

PROCESSO - A. I. Nº 272466.3017/16-8
RECORRENTE - SUPERMERCADO KIBARATO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0174-03/17
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-11/19

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS NA EFD. As provas acostadas aos autos afastam de forma irrefutável a presunção de omissão de saídas de mercadorias em razão da falta de escrituração de documentos fiscais de entrada na EFD da Impugnante. Ficou comprovado, todavia, o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação. Assim, é devido o pagamento da multa por descumprimento da obrigação acessória. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 06/12/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$20.883,54, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração: 01 - 05.05.01 - *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registrada. Relativamente ao período de janeiro/2014 dezembro/2015. No valor de R\$20.883,54.*

Após a devida instrução processual, a 3ª JF decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da autuação, conforme voto a seguir transcrito:

VOTO

Preliminarmente, a Impugnante pugna pela nulidade do auto de infração com espeque no Art. 38 do REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RPAF, pois, afirma que o mencionado dispositivo legal determina que a lavratura de auto de infração só é permitido para valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 e que o valor do auto de infração em tela é de R\$ 20.883,54, portanto inferior ao valor permitido para lavratura de auto de infração, sendo para o caso admitido apenas a lavratura de notificação fiscal prevista no art. 48 do RPAF.

Contudo esta situação posta pela defesa não caracteriza nulidade, pois verifico a prima facie que não se trata de situação fática da qual se possa subsumir interpretação passível de enquadramento no Art. 18 do RPAF, trata-se apenas de formalidade que em nada prejudica o direito da Impugnante, pretende apenas tornar mais simples e célere o lançamento do crédito fiscal, e em nada prejudica a legalidade deste. Assim, afasto o pedido preliminar de nulidade suscitado pela defesa. Outrossim.

Portanto, compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Adentrando ao mérito, verifico que a acusação fiscal referente a infração 01 calca-se na presunção legal relativamente a omissão de saídas de mercadorias tributadas prevista no inciso IV do §4º do Art. 4º da Lei 7.014/96, em vista da apuração fiscal da falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias na EFD e por conseguinte no SPED.

Vejo nos autos, portanto, que de fato houve a falta de escrituração de documentos fiscais de entrada na EFD da Impugnante e a alegação da defesa de que apresentou todos os livros fiscais e documentos solicitados de forma impressa e devidamente escriturados e com os registros de todas as notas fiscais de entradas e saída objeto da autuação não a socorre porque a escrituração dos livros fiscais impressos não é mais exigida pela legislação do ICMS, ao contrário da EFD que é obrigatória e que não pode ser suprida por nenhum outro expediente, nem

mesmo com as DMAs, ou com a discriminação das NFes nos Documentos de Arrecadação Estadual – DAE quando do recolhimento da antecipação parcial ou total do ICMS, como também alegou a defesa.

Destaco ainda que não observei ofensa ao PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, nem a ocorrência de “BIS IN IDEM TRIBUTÁRIO”, no procedimento fiscal constante dos autos.

A citação do Art. 247, § 4º. do RICMS que permite que a EFD – Escrituração Fiscal Digital entregue com inconsistência, seja retificada no prazo de trinta dias, compromete ainda mais a defesa, posto que este expediente deveria ter sido praticado pela Impugnante antes de iniciada a ação fiscal, todavia verifica-se dos fatos que a contribuinte não aproveitou a oportunidade.

Destarte, o comando legal previsto no inciso IV do §4º do Art. 4º da Lei 7.014/96 é absolutamente claro e consta dos autos a efetiva ocorrência da conduta deflagradora da presunção em tela, de haver a impugnante deixado de constar de sua escrituração fiscal diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias, acusação de que a defesa não conseguiu sequer relativizar, portanto voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do auto de infração.

Inconformado com a decisão da 3ª JJF, o autuado, tempestivamente, ingressou com Recurso Voluntário, fls. 791 a 810, aduzindo, em síntese, o que segue abaixo:

Preliminarmente argui a nulidade do Auto de Infração por desobediência ao disposto no artigo 38 do RPAF, por ter o Auto de Infração valor menor (R\$20.883,54) que o estabelecido (R\$39.720,00).

Com isso, o auto é nulo de pleno direito, pois no caso em tela, não seria Auto de Infração e sim uma Notificação Fiscal nos termos do art. 48 do RPAF.

No mérito, ratifica todos os argumentos e documentos apresentados em sede de defesa, e requer que seja levado em consideração tudo que ali foi exposto e juntado.

Assevera que a recorrente demonstrou através de diversos documentos, que não teve em momento nenhum a intenção de sonegar impostos e fraudar o Fisco, pois, foi demonstrado através da DMA e outros, que todas as notas fiscais de entradas foram escrituradas e que, na verdade, o que houve foi a apresentação da EFD em desacordo. No caso aqui não podemos sequer mencionar omissão de saída, e sim uma omissão nas informações da EFD, conforme farta documentação juntada em sede de defesa, em especial as DMAs, cruzando os valores declarados com as aquisições realizadas.

Enfatiza que o nobre auditor não observou a robusta documentação acostada na defesa, inclusive com provas cabais de que a recorrente em momento algum teve a intenção de cometer ilícitos tributários, e ficou mais que evidente, que, o que houve, foi apenas uma infração na apresentação da EFD em desacordo, que inclusive seria a recorrente passiva tão somente de **penalidade fixa** e não cobrar ICMS por omissão de saída que não existiu. (**Documentação juntada em sede de defesa**).

Na verdade, não houve uma omissão de entrada e sim a **apresentação de um arquivo de SPED sem o preenchimento correto das operações de entrada e saída de mercadoria**, pois o Fisco mesmo é conhecedor das dificuldades de apresentação da obrigação acessória **em sua fase de implantação**, como foi o caso da recorrente.

Manifesta a sua estranheza em relação ao roteiro de auditoria eleito pelo auditor, uma vez que o mesmo intimou a recorrente através da **INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS** onde solicitou da recorrente todos os documentos inerentes a fiscalização, inclusive os **LIVROS FISCAIS e CONTÁBEIS (impressos)** especialmente o de entrada, saídas e apuração do ICMS o que foi de pronto entregue pela recorrente e sequer foram analisados.

Como se não bastasse a robusta e inegável prova de que não houve omissão de entradas e **sim um erro na apresentação de uma obrigação acessória, ou seja, SPED Fiscal**, mais uma situação que comprovaria a boa-fé da recorrente e o equívoco da autuação diz respeito às operações interestaduais realizadas pela recorrente, passíveis de antecipação parcial e tributária, gerando os Documentos de Arrecadação Estadual – DAE's, com registro dos números das notas fiscais, relacionados no relatório da fiscalização. (Documentação apresentada em sede de defesa).

Assevera que o próprio enquadramento legal da infração estampando pelo nobre auditor, vem em seu socorro com a ressalva estabelecida no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, onde é bem claro

“salvo prova em contrário”, e esta prova estaria materializada na robusta documentação inclusa em sede de defesa, demonstrando não haver omissão de entradas de mercadorias, e mais uma vez **frisa ter ocorrido, apenas, um lapso na entrega em desacordo com os padrões da legislação.**

“Lei 7.014/96

...

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: (grifo nosso).

...

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;”

Requer aplicação de penalidade por apresentação da EFD em desacordo com a legislação aplicável e não a cobrança do ICMS por omissão de saída, pois, essa última, não existiu, e se persistir, estará condenando a recorrente ao pagamento dos tributos duas vezes, o que é proibido e odioso em nosso ordenamento jurídico.

Em 09/07/18 esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência à INFAZ de Origem (fls. 815/816), com vistas a atender ao que segue:

- 1- Verificar se todas as notas fiscais supostamente omitidas foram lançadas nos Livros Contábeis da empresa.
- 2- Caso positivo, elaborar demonstrativo excluindo as notas fiscais lançadas nos Livros Contábeis.

Depois destas providências, a inspetoria deve dar ciência ao sujeito passivo da presente diligência para, caso queira, manifestar-se, num prazo de 30 dias.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o processo deve ser reencaminhado para que o autuante preste uma nova informação fiscal.

Depois, o processo deverá ser devolvido para que se dê sequência ao julgamento.

Em Informação Fiscal de fls. 820/821 o Autuante informa que não há reparos a fazer, pois a defesa do contribuinte não apresentou provas cabais que pudesse elidir a autuação.

Intimada a se manifestar sobre a Informação Fiscal, a Recorrente apresenta suas razões (fls. 829 a 844) onde anexa os recibos de entrega da Escrituração Contábil Digital referente aos exercícios de 2014 e 2015, objeto da autuação.

Observa que o autuante não teve o cuidado de confrontar as provas apresentadas e, ainda, que o mesmo teria, por dever de ofício, analisar todos os livros solicitados, o que não aconteceu.

Assevera não ter obrigação de fazer juntada de documentos, pois estes estariam à disposição das autoridades fiscais no Sistema Público de Escrituração Digital, mas, mesmo assim, apresenta a mídia com todos os arquivos digitais inerentes ao SPED Contábil dos exercícios de 2014 e 2015 e, ainda, se coloca à disposição para fazer a impressão de toda escrituração.

O autuante, em Informação Fiscal Complementar de fls. 846 a 849, considerando que o contribuinte registrou as NFe no SPED-ECD, atenuando sua conduta infratora, acata as razões da defesa em seu Recurso Voluntário (fls. 791 a 799) para converter a presente autuação para aplicação da multa fixa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias adquiridas, nos termos do art. 42, IX, da Lei nº 7014/96, reduzindo o valor da autuação para R\$4.523,61, conforme demonstrativo de fls. 848/849.

VOTO

Com relação à preliminar arguida pela Recorrente, alegando a nulidade do Auto de Infração por desobediência ao disposto no artigo 38 do RPAF, por ter o Auto de Infração valor menor

(R\$20.883,54) que o estabelecido (R\$39.720,00) e, no caso em tela, não seria Auto de Infração e sim uma Notificação Fiscal nos termos do art. 48 do RPAF, não assiste razão à Recorrente. O débito constante no Auto de Infração é composto pelos valores do tributo, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes, conforme estabelece o § 3º do Art. 39 do RPAF, sendo superior ao valor mínimo estabelecido.

Portanto, não acolho a preliminar de nulidade arguida.

No mérito, entendo que as provas acostadas aos autos afastam de forma irrefutável a presunção de omissão de saídas de mercadorias em razão da falta de escrituração de documentos fiscais de entrada na EFD da Impugnante.

O próprio autuante reconhece, em sua Informação Fiscal Complementar (fls. 846/849), o registro das NFe no SPED-ECD, que afasta a presunção prevista no § 4º, inciso IV do Art. 4º da Lei nº 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;

É de se salientar que, embora possa haver divergências entre a escrituração fiscal eletrônica do Recorrente e os arquivos apresentados através a EFD, há de prevalecer o descumprimento de obrigação acessória, pelo que é correta a aplicação do que determina a Lei nº 7.014/96:

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 sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Assim, fica reduzido o valor da autuação para R\$4.523,61, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 848/849).

Portanto, acolho parcialmente o Recurso Voluntário apresentado para alterar a Decisão recorrida e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, para cobrar a multa de 1% sobre o valor das notas fiscais que deixaram de ser registradas, conforme determina o artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96 e, considerando que restou comprovado a ausência de dolo, fraude ou simulação, que não ocorreu a falta de recolhimento de tributo, proponho a redução da multa aplicada em 50% nos termos do artigo 42, §7º da Lei nº 7.014/96 bem como do art. 158 do RPAF-BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272466.3017/16-8**, lavrado contra **SUPERMERCADO KIBARATO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$2.261,80**, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, reduzida a multa nos termos do artigo 42, §7º da Lei nº 7.014/96 bem como do art. 158 do RPAF-BA, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

