

PROCESSO - A. I. Nº 232903.0011/18-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUL AMÉRICA ENERGIA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0041-04/19
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0043-11/20

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Há contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão proferida pela 4ª JJF em 23/04/2019 que julgou, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$576.274,16, em decorrência do cometimento de uma infração.

***Infração 01.** – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Apesar de intimada, a empresa não apresentou nenhum elemento que pudesse modificar o fato gerador do imposto, presumindo assim a ocorrência de operações sem pagamento do imposto. Conforme Demonstrativo Anexo: I. (RO).*

***Data da Ocorrência:** Entre 31/01/2017 e 31/12/2017. **Valor:** R\$ 567.274,16.*

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação da 4ª JJF, que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232903.0011/18-1, lavrado contra SUL AMÉRICA ENERGIA LTDA., o que fez nos seguintes termos:

“O autuado reclama que houve violação ao princípio da ampla defesa, por não ter conhecimento exato da acusação que lhe foi imputada, em virtude de que a acusação diz respeito à omissão de saídas de mercadorias por falta de registro de entrada de mercadorias, entretanto, todo o levantamento fiscal foi efetuado com base nas notas fiscais de saídas de mercadorias que comercializou durante o período, “cavaco de madeira de eucalipto”, e as mesmas encontram-se registradas contabilmente nos livros próprios, e o ICMS devidamente recolhido.

Questiona como pode se falar em omissão de saída, se o próprio auditor lançou o tributo tendo por base as notas fiscais de saída de mercadorias, que já se encontravam com o imposto pago. Externa o entendimento de que tal fato constitui-se em bis in idem, não havendo, pois, a existência de novo fato gerador, já que a acusação teve como base o disposto no artigo 4º, §4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96.

A infração em discussão está assim posta: “omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas”.

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, e aplicada a multa capitulada no art. 42, inciso III, “e” da mesma Lei.

Para essa situação, a legislação do ICMS, no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, prescreve que “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, a irregularidade apontada tem por base o valor das entradas não declaradas, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

No entanto, de acordo com os demonstrativos que dão sustentação à acusação, e as explicações prestadas pelo autuante, deixam claro que o mesmo fez uma espécie de arbitramento. Ele inclusive, no mencionado demonstrativo inseriu uma observação, fl. 21, contendo as seguintes informações:

- 1) Dados acima foram obtidos através das operações de vendas no período de 2017, lançadas no SPED Fiscal/EFD;*
- 2) Excluindo da Base de Cálculo o MVA de 30% sobre as operações de Saídas, com base no Art. 22, inciso I, letra “g”;*

Daí conclui-se que a base de cálculo utilizada para a presente exigência teve origem nas saídas de mercadorias após o expurgo da MVA, prevista no Art. 22, inciso I, letra “g” da lei 7.014/97, que regulam o arbitramento, conforme a seguir se verifica:

“Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior serão adicionados os valores das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA).

- a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária: os percentuais previstos em regulamento;*
- b) alimentação e outras mercadorias fornecidas em restaurantes, lanchonetes, bares, cafés, sorveterias, hotéis, pensões, boates, cantinas e estabelecimentos similares: 100% (cem por cento);*
- c) perfumarias, joias, artigos de armarinho, confecções, artefatos de tecidos e calçados: 60% (sessenta por cento);*
- d) ferragens, louças, vidros, material elétrico, eletrodomésticos e móveis: 40% (quarenta por cento);*
- e) tecidos: 25% (vinte e cinco por cento); legest_1996_7014_icmscomnotas.doc;*
- f) gêneros alimentícios: 20% (vinte por cento); (...)*
- g) outras mercadorias: 30% (trinta por cento);”*

O auditor disse na informação à fl. 111, que adotou tal procedimento em razão do contribuinte não ter apresentado documentos que pudessem servir de provas para elucidar a omissão de saídas de mercadorias, pois não comprova a efetiva entrada de cavaco de madeira. Assim entendeu que não existia madeira (matéria prima) para o autuado transformar em cavaco, nem mesmo estoque de Cavaco de madeira e nem comprovadas às aquisições no exercício fiscalizado.

Ante aos fatos relatados, constato que foi efetuada uma espécie de arbitramento da base de cálculo, sem previsão legal, em razão do contribuinte não ter apresentado todos os documentos solicitados pela fiscalização, com base nas operações de saídas, o que não condiz com a descrição dos fatos, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte.

Ressalto que o dispositivo legal indicado nos papéis de trabalho, Art. 22, inciso I, letra “g” da Lei nº 7.014/97, se refere a um dos métodos de arbitramento da base de cálculo do ICMS, neste caso, para a apuração do custo das mercadorias vendidas (CMV), devendo ser agregada a margem de valor adicionado (MVA) ali indicado. No caso presente, a fiscalização, partindo das operações de saídas, exclui a mencionada MVA presumindo as supostas entradas de mercadorias.

Por esta razão, entendo que não está caracterizada, nos autos, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que como anteriormente esclarecido, tem como base o valor das entradas não declaradas. Nesta situação, não há como se prosseguir com a lide ante a flagrante nulidade do lançamento.

Isto posto, os equívocos constatados na exigência fiscal, importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Assim, voto pela Nulidade do Auto de Infração.”.

A 4ª JF apresentou Recurso de Ofício, posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara, com o objetivo de ser apreciado o mencionado recurso.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo, o cometimento de uma única infração, descrita como *“omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Apesar de intimada, a empresa não apresentou nenhum elemento que pudesse modificar o fato gerador do imposto, presumindo assim a ocorrência de operações sem pagamento do imposto”*.

Em primeira instância administrativa, a autuação foi julgada Nula, sob a justificativa de que *“foi efetuada uma espécie de arbitramento da base de cálculo, sem previsão legal, em razão do contribuinte não ter apresentado todos os documentos solicitados pela fiscalização, com base nas operações de saídas, o que não condiz com a descrição dos fatos, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte”*.

Por tal razão, foi interposto Recurso de Ofício, que passo a analisar.

Inicialmente, observo que a autuação toma como base a presunção do inciso IV, do § 4º, do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, ou seja, presume-se que, as entradas não registradas foram pagas com recursos de operações de saídas também não contabilizadas. Logo, para efeitos da presunção, deveriam servir como base de cálculo, o valor das entradas não declaradas.

No presente caso, verifico que assiste razão à Junta, quando constata que o presente lançamento foi realizado erroneamente mediante arbitramento, tomando em consideração valores obtidos de operações de venda no período de 2017, e excluindo da base de cálculo o MVA de 30%, conforme indicado no demonstrativo de fl. 21:

Observação:

- 1) Dados acima foram obtidos através das operações de vendas no período de 2017, lançadas no SPED Fiscal/EFD;*
- 2) Excluindo da Base de Cálculo o MVA de 30% sobre as operações de Saídas, com base no Art. 22, inciso I, letra “g”;*

Dessa forma, resta patente a incorreção do procedimento fiscalizatório e, consequentemente, o cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, pois a base de cálculo utilizada pelo Autuante não encontra amparo na presente situação.

Por tal razão, NEGOU PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232903.0011/18-1**, lavrado contra **SUL AMÉRICA ENERGIA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS