

A. I. Nº - 233080.0021/17-9
AUTUADO - N CLAUDINO E CIA LTDA,
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - 26.08.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-02/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) PRAZO. REGULAMENTAR. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Alegação de cancelamento de NFs não comprovadas e reconhecimento de que as NFs se encontram com status de autorizadas no ambiente da NF-e, provam que as operações foram efetivadas. Infração subsistente. Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO EM EXERCÍCIO FECHADO (2015-2016). OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. a) FALTA DE EMISSÃO E ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDAS. Alegação defensiva se resume a negativa de cometimento da infração por mero erro operacional e falta de inclusão de NFC-es no levantamento fiscal relativo 2016, ponto este admitido pelo autuante que ajustou o lançamento na forma prevista no § 1º, do art. 18 do RPAF. Embora reaberto prazo para defesa o Impugnante se limita a repisar as iniciais alegações. Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b.2) RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infrações integrantes do mesmo levantamento quantitativo. Mesmas alegações defensivas dadas à infração anterior e refazimento do procedimento fiscal repercutem na apuração do exercício 2016 dessas infrações. Acolhido o ajuste efetuado. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/09/2017, refere-se à exigência de R\$110.415,70, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **02.01.02**. Deixou de recolher ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações não escrituradas nos livros próprios. Valor: R\$ 3.713,87. Período: julho 2015, junho 2016 e julho 2017. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 332, I, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração 02 - **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. Valor: R\$ 105.828,99. Período: Exercícios 2015 e 2016.

Enquadramento legal: Art. 2º, I; art. 23-B, da Lei 7.014/96 c/c art. 83, I, do RICMS-BA/2012 e art. 13, I, da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, “g” da Lei 7.014/96.

Infração 03 - **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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$606,29. Período: Exercícios 2015 e 2016. Enquadramento legal: Art. 6º, IV; art. 23, I da Lei 7.014/96 c/c art. 217, do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 04 - **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 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$266,55. Período: Exercícios 2015 e 2016. Enquadramento legal: Art. 6º, IV; art. 23, II, da Lei 7.014/96 c/c art. 217, do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, “b”, da Portaria 445/98. Multa: 60%, art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Em sede de defesa (fls. 12-18), o sujeito passivo assim rebate o lançamento:

Infração 01

Diz que duas NFs de transferência de mercadorias entre a filial fiscalizada e as filiais de destino foram canceladas e substituídas por outras NFs.

Alega que as NFs apresentadas pelo autuante foram emitidas com erros de CST e CFOP, sendo canceladas na escrita fiscal e substituídas por outras, conforme diz se inferir de planilha anexa.

Quanto às demais NFs, alega que as operações de transferências não foram efetivadas. Assim, diz não ter havido falta de recolhimento de ICMS, quer seja porque algumas NFs foram substituídas, sendo que as substitutas foram declaradas na escrita fiscal, quer seja porque não houve fato gerador do ICMS em algumas operações.

Por fim, alega que por erro no sistema operacional da empresa, no momento do cancelamento, as NFs não foram excluídas no ambiente da SEFAZ, ou seja, as chaves de acesso permaneceram ativas indevidamente e, por tudo isso, diz que o AI deve ser invalidado.

Infração 02

Diz que as diferenças encontradas na auditoria não se tratam de omissão de entradas e saídas, mas de um mero erro operacional que não teria causado prejuízo ao erário.

Fala que o Inventário declarado em 31/12/2015, por erro na parametrização do sistema na geração do arquivo do Inventário Final NÃO incluiu o saldo de 10 produtos armazenados no “Estoque Depósito” com destino à Central de Distribuição do Contribuinte. Tanto que a divergência de saída encontrada em 2015 se anula com a divergência de entrada em 2016, justificada pela emissão das NFs de transferências emitidas em janeiro 2016 com destino a Central de Distribuição.

Fazendo quadro demonstrativo para 2015 com ICMS de R\$153.901,00 e para 2016 com ICMS de R\$142.702,50 diz que para 2015 restaria uma diferença de movimentação de R\$100.681,01, o que corresponderia a 0,04% do valor do recebimento de mercadorias neste ano, no importe de R\$26.122.540,47.

Considerando 2016, fala que a diferença na movimentação de omissão de entrada de R\$174.722,25, sendo que desse valor R\$142.702,50 se refere ao equívoco descrito, onde o inventário declarado em 31/12/2015, por erro para parametrização do sistema na geração do arquivo do Inventário Final não foi incluído o saldo de 10 produtos armazenados no “Estoque Depósito” com destino à Central

de Distribuição, razão pela qual restaria um valor de R\$32.019,75, o que diz representar 0,0017% da movimentação recebida no valor de R\$18.482.760,12.

Alega que as diferenças são provenientes de meros erros na operacionalização do estoque, a exemplo de entrega errada de mercadoria a cliente, pequenos furtos, troca de produtos viciados, dentre outros, erros que a Autuada sempre buscou reduzir.

Em relação às omissões de saídas em 2016, diz que as divergências são referentes às NFC-es que não foram consideradas pelo autuante no levantamento fiscal, conforme relatório em anexo.

Toma 07 produtos como exemplo (022333, 022366, 022442, 022443, 022550, 022592 e 022297) e diz concluir que a omissão de saída decorre das NFC-es não consideradas, razão pela qual o AI seria insubsistente.

Infrações 03 e 04

Diz seguirem a mesma sorte das demais, qual seja, a improcedência, não havendo que se falar em responsabilidade solidária, uma vez não ter existido omissão de entrada.

Concluindo, requer seja acolhida a Impugnação para que o AI seja declarado improcedente.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 132-136, dizendo:

Infração 01

Após resumir a alegação defensiva, diz que o contribuinte tem pleno conhecimento de que ele não executou todos os requisitos previstos na legislação vigente para cancelamento dos documentos fiscais e que eles continuam válidos, causando, com isso, prejuízo ao erário.

Infração 02

Também após resumir as alegações defensivas, diz que as infrações 02, 03 e 04 foram detectadas por levantamento quantitativo de estoques orientado pela Portaria SEFAZ 445/98, mas reconhece que, no exercício 2016 não considerou as Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas - NFC-es e, por isso, elaborou novos demonstrativos apontando que a omissão de saídas no valor de R\$584.300,51, detectada originalmente, valor superior à omissão de entradas no mesmo período (R\$174.722,25), nos novos demonstrativos refeitos apontam o seguinte: Omissão de Saídas: R\$100.013,91; Omissão de Entradas: R\$185.887,04.

Nesse caso, diz, diferentemente dos demonstrativos originais, a omissão de entradas é superior à omissão de saídas, e obedecendo ao que preceitua o art. 13 da Port. SEFAZ 445/98, a Infração 02, somente para a ocorrência 31/12/2016, deve ser substituída pela Infração 05 – 04.05.05 – Entrada de mercadorias maior que a de saída – Falta de recolhimento do ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária das operações de entrada com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, com o valor histórico de R\$33.459,67, com enquadramento legal no art. 4º, § 4º, IV; art. 23-A, II da Lei 7.014/96 C/C art. 13, II, da Portaria 445/98, e multa de 100% tipificada no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 03

Informa que seguindo os mesmos motivos expostos para a Infração 02, somente para a data de ocorrência 31/12/2016, o valor devido passa para R\$306,69, conforme os novos demonstrativos, mantendo-se o enquadramento legal.

Infração 04

Informa que seguindo os mesmos motivos expostos para a Infração 02, somente para a data de ocorrência 31/12/2016, o valor devido passa para R\$32,37, conforme os novos demonstrativos, mantendo-se o enquadramento legal.

Do exposto, diz que contrariando a alegação defensiva, exceto quanto à falta de inclusão das NFC-es emitidas em 2016, todas as informações foram demonstradas com os respectivos enquadramentos legais.

Concluindo, pugnando pelo rápido julgamento do PAF, afirma que a defesa tem cunho protelatório visando apenas procrastinar o pagamento do tributo devido.

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o Impugnante se manifesta (fls. 142-143) pedindo a reabertura do prazo de defesa, tendo em vista a alteração da acusação fiscal, pleito que foi deferido na fase de instrução processual, conforme diligência à fl. 152.

Por consequência, às fls. 156-160 o sujeito passivo assim se manifesta:

Infração 01

Reitera a alegação defensiva acerca das duas NFs de transferência de mercadorias entre a filial fiscalizada e as filiais de destino que diz terem sido canceladas e substituídas por outras, admitindo foram emitidas com erros de CST, alíquota e CFOP, bem como o fato de que as operações relativas às demais não foram realizadas e que por erro no sistema operacional, no momento do cancelamento elas não foram excluídas no ambiente da SEFAZ e, por isso permaneceram ativas.

Infração 02

Diz que ainda que tenha ocorrido alteração na infração, mantém a argumentação defensiva inicial, pois que as omissões se derivariam de mero erro operacional que não causou prejuízo ao erário, pois a divergência de saídas de 2015 se anularia com a divergência de entrada em 2016.

Infrações 03 e 04

Apenas reproduz a descrição das infrações e diz que são improcedentes.

Conclui requerendo acolhimento da Impugnação e improcedência da autuação.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 203-205. Repisa a informação anterior, mormente no que diz respeito à alteração efetuada no levantamento quantitativo relativo ao exercício 2016.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de quatro infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 03, 04, 08, 138 e 139, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CDs de fls. 10 e 137); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Rejeito, portanto, a nulidade suscitada.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no

prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Passo a apreciar o mérito da autuação.

Infração 01

A acusação fiscal é de falta de recolhimento de ICMS com enquadramento legal nos artigos 2º, I e art. 32, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, I, § 6º do RICMS-BA/2012.

Embora alegue que as NFs objeto da autuação ou foram canceladas ou as operações de transferência de mercadorias que acobertam não foram efetivadas, o Impugnante reconhece que as NFs permaneceram ativas no ambiente fiscal da NF-e. Portanto, que o próprio cancelamento alegado não ocorreu na forma legal e que, de fato, não as registrou na escrita fiscal, mas que, segundo ele, isso não teria causado prejuízo ao erário.

Sem embargo, sendo contribuinte cuja apuração periódica do ICMS se dá mediante regime de conta corrente fiscal, os efeitos das alegações defensivas não favorecem ao Impugnante, pois, ao fim e ao cabo, elas consistem em mera negativa do cometimento da infração e, ao contrário do pretendido, o status de documentos “autorizados/ativos” no ambiente da NF-e, sem direito a dúvida, provam que as respectivas operações foram realizadas e o fato de não terem sido escrituradas nos livros fiscais próprios implica em incorreta apuração do saldo do imposto nos respectivos períodos.

Infração subsistente.

Infração 02

Acusa falta de recolhimento de ICMS relativo a OMISSÃO DE SAÍDAS de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de saídas em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios 2015 e 2016), cujo valor original tem suporte nos demonstrativos magneticamente impressos no CD de fl.10.

A alegação defensiva é que as diferenças encontradas na auditoria não se tratam de omissão de entradas e saídas, mas de um mero erro operacional, pois o Inventário declarado em 31/12/2015, por erro na parametrização do sistema na geração do arquivo do Inventário Final NÃO incluiu o saldo de 10 produtos armazenados no “Estoque Depósito” com destino à Central de Distribuição do Contribuinte. Tanto que a divergência de saída encontrada em 2015 se anularia com a divergência de entrada em 2016, justificada pela emissão das NFs de transferências emitidas em janeiro 2016 com destino a Central de Distribuição.

Também alega que, ademais do erro operacional declarado, existem diferenças provenientes de meros erros na operacionalização do estoque, a exemplo de entrega errada de mercadoria a cliente, pequenos furtos, troca de produtos viciados, dentre outros, erros que, diz, sempre buscou reduzir e que em relação às omissões de saídas em 2016, as divergências são referentes às NFC-es que não foram consideradas pelo autuante no levantamento fiscal.

Por sua vez, das alegações defensivas, o autuante admite não ter considerado as NFC-es, argumento relativo ao exercício 2016. Refez o procedimento fiscal que, conforme os novos demonstrativos suporte da acusação fiscal agora contidos no CD de fl.137 (cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo) apontam que a omissão de saídas no valor de R\$584.300,51, detectada originalmente - valor superior à omissão de entradas no mesmo período (R\$174.722,25) -, nos demonstrativos refeitos apontam o seguinte: Omissão de Saídas: R\$100.013,91; Omissão de Entradas: R\$ 185.887,04, que agora sendo maior que a omissão de saídas implica na redução da exação fiscal da ocorrência 31/12/2016 de R\$68.595,32 para R\$33.459,67.

Os ajustes no procedimento fiscal foram regularmente levados a conhecimento do sujeito passivo que em oportuna manifestação a respeito – inclusive com a reabertura do prazo de defesa que

pediu – podendo proceder na forma orientada pelo art. 123 do RPAF, limitou-se à literal repetição da Impugnação inicial.

Pois bem. Analisando os autos e ponderando as razões de defesa e acusação, constato o seguinte.

Essa infração trata de falta de recolhimento de ICMS apurado por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Portanto, tributo não declarado ao Ente tributante pelo contribuinte devedor.

De logo, cabe frisar que o procedimento do qual resultou a exação fiscal deu-se mediante regular aplicação do roteiro de Auditoria de Estoque respaldado na Portaria 445/98 e Instrução Normativa 56/07, da SAT, com base nos arquivos eletrônicos informados pelo sujeito passivo, contendo os registros de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas, integrantes da base de dados da SEFAZ.

A auditoria foi efetuada através do Sistema Integrado de Fiscalização – SIAF, ferramenta fiscal que não modifica os dados da movimentação empresarial registrada pelo contribuinte no Sistema Público de Escrituração Digital (fiscal e contábil) - SPED.

Sem embargo, por ser operada por Autoridade Fiscal humana, eventual equívoco pode ocorrer. No caso, como reconhecido pelo autuante, foi a falta de comando para inserção dos dados relativos às NFC-es de 2016 no Sistema Integrado de Fiscalização, equívoco que foi devidamente regularizado nos termos previstos no § 1º do art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Atentando-se para o fato de que o sistema SPED é o único legalmente permitido, cuja validade jurídica prova a favor e em contra o contribuinte, ressalta-se que a auditoria por levantamento quantitativo de estoque consiste em uma equação que a partir dos dados do estoque inicial, soma as mercadorias entradas, deduz o estoque final. Assim, caso o contribuinte tenha registrado regularmente sua movimentação, cumprido suas obrigações tributárias (principais e acessórias), laborando corretamente em suas prévias providências com respeito aos tributos sujeitos à homologação do Fisco, estes serão homologadas de ofício com o roteiro de auditoria aqui utilizado, sem qualquer exação.

Portanto, quando ocorre lançamento de ofício – como nesse caso – por obvio, e tecnicamente, ele se dá em consequência de omissões com descumprimento de obrigação tributária principal, cabendo à Autoridade Fiscal, por dever de ofício, constituir o respectivo crédito tributário.

É que com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais. Neste aspecto, o autuado está obrigado à escrituração fiscal digital usando o SPED, único formato legal de escrituração fiscal-contábil para efeito de prova a favor do autuado, desde 01/01/2011.

No que interessa para o instante, o Ajuste SINIEF 02/09, dispõe o seguinte:

Cláusula décima O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital - PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB.

§ 1º O PVA-EFD também deverá ser utilizado para a assinatura digital e o envio do arquivo por meio da internet.

§ 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

§ 3º O procedimento de validação e assinatura deverá ser efetuado antes do envio do arquivo ao ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

§ 4º Fica vedada a geração e entrega do arquivo digital da EFD em meio ou forma diversa da prevista nesta cláusula.

Cláusula décima primeira O arquivo digital da EFD será enviado na forma prevista no § 1º da cláusula décima, e sua recepção será precedida no mínimo das seguintes verificações:

I - dos dados cadastrais do declarante;

II - da autoria, autenticidade e validade da assinatura digital;

III - da integridade do arquivo;

IV - da existência de arquivo já recepcionado para o mesmo período de referência;

V - da versão do PVA-EFD e tabelas utilizadas.

§ 1º Efetuadas as verificações previstas no caput, será automaticamente expedida pela administração tributária, por meio do PVA-EFD, comunicação ao respectivo declarante quanto à ocorrência de um dos seguintes eventos:

I - falha ou recusa na recepção, hipótese em que a causa será informada;

II - regular recepção do arquivo, hipótese em que será emitido recibo de entrega, nos termos do

§ 1º da cláusula décima quinta.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e o documento de que trata o § 3º da cláusula primeira no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º A recepção do arquivo digital da EFD não implicará no reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem na homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte. (grifos meus)

Cláusula décima segunda O arquivo digital da EFD deverá ser enviado até o quinto dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração.

Parágrafo único. A administração tributária da unidade federada poderá alterar o prazo previsto no caput.

Nova redação dada à cláusula décima terceira pelo Ajuste SINIEF 11/12, efeitos a partir de 01.01.13.

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.

§ 1º A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.

§ 2º A geração e envio do arquivo digital para retificação da EFD deverá observar o disposto nas cláusulas oitava a décima primeira deste ajuste, com indicação da finalidade do arquivo.

§ 3º Não será permitido o envio de arquivo digital complementar.

§ 4º O disposto nos incisos II e III desta cláusula não se aplica quando a apresentação do arquivo de retificação for decorrente de notificação do fisco.

§ 5º A autorização para a retificação da EFD não implicará o reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem a homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.

§ 6º O disposto no inciso II do caput não caracteriza dilação do prazo de entrega de que trata a cláusula décima segunda.

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

II - cujo débito constante da EFD objeto da retificação tenha sido enviado para inscrição em Dívida Ativa, nos casos em que importe alteração desse débito;

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

Acrescida o § 8º à cláusula décima terceira pelo Ajuste SINIEF 6/16, efeitos a partir de 13.04.16.

§ 8º No interesse da administração tributária e conforme dispuser a legislação da unidade federada, a retificação da EFD nas situações de que tratam os incisos I e II do § 7º poderá produzir efeitos.

Ora, a exposta sistemática das informações fiscais tem a finalidade de possibilitar ao Fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias do contribuinte, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitorialidade, a exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, até sem a necessidade da participação do contribuinte, em certos casos.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o Fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS e, quando a EFD se apresentar inconsistente (o que não ocorreu no caso), intimar o contribuinte a regularizá-la. Assim, eventuais irregularidades cometidas pelos obrigados tributários nos arquivos EFD que produzem e que não reflitam a realidade da movimentação empresarial com repercussão tributária apenas podem ser corrigidas mediante fundamentadas provas e dentro do SPED, conforme o disciplinamento legal acima exposto.

Por outra parte, efetuado o lançamento, o art. 123 do RPAF assegura o direito de o sujeito passivo impugnar o lançamento de uma só vez, oportunidade em que, por imposição do ônus probatório, deverá pontuar e apresentar todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito.

Ocorre que, com relação à exação fiscal relativa a fatos geradores de 2015, as alegações defensivas e elementos de prova autuados pelo sujeito passivo não prestam e nem servem para elidir a acusação fiscal que, no caso, frise-se, seguindo sendo constatação de OMISSÃO DE SAÍDA, ajustou-se na forma preceituada pelo art. 13, II, “e”, da Portaria SEFAZ 445/98, com aplicação da multa de 100% prevista no art. 42, III, “g”, da Lei 7.014/96, redação dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10.

Art. 13. *No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:*

...

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

a) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);

b) a base de cálculo é o valor da omissão de entradas, por ser maior do que o valor da omissão de saídas, considerando-se este incluído no valor a ser tributado (RICMS/97, art. 60, § 1º);

c) para efeitos de determinação da base de cálculo de que cuida a alínea anterior, deve-se apurar o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadorias, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, “b”);

d) a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%), ficando absorvida por esta a multa pelo descumprimento da obrigação acessória;

e) apesar de ter havido omissão de saídas, mas tendo em vista ser o valor da omissão de entradas superior ao das saídas, e considerando que a exigência do tributo é feita neste caso em função do valor da presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, tendo como base de cálculo o valor da omissão de entradas, a verificação da omissão de saídas deve ser também consignada, expressamente, tanto no Auto de Infração como no Termo de Encerramento de Fiscalização, fazendo-se juntada dos papéis de trabalho a ela correspondentes, demonstrando as quantidades, os preços e a apuração do valor da omissão de saídas, para que sirvam como elementos de prova.

Ante o exposto, tenho a Infração 02 como parcialmente subsistente em face do ajuste na ocorrência de 31/12/2016, que passa de R\$68.595,32 para R\$33.459,67.

Infrações 03 e 04

Também se referem a OMISSÃO DE SAÍDA apurada pelo mesmo roteiro de levantamento quantitativo de estoque aplicada nos exercícios fechados de 2015 e 2016, sendo reflexos da Infração 02.

A alegação defensiva, tanto a inicial quanto a prestada após a Informação Fiscal seguem os mesmos motivos da concedida à Infração 02 e, além das respectivas descrições das infrações, limita-se a arguir a improcedência.

Sendo do mesmo bloco, o ajuste efetuado na Infração 02, relativo ao exercício 2016, repercute nas infrações 03 e 04, no mesmo exercício, cujas ocorrências de 31/12/2016 da Infração 03 passa de R\$257,79 para R\$306,69 e da Infração 04 passa de R\$27,97 para R\$32,37.

Assim, pelos mesmos fundamentos dados na apreciação 02, acolho os ajustes procedidos por ocasião da Informação Fiscal para a subsistência das infrações.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233080.0021/17-9**, lavrado contra **N CLAUDINO E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.333,35**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$270,95, e de 100%, sobre

R\$75.062,40, previstas no art. 42, II, alínea “d”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR