

PROCESSO - A. I. N° 272466.0026/18-2
RECORRENTE - REGIONAL MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0073-03/19
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/07/2020

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0083-11/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Comprovada a falta de escrituração das notas fiscais de vendas na EFD. Redução do débito, após considerar todos débitos e créditos, de modo a se apurar o real valor do ICMS devido em cada competência do ICMS. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3^a JJF - através do Acórdão JJF n° 0073-03/19 – que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado em 18/09/18, para exigir o débito de R\$35.491,84, em razão da constatação de quatro irregularidades, das quais o sujeito passivo se insurge apenas contra a terceira, a seguir descrita:

Infração 3 – Omissão de saídas de mercadorias, com ICMS exigido de R\$28.891,65, acrescido da multa de 100%, decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2014.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$31.555,06, após consignar que o sujeito passivo reconheceu os débitos apurados nas infrações 1 e 4, como também julgar pela Insubsistência da infração 2, tendo, em relação à infração 3, tecido as seguintes razões:

VOTO

[...]

O defensor alegou que não houve uma omissão de entrada e sim a apresentação de arquivo de SPED, sem o preenchimento correto das operações de entrada e saída de mercadorias, dificuldade insanável de apresentar o SPED Fiscal com todos os registros.

Disse que no relatório de notas fiscais eletrônicas emitido pelo próprio site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no mesmo período, ou seja, janeiro, fevereiro e abril de 2014 apresentou o valor de R\$ 487.264,53. Na DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO MENSAL DO ICMS – DMA, no mesmo período, ou seja, janeiro, fevereiro e abril de 2014 o autuado diz que apresentou na mencionada declaração o valor de R\$501.108,74.

Afirmou que não teve qualquer intenção de omitir os registros das notas fiscais de entrada na escrita fiscal, e não há como falar em omissão, se o ICMS de entradas de mercadorias foi todo recolhido. Se o autuante tivesse utilizado os critérios de observância e coerência de documentos, como a DMA apresentada, teria aplicado uma penalidade fixa nos termos do art. 42 da Lei 7.014/96, inciso XIII-A, alínea “m”, pois, isso é totalmente possível com guarda na legislação mencionada.

O autuante afirmou que da simples leitura dos autos (item 4 - RETIFICAÇÃO DO SPED FISCAL - fls. 33ss), conclui-se que o próprio contribuinte confessou tacitamente o não lançamento de NF-e de saídas no competente livro de Registro de Saídas, posto que, a empresa retificou o SPED-FISCAL após a finalização da Ação Fiscal, confirmado a correta lavratura do presente Auto de Infração.

Também afirmou que no levantamento realizado pelo fisco, foi efetuado cruzamento entre a Escrituração Fiscal

Digital - EFD e a Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, e não merece acolhimento a tese do autuado, uma vez que, para elidir, de modo válido, a autuação fiscal, o contribuinte deveria ter feito o cotejamento das NF-e com a EFD, o que não ocorreu, e não cabe à Fiscalização buscar elementos para sustentar alegações do autuado, visto que tais provas são de sua responsabilidade.

Observo que não se trata de presunção, como entendeu o defendant, haja vista que no presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em NF-e emitidas e não registradas na EFD. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto.

Foi alegado pelo autuado que o relatório de notas fiscais eletrônicas emitido pelo próprio sitio da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no mesmo período, ou seja, janeiro, fevereiro e abril de 2014 apresentou o valor de R\$ 487.264,53, e na DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO MENSAL DO ICMS – DMA, no mesmo período, apresentou o valor de R\$501.108,74. Entretanto, tal alegação não é suficiente para elidir a exigência fiscal.

Em relação à DMA, não há como vincular os valores declarados com os documentos fiscais omitidos da EFD, considerando que a mencionada declaração não informa os documentos fiscais a que se referem. Assim, não é acatada a alegação defensiva de que os valores declarados superam os montantes apurados no levantamento fiscal.

O defendant também apresentou o entendimento de que deveria ser aplicada apenas multa fixa, e o autuante disse que, se for o entendimento deste CONSEF, requer a substituição desta infração pela aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória (penalidade fixa – art. 42, XIII-A, “m” da Lei 7014/96).

Entendo que não pode ser acatado tal posicionamento, haja vista que se trata de falta de lançamento de documento fiscal relativo à operação de saída, e o defendant não comprovou, de forma inequívoca, que o imposto correspondente às operações foi efetivamente recolhido.

Face ao exposto, voto pela subsistência deste item da autuação fiscal, haja vista que os documentos fiscais não escriturados, correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Inconformado com a referida Decisão, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 138 a 149 dos autos, em relação à terceira infração, onde aduz que a Decisão recorrida não teve o cuidado de confrontar as provas apresentadas e que não observou os documentos juntados aos autos, tais como DMA, SPED FISCAL já com as devidas retificações, o DAE do recolhimento do ICMS entre outras, pois o que houve foi a entrega do SPED FISCAL em desacordo com os padrões exigidos pela legislação fiscal, porém, o cumprimento da obrigação principal que é o recolhimento do imposto foi devidamente cumprida, já que a retificação do SPED FISCAL após a ação fiscal não teve outro objetivo senão mostrar que o ICMS foi devidamente recolhido e que não houve omissão de saída.

Diz que, à época, realizou todos os lançamentos fiscais de entradas e saídas no seu sistema fiscal interno, apurou e recolheu o ICMS informado na DMA. Porém, por um lapso, não foram migradas as informações para o SPED FISCAL. Assim, com a retificação, veio demonstrar que o SPED FISCAL já devidamente retificado com todas as informações, nada mudou o valor do ICMS que foi devidamente recolhido, ou seja, o ICMS foi recolhido à época da apuração e não depois da ação fiscal.

Afirma que a finalidade da retificação do SPED FISCAL foi demonstrar que os saldos e valores retificados são fidedignos com os valores apresentados na DMA entregue na época e no prazo regulamentar, ou seja, a data de entrega da DMA não foi após a ação fiscal, do que entende ser o caso de aplicação de penalidade fixa e não de se cobrar ICMS, já recolhido, uma vez o que houve foi apenas um erro na entrega de uma obrigação acessória, do que salienta que o art. 247, §4º do RICMS permite que a EFD entregue com inconsistência, seja retificada no prazo de trinta dias.

O recorrente aduz que não se pode alegar omissão de entradas de mercadorias sem que se faça auditoria de estoques, o que não foi observado pelo autuante, pois, o que houve foi a apresentação da EFD em desacordo e isso é passível de penalidade fixa, visto que o contribuinte fez toda apuração fiscal em seu sistema e transportou para a DMA, cabendo apenas a conversão da exigência em penalidade fixa, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, sob pena de condenar o

recorrente a pagar o ICMS em duplicidade.

Por fim, requer que seja julgado improcedente a infração; perícia contábil para comprovar o registro das entradas de mercadorias no estabelecimento e, alternativamente, caso entenda necessário, que se aplique o disposto no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, do que anexa, às fls. 154 a 174 dos autos, documentos como prova de suas alegações.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, no que tange à terceira infração do lançamento de ofício, na qual se exige o ICMS no valor de R\$28.891,65, acrescido da multa de 100%, sob a acusação de: “*Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*”, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2014, conforme exemplificativo do demonstrativo analítico “Notas de saídas não escrituradas”, às fls. 16 a 17 dos autos.

Portanto, ao contrário do que diz o recorrente, não se trata de falta de registro de entradas de mercadorias no estabelecimento e, em consequência, não é cabível a conversão do suposto ICMS devido pela penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, específica àquela hipótese legal.

Da análise do levantamento fiscal, exemplificado às fls. 16 e 17 dos autos e constante em mídia eletrônica (fl. 22), com raríssimas exceções, verifica-se a existência de uma sequência numérica das notas fiscais, objeto de cobrança, do que se conclui que o recorrente deixou de escriturar na EFD, e, em consequência, de oferecer à tributação as notas fiscais de vendas de sua emissão, nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2014, nas respectivas bases de cálculo de R\$87.260,36; R\$42.736,46 e R\$41.397,32 (vide relação em mídia).

Por sua vez, o recorrente alega que realizou todos os lançamentos fiscais de entradas e saídas no seu sistema fiscal interno, e em seguida apurou e recolheu o ICMS informado nas DMA, à época entregue (fls. 157, 165 e 171), como também, que a EFD já devidamente retificada e com todas as informações, nada mudou o valor do ICMS apurado e **recolhido à época**, do que anexa “Recibo de Entrega de Escrituração Fiscal Digital”, datados de 15/11/18, correspondentes aos citados meses, como prova de sua alegação (fls. 155/161/167).

De início, observa-se que os recolhimentos do ICMS das referidas competências, em que pese dito pelo apelante ter sido recolhido à época, com base nas DMAs, efetivamente, foram recolhidos em 14/11/2018, conforme documentos às fls. 159, 164 e 170 dos autos, inclusive com acréscimos moratórios, logo após a lavratura e ciência do Auto de Infração, ocorridas em 18 e 19/09/2018, respectivamente.

Sendo assim, jamais tais recolhimentos serviriam para elidir a acusação fiscal, apenas como homologação dos valores exigidos, eis que, de fato, tais valores não foram lançados na Escrita Fiscal Digital do contribuinte e muito menos oferecidos à tributação, sendo recolhidos após a ação fiscal (14/11/2018).

Contudo, por restar comprovado através da aludida sequência numérica das notas fiscais de vendas, que o contribuinte deixou de escriturá-las na EFD dos referidos meses, caberia ao preposto fiscal refazer a conta corrente fiscal, considerando todos os débitos e todos os créditos de cada mês, de modo a se apurar o real valor do ICMS devido em cada competência do ICMS, e não apenas exigir o imposto sobre o total das notas fiscais não registradas na EFD, conforme ocorreu.

Diante de tal premissa, no mês de janeiro de 2014, no qual se exige o ICMS de R\$14.700,39, correspondente à base de cálculo de R\$86.472,88, relativa às notas fiscais de vendas não lançadas na EFD, tal exigência deve ser mantida por ser absorvida pelo valor apurado pelo contribuinte no

mês de R\$15.945,47 (base de cálculo de R\$111.497,51, com ICMS devido de R\$18.660,72, deduzido do crédito do ICMS de R\$2.715,25), conforme DMA às fls. 157 dos autos.

Portanto, neste caso, após se deduzir o crédito do débito, o ICMS a recolher apurado pelo contribuinte foi maior do que o valor constatado pelo Fisco, não há mais qualquer crédito a se compensar, devendo-se apenas homologar o valor já recolhido de R\$15.945,47 (fl. 159).

Já no mês de fevereiro/2014, onde exige-se o ICMS de R\$7.223,06, relativo à base de cálculo de R\$42.488,59, tendo o contribuinte apurado o ICMS a recolher de R\$3.355,15 (base de cálculo de R\$62.525,60, com ICMS devido de R\$10.587,22, deduzido do crédito do ICMS de R\$7.232,07), conforme DMA à fl. 165 dos autos, o valor original do lançamento de ofício de R\$7.223,06, deve ser reduzido ao ICMS de R\$3.355,15, por considerar todos débitos e créditos do mês de fevereiro de 2014, devendo-se homologar o valor recolhido de R\$3.355,15 (fl. 164).

Por fim, no mês de abril/2014, onde exige-se o ICMS de R\$6.968,20, relativo à base de cálculo de R\$40.989,41, tendo o contribuinte apurado o ICMS a recolher de R\$3.697,60 (base de cálculo de R\$56.506,44, com ICMS devido de R\$9.536,74, deduzido do crédito do ICMS de R\$5.839,14), conforme DMA à fl. 171 dos autos, o valor original do lançamento de ofício de R\$6.968,20, deve ser reduzido ao ICMS de R\$3.697,60, por considerar todos débitos e créditos do mês de abril de 2014, devendo-se homologar o valor recolhido de R\$3.697,61 (fl. 170).

Diante de tais considerações, concluo pela subsistência parcial da infração 3, no valor de R\$21.753,14, sendo: R\$14.700,39, relativo ao mês de janeiro/2014; R\$3.355,15, ao mês de fevereiro/2014 e R\$3.697,60, ao mês de abril/2014.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, relativo apenas à infração 3, para modificar a Decisão recorrida e julgá-la no valor de R\$21.753,14, homologando-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272466.0026/18-2, lavrado contra **REGIONAL MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$24.365,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.611,98, e 100% sobre R\$21.753,14, previstas no art. 42, incisos III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$51,43**, prevista no XI da mesma Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS