

A. I. Nº - 233085.0026/19-0
AUTUADO - CLUBE DO PEIXE COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO NEVES DA ROCHA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.06.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO. INFRAÇÃO 01. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE NOTAS NO LIVRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. INFRAÇÃO 02. Cobrou-se ICMS a partir de uma presunção legal *juris tantum*. Em face da referida presunção, inverte-se o ônus da prova para o sujeito passivo que, em princípio, pelo fato de não ter escriturado o documento fiscal de aquisição, deve suportar os efeitos presuntivos e submeter-se à cobrança do imposto. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do Relator.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado no dia 09/08/2019, para exigir crédito tributário no valor histórico total de R\$45.533,11, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Recolhimento a menor do imposto referente ao Regime Simples Nacional. R\$7.650,33 e multa de 75%, prevista nos artigos 35 da Lei Complementar 123/06 e 44, I da Lei Federal 9.430/96.

Infração 02 – Omissão de saídas tributáveis, presumida por meio de apuração realizada com o confronto entre as notas fiscais de entrada e aquelas efetivamente escrituradas no livro Registro de Entradas – “sem dolo”. R\$37.882,78 e multa de 75%, prevista nos artigos 34/35 da Lei Complementar 123/06 e 44, I da Lei Federal 9.430/96.

O contribuinte apresenta defesa à fl. 52, na qual nega o cometimento das infrações, o que pretende provar com os documentos anexados.

Assevera que cumpre com zelo as suas obrigações e pede – “em caráter de humildade” -, diante dos elementos juntados à peça, que as suas alegações sejam acolhidas.

Em seguida, alega não ter tomado conhecimento da fiscalização (ou seja, de “que estava sendo fiscalizado”), fato que ensejou cerceamento de direito de defesa e tratamento não diferenciado à micro-empresa e à empresa de pequeno porte, contra o que determina a Lei Complementar 123/06.

Afirma que parte das suas operações são isentas, de acordo com os Decretos 13.780/12 (art. 14, XV) e 16.738/16, e pede que o lançamento de ofício seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, de fls. 234 a 236, o agente de tributos assinala que houve intimação pessoal (não assinada) via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) e edital (fls. 10/11).

Prossegue ressaltando que a sociedade empresária não trabalha com mercadorias isentas, tanto que paga o imposto por antecipação parcial (extratos de documentos de arrecadação estadual anexados), bem como que o valor foi apurado de acordo com o método do Simples Nacional.

Pugna pela procedência do Auto.

VOTO

Não acolho a tese de invalidade do procedimento em razão de suposta falta de intimação para apresentação de livros e documentos, tendo em vista as cópias anexadas às fls. 10/11.

No mérito, cuidam os presentes autos de duas imputações.

A segunda da omissão de saídas tributáveis, presumida por meio de apuração realizada com o confronto entre as notas fiscais de entrada e aquelas efetivamente escrituradas no livro Registro de Entradas.

A primeira resulta da segunda, uma vez que, inseridas no cálculo da apuração do ICMS as operações supostamente omitidas, as faixas de receita e os percentuais de que trata o Simples Nacional, restam automaticamente alterados para maior, do que resultam valores a cobrar.

Entretanto, a infração 02 não procede, o que, por consequência, implica na improcedência da infração 01, conforme o que se passará a expor.

Segundo o art. 4º, § 4º, IV da Lei 7.014/96, 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.

Em suma, a presunção em que se respalda a presente autuação, somente resta configurada quando o agente autuante comprova a falta de registro nos livros contábeis, o que não aconteceu no presente caso.

Este é o entendimento predominante no Conselho de Fazenda, o que ficou patenteado com a edição da Súmula nº 07, que assim dispõe:

Não se aplica a presunção de omissão de saídas prevista no inciso, IV, do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, quando as entradas das mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, hipótese em que se aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória.

O Auto de Infração é procedimento administrativo necessário para constituir o crédito em favor do Estado. Para tanto, deve conter todos os elementos necessários à comprovação da sua legalidade e legitimidade, e não apenas parte deles. Não é razoável levar a efeito um ato administrativo constritivo de direitos, com provas parciais da sua legalidade, obrigando o autuado a buscar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito de quem acusa.

Nos termos do art. 373, I do CPC/15 (Código de Processo Civil), o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Na situação em apreço, caberia ao autuante anexar ao PAF (Processo Administrativo Fiscal), os comprovantes de que as operações não lançadas na escrita fiscal também não foram consignadas na escrita contábil, o que não ocorreu.

Infração 01 elidida.

Com respaldo na Súmula nº 07 do CONSEF, de ofício, converto a infração 02 na multa por descumprimento de obrigação acessória, de que tratam os incisos IX e XI, do art. 42 da Lei 7.014/96, nas seguintes condições:

DATA	BASE DE CÁLCULO (R\$)	MULTA (R\$)
FEV/15	48.566,09	485,66
MAR/15	8.855,86	88,56
ABR/15	14.317,58	143,18
MAI/15	8.030,08	80,30
JUN/15	2.576,17	25,76
AGO/15	2.403,91	24,04
NOV/15	11.832,81	118,33

DEZ/15	57.164,84	571,65
JAN/16	142.745,35	1.427,45
FEV/16	92.812,06	928,12
MAR/16	95.818,12	958,18
ABR/16	112.995,77	1.129,96
MAI/16	60.285,48	602,85
JUN/16	70.142,23	701,42
JUL/16	115.271,01	1.152,71
AGO/16	70.089,37	700,89
SET/16	27.556,90	275,57
OUT/16	30.400,00	304,00
NOV/16	37.849,21	378,49
DEZ/16	45.291,10	452,91
JAN/17	23.740,58	237,41
FEV/17	10.896,30	108,96
MAR/17	9.716,09	97,16
ABR/17	7.870,14	78,70
MAI/17	9.317,75	93,18
JUN/17	5.506,13	55,06
JUL/17	12.081,11	120,81
AGO/17	24.829,64	248,30
SET/17	22.572,13	225,72
OUT/17	11.617,77	116,18
NOV/17	26.855,75	268,56
DEZ/17	13.625,09	136,25
TOTAL		12.336,32

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Pedimos respeitosamente licença ao i. Relator para dissentir do seu pronunciamento, não obstante o zelo e a acurácia jurídica percebidos em seu trabalho.

A postulação fiscal, parte da presunção de omissão de receitas tributáveis, em virtude de não terem sido lançadas notas fiscais de aquisição no registro de entradas da empresa, suscitando a infração 02, e por via reflexa, a infração 01.

É de se dizer inicialmente, que em se tratando de presunção legal, as regras probatórias genéricas existentes na legislação processual vigente são adaptadas a tal particularidade.

Assim dispõe o art. 4º, §4º, IV da Lei 7014/96:

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; (destacamos).

Este foi o fundamento da autuação: cobrou-se ICMS a partir de uma presunção legal *juris tantum*, isto é, que admite prova em contrário para ser elidida. Prova em contrário a ser apresentada pelo sujeito passivo, vale frisar.

Claro que, nestas circunstâncias, pela falta cometida pelo contribuinte – o não registro de documentos fiscais em sua escrita –, a presunção haverá de prevalecer, salvo se aquele apresentar prova em contrário, como, por exemplo, o registro destas aquisições na sua contabilidade, até mesmo no seu caixa, a despeito de não ter havido o registro devido na sua escrita fiscal.

Este parece ser o entendimento sumulado por este Conselho, bem lembrado no voto da relatoria, e que faz afastar a cobrança do tributo se porventura a empresa consignou tais entradas em sua contabilidade, oficializando o dispêndio efetivado, de modo que ficaria afastada a presunção de aquisição de mercadorias com recursos auferidos através de vendas efetuadas sem emissão da nota fiscal. Demonstrada tal situação, converte-se a sua falta em simples descumprimento de obrigação acessória.

Noutras palavras: em face da presunção legal referida, inverte-se o ônus da prova para o sujeito passivo, que em princípio, pelo fato de não ter escriturado o documento fiscal de aquisição, deve suportar os efeitos presuntivos e submeter-se à cobrança do imposto.

Entretanto, se no curso do processo, valendo-se dos meios de prova em direito admitidos, o contribuinte desincumbe-se a contento do seu ônus, desaparece a presunção, passando a ser indevida a exigência fiscal.

Vê-se, no presente PAF, que o autuado não cumpriu com a sua obrigação processual de demonstrar o registro oficial das aquisições afetadas pelo lançamento, ou demonstrar por outro meio de prova que tais mercadorias encontraram o tratamento fiscal contábil adequado.

Logo, salvo prova em contrário, para utilizar-se da expressão usada na própria lei, a presunção há de ser mantida, devendo ser considerado PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233085.0026/19-0**, lavrado contra **CLUBE DO PEIXE COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.533,11**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34/35 da Lei Complementar 123/06, e 44, I da Lei Federal 9.430/96.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES - RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR/VOTO VENCEDOR