

PROCESSO	- A. I. Nº 281317.3038/16-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- SABORE CIA. COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA. – ME
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1º JJF nº 0089-01/19
ORIGEM	- INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 11/02/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0277-11/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. CONVERSÃO EM MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Considerando que foi verificada a inadequação da exigência de imposto e restando comprovada a falta de registro das notas fiscais objeto da autuação, deve, este órgão julgador, promover a conversão do lançamento fiscal em multa de 1%, conforme prevê o art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Voto vencido do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JJF, através do Acordão nº 0089-01/19, por ter desonerado integralmente o sujeito passivo do débito que lhe foi imputado, quando o montante da exoneração for superior a R\$200.000,00, tendo em vista que o crédito tributário atualizado no dia do julgamento, perfez o montante R\$360.611,43 - fl. 186.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 30/09/2016 para exigir ICMS com valor histórico de R\$159.547,31, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996, sob a presunção de omissão de saídas tributáveis, em decorrência da constatação de entradas de mercadorias não registradas na escrita (dezembro de 2015 a junho de 2016).

A 1ª Junta de Julgamento fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 27/06/2019 (fls. 182 a 184) e decidiu por unanimidade pela improcedência. O acordão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos:

VOTO

Destituidos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois o autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

A imputação foi corretamente enquadrada no art. 40, § 4º, IV da Lei nº 7.014/1996, segundo o qual, salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar entradas de mercadorias ou bens não registradas.

Conforme o art. 108 do RPAF-BA/1999, a intimação do sujeito passivo acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa na legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Nos termos do art. 109, II, “a”, considera-se efetivada a intimação, quando por remessa via postal, tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR (fls. 115/116).

Além disso, o defendente sabia que estava sob ação fiscal (fl. 05) e que disso poderia resultar alguma correspondência processual, pelo que não é razoável pleitear o benefício da atitude omissiva de não apresentar representante legal para tomar ciência da lavratura do lançamento de ofício (fl. 02) e de não se dirigir à agência dos Correios para receber a intimação de fl. 109, cujo endereço é o da pessoa jurídica.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Na pauta suplementar de 31 de maio de 2019, este relator submeteu o PAF (Processo Administrativo Fiscal) à apreciação dos demais membros desta 1a Junta de Julgamento Fiscal. Naquela oportunidade, o órgão deliberou no sentido da desnecessidade de conversão do feito em diligência, em razão de estarem presentes nos autos todos os elementos necessários à decisão.

No mérito, trata-se da presunção legal da ocorrência de saídas tributáveis, em razão da constatação de entradas não lançadas na escrita.

Às fls. 127 a 173, o sujeito passivo colacionou documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas comprovantes de que todas as suas saídas no período fiscalizado foram de refeições para pacientes submetidos a tratamentos de saúde hospitalar, destinadas à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, com isenção prevista no art. 265, LXV, “c” do RICMS-BA/2012.

Ao prestar a informação fiscal, o auditor não se desincumbiu do ônus de comprovar com documentos a eventual falsidade da conclusão a que se chega a partir da análise dos referidos documentos, qual seja, de que o autuado não pratica operações sujeitas à tributação.

Tampouco contestou a citada conclusão com argumentos. Limitou-se a aduzir que não foi comprovado o registro das entradas.

De fato, não foi comprovado o registro. Entretanto, a teor das planilhas de fls. 08 e 15, a proporcionalidade foi calculada com base nas entradas. Consoante os elementos até então presentes nos autos, se houvesse sido apurada com fulcro nas saídas, o resultado do imposto a cobrar seria zero.

O item 02 da Instrução Normativa nº 056/2007 dispõe que caso no curso da ação fiscal o preposto verifique que as operações habituais do contribuinte são integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/1996.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO VENCIDO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acordão nº 0089-01/19) desonerou o sujeito passivo, reduzindo em sua totalidade o crédito tributário no montante de R\$360.611,43 (atualizados a data do julgamento - fl. 186), fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Trata-se da presunção legal da ocorrência de saídas tributáveis, em razão da constatação de entradas não lançadas na escrita.

Verifiquei que o sujeito passivo colacionou documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas comprovantes de que todas as suas saídas no período fiscalizado foram de refeições para pacientes submetidos a tratamentos de saúde hospitalar, destinadas à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, com isenção prevista no art. 265, LXV, “c” do RICMS-BA/2012 (fls. 127 a 173).

Constatei que todas as notas fiscais eletrônicas de saídas foram destacadas o desconto relativo à isenção ICMS, amparado pelo Decreto nº 14.898 de 27/12/2013, art. 17, inciso “VIII” que se refere ao inciso “LXV”, do caput do art. 265, alínea “c” do RICMS/BA. (fls. 127 a 173).

De fato, não foi comprovado o registro das notas fiscais de entrada. Verifiquei as planilhas de fls. 08 e 15, onde a proporcionalidade foi calculada com base nas entradas. Consoante os elementos até então presentes nos autos, se houvesse sido apurada com fulcro nas saídas, o resultado do imposto a cobrar seria zero.

O item 02 da Instrução Normativa nº 056/2007 dispõe que caso no curso da ação fiscal o preposto verifique que as operações habituais do contribuinte são integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/1996.

Entendo que, trata-se de produtos isentos de ICMS amparados pelo art. 265, INCISO LXV, “c” DO RICMS-BA/2012, ratificando por manter a Decisão de piso.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR

Quero pedir vênia ao nobre Relator para apresentar entendimento divergente, nos termos em que segue.

Devo inicialmente admitir que a maior parte, senão a quase totalidade das saídas da empresa autuada, encontram-se desoneradas por força da legislação, o que desaconselha a cobrança do imposto por presunção, restando acertada, neste ponto, a decisão de piso.

Ressalto, todavia, que o art. 157 do RPAF, possui regra específica regulamentando a situação em exame, a qual prevê a conversão da presente exigência fiscal em multa, conforme se lê abaixo:

"Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente."

Assim, considerando que foi verificada a inadequação da exigência de imposto e restando comprovado a falta de registro das notas fiscais, objeto da autuação, deve, este órgão julgador, promover a conversão do lançamento fiscal em multa de 1%, conforme prevê o art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

*...
IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;
..."*

Assim, peço vênia ao nobre Relator para apresentar divergência, votando no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício, convertendo a autuação em multa de 1%, conforme demonstrativo abaixo:

MÊS	TOTAL ENTRADAS	MULTA 1%
dez/15	R\$ 28.207,02	R\$ 282,07
jan/16	R\$ 21.530,73	R\$ 215,31
fev/16	R\$ 18.554,79	R\$ 185,55
mar/16	R\$ 398.626,51	R\$ 3.986,27
abr/16	R\$ 1.990.538,48	R\$ 19.905,38
mai/16	R\$ 1.618.357,31	R\$ 16.183,57
jun/16	R\$ 1.023.407,43	R\$ 10.234,07
TOTAL	R\$ 5.099.222,27	R\$ 50.992,22

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281317.3038/16-0, lavrado contra **SABORE CIA. COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALIMENTOS LTDA. – ME**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50.992,22**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Antonio Dijalma Lemos Barreto, José Rosenvaldo Evangelista Rios e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS