

A.I. Nº - 211322.3004/16-1  
AUTUADO - M. DO S. SANTOS OLIVEIRA - EPP  
AUTUANTE - JULIO DAVID NASCIMENTO DE AMORIM  
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20.07.2018

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0111-04/18**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. SIMPLES NACIONAL. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2016, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$20.087,66, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado:

Infração 01-17.01.01- Falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional

Em complementação foi consignada a seguinte informação: *De posse dos documentos e livros fiscais fornecidos pelo contribuinte após envio de intimação para tal, coligimos as informações contidas nestes, e procedemos o confronto com os registros nos sistemas da SEFAZ em especial às aquisições efetuadas através de notas fiscais eletrônicas. Após as devidas e pertinentes análises documentais, os mesmos foram inseridos no programa Audig (Auditoria Digital) que procedeu o cruzamento das informações coligidas e identificou omissões no recolhimento do ICMS Simples Nacional. Estas foram devidamente calculadas, detalhadas amplamente no presente bem como, nos anexos, planilhas, tabelas e documentos contidos na mídia apensada ao presente PAF*.

O autuado apresentou defesa (fls.24 a 29), após falar sobre a tempestividade da mesma informa tratar-se de pessoa jurídica que se dedica ao comércio varejista de material de construção em geral, ferragens e ferramentas.

Diz que a autoridade fiscal apontou que, supostamente, teria deixado de recolher o ICMS referente ao SIMPLES NACIONAL para o período de competências entre fevereiro/2012 a dezembro/2013. O débito atingiu na data da autuação, o valor de R\$20.087,66 (vinte mil e oitenta e sete reais e sessenta e seis centavos).

Explica que a formalização da mencionada autuação, refere-se à presunção de omissão de saídas de mercadorias consoante víncio na sua escrituração fiscal, ou seja, suposta constatação, pelo agente administrativo de fiscalização, de estar caracterizado o não recolhimento de valores à guisa de ICMS, no período compreendido entre 2012 e 2013.

Observa que o Auto de infração possui por alicerce o fundamento de algumas poucas informações presentes na escrituração fiscal da Defendente, entretanto, pretende demonstrar que não foi levada em consideração a verdade real, mas apenas a existência de omissões na sua escrituração fiscal, o que, de fato, poderá acarretar no *bis in idem*.

Assevera que os agentes administrativos responsáveis pela tributação no Estado da Bahia estão adstritos, como corolário da cogênciia, à matéria do princípio da estrita legalidade, à rigorosa observância das prescrições normativas atinentes à sua atividade, pagando duplamente as exações.

Neste sentido, não pode olvidar o agente público, ao realizar os procedimentos concernentes à lavratura de Autos de Infração, as disposições normativas insertas na legislação de regência, mormente aquelas que erigem os elementos, de natureza formal e instrumental, necessários a conferir validade ao lançamento.

Afirma que o Auto de Infração foi erigido sob o supedâneo da inexistência de registro de entrada e saída de mercadorias, fato que fez presumir a omissão de saída de mercadorias e, consequentemente, o recolhimento a menor do imposto ora exigido.

Após transcrever a informação inserido no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, diz que nos procedimentos de fiscalização a Administração está adstrita a “**verdade real**”, ou seja, as presunções em que se fundamenta o presente auto de infração, poderão ser facilmente descortinadas a partir de simples perícia contábil, caso não seja possível atingir o fim o qual a fiscalização busca primariamente.

Cita e transcreve trecho de decisão do Superior Tribunal, de Justiça que impõe no contencioso administrativo a busca pela verdade real.

Enfatiza que no caso em apreço, todas as informações apontadas pela autoridade fiscal como inconsistentes, encontram-se devidamente registradas em seus livros e informações fiscais, entregues quando da fiscalização e de fato, a Autoridade Fiscal na sua apuração incluiu na base de cálculo do ICMS a ser recolhido ao Estado da Bahia, o montante correspondente aos produtos adquiridos com antecipação tributária.

Após transcrever o disposto nos artigos 289 e 290 do RICMS/BA, assevera que jamais a Autoridade Administrativa poderia aplicar a penalidade ora imposta, posto que, deixou de fiscalizar corretamente a atividade econômica em que está inserida, bem assim, suas particularidades.

Conclui asseverando ser o auto de infração complemente insubsistente, ante os erros e vicissitudes em que incorreu a fiscalização.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls.59/60, após fazer um resumo dos argumentos defensivos, informa que tendo analisado os fatos apresentados e refazer todas as ações, apesar das sucintas informações contidas nos documentos entregues pelo contribuinte, executou os confrontos com as informações existentes nos sistemas de informações da Secretaria da Fazenda, devidamente protegidas pelo sigilo fiscal.

Diz que foi utilizado o programa Auditoria Digital – AUDIG, desenvolvido e autorizado pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização, sendo desnecessário se falar sobre a legitimidade legal dos sistemas que forneceram as informações para a lavratura do Auto de Infração, que foram objeto das retro mencionadas ações reelaboradas.

Assevera que foram minunciosamente analisados os registros dos livros de entradas e caixa, assim como revisadas as aquisições através dos arquivos digitais das notas fiscais eletrônicas, de suma relevância para a identificação e correções de relevantes fatos, a saber:

1. Foi retirada a nota fiscal de aquisição nº 15990, emitida em 15/01/2013, oriunda do estado do Tocantins, onde consta o produto de NCM 87042210 9 ( veiculo automotor para transporte de mercadorias, com motor diesel e cabina cinco toneladas), por tratar-se de operação isenta de tributação, conforme art. 27 da Lei 7.014/96 e art. 65 da Lei Complementar 123/2006.
2. Foram excluídos os valores registrados no livro caixa no exercício de 2013, a título de empréstimo de sócio, no valor total de R\$354.950,00, por não se configurar fato gerador para o cálculo da apuração e recolhimento do Simples Nacional
3. Foram identificadas divergências entre os valores registrados no livro caixa oriundos das vendas de mercadorias, com os constantes nos extratos mensais do PGDAS. Totalizando a diferença de R\$234.634,31.

Informa que dos valores informados, foi identificada a omissão de receita apurada no Auto de Infração que resultou, após o recálculo, em novos valores a serem recolhidos, de acordo com os demonstrativos que elaborou.

No que tange aos valores registrados no livro Caixa, a título de “empréstimos de sócio”, na coluna de débito, portanto, ingresso de capital, é imprescindível que as partes elaborem um

contrato de mútuo, com as informações que indicou, enfatizando que para ser válido perante terceiros o contrato de empréstimo deve ser registrado no cartório de dívidos e documentos.

O autuado ao ser cientificado se pronunciou às fls.80 a 81, informa que está anexando o contrato particular de mútuo firmado com a sua sócia, conforme solicitado na notificação, o que comprova a existência das receitas lançadas no seu livro Caixa, no exercício de 2013.

Salienta não ser necessário o reconhecimento de firma por se tratar de contrato particular, e se tratar de um negócio jurídico celebrado entre o sócio unitário e a pessoa jurídica constituída pelo mesmo.

Informa que também está acostando aos autos, os extratos bancários, referentes ao repasse do numerário contratado entre as partes, porque, conforme se denota do instrumento contratual em análise, os valores foram entregues em mãos, assim como a Declaração de IRPF onde consta o registro contábil da disponibilização financeira dos valores contratados entre as partes.

Pede a procedência da defesa apresentada e a extinção do crédito tributário.

O autuante se pronunciou às fls. 94 a 95 e após transcrever artigos do Código Civil, Lei 10406 de 10/01/2002 e artigos 38, 39 e 42 da Instrução Normativa Receita Federal do Brasil – RFB nº 1.022, de 05/04/2010, diz que os empréstimos em dinheiro entre pessoas jurídicas ou entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física, desde que a parte mutuária seja pessoa jurídica, a totalidade dos rendimentos auferidos, a qualquer título está sujeita à tributação na fonte, o que não consta nos documentos apensados.

Finaliza solicitando o encaminhamento à carteira de cobrança, para manifestação do contribuinte.

O PAF foi encaminhado à DARC/GECOB e posteriormente a este Conselho.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de não ter recolhido o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional.

Em complementação foi consignada a seguinte informação: *De posse dos documentos e livros fiscais fornecidos pelo contribuinte após envio de intimação para tal, coligimos as informações contidas nestes, e procedemos o confronto com os registros nos sistemas da SEFAZ em especial às aquisições efetuadas através de notas fiscais eletrônicas. Após as devidas e pertinentes análises documentais, os mesmos foram inseridos no programa Audig (Auditoria Digital) que procedeu o cruzamento das informações coligidas e identificou omissões no recolhimento do ICMS Simples Nacional. Estas foram devidamente calculadas, detalhadas amplamente no presente bem como, nos anexos, planilhas, tabelas e documentos contidos na mídia apensada ao presente PAF.*

Na defesa apresentada a autuada afirma que tem ainda como atividade o comércio varejista de material de construção em geral, ferragens e ferramentas. Informa ainda que a formalização da autuação foi baseada em presunção de omissão de saídas de mercadorias, em decorrência de vício em sua escrituração fiscal.

Diz que a fiscalização ao realizar os procedimentos concernentes à lavratura do Auto de Infração, não observou as disposições normativas insertas na legislação, especialmente aquelas de natureza formal e instrumental, necessárias a conferir validade ao lançamento.

Da análise dos demonstrativos que embasam a acusação, constato que a fiscalização para apurar o imposto devido, adicionou à Receita sem substituição tributária, com emissão de documentos fiscais, valores denominados “Diverg. Omissão Saída pela Entrada”, conforme se verifica no documento de fl. 06/07. Sobre o total apurado foi aplicada a alíquota informada no Anexo “Dados Gerais”, à fl. 08, verso, apurando-se o imposto, referente ao exercício de 2012. Esta metodologia também foi adotada para o exercício de 2013.

Diante de tal constatação e aliada à informação inserida na “Descrição dos Fatos deste Auto de Infração,” concluo que foram considerados como presunção de omissão de saídas, as entradas de mercadorias não registradas na escrituração fiscal do contribuinte, conforme apresentado em tais demonstrativos acima mencionados.

Tal procedimento não pode ser acatado pois o imposto exigido deu-se através de uma presunção de omissão de saídas não prevista na legislação, tendo em vista que tal fato não se enquadra nas situações elencadas no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que assim prescreve : “*Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: saldo credor de caixa, suprimento a caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como entrada de mercadorias ou bens não registrados , pagamentos não registrados ou das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: instituições financeiras; administradoras de cartões de crédito ou débito; “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção*”.

Portanto, tratando-se de operações de entradas de mercadorias, a presunção somente se configuraria se restasse comprovado que tais valores não tivessem sido declarados pelo contribuinte, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.

Para tanto, seria necessária a comprovação de que os pagamentos, se de fato ocorridos, referentes às notas fiscais que dão suporte ao presente lançamento, não se encontravam registrados na escrita contábil do autuado, o que caracterizaria a omissão de receitas (de saídas de mercadorias), empregadas no pagamento das entradas que deixaram de ser contabilizadas, o que não se comprovou.

Ademais, verifico que na Informação Fiscal foram incluídos valores de supostos suprimentos de caixa de origem não comprovada, referentes a lançamentos a débito no livro “Caixa” e diferenças entre valores de vendas lançadas no referido livro, e o informado nos extratos mensais do PGDAS, não citadas no lançamento inicial.

Há portanto nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o Art. 18, inciso IV do RPAF-BA/99.

Por tais razões 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 211322.3004/16-1, lavrado contra M. DO S. SANTOS OLIVEIRA – EPP.

Sala das Sessões do CONSEF,04 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR