

A. I. N° - 295309.0015/18-4
AUTUADO - ORUABO SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - CONCEIÇÃO MARIA SANTOS DE PINHO
ORIGEM - DAT NORTE / INFACRUIZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-02/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo ao material destinado a lubrificação e manutenção de equipamentos (uso e consumo). Admissível a utilização de crédito fiscal atinente aos insumos utilizados no processo produtivo da empresa. Infração mantida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. OMISSÃO DE REGISTRO DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS NOS LIVROS FISCAIS. Convertida a exigência em multa por descumprimento de obrigação acessória, em relação às notas fiscais não escrituradas na escrituração fiscal, prevista no inciso IX, do artigo 42 da Lei nº 7014/96, pois não ficou comprovado nos autos a falta de registro dos pagamentos referentes às notas fiscais que dão suporte ao presente lançamento na escrita contábil do autuado. Infração parcialmente procedente. 3. RECOLHIMENTO E MENOR. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O INFORMADO NOS LIVROS FISCAIS. Infração não elidida, logo, subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS TRIBUTADAS. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Defesa não comprovou o registro dos referidos documentos fiscais na EFD transmitida. Auto de Infração **PROCEDENTE M PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 26 de setembro de 2018 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$353.805,89, além de multas, inclusive por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **02.01.02.** Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valor de R\$2.534,36, multa de 100%, para fatos arrolados nos meses de janeiro, março, maio a novembro de 2013, fevereiro a maio, julho, setembro, outubro e dezembro de 2014, fevereiro e outubro de 2015.

Infração 02. **05.05.01.** Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registradas, no montante de R\$ 347.044,26, multa de 100%, para ocorrências arroladas em janeiro a agosto de 2013, fevereiro a dezembro de 2014, fevereiro a abril, junho a dezembro de 2015.

Infração 03. **07.01.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as operações de mercadorias provenientes de outras

unidades da Federação e/ou do exterior, no total de R\$ 371,33, bem como multa de 60%, para fatos apurados em novembro de 2013 e janeiro de 2015.

Infração 04. **07.01.03.** Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, montando em R\$ 136,59, para fato ocorrido em setembro de 2013.

Infração 05. **16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma das entradas, no total de R\$ 1.601,92, referente aos meses de setembro a dezembro de 2013, janeiro de 2014, janeiro e maio de 2015.

Infração 06. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma das entradas, no valor de R\$ 2.117,43, para fatos ocorridos em setembro a dezembro de 2013, janeiro de 2014, janeiro e maio de 2015.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 43 a 46, onde, após rememorar os fatos ocorridos, entende “injusta” a lavratura do Auto de Infração, e que o mesmo tenta fazer parecer que cometeu as infrações citadas.

Fala que, contudo, vazio o lançamento em questão, amparado por falta de provas que não expressam a realidade dos fatos e deixará clara a ilicitude de sua lavratura.

Aponta equívoco da autuante quanto a prática das infrações relatadas, tendo em vista que as imputações são desprovidas de elementos comprobatórios, como exige o RPAF/99, em seus artigos 2º, *caput*, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II, que transcreve.

Alega não ter conhecimento que estava sob ação fiscal pelo fato de não ter sido lavrado Termo de Intimação para Apresentação de Documentos e Livros Fiscais, ficando evidente o não atendimento ao RPAF no seu artigo 26, inciso III, e ainda infração ao que determina o CTN no seu artigo 196, consagra a exigência de intimação, consoante reprodução.

Ressalta que todas as infrações têm relação com a alegação de compras de mercadorias desacompanhadas das notas fiscais. Logo, a falta da apresentação de documentos e livros fiscais a prejudicou, repetindo que em nenhum momento lhe foi solicitado quaisquer documentos e livros.

Diz que os citados anexos (01 a 06) para cada infração alegada, sequer lhe foram entregues ou anexadas ao processo via SEFAZ, tendo recebido, simplesmente, via Correio cópia do Auto de Infração com os demonstrativos do débito, e em se tratando o Auto de Infração de omissão de entradas de mercadorias, indispensável à juntada de relatórios ao mesmo, que informassem quais os fornecedores e números das notas fiscais que deixaram de ser lançadas na sua escrita fiscal.

Ao tomar ciência do lançamento, solicitou ao seu contador Edivaldo Messias, que, através de procuração fizesse diligência ao processo na SEFAZ para buscar as informações necessárias para a elaboração da peça defensiva, concluindo que no Auto de Infração não constam Termo de Início de Fiscalização, Termo de Intimação e Relatórios que pudessem esclarecer as infrações cometidas, ferindo ao disposto no RPAF artigos 26, motivo para preliminarmente invocar a nulidade do lançamento por ferir o CTN em seu artigo 196.

Ressalta que os enquadramentos das infrações induzem a interpretação de sua parte que a autuante considerou para os exercícios fiscalizados compras 100% das mercadorias sem notas fiscais ou entradas não registradas, percentual estimado em função do valor absurdo do lançamento, questionando quais seriam os fornecedores, números e datas das notas fiscais.

Aponta ser indispensável a apresentação das provas relativas aos fatos arguidos, e a sua falta conduz à nulidade da exigência fiscal, pois, sem a prova da saída das mercadorias do estabelecimento autuado, não pode o Fisco estadual exigir o pagamento de tributo, até porque a fiscalização sequer solicitou documentos e livros fiscais.

Argui que independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo, isto é, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciárias, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem o raciocínio lógico, para presunção da verdade, exigem uma explicitação expressa dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento do tributo, trazendo como paradigma o ACÓRDÃO JJF 0101-02/02, copiado em sua Ementa.

Friza evidente o cerceamento ao direito de defesa sendo todos pressupostos apontados para este raciocínio, como limitação na produção de provas que prejudica a parte em relação ao seu objetivo processual, obstáculo que a impede o direito de ampla defesa e viola o princípio constitucional do Devido Processo Legal.

Salienta que mantém sua escrita fiscal regularmente escriturada, e todas as DMA foram entregues no prazo regulamentar, assim a SEFAZ tinha conhecimento da sua movimentação (SPED/SINTEGRA) instrumentos que se fossem consultados por certo não teria a autuante feito tamanho absurdo.

Deduz que a mesma agiu por presunção, mencionando e transcrevendo em trecho o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Ac. Ap. 90.944-Capital, de 22/04/1975, relatado pelo Desembargador Roque Batista).

Vê, contrariados os princípios que regem os atos administrativos, a saber, o da segurança jurídica e da moralidade, dentre outros, tendo a autuante, vendo-se impossibilitada de proceder a uma adequada averiguação dos fatos, lavrar um Auto de Infração totalmente destituído de elementos comprobatórios, invertendo o ônus da prova para o contribuinte que se vê obrigado a fazer prova do que não fez, questionando a possibilidade de a ação fiscal de fato ser julgada procedente levando ao crivo do Poder Judiciário tamanha barbaridade.

Por fim, indica estar anexando relatórios com números da chave das notas fiscais de compras de mercadorias e produtos, livros de Registro de Entradas de Mercadorias e DMA, sendo os dois primeiros apresentados em meio magnético, documentos indispensáveis para afastar da autuada as práticas ilícitas apontadas, e à vista do exposto, demonstrado a insubsistência e improcedência total do lançamento, requer que seja acolhida a presente impugnação.

Informação fiscal prestada pela autuante à fl. 56 esclarece que em relação às alegações do sujeito passivo, pode se verificar nos autos que o mesmo teve conhecimento da ação fiscal através do Termo de Cientificação de Ação Fiscal.

Tendo em vista o fato de que a Escrituração Fiscal Digital (EFD) ter sido entregue “zerada”, foi a empresa intimada para a sua apresentação com os Registros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016, tendo, em 28 de agosto de 2018, sido tais arquivos reenviados, entretanto, retificados apenas aqueles relativos aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013, janeiro de 2014, janeiro e maio de 2015.

Frente a tal constatação, qual seja, que nos demais meses os arquivos permaneciam “zerados”, comunicou o fato ao contribuinte, tendo o mesmo solicitado novo prazo para retificar os arquivos, o qual foi dado, conforme Recibos de Solicitação de Retificação de Arquivos EFD, anexos, todavia as retificações não foram feitas.

Observa que no Termo de Cientificação da Ação Fiscal foi informado à empresa autuada de que seriam utilizados os dados do contribuinte e de seus clientes e fornecedores constantes nos sistemas da SEFAZ, para os procedimentos de auditoria fiscal, tendo a ação fiscal sido realizada exatamente com base nestes dados.

Ressalta que o lançamento está acompanhado dos demonstrativos com a relação de todas as notas fiscais que comprovam as infrações, tal como exigido pelo RPAF, e diante de todo o exposto, rejeita as alegações do contribuinte e mantém o Auto de Infração.

Em 27 de março de 2019 o feito foi convertido em diligência (fl. 62), a fim de que fosse entregue ao sujeito passivo mediante recibo específico, cópia da mídia contendo todos os demonstrativos que suportam a autuação, devendo ser consignado que os mesmos foram abertos e lidos, com reabertura do prazo de defesa em sessenta dias, para, querendo, apresentar nova defesa.

Caso o contribuinte viesse a se manifestar, deveria ser o feito remetido à autuante, ou a funcionário para tal designado, a fim de prestar nova informação fiscal, abordando todos os aspectos da defesa apresentada, nos termos do artigo 127 do RPAF/99.

Havendo fatos novos, ou sendo o lançamento alterado, deveria ser intimado o sujeito passivo para tomar conhecimento da informação fiscal prestada, sendo concedido prazo de dez dias para manifestação.

Na hipótese de nova manifestação do sujeito passivo, a autuante ou funcionário designado se pronunciaria a seu respeito, de forma clara e objetiva, esgotando a análise dos elementos nela contidos.

Em 16 de agosto de 2019, foi lavrado Termo de Ocorrência, certificando ter sido feita cópia da mídia de fl. 35, para ser encaminhada ao contribuinte, conforme intimação de fl. 67, com reabertura de prazo de defesa, encaminhada através de Aviso de Recebimento dos Correios de fl. 68, e entregue em 22 de agosto de 2019.

Em 21 de outubro de 2019, a empresa autuada retorna ao processo, se manifestando no sentido de que (fls. 70 a 74) a autuante fazia parecer que cometeu as infrações citadas. Contudo, vazio o Auto de Infração em questão, amparado por falta de provas que não expressam a realidade dos fatos e adiante deixará clara a ilicitude, atribuindo-lhe, equivocadamente, a prática das infrações relatadas.

A seguir, copia toda a peça defensiva anteriormente apresentada, a após trazer Ementa transcrita de decisão deste Conselho, materializada no Acórdão JJF 0101-02/02, como fato novo aduz que apesar da tentativa de sanear o Auto de Infração através da determinação de diligência pela Segunda Turma de Julgamento Fiscal, na fl. 62 do processo, abrindo novo prazo para defesa, visando afastar o cerceamento ao direito de defesa pela falta de apresentação de cópia da mídia, fato que de nada adiantou, pelo motivo das planilhas não demonstrarem quais notas fiscais deixaram de ser escrituradas (fornecedores, datas e números das notas fiscais), mantendo-se assim, todos os pressupostos de presunção, ficando clara a limitação na produção de provas que só lhe prejudica na peça defensiva, obstáculo que continua impedindo o direito de ampla defesa, violando o princípio constitucional do Devido Processo Legal.

Reconhece a existência de uma notificação no DTE solicitando retificação da EFD para os períodos em questão, conforme demonstra às folhas 12 a 17 do processo, não tendo conseguido cumprir, tendo em vista que para os anos 2013 a 2015, os arquivos foram danificados, e ficou dependendo do administrador do sistema recuperar as informações, contudo volta a afirmar que caso a auditora lhe tivesse intimado para apresentação dos livros fiscais, DMA e notas fiscais de entradas/saídas de mercadorias, a cobrança indiscriminada de falta de escrituração de notas fiscais não teria ocorrido, levando a concluir que a mesma usou o método menos favorável para a autuada.

Logo entende que a aplicação da penalidade deveria recair pelo descumprimento do pedido de retificação do EFD 2013 a 2015, o que não fez, penalizando a empresa com um lançamento que taxa de absurdo, desprovido de provas, sem se quer verificar a escrita fiscal da autuada e DMA.

Aponta que todas as infrações relatam falta de registro de mercadorias nos livros próprios, livros, que sequer foram solicitados para apresentação, fato que se justificava, haja vista a impossibilidade no atendimento das retificações nas informações EFD, logo fica claro que os procedimentos adotados pela Auditora não expressam a verdade material dos fatos, todas as notas fiscais foram regulamente escrituradas sejam entradas e saídas e apurado o ICMS.

Garante estar anexando relatórios com números das chaves das notas fiscais de compras de mercadorias e produtos, livros Registro de Entradas de Mercadorias e DMA, todos apresentados em meio magnético, documentos indispensáveis para afastar da autuada as práticas dos ilícitos apontados pela autuante.

À vista do exposto, demonstrado a insubsistência e improcedência parcial do lançamento, requer que seja acolhida a presente impugnação.

Em nova informação fiscal (fl. 81), a autuante indica que não obstante a documentação anexada e os demonstrativos com a relação de todas as notas fiscais, o contribuinte insistem em alegar desconhecimento do início da ação fiscal, e da falta de elementos comprobatórios das infrações, como exige o RPAF/99.

Ressalta que justamente com base nos dados do contribuinte, seus clientes e fornecedores constantes dos sistemas da SEFAZ, a ação fiscal foi realizada, o que a leva a rejeitar as alegações postas, e manter o Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente o artigo 142 do CTN, e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso, inclusive com reabertura de prazo de defesa.

Vejo que as planilhas analíticas e sintéticas das infrações se encontram na mídia de fl. 35, e por força da diligência solicitada, foram entregues em cópia ao sujeito passivo.

Ainda assim, a defesa se restringe e resume a alegações de natureza preliminar, que ao seu entender desaguariam na nulidade do lançamento, as quais passo a analisar.

Inicialmente, quanto a alegação de desconhecer se encontrar sob ação fiscal, o que importaria em cerceamento de defesa, esclareço que, conforme aduzido na informação fiscal, em 13 de julho de 2018, através da mensagem número 89.966, científica na mesma data, a autuante comunicou o início dos trabalhos de auditoria na empresa, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, em cumprimento da Ordem de Serviço 503894/18, bem como informou estar utilizando os dados do contribuinte e de seus clientes e fornecedores constantes do sistema SEFAZ.

Tal científica se deu através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), consoante documento de fl. 09.

A respeito do domicílio tributário eletrônico (DTE), importante se destacar que toda e qualquer comunicação efetivada entre a Secretaria da Fazenda e os contribuintes passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei nº 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes, para dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e científicas de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Lembro que o artigo 108 do RPAF/99 estipula que “A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico,

independentemente da ordem" (grifei). Logo, a ciência do início dos trabalhos fiscais tem o devido e necessário respaldo legal.

Desta maneira, contrariamente ao afirmado pela autuada, ela foi científica sim, do início da ação fiscal.

Da mesma forma, com relação a arguição defensiva de não ter sido intimado para apresentação dos livros e documentos fiscais, mister se faz esclarecer que, com a adoção da Nota Fiscal Eletrônica e a Escrituração Fiscal Digital, os seus dados se encontram armazenados no banco da Secretaria da Fazenda, sendo, pois, desnecessária a sua apresentação, vez que possuem mera existência digital.

A Nota Fiscal Eletrônica surgiu a partir do Protocolo ENAT 03/2005, visando o seu desenvolvimento e a implantação, consolidando de forma definitiva a coordenação técnica e o desenvolvimento do projeto sob a responsabilidade do ENCAT (Encontro Nacional dos Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais) com a participação da Receita Federal do Brasil (RFB).

Em rápidas pinceladas, a empresa emissora de NF-e gerará um arquivo eletrônico contendo as informações fiscais da operação comercial, o qual deverá ser assinado digitalmente, de maneira a garantir a integridade dos dados e a autoria do emissor. Este arquivo eletrônico, que corresponderá à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), será então transmitido pela Internet para a Secretaria da Fazenda de jurisdição do contribuinte que fará uma prévalidação do arquivo e devolverá um protocolo de recebimento (Autorização de Uso), sem o qual não poderá haver o trânsito da mercadoria.

A NF-e também será transmitida para a Receita Federal, que será repositório nacional de todas as NF-e emitidas (Ambiente Nacional) e, no caso de operação interestadual, para a Secretaria de Fazenda de destino da operação e Suframa, no caso de mercadorias destinadas às áreas incentivadas. As Secretarias de Fazenda e a RFB (Ambiente Nacional), disponibilizarão consulta, através Internet, para o destinatário e outros legítimos interessados, que detenham a chave de acesso do documento eletrônico.

A sua implantação trouxe como imediatos benefícios o aumento na confiabilidade da Nota Fiscal, a melhoria no processo de controle fiscal, possibilitando um melhor intercâmbio e compartilhamento de informações entre os fiscos, a redução de custos no processo de controle das notas fiscais capturadas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, diminuição da sonegação e aumento da arrecadação e suporte aos projetos de escrituração eletrônica contábil e fiscal da Secretaria da RFB (Sistema Público de Escrituração Digital - SPED).

Os benefícios acima são para as Administrações Tributárias, sendo que para os contribuintes, os benefícios trazidos são a eliminação de digitação de notas fiscais na recepção de mercadorias, planejamento de logística de entrega pela recepção antecipada da informação da NF-e, redução de erros de escrituração devido a erros de digitação de notas fiscais, incentivo ao uso de relacionamentos eletrônicos com fornecedores (B2B), redução de custos de impressão, de aquisição de papel, de custos de envio do documento fiscal, de custos de armazenagem de documentos fiscais, simplificação de obrigações acessórias, como dispensa de AIDF, ganho de tempo de parada de caminhões em Postos Fiscais de Fronteira.

Como visto, os arquivos das notas fiscais eletrônicas emitidas ficam em poder das Secretarias de Estado de Fazenda, bem como da Receita Federal do Brasil, o que em tese, dispensa qualquer apresentação pelo contribuinte dos documentos fiscais recebidos/emitidos pelos mesmos, agilizando os processos, razão pela desnecessidade de sua apresentação ao Fisco, pois os mesmos já estão em seu poder, através dos bancos de dados.

Da mesma maneira, à época dos fatos geradores a empresa autuada se encontrava obrigada a apresentar a EFD, qual seja a Escrituração Fiscal Digital, em relação à qual importante esclarecer ser uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal

Eletrônica (NF-e) vista acima, vindo a ser um arquivo digital, se constituindo de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Veio a substituir a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a autuada.

Sua instituição deu-se por meio do Convênio ICMS 143/2006 de 15 de dezembro de 2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, de 03 de abril de 2009, e Ato COTEPE 09, de 18 de abril de 2008, estando a regulamentação no Estado da Bahia, inserido nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

O arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), o qual verifica a consistência das informações prestadas, assina (certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP-Brasil) e transmite.

Ainda que determinados registros e/ou campos não contenham regras específicas de validação de conteúdo ou de obrigatoriedade, esta ausência não dispensa, em nenhuma hipótese, a não apresentação de dados existentes nos documentos e/ou de informação solicitada pelos fiscos.

Regra geral, se existir a informação, o contribuinte está obrigado a prestá-la. A omissão de informações poderá acarretar penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária Estadual.

Tal escrituração prevista na forma deste Convênio substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Inventário; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Apuração do ICMS; documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Considera-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, sendo a periodicidade de apresentação mensal e o arquivo deverá ser enviado no prazo definido em regulamento.

De igual modo que a nota fiscal eletrônica, também desnecessária a solicitação para a apresentação da EFD, pelo fato de, tendo sido a mesma transmitida com as informações indicadas pelo contribuinte, já se encontra no banco de dados da SEFAZ, dispensando-se, igualmente, a sua apresentação pelo mesmo, motivo pelo qual, inclusive, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais foi substituído pela mera Cientificação de Início de Ação Fiscal, onde a solicitação deu azo à mera informação de estar o contribuinte sob ação fiscal.

Assim, descabe qualquer alegação de nulidade neste sentido, tendo em vista o fato de que a autuante agiu nos estritos termos da legislação, não se havendo falar em descumprimento do artigo 196 do CTN, até pelo fato deste datar de 1966, época na qual o desenvolvimento tecnológico e de informática não havia atingido o atual estágio de desenvolvimento, o que, em verdade, torna o referido dispositivo anacrônico.

Para a arguição da autuada de não ter recebido os demonstrativos da autuação, esclareço que na forma da comunicação de número 100226, de 28 de setembro de 2018, científica em 01 de outubro de 2018, o sujeito passivo foi intimado a comparecer à Inspetoria Fazendária em Cruz das Almas, a fim de tomar conhecimento acerca do lançamento tributário em questão (fl. 10).

Da mesma maneira, consta nos autos comunicação pelo DTE de número 90.560, postada em 23 de julho de 2018 e científica em 08 de agosto de 2018, acerca das EFDs transmitidas em branco, e segundo informado pela autuante, apenas foram apresentadas parcialmente, tendo solicitado o autuado prorrogação de prazo, concedida, sem qualquer sucesso quanto a transmissão de todos os arquivos por sua parte.

Os anexos e demonstrativos ao lançamento se encontram às fls. 18 a 39, e na mídia entregue ao sujeito passivo por ocasião da diligência determinada, tendo a empresa sido mais uma vez científica através dos Correios, na forma contida nas fls. 37 a 39, acerca da lavratura do Auto de Infração, cuja cópia acompanhou tal documento, conforme ali registrado.

Quanto a nulidade aventada, relativa à previsão normativa contida no inciso IV, alínea “a”, do artigo 18 do RPAF/99, esclareço que as infrações se encontram devidamente indicadas, com seus respectivos demonstrativos analíticos, tomando como base, exclusivamente, documentos fiscais emitidos pelo e para o contribuinte autuado, o qual, de maneira reiterada não apresentou as EFD, sequer quando intimado para tal, ao curso da fiscalização.

Além disso, embora afirme estar com a sua escrituração fiscal em dia, falta o contribuinte com a verdade, ante os relatórios emitidos pela SEFAZ e inseridos às fls. 12 a 17, e que se reportam à falta de transmissão dos arquivos EFD.

No mérito, à vista de qualquer argumento neste sentido, as infrações hão de ser analisadas à vista dos elementos inseridos nos autos, bem como diante das disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais, “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”, e “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”, respectivamente.

Na infração 01, foi constatada a falta de escrituração de diversas notas fiscais, nos livros fiscais próprios, à vista da relatada falta de entrega das EFD do período, ainda que retificadas. Tendo os livros sido transmitidos em branco, ou seja, sem registros, as notas fiscais indicadas no Demonstrativo específico (01), não tendo sido escrituradas, configuram a mesma, fazendo com que seja julgada procedente.

Ao seu turno, a infração 02, diz respeito a “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas*”, com lançamento de imposto, além de multa de 100%. Constatou que a mesma foi apurada com base no demonstrativo de débito e planilhas anexas, especialmente o Livro Registro de Entradas de Mercadorias, correspondente, respectivamente, aos exercícios arrolados.

A acusação, se fundamenta, pois na presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, segundo a qual:

“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:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;
- b) revogado;
- c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”.

De tal intelecção se verifica, de plano, que o legislador estabeleceu duas vertentes para a ocorrência da presunção: exame nos livros contábeis da empresa e informações advindas de terceiros.

No primeiro caso, temos as hipóteses dos incisos I a V, ao passo que nos incisos VI e VII encontra-se a presunção advinda de informação de terceiro, caso das administradoras de cartões de débito e crédito, das instituições financeiras e shopping centers.

Feita esta colocação, observo que a autuante, e isso consta da própria acusação, o trabalho fiscal embasou-se unicamente nos lançamentos constatados da análise do Livro Registro de Entradas de Mercadorias, não se reportando, em momento algum, a exame levado a efeito na contabilidade da empresa, para fins de constatação de tais lançamentos de notas fiscais.

Nesta hipótese, entendo, em alinhamento com diversas decisões deste Colegiado, que apenas e tão somente, com base na escrituração fiscal, seria possível o lançamento da multa de 1% estabelecida no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96 segundo a qual cobrar-se-ia “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”, não sendo possível o lançamento de imposto, a menos que comprovado que a falta de registro ocorreu na contabilidade da empresa, o que não se verificou, ou não se informa nos autos.

Tal entendimento encontra-se estribado, como afirmado anteriormente, em julgados deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF N° 0354-12/18 do qual extraio os seguintes trechos:

“A irregularidade apontada tem por base o valor das entradas não declaradas, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Observo que o Autuado está obrigado a efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. Consta do processo que o contribuinte estava omisso do envio dos arquivos do exercício de 2014, além de ter enviado arquivos incompletos nos exercícios de 2013 e 2015, não possuindo informações relevantes, como notas fiscais emitidas e recebidas, que são obrigatórios.

Não ficando comprovado nos autos, que os pagamentos referentes às notas fiscais, não se encontram registradas na escrita contábil do autuado, o que caracterizaria a omissão de receitas (de saídas de mercadorias), empregadas no pagamento das entradas que deixaram de ser contabilizadas, concordo com o entendimento do julgador de piso que, neste caso, deva ser aplicada a multa prevista no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a infração que imputava ao autuado a falta de recolhimento do imposto pelo descumprimento de obrigação principal, deverá ser convertida em multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pelo não registro das citadas notas fiscais em sua escrituração, excluindo as operações referentes ao exercício de 2011, já que neste exercício não havia obrigatoriedade, de acordo com o inciso IX, art. 504 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores”.

Na mesma esteira, posso igualmente mencionar Decisão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, através de sua 1ª Câmara de Julgamento proferiu o Acórdão 20.379/11/1ª, o qual possui a seguinte Ementa a respeito de tal tema:

“OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75. Entretanto, excluem-se a multa isolada vinculada às mercadorias recebidas por transferência de outro estabelecimento do mesmo titular, em face da conexão com a Multa Isolada do art. 55, inciso II da mesma lei. Adequação da penalidade remanescente, ao disposto na alínea “b” do mesmo dispositivo, quando vinculadas às mercadorias recebidas para industrialização, em face do acobertamento fiscal do retorno dos produtos”.

Destaco trecho do Relator naquela oportunidade, o qual assim se manifestou:

“Mantém-se em parte, todavia, a penalidade prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75, uma vez que os documentos não foram escriturados no livro de Registro de Entradas. O dispositivo em questão assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I – por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento – 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;

b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;

No caso dos autos, exigi o Fisco a penalidade prevista no inciso I, sem a atenuante das alíneas “a” e “b”. As saídas em retorno de mercadoria enviadas para industrialização ocorreram com suspensão do ICMS. Logo, não havia imposto a recolher. A interpretação que melhor se adequa ao disposto na alínea “b” acima é a de que o imposto tenha sido destacado no documento fiscal e recolhido quando devido.

No presente caso, a aplicação correta do instituto da suspensão equivale ao destaque, para fins de aplicação da norma redutora da pena. Neste sentido, deve-se adequar a Multa Isolada capitulada no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75 ao disposto na alínea “b” do mencionado dispositivo”.

Ou seja: este não é o entendimento pontual ou particular deste julgador, mas o predominante nos diversos órgãos de julgamento administrativo do país.

Neste particular, impende informar que foi editada a Súmula 07 deste Conselho, pela qual *“Não se aplica a presunção de omissão de saídas prevista no inciso, IV, do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, quando as entradas das mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, hipótese em que se aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória”*.

Desta forma, alinhado com tal entendimento e os argumentos já expostos acima, entendo que no presente caso, diante dos motivos expostos, a infração deve ser julgada procedente em parte em R\$ 100.077,70, pela conversão do lançamento de imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no inciso IX do artigo 42 da Lei 7.014/96, o que torna a infração procedente em parte, sendo os dados extraídos da planilha elaborada pela autuante e inserida à fl. 35.

Ressalto que as notas fiscais aqui arroladas não se apresentam em duplicidade com aquelas constantes das infrações 05 e 06 por se tratarem de períodos apurados diversos e distintos.

Assim, a infração apresenta o seguinte demonstrativo:

2013	VALOR SEM REGISTRO	MULTA
		1%
JANEIRO	R\$ 357.990,51	R\$ 3.579,91
FEVEREIRO	R\$ 276.450,87	R\$ 2.764,51
MARÇO	R\$ 282.321,46	R\$ 2.823,21

ABRIL	R\$ 253.686,29	R\$ 2.536,86
MAIO	R\$ 280.282,75	R\$ 2.802,83
JUNHO	R\$ 315.131,35	R\$ 3.151,31
JULHO	R\$ 271.940,70	R\$ 2.719,41
AGOSTO	R\$ 315.649,22	R\$ 3.156,49
2014		
FEVEREIRO	R\$ 325.097,84	R\$ 3.250,98
MARÇO	R\$ 342.137,31	R\$ 3.421,37
ABRIL	R\$ 374.276,11	R\$ 3.742,76
MAIO	R\$ 343.699,39	R\$ 3.436,99
JUNHO	R\$ 316.638,54	R\$ 3.166,39
JULHO	R\$ 340.378,15	R\$ 3.403,78
AGOSTO	R\$ 283.245,25	R\$ 2.832,45
SETEMBRO	R\$ 314.120,41	R\$ 3.141,20
OUTUBRO	R\$ 390.771,76	R\$ 3.907,72
NOVEMBRO	R\$ 375.671,19	R\$ 3.756,71
DEZEMBRO	R\$ 442.403,24	R\$ 4.424,03
2015		
FEVEREIRO	R\$ 400.711,83	R\$ 4.007,12
MARÇO	R\$ 301.693,54	R\$ 3.016,94
ABRIL	R\$ 297.829,20	R\$ 2.978,29
JUNHO	R\$ 337.252,84	R\$ 3.372,53
JULHO	R\$ 344.557,01	R\$ 3.445,57
AGOSTO	R\$ 319.165,24	R\$ 3.191,65
SETEMBRO	R\$ 422.632,79	R\$ 4.226,33
OUTUBRO	R\$ 474.641,38	R\$ 4.746,41
NOVEMBRO	R\$ 354.294,91	R\$ 3.542,95
DEZEMBRO	R\$ 546.099,15	R\$ 5.460,99
TOTAL	R\$ 10.000.770,23	R\$ 100.007,70

Chama a atenção o montante de operações apuradas nesta infração (R\$ 10.000,770,23), o que indica a necessidade de se realizar minuciosa auditoria na empresa, com o fito de se apurar eventual elisão fiscal.

Igualmente as infrações 03 e 04 não foram objetivamente contraditadas, daí porque há de valer, à falta de qualquer argumento defensivo contrário, o teor da acusação, devidamente comprovado, o que permite a plena aplicação dos artigos 142 “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*” e 143 “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*” do RPAF/99, sendo as mesmas procedentes, inclusive à vista da aplicação dos artigos 142 “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*” e 143 “*a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”, ambos do mencionado RPAF/99.

Já as infrações 05 e 06 se reportam à falta de registro na escrita fiscal acerca da entrada de mercadorias, bens ou serviços, sem o devido e necessário registro nos livros próprios, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória.

De todo o exposto, verifico que a assertiva da empresa autuada de que “*mantém sua escrita fiscal regulamente escriturada, assim como todas as DMA foram entregues no prazo regulamentar, assim a SEFAZ tinha conhecimento da nossa movimentação (SPED/SINTEGRA)*”, não corresponde à verdade dos fatos, uma vez que acaso estivesse a EFD escriturada devida e corretamente, as operações realizadas pela empresa poderiam ter sido devidamente verificadas, ao tempo em que lembro se tratar a DMA de instrumento auxiliar, que deve espelhar a escrituração fiscal oficial transmitida através do SPED, este sim, o sistema oficial, e aceito para a constatação ou não dos fatos tidos como infrações cometidos pelo sujeito passivo.

Aqui, mais uma vez a constatação se deu através da EFD, ou da sua falta, à vista dos fatos já relatados, não tendo a empresa autuada conseguido trazer qualquer elemento no sentido de provar em sentido contrário, o que mantém, igualmente, ambas as infrações.

Ressalto que os livros fiscais apresentados na mídia de fl. 80, não possuem qualquer valor legal, vez que emitidos por processamento de dados, quando a empresa já se encontrava obrigada a apresentar a EFD.

Diante de tais razões, o lançamento é julgado procedente em parte, na forma da demonstração

Infração 01	R\$ 2.534,36	100%
Infração 02	R\$ 100.007,70	
Infração 03	R\$ 371,33	60%
Infração 04	R\$ 136,59	60%
Infração 05	R\$ 1.601,92	
Infração 06	R\$ 2.117,43	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295309.0015/18-4 lavrado contra **ORUABO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para recolher o imposto no montante de **R\$2.905,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$371,33, e de 100% sobre R\$2.534,36, e de 100%, previstas no artigo 42, inciso II, alínea “f”, VII, alínea “a”, III, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$103.863,64**, previstas no artigo 42 IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2020

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR