

A. I. N° - 272466.0007/15-3
AUTUADO - SUPERMERCADOS IRMÃOS RIBEIRO LTDA.
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23/05/2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0062-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS ELETRÔNICOS DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA. Infração comprovada. Acusação subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DE OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. 3. CONTA CAIXA. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Configurada insegurança na determinação do valor da base de cálculo. Infrações 02 e 03 nulas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 22/05/2015 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$52.870,50 em face das seguintes acusações:

1 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação tributária. Multa no valor de R\$1.380,00 com previsão no Art. 42, inciso XIII-A, alínea "L" da Lei nº 7.014/96.

2 - Deixou de recolher o ICMS no total de R\$2.284,23 no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II "f" da Lei nº 7.014/96.

3 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, com imposto reclamado de R\$49.206,27 e multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 26 a 33, suscitando inicialmente a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o mesmo "*está viciado com nulidades absolutas, haja vista, que infringiu o artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo fiscal, pois deixou de fazer a juntada das notas fiscais ali aduzidas aos autos, dificultando assim o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório*".

Diz, em relação a infração 01, que é primária em relação a essa obrigação assessória (EFD), e de bons antecedentes, e que a aplicação excessiva de penalidades fixas, vai de encontro aos princípios da equidade e razoabilidade, e não se tem prova nos autos se houve dolo, má-fé ou simulação nos exercícios fiscalizados. Com isso, requer o cancelamento ou redução da multa com fulcro no § 7º, do art.42, da Lei nº 7.014/96. Discorre, em seguida, a respeito de descumprimento do princípio da razoabilidade, da legalidade e da verdade real, citando ensinamentos da lavra de eminentes Mestres do Direito.

Quanto a infração 02, alega que não pode prosperar, citando que o autuante não deixou claro a memória de cálculo, bem como o procedimento para obter a base de cálculo. Diz que a escrituração fiscal foi realizada nos termos da legislação aplicável, e, como meio de prova, acostou aos autos cópia da DMA de cada período bem como a comprovação do respectivo recolhimento efetuado na data do vencimento.

Adentra a infração 03 arguindo que o autuante imputou a movimentação na conta Caixa as operações com transferência de mercadorias entre matriz e filial, remessas de perdas e deteriorização, remessas de troca e outras remessas, anexando cópia das notas fiscais. Acrescenta que as operações aludidas acima, não contém relação com as contas Caixa ou Bancos C/Movimento, e, sim, somente com a conta Estoque. Com estes argumentos, assevera que a infração é nula de qualquer questionamento.

Após tecer outras considerações de natureza doutrinária, conclui este item asseverando que o simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado apenas na suposição (*presunção não contemplada em lei*) de que houve o ilícito, sob pena de se estar tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido, pois com exceção da presunção legal, hialinamente tipificada, até a prova material concreta do fato infringente, a qual ratificaria o ilícito praticado e, qualquer fato ocorrido que se fulcra apenas em mera suposição (presunção), que, se não estiver tipificada em lei, não tem valor probante para arrimar qualquer exigência concernente a repercussão tributária relativa à obrigação principal, porquanto como já foi dito, é condição *sine qua non* para a presunção ser legal, que a mesma esteja disciplinada em lei, sob pena de ser considerada apenas uma suposição.

Em conclusão pugna pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 136 a 139, onde, preliminarmente sustenta que deve ser afastado o argumento da defesa relativo à nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que "*deixou de fazer a juntada das notas fiscais ali aduzidas aos autos...*", visto que foram disponibilizados ao autuado os Demonstrativos de Débitos (fls. 12/21), bem como as Notas Fiscais Eletrônicas - NFe (fls. 12/21).

Em seguida, ingressa às questões de mérito, suscitando o julgamento pela Procedência do Auto de Infração, de acordo com os argumentos que seguem.

Quanto a infração 01 diz que o autuado *não questiona a omissão da entrega do Inventário, apenas questiona a aplicação excessiva de penalidades fixas (fls. 27), recorrendo aos princípios da Razoabilidade e Equidade, bons antecedentes, ausência de dolo ou fraude... Desta maneira, diz que não há reparos a fazer, pois o autuado não enviou o arquivo relativo ao Inventário 2013 (Bloco H, do SPED), inviabilizando a execução de inúmeros roteiros de auditoria.* Após tecer outras considerações, conclui pela manutenção da penalidade.

No que diz respeito a infração 02, destaca que se trata "Auditoria do Conta-corrente fiscal" e que não há reparos a fazer, pois o autuado recolheu a menor o imposto (diferença entre o ICMS devido X recolhido), conforme demonstrativo de débito (fls. 7/11), informando, ainda, que a memória de cálculo encontra-se disponibilizada nas fls. 21 (SPED, NFe). Manteve a infração.

Ao se pronunciar a respeito da infração 03 diz que não há reparos a fazer, pois no decorrer da Auditoria de Caixa, constatou saldo credor. Cita que o saldo inicial foi retirado do Caixa da empresa (fls. 17), que aplicou a proporcionalidade (fls. 13, 15 e 16), disponibilizou ao autuado Mídia da Fiscalização (fls. 21), destacando, por fim, *"que o contribuinte foi beneficiado na apuração do débito fiscal ref. á Auditoria de Caixa, visto que não consideramos no "quantum debeatur" as despesas com Pessoal, FGTS, Energia, Telefone, Contador, Impostos Federais, dentre outras"*. Manteve a autuação.

VOTO

O autuado iniciou sua defesa pugnando pela nulidade do Auto de Infração ao argumento de que houve ofensa ao Art. 39 do RPAF/BA pelo fato do autuante não ter juntado aos autos as notas fiscais ali aduzidas, dificultando, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Por este argumento não vejo como dar guarida ao pleito do autuado pois as infrações foram apuradas através de outros meios e não necessariamente com base em levantamentos de notas fiscais. Entretanto, ainda em relação a questões de ordem preliminar, vejo que o lançamento apresenta vícios que, ao meu ver, impedem o prosseguimento da lide quanto as infrações 02 e 03.

Assim é que, em relação a infração 02, a acusação é de falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Isto significa que, de acordo com a acusação, o autuado lançou o imposto em seus livros fiscais porém não efetuou o pagamento. Entretanto, de acordo com os demonstrativos de fls. 8 a 11, não é isto que se verifica. O autuante utilizou um roteiro intitulado "Conta Corrente" onde indica valores que divergem do declarado pelo autuado através das DMA, porém não aponta como chegou a determinação desses valores.

Tomemos como exemplo o mês de maio/2013 onde o autuante apurou um valor devido de R\$12.550,12 e foi recolhido R\$12.250,12 sendo reclamado, desta forma, o valor de R\$300,00 como sendo recolhido a menos.

Comparando-se o demonstrativo de fl. 08, elaborado pelo autuante, com a DMA apresentada pelo autuado, fl. 34, chega-se aos seguintes números:

Débito pelas saídas / autuante: R\$24.141,72	Débito pelas saídas/DMA: R\$24.141,78
Crédito p/entradas/autuante: R\$10.106,56	Crédito entradas/DMA: R\$10.106,52
Outros créditos /autuante: R\$ 1.485,04	Outros Créditos/DMA: R\$ 1.785,14

Analisando os dados acima, tem-se que o valor exigido neste item (R\$300,00) origina-se basicamente das quantias consideradas como outros créditos, onde o autuante apurou um valor a menos que o escriturado pelo autuado, contudo sem indicar como chegou a tal valor.

Situação idêntica se repetiu em relação ao mês de junho/13, onde o autuante apurou um crédito no total de R\$22.192,00 enquanto na DMA consta R\$22.607,64, fato este que motivou a autuação.

Como já dito, este fato ocorreu em relação aos demais meses, o que implica em total insegurança na determinação do valor da base de cálculo.

Quanto a infração 03, que trata de apuração de saldo credor na conta Caixa, a situação não é diferente.

Analisando a mídia eletrônica juntada pelo autuante, fl. 21, vejo que foi anexada cópia do livro Caixa da Autuada referente ao período autuado, cujos valores diferem totalmente dos considerados pelo autuante em seu demonstrativo de fl. 14. A título de exemplo, o saldo final da conta Caixa em 31/01/2013 é no valor de R\$171.877,31 enquanto que no levantamento elaborado pelo autuante o saldo nessa data é de R\$66.297,04. Isto ocorreu em virtude do autuante ter desconsiderado diversos lançamentos constantes no livro Caixa da autuada, entretanto, o saldo inicial considerado pelo autuante, base para o ponto de partida da auditoria, foi o valor de R\$242.339,89 exatamente o mesmo constante no livro Caixa.

Por outro lado, nesse livro pode se constatar, sem dificuldade, que o autuado possui movimentação bancária regular, fato este que, por si só, já inviabiliza o levantamento levado a efeito pelo autuante, que deveria ter realizado uma auditoria das disponibilidades totais da empresa, isto é, englobando Caixa e Bancos, e não da forma como foi feito, já que é possível se visualizar os inúmeros lançamentos a débito e a crédito da conta Caixa, tendo como contra partida a conta Bancos C/Movimento.

Ademais, o próprio autuante dá uma demonstração inequívoca de fragilidade no lançamento quando assim se posicionou em sua informação fiscal: "*que o contribuinte foi beneficiado na apuração do débito fiscal ref. á Auditoria de Caixa, visto que não consideramos no "quantum debeatur" as despesas com Pessoal, FGTS, Energia, Telefone, Contador, Impostos Federais, dentre outras*". Ora, o autuante não pode ter procedimentos de auditoria que beneficiem ou que

prejudiquem o autuado, a apuração tem que ser feita de acordo com os fatos reais a fim de que se apure também o imposto real acaso devido.

Também merece registro a forma que o autuante utilizou para calcular a proporcionalidade entre as operações tributadas, isentas e as tributadas por antecipação, fl. 13, tomando como base a DMA consolidada e apurando um índice uniforme de 28% para todo o exercício, o que não é possível. A apuração deve ser feita com base em índices mensais ante a variação que ocorre nas operações a cada período de apuração. Da forma como foi feito, mais uma vez fragilizou a apuração da base de cálculo.

De maneira que o lançamento levado a efeito em relação às infrações 02 e 03 apresentam total insegurança na sua constituição razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV "a" do RPAF/BA, julgo nulas ambas as infrações.

No mérito, resta o exame da infração 01, que se refere a penalidade pela falta de entrega do arquivo eletrônico (EFD) com os dados referentes ao Inventário do exercício de 2013. A autuada reconhece que realmente deixou de efetuar a entrega do referido artigo, pugnando pela redução ou cancelamento da multa com fulcro no Art. 158 do RPAF/BA.

Não vejo que estejam presentes nestes autos elementos que possibilitem atender ao pleito do autuado, visto que, a falta de entrega do arquivo com os dados do inventário, impossibilita que o Fisco desenvolva a importante auditoria de estoque, razão pela qual mantendo a penalidade no valor de R\$1.380,00 e julgo procedente a infração 01.

Ante a todo o exposto voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração para julgar Procedente a infração 01 e nulas as infrações 02 e 03, devendo ser renovado o procedimento fiscal em relação aos itens julgados nulos, a salvo das falhas apontadas, observando-se o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272466.0007/15-3 lavrado contra **SUPERMERCADOS IRMÃOS RIBEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00** prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea "L" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios de acordo com previsão da Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação às infrações julgadas nulas, devendo ser observado o prazo decadencial.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA