

A. I. Nº - 299762.0001/17-9
AUTUADO - H 2 S 4 CONFECÇÃO E CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07. 11. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-01/17

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. OMISSÃO DE ENTRADAS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. No caso, o lançamento ocorreu devido ao fato de que mercadorias que obrigatoriamente teriam o recolhimento efetuado por substituição tributária nas entradas. Se houve ausência dos registros destas entradas, não houve o pagamento do imposto devido por antecipação. Infração procedente. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Quando se detecta uma ausência de registros de entradas, é incerta a origem, podendo vir de qualquer lugar, permanecendo a obrigação tributária do destinatário em recolher o imposto devido solidariamente. Infração procedente. **c)** OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. O levantamento quantitativo de estoques é efetuado com base nas informações prestadas pelo próprio impugnante – estoque inicial, estoque final, entradas e saídas de mercadorias. Se diferenças existem por erro seja de itens, seja de quantitativos, estes devem ser apontados. Infração procedente. Afastadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 690.280,85, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao Autuado:

INFRAÇÃO 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2014 e 2015, no valor total de R\$ 152.705,03, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2014 e 2015, no valor total de R\$ 383.945,89, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de

crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, nos exercícios de 2014 e 2015, no valor total de R\$ 153.629,93, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 170 a 183), onde alegou que, de uma simples análise do Auto de Infração, o lançamento é nulo, uma vez que todas as infrações nele apontadas decorrem de problemas verificados na Escrituração Fiscal Digital – EFD, não tendo sido notificado para promover a retificação dos valores relativos aos períodos autuados.

Ressaltou que, em relação aos períodos de janeiro, março, abril, maio, junho e julho de 2014, solicitou a retificação da EFD, que foi regularmente deferida, “não merecendo a Impugnação ser mantida quanto a esses períodos”.

Disse que, apesar dos problemas verificados na EFD, não houve qualquer prejuízo para o erário, porque efetuou os recolhimentos de ICMS do período, demonstrando a irregularidade do Auto de Infração.

Aduziu que o lançamento somente poderia ser efetuado após a intimação para enviar EFD não entregue ou retificar a EFD entregue com inconsistências, de acordo com o disposto no Art. 247, §4º, do RICMS/BA, conforme já decidiu o Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF no Acórdão JJF nº 0129-02/09, relativo à correção de dados erroneamente transmitidos por meio do SINTEGRA.

Também requereu a nulidade, relativamente aos períodos de janeiro e de março a julho de 2014, por inobservância da exigência contida na Cláusula 13 do Ajuste SINIEF nº 02/09, que prevê que o contribuinte poderá retificar a EFD após o último dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, mediante autorização da autoridade fazendária, nos casos em que houver erro de fato no preenchimento da escrituração e evidenciada a impossibilidade ou inconveniência de saná-la por meio de lançamentos corretivos.

Relatou que, em 27/03/2017, apresentou, junto à autoridade fazendária, pedido de retificação da EFD dos períodos de janeiro, março, abril, maio, junho e julho de 2014, e, conforme consta do Recibo de Solicitação de Retificação, processo nº 47493/2017-5, emitido pela Superintendência de Administração Tributária – SAT, parte integrante desse Auto de Infração (fl. 204), que o pedido foi deferido, e a EFD foi regularmente retificada pela Impugnante, conforme demonstram os Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital anexos (fls. 206 a 212).

Suscitou a nulidade por erro no enquadramento legal das Infrações 02 e 03, pois foi apontado como fundamento legal o Art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, quando não ocorreu a venda de mercadorias sem a emissão de documento fiscal nem a utilização de documentação fiscal inidônea, já que foram emitidos os cupons fiscais por meio do Emissor de Cupom Fiscal – ECF em todas as suas vendas, nos termos do Art. 113, do RICMS/BA, e que não se verificam nenhuma das hipóteses em que se consideram inidôneos os documentos fiscais, conforme Art. 44, II, da Lei 7.014/96.

Também invocou a nulidade por entender que houve incorreção no enquadramento legal da multa aplicada à Infração 01, por não ter se verificado qualquer das situações previstas no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

No mérito, inferiu que não há qualquer valor devido a título de ICMS que possa fundamentar a exigência, pois ainda que existam erros nos lançamentos feitos em EFD, apurou o ICMS com base em todos os cupons fiscais emitidos diariamente por meio do ECF, conforme demonstram as planilhas que relacionam todas as vendas e a apuração do ICMS devido, bem como as guias e comprovantes de pagamento que anexou (fls. 213 a 619).

Falou que, ao fim de cada dia, efetuava o fechamento fiscal do ECF e emitia os relatórios respectivos, resumindo as vendas realizadas em duas categorias: a primeira, relativa àquelas com substituição tributária e a segunda, correlata àquelas em que havia apenas a incidência do ICMS

sobre a operação própria e, a partir das vendas efetuadas e regularmente documentadas pela emissão de cupom fiscal, efetuava o seu controle de estoque, levando em consideração, também, as mercadorias adquiridas.

Argumentou que essa forma de apuração pode não estar rigorosamente de acordo com o que prevê a legislação de regência, mas a partir dela, pode perfeitamente apurar o imposto devido e efetuar o seu recolhimento, tanto em operação própria quanto em substituição tributária, tendo a autoridade fazendária desconsiderado por completo essa forma de apuração, exigindo o ICMS sem considerar quaisquer dos pagamentos efetuados no período autuado, não podendo ser mantido o Auto de Infração, sob pena de se exigir em duplicidade imposto já devidamente apurado e recolhido.

Solicitou o cancelamento das multas aplicadas com base no Art. 158 do Decreto 7.629/99 por ausência de dolo, fraude ou simulação e porque o preenchimento incorreto da EFD não ensejou ausência de recolhimento do ICMS devido nas operações de venda de mercadoria, transcrevendo a ementa do Acórdão CS nº 0041-21/09.

Repetiu os pedidos já efetuados ao longo de sua peça defensiva e protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e, em especial, de prova pericial a fim de reforçar todas as alegações desta impugnação.

O Autuante apresentou informação fiscal (fls. 621-B a 626), onde informou que o ICMS é um imposto cujos cálculos são feitos pelo próprio contribuinte, assim como o pagamento, não cabendo ao auditor, fora previsão legal, solicitar ao contribuinte que retifique as suas informações ou que recolha espontaneamente a diferença do imposto devido, mas verificar, a posteriori, se a escrituração do contribuinte corresponde a todas as operações executadas no período, bem como o cálculo do imposto e seu pagamento.

Explicou que o §4º do Art. 147 do RICMS/BA não obriga ao Auditor Fiscal intimar o contribuinte para reenviar os arquivos EFD no caso de não entrega ou no caso de entrega com inconsistência, mas concede ao contribuinte que, caso seja intimado nessas circunstâncias, o prazo de 30 dias para cumprir, cabendo reconhecer que alguns roteiros de fiscalização não serão possíveis sem determinadas informações.

Disse que a falta de arquivo de um mês inteiro de EFD prejudica o roteiro de estoque e, tendo sido observado que faltavam apenas dois meses de EFD, os meses de fevereiro de 2015 e 2016, o Autuado foi devidamente intimado para que enviasse esses arquivos para a SEFAZ, que atendeu dentro do prazo legal, o que possibilitou que, com os arquivos EFD completos, fosse feito o levantamento de estoque e identificadas e cobradas as omissões.

Aduziu que a informação de que o Autuado fez, por vontade própria, solicitação e retificação de arquivos EFD milita contra o mesmo, pois mostra que teve oportunidade de corrigir possíveis erros de informações, mas as inconsistências encontradas quando do levantamento de estoque são infrações que o auditor tem o poder dever de cobrar através de lavratura de Auto de Infração.

Afirmou, quanto ao requerimento de nulidade por erro no enquadramento legal das Infrações 02 e 03, que, apesar do Autuado ter dito que não houve omissão em função das vendas terem sido feitas e registradas na ECF, ele não especificou as mercadorias.

Alegou que o Autuado cometeu um equívoco ao questionar a nulidade do Auto de Infração por incorreção no fundamento legal da multa aplicada à Infração 01, citando corretamente o Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, na hipótese (vii) “omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque”, devendo ser cobrado 100% de multa, pois a infração se refere justamente à “falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado”.

Ressaltou que as infrações encontradas no roteiro de levantamento quantitativo de mercadorias foram omissão de saídas de mercadorias constatadas mediante apuração normal de ICMS e, como se pode deduzir, a venda dessas mercadorias não foi registrada na ECF no momento da venda, e omissão de entradas de mercadorias enquadradas na substituição tributária com apuração sumária do imposto, que é uma presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias que foram vendidas sem os registros no ECF.

Argumentou que o entendimento do CTN é que, “salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”, sendo preciso unicamente que tenha havido prejuízos aos cofres públicos, e que o Autuado não conseguiu impugnar as infrações, apresentando vários anexos, mas sem os utilizar de maneira contundente para rejeitar ponto a ponto a autuação, apenas citando-os de maneira genérica, não podendo assim também ser abordados diretamente nessa informação fiscal.

Salientou que o Autuado ainda apresentou cópias de seus livros fiscais, entretanto o RICMS determina que a EFD é obrigatória e que substitui a escrituração dos livros fiscais, sendo, oficialmente, a declaração dos registros e apuração do ICMS, transcrevendo os Arts. 247, 248, 250 e 251 do RICMS/12.

Pugnou pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

O Autuado suscitou diversas preliminares de nulidade: pela falta de intimação para enviar EFD não entregue ou retificar a EFD entregue com inconsistências, por inobservância da exigência contida na Cláusula 13 do Ajuste SINIEF nº 02/09, por erro no enquadramento legal das Infrações 02 e 03 e por incorreção no enquadramento legal da multa aplicada à Infração 01.

Saliento que a falta de entrega de arquivo dificulta a realização do roteiro de estoque, mas a sua entrega com erros ou omissões só depõe sobre o próprio Autuado, não podendo tal alegação servir de base para o requerimento de nulidade.

O Auditor Fiscal deve intimar o contribuinte para reenviar os arquivos EFD em caso de não entrega ou se ele verificar que a entrega foi efetuada com inconsistências marcantes, não cabendo ao contribuinte utilizar os equívocos que ele porventura cometeu como argumento para nulidade. Vale ressaltar que a EFD é o próprio livro fiscal, devendo o contribuinte ter responsabilidade sobre as informações ali constantes.

Constato que o próprio Autuado questionou a inobservância da exigência contida na Cláusula 13 do Ajuste SINIEF nº 02/09, sem observar que o §7º, I, do referido dispositivo já dispõe que não produzirá efeitos a retificação da EFD de período de apuração que esteja sob ação fiscal.

Também não verifico nenhum equívoco no enquadramento legal das Infrações 02 e 03, mediante o Art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, que estabelece a solidariedade pelo pagamento do imposto a qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea.

E não concluo pela nulidade por incorreção no fundamento legal da multa aplicada à Infração 01, pois o Art. 42, III, “g”, da Lei nº 7.014/96, é bem claro ao estabelecer a multa pela ocorrência de “omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque”.

Portanto afastou as nulidades suscitadas.

Indefiro a solicitação de perícia fiscal, com fulcro no Art. 147, II, do RPAF/99, por constatar que o processo contém todos os elementos para a decisão sobre a lide, sendo desnecessária a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito. Além disso, o Autuado não demonstrou nenhum erro efetivo no lançamento, apenas questionou genericamente o levantamento e alegou erro no SPED.

No mérito, o Autuado apenas alegou que não há qualquer valor devido a título de ICMS que possa fundamentar a exigência, pois ainda que existam erros nos lançamentos feitos em EFD, apurou o ICMS com base em todos os cupons fiscais emitidos diariamente por meio do ECF, sem indicar objetivamente qualquer equívoco do levantamento.

Apesar do Autuado ter dito que os recolhimentos foram efetuados de acordo com a apuração que elaborou, o que está sendo exigido na autuação é exatamente o que não foi registrado, tampouco apurado, ou seja, omissão de entradas de produtos sujeitos à substituição tributária e omissão de saídas dos demais produtos.

No caso da Infração 01, se constatou a omissão de saídas e foi lançado o imposto decorrente, mediante obediência de todos os parâmetros para auditoria de estoques, como cálculo do preço médio e demais demonstrativos: entrada, saída, inventário e omissões. Assim, entendo que a Infração 01 é procedente.

No caso das Infrações 02 e 03, foi constatada a omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo sido lançado, por responsabilidade solidária, o imposto normal devido pelo remetente em relação às mercadorias em que o levantamento quantitativo acusou ausência do seu registro, e por substituição tributária de responsabilidade do próprio Autuado devido nas entradas destas mercadorias.

Saliento que as mercadorias não são as mesmas apuradas na Infração 01, as quais são tributadas normalmente, enquanto estas estão sujeitas à substituição tributária por antecipação. Assim, não há qualquer nexo causal entre a Infração 01 e as Infrações 02 e 03, salvo por serem apuradas por levantamento quantitativo de estoque.

Portanto, voto pela procedência das Infrações 02 e 03.

Por fim, o pedido da redução ou cancelamento da multa aplicada foge à competência desta Junta de Julgamento Fiscal, pois se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, não se aplicando, conforme invocado pelo Autuado, o disposto no Art. 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299762.0001/17-9**, lavrado contra **H 2 S 4 CONFECÇÃO E CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 690.280,85**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 153.629,93 e 100% sobre R\$ 536.650,92, previstas no art. 42, II, "d," e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR