

PROCESSO - A. I. Nº 207668.0027/21-2
RECORRENTE - JRRA MINIMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0223-03/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0329-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. O Autuado não consegue elidir a acusação fiscal Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS ZERADOS. INFORMAÇÕES PRESTADAS SEM O REGISTRO DA MOVIMENTAÇÃO. MULTA. A acusação imposta pela “falta de entrega”. Na análise dos autos constam os Recibos de Entrega das EFDs, competências de 01/2018 a 12/2018, constatando que a recorrente entregou todas as declarações, antes mesmo do início da Ação Fiscal, em 09/07/2021, conforme fl. 07, ainda que, sem qualquer movimentação. Entende-se que como não se pode mudar o tipo de infração e manter o lançamento fiscal intacto, tendo em vista que o enquadramento da acusação original era a omissão da entrega da EFD-Escrituração Fiscal Digital, fundamentada na alínea “I”, inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96, veja-se ser impertinente esta constatação, feita pelo órgão de piso, portanto, julga-se improcedente a infração 03. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 16/08/21, que se refere à exigência de crédito fiscal no valor de R\$42.118,68, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 05.08.01. Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 23.763,08, acrescido da multa de 100%;

Infração 02 - 16.05.11. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal - DMA, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigida a multa fixa no valor R\$ 140,00 para cada período de apuração totalizando o montante de R\$ 1.680,00;

Infração 03 - 16.14.02. Falta de entrega do Arquivo Magnético da Escrituração Fiscal Digital – EFD nos prazos previstos na legislação Tributária, nos meses de janeiro a abril e agosto a novembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 1.380,00, para cada período de apuração, totalizando o montante de R\$ 11.040,00

Infração 04 - 16.14.03. Falta de atendimento a intimação, fl. 08, para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração da Fiscal Digital - EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, no mês de julho de 2021. Exigida a multa no valor de R\$ 5.635,60, em decorrência da aplicação do percentual de 1%, previsto na alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96.

O Autuado apresentou Impugnação às fls. 19 a 21. A Autuante prestou informação fiscal às fls. 62 a 65.

Após a devida instrução processual, assim entendeu a 4ª JF:

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente em relação à Infração 01, sob o suposto fundamento de que inexistente segurança na determinação da infração e na apuração dos valores, implicando cerceamento do direito do Autuado.

Ao compulsar as peças que integram os autos verifico que não assiste razão ao Impugnante, haja vista que o levantamento fiscal foi realizado com base nas informações disponíveis nos Sistemas da SEFAZ, tendo em vista que o Autuado em todo o exercício de 2018, objeto da autuação, apresentou as DMAs e EFD sem constar a movimentação do período, ou seja, apresentou completamente “zeradas” as referidas documentações. Ademais, intimada antes da lavratura do presente para a apresentação dos arquivos eletrônicos previstos no SPED FISCAL - EFD, o Autuado não atendeu. Transcorridos sessenta dias da ciência da lavratura do presente Auto de Infração, o Defendente apresenta Impugnação, sem sequer tangenciar, em suas razões de Defesa, a sua explícita inadimplência no cumprimento dessas suas obrigações tributárias.

Convém salientar que no período fiscalizado o estabelecimento autuado encontrava-se na situação de Normal, portanto, não há que se falar em sua condição pretérita de optante pelo Simples Nacional. Por isso, não vislumbro, diante dos dados disponibilizados pelo Autuado na forma prevista na legislação de regência e coligidos nos Sistemas da SEFAZ, de que, como alega o Autuado, ocorrera falta de segurança na determinação da Infração e na apuração dos valores.

Ressalto também que não há como prosperar o argumento da Defesa de que tivera cerceado seu direito de defesa, uma vez que todos os dados do estabelecimento existentes nos Sistemas da SEFAZ utilizados no levantamento fiscal para apurar a exigência fiscal foram explicitados e ofertados à análise do Autuado.

Assim, nos termos expendidos, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Não vislumbro também nos presentes autos, qualquer ofensa aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade o Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade de revisão para que seja alcançada a verdade material, fica indeferido o pedido com base na alínea “a”, do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos já coligidos nos autos, são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação baiana do ICMS, conforme descrição circunstanciada, enunciada no preâmbulo do relatório.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo a omissão de saídas de mercadoria tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, no valor de R\$ 23.763,08. Demonstrativos às 09 a 11 e CD à fl. 13.

A acusação fiscal se fundamenta na e previsão legal estatuída nas alíneas “a” e “b” do inciso VI, do § 4º, do art. 4º, da Lei Estadual 7.014/96, in verbis:

“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:

[...]

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

- a) instituições financeiras;
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;
- c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante.”

Em sede de defesa, o Autuado sustentou que a ação fiscal deveria reconstituir a conta corrente fiscal com a apuração de todos os créditos, débitos e dedução dos pagamentos realizados pelo SN e apresentou levantamento de saldos devedores apurados nos meses de janeiro a dezembro de 2018 com base em livro que anexa informando ser o LRAICMS, totalizado o valor de R\$ 5.628,90.

Sustentou ainda que por se encontrar no Simples Nacional, as cargas tributárias deveriam ter sido apuradas mensalmente, não havendo que se falar em “tributação linear pelo percentual de 18% e, sendo um “minimercado”, ainda que a presunção aplicada tenha validade, o estabelecimento comercializa com razoável quantidades de produtos isentos, não tributados, sujeitos ao regime de substituição tributária e redução de base de cálculo, sendo imprescindível a observância da Instrução Normativa nº 56/07, no que tange a “proporcionalidade”.

A Autuante em sua informação fiscal, registrou, com respeito à apresentação da cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, para comprovar os valores apurados no período de janeiro a dezembro do exercício de 2018, que, que os livros e documentos fiscais válidos são os constantes na Escrituração Fiscal Digital de entrega e uso obrigatório, conforme estatui os artigos 247 e 248 do RICMS-BA/12 e Convênio 143/06.

Explicou que o levantamento fiscal foi realizado em total consonância com os procedimentos estatuidos pela Instrução Normativa nº 56/2007, onde os cálculos da proporcionalidade foram feitos através das notas fiscais eletrônicas de entrada, excluindo as operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à Antecipação ou Substituição Tributária.

Ao compulsar as peças que compõem esse item da autuação verifico que o levantamento fiscal foi realizado com base no relatório TEF informado pelas operadoras de cartão de crédito e financeiras, conforme consta do arquivo “RPT_TEF_periódodo2018”, constante no CD à fl. 13, cuja cópia foi enviada ao autuado, fls. 14 e 16, e que também fora aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, bem como utilizando as informações constantes dos Sistemas da Sefaz.

Quanto à apuração apresentada pela Defesa com base em escrituração distinta da exigida pela legislação de regência, destaco que não tem previsão legal e, portanto, não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Descabe também a alegação defensiva de que deveria ser reconstituída a conta corrente fiscal, haja vista que a infração sob análise decorre de uma presunção legal relativa, cabendo ao impugnante o ônus da prova, devendo trazer aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Logo, ao sujeito passivo caberia demonstrar a indicação das vendas diárias realizadas com cartão de crédito/débito no período fiscalizado, indicando os documentos fiscais comprobatórios emitidos com data e valor coincidentes para acobertar as operações de vendas com essas modalidades de pagamento.

Em suma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Consigno que em processo desta natureza, para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, basta que o contribuinte demonstre e comprove que os valores constantes dos TEFs foram submetidos à tributação do imposto, seja através do ECF ou das notas fiscais emitidas, seja por qualquer outro instrumento que comprove ter oferecido tais valores à tributação.

Assim, não tendo o Impugnante carreado aos autos comprovação inequívoca de que as operações com cartão de crédito e de débito informadas pelas operadoras e financeiras foram lastreadas em documentação fiscal correspondente, resta caracterizada o cometimento da irregularidade objeto da autuação.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência da Infração 01.

Infração 02 - imputa ao sujeito passivo a multa no valor de R\$ 140,00, em cada período de apuração, prevista na alínea “c”, do inciso XVIII, do art. 42, da Lei 7.014/96, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, com dados/lançamentos zerados.

O Autuado, em suas razões de defesa, sustentou que o dispositivo apontado no enquadramento legal não prevê expressamente que na mesma autuação pode ser aplicada a sanção “por período” e que por isso deveria ser considerada a “unicidade da ação fiscal”, pugnou pela aplicação de apenas R\$ 140,00, invocando o art. 112, do CTN.

Em sua informação fiscal a Autuante manteve a autuação registrando que o Impugnante apresentou as DMAs de todos os meses de o exercício de 2018, sem dados/registo, mesmo havendo movimentação comercial. Asseverou não ser justo para o contribuinte que omite ou declara dados incorretos em apenas um mês a aplicação da unicidade da ação fiscal como sugere o Autuado.

Entendo que a multa prevista na alínea “c”, do inciso XVIII, do art. 42, da Lei 7.014/96, se refere a obrigação acessória de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, cujo adimplemento, como a própria denominação expressa, é de cumprimento mensal. Logo, não há que se falar em periodicidade distinta, se não a mensal, mesmo em nome da suposta “unicidade da ação fiscal”, aduzida pela Defesa.

No que concerne ao citado art. 112, do CTN, afigura-se inaplicável, em se tratando da presente questão, onde não paira qualquer dúvida de que a obrigação descumprida é mensal.

Concluo pela subsistência desse item da autuação.

As Infração 03 e 04 tratam, respectivamente, da falta de entrega do Arquivo Magnético da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação Tributária e da falta de atendimento a intimação, fl. 08, para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração da Fiscal Digital - EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.

O Defendente refutou a acusação fiscal, atinente a esses dois itens da autuação, assinalando que a base legal apresentada no Auto de Infração não suporta a autuação, pois, em verdade não deixou de entregar a EFD. Observou que a multa prevista na alínea “l”, do inciso XVIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96 é aplicável quando o contribuinte deixa de transmitir a EFD para SEFAZ, nos prazos previstos na legislação, não se amoldando, portanto, ao caso em tela. Sustentou que se não há falta de transmissão, não se pode falar em “não entrega”, mediante intimação, da escrituração não enviada.

A Autuante manteve a autuação esclarecendo que a multa foi aplicada pela falta de apresentação dos arquivos da EFD, destacando que a apresentação sem registros, havendo movimentação comercial de fato, equivale a falta de entrega. Explicou que o Impugnante foi devidamente intimado para entrega dos arquivos, na forma e no prazo previsto na legislação e não atendeu até o encerramento dos trabalhos fiscais.

Depois de examinar os elementos que instruem a acusação fiscal desses dois itens da autuação e compõem o contraditório dele emergente, constato não haver dúvida alguma quanto ao cometimento da irregularidade apurada, uma vez o próprio Autuado, expressamente reconhece que enviou os arquivos de sua EFD, no período objeto da autuação, sem registro algum de suas operações, anexando, inclusive comprovantes do envio das EFD zeradas, fls. 31 a 42. Eis que, o Defendente, contestou, tão-somente, quanto ao fato, de que o caso em tela não se amolda ao previsto na alínea “l”, do inciso XVIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, dispositivo legal indicado como infringido.

Considerando que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, nos termos do art.142, do Código Tributário Nacional, in verbis:

“CTN

[...]

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

O Autuante, Autoridade Administrativa que constitui o crédito tributário pelo lançamento, apenas propõe a aplicação da penalidade cabível, cabendo ao órgão julgador, na apreciação do lançamento de ofício impugnado, aplicar a penalidade correta diante do fato imputado.

No presente caso, tendo a Autuante intimado o Defendente solicitando os arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD contendo os registros da movimentação do período e não foi atendida pelo autuado, entendo que multa a ser aplicada é a prevista na alínea “j”, do inciso XVIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, in verbis:

“Art. 42 ...

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior,

de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;”

Assim, nos termos expendidos, concluo pela subsistência das Infrações 03 e 04, com alteração da multa para a prevista na alínea “j”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96.

O patrono Autuado, solicita sob pena de nulidade que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa. Saliento que, nada obsta que o pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, entretanto, o regramento para a realização das intimações afigura-se definido nos artigos 108 e 109, do RPAF-BA/99. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações do presente feito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O advogado do contribuinte, Dr. Fernando Marques Villa Flor – OAB/BA nº 11.026, apresenta Recurso Voluntário, às fls. 91 a 95, onde tece as mesmas razões defensivas:

Inicialmente, reproduz as infrações, discorre sobre a decisão de piso e suscita preliminar de nulidade da Decisão recorrida, na medida em que a JJF alterou a fundamentação legal e, assim, o próprio lançamento, contaminando todo o julgado.

Salienta que de acordo com o Auto de Infração, a acusação contra a Autuada, ou seja, o fundamento em relação ao qual foi o Contribuinte instado a se defender, foi lastreada no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96, situação distinta daquela descrita na alínea “j”, do mesmo dispositivo legal. Ora, como alegado na defesa, a base legal apresentada no Auto de Infração não suporta a autuação, pois a Autuada, em verdade, não deixou de entregar a EFD. A multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, “L” da Lei nº 7.014/96, é aplicável quando o Contribuinte deixa de entregar, ou seja, de transmitir/enviar a EFD, nos prazos previstos na legislação. No caso em tela, o fato não se amolda ao dispositivo legal que aponta na autuação, pois a falta de entrega/transmissão, não teve lugar. O que aconteceu, em verdade, foi a entrega/transmissão “zerada”, da EFD.

Reporta que, se não houve falta de transmissão, não se pode falar também em “*não entrega, mediante intimação, da escrituração não enviada*” e, que no máximo, poder-se-ia cogitar, na manutenção da Infração 03, com adequação das datas. Acosta Decisão do CONSEF (A-0238-03/16) análoga.

Acrescenta que ao contrário do entendimento da JJF, o art. 142 do CTN, não confere ao Julgador a modificação da causa de pedir, especialmente sem a reabertura do prazo de defesa, antes as limitações dos art. 145, 146 e 149 do próprio CTN. Pontua que o procedimento adotado pela JJF implica, inclusive, em cerceamento do direito de defesa (nulidade configurada através do art. 18, inciso II do RPAF). Junta Acórdão do CONSEF (A-0130-02/18; A-0361-12/14) em casos similares.

Pede que seja declarada a nulidade da Decisão recorrida, devendo o PAF retornar à Primeira Instância, visando nova instrução e julgamento, dentro dos parâmetros delineados pelo lançamento e pelos art. 145, 146 e 149 do CTN.

Ainda em preliminar de nulidade, ratifica o pleito da “Infração 01”, com lastro no art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF. Afirma que não existe segurança na determinação da infração e na apuração dos valores, com consequente cerceamento do direito de defesa. Explica que a Autuada era “optante pelo SIMPLES NACIONAL”, tendo sido desenquadrada a partir de 2018. Sendo assim, a ação fiscal deveria ter sido no sentido da “reconstituição da conta corrente fiscal”, com a apuração de todos os créditos, débitos e dedução dos pagamentos realizados pelo SN. Da forma que a ação fiscal foi conduzida, apenas valores supostamente não declarados foram computados.

Esclarece ainda, que o refazimento da “conta corrente”, levado a efeito com base nos totais das entradas e saídas, espelhado no LRAICMS apresentado com a defesa (e novamente anexo), ensejaria saldos devedores, de janeiro a dezembro de 2018, respectivamente: R\$797,42, R\$895,13,

R\$18,08, R\$623,61, R\$183,03, R\$864,01, R\$92,51, R\$87,49, R\$735,00, R\$655,52, R\$105,92 e R\$571,18, totalizando R\$5.628,90.

Assevera que, se o desenquadramento não foi levado em consideração na autuação, as cargas tributárias deveriam ter sido apuradas mensalmente, não havendo que se falar em “tributação linear pelo percentual de 18%. Sustenta que não se trata de “escrituração distinta”, como disse a JJF, e sim de apuração com base no regime aplicável na época. Não pode o lançamento considerar o “regime normal” apenas para aplicar a presunção e a carga tributária maior.

Pontua que conforme consta do demonstrativo sintético de débito, as “informações da RE. Z ECF” seriam, em todos os períodos, “ZERO”, o que significa dizer que o lançamento incidiu sobre os totais vendidos pela Autuada. Evidente que, não estando no SIMPLES NACIONAL e considerando todas as suas vendas como não declaradas, caberia a reconstituição da Conta Corrente Fiscal, a fim de que fossem apurados os débitos, créditos e saldos, tudo com base na documentação fiscal da empresa. A própria Autuada, elaborou a aludida reconstituição, que pode ser conferida mediante diligência, ficando toda a documentação fiscal necessária, das entradas e saídas, à disposição.

Com relação à Infração 02, diz que o art. 18, inciso XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96, não prevê expressamente que na mesma autuação pode ser aplicada a sanção “por período”, devendo ser considerada a “unicidade da ação fiscal”. A pena deve ser de R\$140,00, conforme interpretação autorizada pelo art. 112, incisos I, II e IV do CTN.

No que tange às Infrações 03 e 04, que se encontram interligadas, a JJF fez uma ilegal modificação no lançamento, prejudicando o direito de defesa. Disse que na análise do Auto de Infração pela acusação sobre a qual a Autuada foi instada a se defender, a base legal apresentada no Auto de Infração não possui sustentação, pois a Autuada, em verdade, não deixou de entregar a EFD. A multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, “L” da Lei nº 7.014/96, é aplicável quando o Contribuinte deixa de entregar, ou seja, de transmitir/enviar a EFD, nos prazos previstos na legislação. No caso em tela, o fato não se amolda ao dispositivo legal apontado na autuação, pois a falta de entrega/transmissão, não teve lugar. O que aconteceu, em verdade, foi a entrega/transmissão “zerada”, da EFD, conforme comprovantes anexos ao PAF. A multa cabível seria, no máximo, aquela aplicada na Infração 03.

Observa que as multas das Infrações 03 e 04 devem ser absorvidas, caso mantida a Infração 01, na forma do art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, pois a apresentação da EFD “Zerada” ensejou a apuração do imposto cobrado na Infração 01, e multa correspondente, agravando a imposição.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material.

Pede pela nulidade da Decisão recorrida, ou pela nulidade da autuação, ou sua “procedência parcial”, com a apuração da Infração 01 mediante refazimento da conta corrente fiscal, manutenção, na Infração 02, de R\$140,00, absorção das multas das Infrações 02 e 03 pela exigência da Infração 01, ou manutenção, no máximo, das multas apontadas na Infração 03.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos termos no Art. 169, I, “b” do RPAF em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/08/2021, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$42.118,68 pelo cometimento de 04 infrações.

Inicialmente pede pela Nulidade do Auto, na medida em que a JJF alterou a fundamentação legal e, assim, o próprio lançamento, contaminando todo o julgado, apesar de mencionar “todo o julgado”, refuta exclusivamente a Infração 03, cuja acusação é a *“falta de entrega do Arquivo Magnético da Escrituração Fiscal Digital – EFD nos prazos previstos na legislação Tributária, nos meses de janeiro a abril e agosto a novembro de 2018.”* Exigido o valor de R\$1.380,00, para

cada período de apuração, totalizando o montante de R\$ 11.040,00. Razões que passo a analisar.

Como podemos perceber, a acusação imposta pelo autuante foi a “*falta de entrega*”, analisando os autos, mais precisamente as fls. 31 a 42, onde constam os Recibos de Entrega das EFDs, competências de 01/2018 a 12/2018, pude constatar que a recorrente entregou todas as declarações, antes inclusive do início da Ação Fiscal, que ocorreu em 09/07/2021, conforme fl. 07, ainda que, sem qualquer movimentação.

Entendo que como não se pode mudar o tipo de infração e manter o lançamento fiscal intacto, tendo em vista que o enquadramento da acusação original era a omissão da entrega da EFD-Escrituração Fiscal Digital, fundamentada na alínea “i”, inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96, no entanto para o julgador de piso a infração seria entrega da declaração/arquivo eletrônico sem a devida movimentação fiscal, conforme a nova tipificação imposta, contida na alínea “j”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que ora reproduzo:

“j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;” (grifos)

Dessa forma julgo pela improcedência da infração 03, recorrendo ao RPAF, mais precisamente nos termos do Art. 18, inciso IV, alínea “a”.

Quanto à alegação de nulidade referente a Infração 01, quando afirma que não existe segurança na determinação da infração e na apuração dos valores, com consequente cerceamento do direito de defesa, esta não merece prosperar, pois a autuação foi em função da “*Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 23.763,08, acrescido da multa de 100%;*”

Verifica-se que foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no artigo 4º, § 4º, VI da Lei nº 7014/96.

Neste sentido, o autuante, procedeu a apuração do imposto, sobre as receitas não declaradas, dentro da sistemática da tributação normal, aplicando a alíquota de 18% sobre a base tributável, tendo em vista que o sujeito passivo foi excluído do regime simplificado em 31/12/2017, e que, no período fiscalizado estava sob regime de Conta Corrente Fiscal. Infração subsistente.

Com relação à Infração 02, arguiu que o art. 18, inciso XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96, não prevê expressamente que na mesma autuação pode ser aplicada a sanção “por período”, devendo ser considerada a “unicidade da ação fiscal” e que a pena deve ser de R\$140,00, conforme interpretação autorizada pelo art. 112, incisos I, II e IV do CTN. Creio que o patrono da lide quis se referir ao Art. 42 Lei nº 7.014/96, no entanto a mesma não o socorre, tendo em vista que, a infração 02, imputou penalidade pela mesma ter feito “*Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal - DMA, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.*”

Conforme Art. 255, do RICMS/BA, abaixo reproduzido, a periodicidade da transmissão/entrega da DMA é mensal, portanto, a multa pela apresentação do arquivo incorreto, deverá ser cobrada nos meses em que a norma for infringida, no caso em tela, recaiu sobre as 12 competências do ano de 2018.

“Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.” (grifos)

No tocante a infração 04, limitou-se a dizer que as multas das Infrações 03 e 04 deveriam ser absorvidas, caso mantida a Infração 01, na forma do art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, pois a apresentação da EFD “Zerada” ensejou a apuração do imposto cobrado na Infração 01, e multa correspondente, agravando a imposição. Ora vejamos o que diz o § 5º da Lei nº 7.014/96 abaixo transcrito:

“§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.”

A infração 04 imputou “Falta de atendimento a intimação, fl. 08, para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração da Fiscal Digital - EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, no mês de julho de 2021...” Da simples leitura da infração imposta, podemos notar que a mesma não guarda relação com a Infração 01, que cobrou ICMS pela omissão da saída levantada por meio de com pagamento em cartão de crédito ou de débito, dessa forma não há o que apelar para o § 5º, do art. 42 da Lei nº 7014/96. Me alinho a decisão de piso, pela manutenção da infração.

Diante do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, mantendo as infrações 01, 02 e 04 e julgando Improcedente a infração 03, portanto, PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

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 207668.0027/21-2, lavrado contra **JRRA MINIMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.763,08**, acrescido das multa de 100%, prevista no inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$7.315,60**, previstas, respectivamente, na alínea “c”, do inciso XVIII, e na alínea “I” do art. 42 da mesma Lei, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS