há uma presunção de que a autuada adquiriu as mercadorias contidas nas notas fiscais colhidas no SINTEGRA/CFAMT, conforme amplamente demonstrado o contrário, pois a real comprovação só seria possível através **do pedido de fornecimento, o canhoto da Notas Fiscais referidas com a assinatura da Autuada; o comprovante de pagamento dos fretes referentes a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida.**

Assim, deveria o autuante ratificar a ação fiscal com o comprovante de pagamento das referidas 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.

Cita o professor Clélio Berti que em sua obra “O Processo Fiscal”, Ícone Editora, página 86, assim se expressa:

“A prova é o elemento ou o conjunto de elementos que formam convicção de um fato ou de uma verdade. Para caracterizar a prova é preciso reunir elementos que permitem uma conclusão segura sobre determinado fato ou coisa. A conclusão poderá ser direta ou via raciocínio lógico”.

Destaca, ainda, o ensinamento do professor Clélio Berti, in O Processo Fiscal – Teoria e Prática, Ed. Ícone, Pág. 91, meditando sobre a prova da despesa por presunção em matéria de direito tributário, ao advertir as particularidades das hipóteses de admissão desta, pronunciou-se da seguinte forma:

“Sem a prova de saída da mercadoria do estabelecimento autuado, que não recebeu a mercadoria não pedida, não pode a Fazenda Pública pretender o recebimento do tributo. A presunção de infração é figura jurídico-fiscal imaginária. A presunção em matéria fiscal se assemelha à suspeita em matéria penal. É uma simples presunção juris tantum, que pode ser desfeita pela prova contrária. O direito fiscal é de interpretação estrita. O ilícito fiscal deve constituir-se em um fato perfeitamente definido na lei tributária ou fiscal, sem o que não nasce o fato gerador da infração, a tipicidade.” (TJ-RJ, Ac. Ap. 90.944 – Capital, de 22.04.75, Rel. Des. Roque Batista).

Reque a este CONSEF que declare a total **NULIDADE** do auto de infração em apreço pela **inobservância do devido processo legal e/ou pela falta de provas** e se assim não entender, no **MÉRITO**, decida pela **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração,

VOTO

Não merece reparo a decisão da 3^a JJF.

A Recorrente argui a nulidade do auto de infração pelos seguintes motivos:

- 1- Inobservância ao devido processo legal, por ter utilizado, em seu entendimento, roteiro de fiscalização inadequado;
- 2- Falta de clareza e segurança na imputação da infração;
- 3- Falta de apresentação de provas (notas fiscais);

Inicialmente, destacamos que o roteiro utilizado pelo preposto fiscal é sim adequado à matéria em discussão e está amparada em dispositivo legal, inciso IV do §4º, do artigo 4º, da lei 7.014/96, que autoriza a presunção da ocorrência de saídas tributáveis, sem o pagamento do imposto, quando se verificar entradas de mercadorias não registradas.

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

O dispositivo legal ainda traz uma ressalva, “Salvo prova em contrário” e a Recorrente não apresentou nenhuma prova que pudesse desconstituir o lançamento.

A Lei Complementar nº 123, em seu artigo 34, a seguir transcrito, também autoriza a presunção de omissão de receitas, como ocorreu no presente caso:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Destacamos, também, que os valores foram apurados na forma estabelecida no artigo 18 da Lei Complementar nº 123.

Portanto, não acolhemos esta preliminar de nulidade.

Quanto à falta de clareza e segurança na imputação da infração, também não procede as alegações da Recorrente. O processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, com a descrição clara da infração cometida, fundamentação legal para a imputação, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

A terceira arguição de nulidade, fundamentada na falta de apresentação de provas, também não merece ser acolhida. A autuada recebeu, no momento do encerramento da fiscalização, uma mídia contendo todos os DANFE's das notas fiscais não escrituradas, conforme recibo anexado ao PAF.

A alegação de que o preposto fiscal deveria considerar a falta de escrituração das notas fiscais de entrada como DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, só poderia ser acolhida, mediante a apresentação de prova, conforme ressalva contida no dispositivo legal que autoriza a presunção, o que não ocorreu.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, para manter a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232151.0001/17-6, lavrado contra **MERCADINHO PREÇO BARATO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.763,28**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06, inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA - RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS