

PROCESSO - A. I. Nº 152655.0027/19-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MACIEL LIMA COMÉRCIO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0230-02/23-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0161-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. Não consta nos autos demonstrativo específico de notas fiscais de entrada não registradas em livros fiscais ou contábeis. Afastado a exigência do ICMS por presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/1996) ou aplicação da multa de 1% prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996. Ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, implicando em cerceamento do direito de defesa. Infração 01 nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 31/12/2019 para exigir crédito tributário no valor de R\$ 240.984,05, relativo as duas infrações, sendo objeto do recurso a infração 1 que acusa:

***Infração 01 – 17.03.17:** 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 (Simples Nacional), sem dolo - R\$ 108.473,47. Multa de 75%.*

Na decisão proferida (fls. 411 a 419) inicialmente foi apreciado que o sujeito passivo reconheceu e formalizou o parcelamento do débito da infração 02, restando a lide quanto a infração 01.

Ressaltou que o autuado é contribuinte do ICMS, optante do Simples Nacional exercendo atividade econômica de comércio varejista de outros artigos de uso pessoal e doméstico não especificados, dentre outras secundárias, tendo sido cientificada do início da ação fiscal, apresentado livros e documentos fiscais e intimado pelo DTe para quitar débito ou apresentar defesa administrativa, no qual foi indicado a redução das multas em atendimento a prazos processuais, que foi aplicado quando do cálculo da infração reconhecida.

Destacou que em relação ao questionamento dos percentuais de redução da multa, deve ser aplicado o disposto no art. 45 da Lei nº 7.014/96 e art. 21, § 19 da LC nº 123/2006 c/c o previsto no art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96.

Conclui essa apreciação afirmando que “*deixo de manifestar tendo em vista se tratar de questão especificamente administrativa, devendo ser resolvida junto a unidade fazendária da circunscrição do contribuinte*”, passando a apreciação do mérito.

A acusação fiscal referente a infração 01 diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida pelo desencontro apurado no cotejo entre as notas fiscais de entrada e a escrituração no Livro Registro de Entradas.

A autuante, em sua informação fiscal respondendo ao questionamento da defesa, se havia nos autos “um relatório identificando o confronto das Notas Fiscais de Entradas e dos Livros Registro de Entradas. “, assim se posicionou: “Sim, foi entregue o CD (mídia) ao contribuinte, fl. 50, o qual consta todos os arquivos da Notas Fiscais de Entrada e esclarecimento de como foi realizado os batimentos pelo relatório AUDIG. “.

Constato que não foi anexado aos autos o CD mencionado pela autuante e não consta nos levantamentos impressos qualquer planilha que demonstre quais notas fiscais de entradas não foram escrituradas pelo contribuinte.

A defesa explicou o possível motivo do resultado encontrado pela Fiscal dizendo que as informações do Livro Registro de Entrada estão corretas, porém, admitiu ter cometido sucessivos erros nas Declarações do Simples

Nacional, quando informou que todas as mercadorias estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, fazendo com que todos os produtos não sujeitos à substituição tributária saíssem da empresa como sendo substituídos.

Como visto, a acusação se fundamenta na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, inc. IV da Lei nº 7.014/96, verbis:

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;
....

Constata-se que o legislador estabeleceu duas possibilidades para a caracterização da presunção: dados e registros obtidos do exame nos livros contábeis do sujeito passivo e de informações advindas de terceiros (instituições financeiras, centro comercial ou empreendimento semelhante).

No caso em análise, existe evidências de que a autuante executou o roteiro de auditoria apenas com base nos registros da escrita fiscal do contribuinte sem ter examinado os livros contábeis, constatação corroborada pela informação fiscal conforme pontuado linhas acima.

Em consonância com diversas decisões deste CONSEF, cujo entendimento é no sentido de que somente é possível, exclusivamente com base nos registros da escrituração fiscal a exigência da multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, estabelecida no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, não sendo possível o lançamento de imposto, a menos que comprovado que a falta de registro ocorreu na contabilidade da empresa, o que não se verificou nos autos.

Oportuno registrar o teor da Súmula 07 deste Conselho, pela qual “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”.

Registro que sequer há um demonstrativo onde a autuante tenha indicado quais foram as notas fiscais de entradas sem o registro no Livro Registro de Entrada, o que autoriza concluir que não foi aplicado o roteiro adequado à infração imputada.

Tal fato, por óbvio, impede a aplicação da multa de 1% sobre o valor de cada nota de entrada não registrada na escrita fiscal, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Ademais, pelos levantamentos apensados aos autos, fls. 10, 16 e 24, não há possibilidade de identificar a origem dos valores apurados como omissão de saída, implicando da incerteza da infração, por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Repito, nos autos não consta a relação das notas fiscais não escrituradas pelo contribuinte, fato que não permitiu a autuada identificar quais operações foram consideradas como omitidas, falha que não poderia ser sanada com a realização de diligência fiscal, considerando que neste caso, há necessidade de realizar novo levantamento fiscal confrontando cada nota com a escrita fiscal e contábil do contribuinte.

Assim sendo, como foi realizado o levantamento demonstra ser inadequada a metodologia de apuração do imposto exigido, ficando caracterizado que o lançamento resultou no cerceamento ao direito de defesa.

Assim sendo, tendo em vista que conforme o art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, é nulo o lançamento com preterição do direito de defesa e que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Razão pela qual acato a arguição de nulidade da infração 01 suscitada pela defesa. Represento a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo da falha apontada, conforme art. 156 do RPAF/99, respeitando o prazo decadencial.

Quanto a infração 02, identifiquei registrado no Sistema de Integração de Gestão da Administração Tributária – SIGAT o parcelamento integral do valor apurado, nº 6512208, deferido em 09/03/2020, a ser quitado em 59 parcelas que se encontra ativo, motivo pelo qual recomendo ao setor responsável que homologue os valores quanto integralmente pagos.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A 2ª JF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/BA.

VOTO

O Auto de Infração no que se refere a infração 1, objeto do Recurso de Ofício, acusa 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 de contribuinte optante do Simples Nacional.

Conforme apreciado na decisão recorrida:

- i) Na impugnação inicial o sujeito passivo alegou inexistir demonstrativo que indicasse as notas fiscais que supostamente não foram registradas no livro REM (fl. 57);
- ii) Na informação fiscal a auauante afirmou que integra o processo os demonstrativos que descrevem os cálculos do imposto, que são *“autoexplicativos e não deixam dúvidas quanto aos valores que deverão ser recolhidos”* (fl. 402) e que *“foi entregue o CD (mídia) ao contribuinte, fl. 50, o qual consta todos os arquivos da Notas Fiscais de Entrada e esclarecimentos de como foi realizado os batimentos pelo relatório AUDIG”*.

Na fl. 50 foi apresentado o recibo de entrega de um CD ao estabelecimento autuado, contendo quatro arquivos (AUDIG-ANTECIPA-V-1, 2014, 2015, 2016 E 2017).

Entretanto não foi juntado CD ao processo, nem gravado no CD da informação fiscal (fl. 405).

Por sua vez, nos demonstrativos elaborados pela fiscalização juntados às fls. 10 a 39, nenhum deles indica numero de notas fiscais não escrituradas.

Na fl. 10 foi apresentado no ANEXO 1-E, RESUMO – DIVERG. OMISSÃO DE SAÍDA PELA ENTRADA os valores totais de “Omissão Normal” e “Omissão ST” e “Omissão total”, sem demonstrar de forma analítica a que notas fiscais se referem a totalização do resumo.

Conforme fundamentado na decisão ora recorrida a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, inc. IV da Lei nº 7.014/96, de ocorrência do fato gerador do ICMS, a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre quando se verificar a entradas de mercadorias ou bens não registrada.

Por tudo que foi exposto, conforme apreciado na decisão proferida pela 2ª JJF, restou comprovado que na situação em questão *“a autuante executou o roteiro de auditoria apenas com base nos registros da escrita fiscal do contribuinte sem ter examinado os livros contábeis, constatação corroborada pela informação fiscal”* e nem foi apresentado demonstrativo específico que indicasse quais notas fiscais deixaram de ser escrituradas, o que implicou em cerceamento ao direito de defesa, por parte do estabelecimento autuado nos termos do art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/BA. Consequentemente, é nulo o lançamento por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Também, não deve ser aplicada a multa de 1% prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, por inexistir nos autos a relação das notas fiscais não escrituradas em livros fiscais.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo a decisão recorrida pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração e nulidade da infração 1, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 152655.0027/19-0, lavrado contra **MACIEL LIMA COMÉRCIO DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 132.510,58**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS