

A. I. N° - 233080.0022/20-5
AUTUADO - HIPERMERCADO OUROLÂNDIA LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAC CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/04/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0047-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. **a)** OMISSÕES DE SAÍDAS; **b)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA CONSTATADA POR OMISSÃO DE ENTRADAS; **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Ainda que reconheça a existência das omissões constatadas, a Impugnante busca justifica-las alegando que problemas no seu sistema interno provocou: a) falta de registro de documentos fiscais na EFD; b) erros na transferência de dados na troca de sistema e falta de transposição de saldo final de estoque. Impugnação desacompanhada de elementos de prova suporte das alegações defensivas, pois, tendo em vista que as regras específicas da EFD, a simples negativa de cometimento das infrações não desonera o sujeito passivo de elidi-las na forma legalmente prevista. Rejeitada a nulidade suscitada e indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/12/20 para exigir ICMS de R\$187.507,74, acusando:

Infração 1 – **04.05.02.** Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente de falta de registros de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: **R\$ 147.007,99.** Período: Exercício 2019. Enquadramento legal: Arts. 2º, I, 23-B da Lei 7014/96 c/c art. 83, I, do RICMS-BA e art. 13, I da Port. 445/98. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96.

Infração 2 – **04.05.05** - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a 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. Valor: **R\$ 33.637,33.** Período: Exercício 2018. Enquadramento legal: Arts. 4º, § 4º, IV, 23-A, II da Lei 7014/96 c/c art. 13, II da Port. 445/98. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96.

Infração 3 - **04.05.08.** Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: **R\$**

4.460,40. Período: Exercícios 2018 e 2019. Enquadramento legal: Arts. 6º, IV, 23, I da Lei 7014/96 c/c art. 217, do RICMS-BA e art. 10, I, da Port. 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7014/96.

Infração 4 - 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 ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Valor: R\$ 2.402,02. Período: Exercícios 2018 e 2019. Enquadramento legal: Arts. 6º, IV, 23, II, da Lei 7014-96, c/c art. 217, do RICMS-BA e art. 10, I, da Port. 445/98. Multa: 60%, art. 42, II, da Lei 7014/96.

O autuado impugna o lançamento às fls. 17-36. Após reproduzir as infrações e expor os fatos negando cometimento das infrações, diz que “os problemas encontrados no levantamento quantitativo de estoques que geraram a presunção de ocorrência de omissões de entradas e saídas no auto de infração se devem tão somente a **erros de escrituração dos arquivos eletrônicos e não à ocorrência de operações desacobertadas do documento fiscal**”, o que entende se relacionarem a descumprimento de obrigação acessória.

Diz que, no caso, a sua matriz adquiriu mercadorias de terceiros as transferindo para a filial autuada que as vendeu, tudo acompanhado por notas fiscais, conforme relatórios e documentos fiscais anexados à Impugnação. Contudo, não escriturou parte das notas nos arquivos eletrônicos - especialmente as de transferências -, e “**algumas informações de seus arquivos contém inconsistências geradas por erros na conversão de unidades de medidas, na transferência de banco de dados na troca de sistema e pela falta de transposição de saldo final de estoque**”.

Seguindo, preliminarmente suscita a nulidade do lançamento, pois nem a descrição das infrações nem o enquadramento legal refletem a conduta da Autuada, “tendo em vista que diversos itens constam como “zerados” nas colunas de entrada e saída da lista geral de omissões”, aduzindo que o fato de notas fiscais emitidas não terem sido registradas na escrita fiscal evidencia que os arquivos eletrônicos possuem erros que afastam a presunção de omissão de entradas e saídas sem nota fiscal.

Reproduz o art. 3º da Portaria 445/98 que trata do rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas e saídas de mercadorias na auditoria de estoques, para alegar que considerando inúmeros itens “zerados” na lista geral de omissões anexadas ao AI, tanto na entrada quanto na saída, e que a empresa autuada possui as respectivas notas fiscais de entrada e saídas do período, se pode concluir não ter havido um efetivo levantamento quantitativo de entradas e saídas, “mas simples verificação das informações do arquivo, o qual claramente possui erros e inconsistências, com base nos quais o autuante realizou o lançamento por presunção (infundada) de ocorrência do fato gerador”, já que, aduz, não ser “raro o envio de arquivos contendo erros, omissões e inconsistências”, razão pela qual entende, salvo melhor juízo, ser necessário a auditoria fiscal provar a acusação fiscal.

Quanto ao mérito do AI argui sua improcedência alegando:

5.1. Da inexistência de omissão de entrada e saída de mercadoria sem a emissão de documento fiscal (Infrações 01, 02, 03 e 04)

Afirma que as infrações decorrem de presunções de omissão de operações tributáveis sem emissão de documento fiscal, apurada de acordo com a Port. 445/98, mas que, como já dito, decorrem de falhas na operação do seu sistema interno que não registrou notas fiscais de entradas e de saída nos arquivos eletrônicos, os quais também contêm erros na transposição do saldo final do estoque de 2018, bem como por “problemas com a transferência de banco de dados do sistema anterior”.

Quanto às entradas, dizendo anexar relatórios contendo a rotatividade e a movimentação de produtos neles contidos, relaciona diversas notas fiscais de transferência da matriz que não foram consideradas no levantamento de estoques dos exercícios fiscalizados.

Além disso, diz ter também verificado “ocorrência de inconsistências com a transposição do saldo final de 2018 em algumas mercadorias”, a exemplo de: flocão maratá (113), cujos saldo inicial em 2019 era 8.730 unidades, entrando e saindo nesse ano 63.360 e 70.830, respectivamente, restando em 31/12/2019, como saldo final. 1.860 unidades, o mesmo ocorrendo com “sabão em pó bem te vi (167)”, “detergente ypê clean (96)”, “macarrão espaguete favorita (128)”, “arroz caçarola (26)”, “biscoito salt plus (28)”, entre outros, conforme demonstrado no “Relatório de Rotatividade e na planilha com os itens selecionados”, os quais constam, por exemplo, das notas fiscais 123.601, de 12/12/2018, 123.609, de 12/12/2018, 126.309, de 27/12/2018.

Com relação às saídas, diz ter verificado omissão de registro de outras “inúmeras notas fiscais de transferência da filial para a matriz e das notas fiscais ao consumidor”, o que gerou disparidade nas informações registradas nos arquivos.

Exemplifica com a mercadoria “desodorante Rexona *rollon power* (428)”, para a qual o autuante aponta omissão de saídas de 89 unidades, sendo que em 2019 entraram 90 unidades com a NF 1791 (CFOP 5152) e saíram 90 unidades com as NFCs 795 e 767, conforme diz demonstrar nos anexados relatórios de movimentação por produto, relatório geral de rotatividade de produtos e planilha com a seleção dos itens listados na Lista Geral de omissões, anexados.

5.2. Das exigências indevidas – excessos na determinação da base de cálculo – incidência de imposto sobre transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular dentro do estado (CFOP 5152) – apuração do preço médio com adição de MVA – Infrações 01, 02, 03 e 04

Diz também ter verificado indevidas exigências no lançamento fiscal, especialmente em relação à incidência do imposto sobre as operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular que não são tributáveis, conforme entendimento pacificado e sumulado pelo STJ (Súmula 166, reproduzida), bem como as diversas decisões judiciais com efeito “*erga omnes*” que cita e/ou reproduz.

Assim, diz não ser possível exigir imposto sobre saídas com o CFOP 5152, vez que a transferência de mercadorias de filial para a matriz e vice-versa, dentro ou fora do estado, não importa em ocorrência de fato gerador de ICMS.

No caso, destaca que das supostas saídas omitidas apuradas cuja base de cálculo da exação é R\$1.427.517,19, R\$941.727,00 se referem a operações de transferência (CFOP 5152) entre matriz e filial. Aduz que sobre essas operações não tributáveis o AI exige ICMS, inclusive com adição de MVA calculada com base no preço da saída que, em tese, já contém a MVA.

Fala que, com relação ao preço médio adotado para as saídas, sabe-se que a Port. 445/98 orienta a determinação da base de cálculo do ICMS nos casos em que for verificada a omissão de saídas mediante levantamento quantitativo de estoques (art. 5º, reproduzido), pois se o valor utilizado é o valor das saídas, não cabe aditar a MVA e ainda com percentual vigente atualmente que, em muitos casos é superior ao previsto na legislação em vigor na época, quesito em que se observa, inclusive, que o lançamento não seguiu a determinação contida no art. 22 da Lei 7014/96, reproduzido, pois em diversos itens compreendidos em gêneros alimentícios verificou a adição de MVA de 50%, como em biscoito de arroz (1), milho verde (138), sardinhas (14, 27, 178), açúcar (15, 271).

Além disso, diz haver indevida incidência da alíquota de 18% sobre mercadorias sujeitas à base de cálculo reduzida, tais como, óleo de soja (12% - art. 268, XXII) derivados de leite (12% - art. 265, XIX), e ressalta constar do levantamento quantitativo indevidas exigências de imposto sobre produtos isentos, como arroz, feijão, farinha, farinha de mandioca branca e amarela, flocão de milho entre outros (art. 16, I, “a”, da Lei 7.014/96 e art. 265, RICMS), que integram a cesta básica.

Acrescenta que o Autuante aplicou MVA sobre todos os biscoitos comercializados, inclusive os de consumo popular, que não estavam na substituição tributária, de acordo com a exceção prevista no Anexo I, posição 19053100, dispositivo que reproduz, razões pelas quais pugna pela declaração de nulidade ou improcedência destas infrações, pois há erros visíveis no levantamento de estoques, além de exação por operações de transferência contrariando a Súmula 166 do STJ.

4.2. Do excesso dos acréscimos moratórios – Cumulação indevida de multa com juros de mora e atualização monetária

Diz que mesmo na hipótese de procedência do lançamento, há indevido acréscimo moratórios decorrente da indevida cumulação da Taxa Selic com juros de mora de 1% mensal, pois, além da multa de mora, consta no AI acréscimos moratórios de R\$ 8.022,31, decorrente de indevida cumulação da SELIC com juros de mora, nos termos previstos no art. 102 do COTEB, situação legalmente vedada, conforme reiterados entendimentos do STF, a exemplo do STF. ARE 656195, Dje de 20/02/2013, reproduzido.

6. DA NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA FISCAL

Ante as razões aduzidas requer a realização de diligência fiscal no sentido de verificar a existência de operações acobertadas com notas fiscais que não foram registradas nos arquivos eletrônicos, bem como para verificar a existência de problemas com a transposição dos saldos finais de 2018, o que gerou inconsistências nas saídas de mercadoria em 2019, fatos que diz comprovar com relatórios e notas fiscais que anexa.

Concluindo, requer: a) declaração de nulidade ou improcedência do AI; ou, b) alternativamente, realização de diligência fiscal para revisão do lançamento; c) envio das intimações de todos os atos processuais para a advogada que subscreve a Impugnação.

O Autuante, em sua informação fiscal (fls. 83-84), após sintetizar as alegações defensivas, informa que o processo se reveste das formalidades legais e regulamentares; as infrações foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, de acordo com as Portarias 445/98 e 159/2019, bem como com a IN 56/2007; constam demonstradas nos relatórios constantes dos autos, cujas cópias em meio magnético foram entregues ao contribuinte, contra recibo.

Afirma que a peça de impugnação se constitui por uma genérica contestação, relacionando diversas notas fiscais sem apresentar qualquer vinculação com os fatos. Ou seja, se constitui de diversas alegações sem, contudo, apresentar elemento de prova material, que demonstre irregularidade no procedimento fiscal, com o simples objetivo de procrastinar o pagamento do crédito tributário, de modo que, concluindo, mantém a exação no valor original.

VOTO

Como acima relatado, contendo 04 (quatro) infrações, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$187.507,74, acusando falta de recolhimento de ICMS constatada em auditoria por levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados.

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 documentos de fls. 11, 12, 13 e 15, bem como do que se percebe na peça defensiva, 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 (fls.

04-15 e CD de fl. 14); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise, de modo que não se encontra no procedimento fiscal qualquer das irregularidades de forma genericamente suscitada pelo Impugnante, razão pela qual afasto a nulidade arguida.

Por entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção, com fundamento no art. 147, I do RPAF, indefiro o pedido de diligência efetuado pela Impugnante.

Indo ao mérito do caso, de logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a 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).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 04-15 e CDs de fls. 14), cujas planilhas identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlor item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, valor do ICMS objeto da autuação.

Com os destaques que faço na reprodução dos dispositivos legais, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF assim disciplina o exercício do direito à impugnação ao auto de infração:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente trazidos aos autos.

...

Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Como visto no relatório acima, ainda que reconheça existência das omissões constadas no levantamento fiscal, conforme relatórios contendo a rotatividade e a movimentação de produtos que anexa, a Impugnante busca justifica-las alegando que: **a)** “os problemas encontrados no levantamento quantitativo de estoques que geraram a presunção de ocorrência de omissões de entradas e saídas no auto de infração se devem tão somente a erros de escrituração dos arquivos eletrônicos e não à ocorrência de operações desacobertadas do documento fiscal”, que entende se relacionarem a descumprimento de obrigação acessória; **a.1)** decorrem, portanto, de falhas na operação do seu sistema interno que não registrou notas fiscais de entradas e de saída nos arquivos eletrônicos, os quais também contêm erros na transposição do saldo final do estoque de 2018, bem como por “problemas com a transferência de banco de dados do sistema anterior”; **b)** a sua matriz adquiriu mercadorias de terceiros as transferindo para a filial autuada que as vendeu, tudo acompanhado por notas fiscais, conforme relatórios e documentos fiscais anexados à Impugnação, cujos documentos (parte) não foram escriturados nos arquivos eletrônicos - especialmente as de transferências, operações não tributáveis nos termos da Súmula 166 do STJ -, e “algumas informações de seus arquivos contém inconsistências geradas por erros na conversão de unidades de medidas, na transferência de banco de dados na troca de sistema e pela falta de transposição de saldo final de estoque”; **c)** o fato de notas fiscais emitidas não terem sido registradas na escrita fiscal evidenciaria que os arquivos eletrônicos possuem erros que afastam a presunção de omissão de entradas e saídas sem nota fiscal.

Tratando-se de auditoria para a qual se usou os dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, que o contribuinte regularmente passou ao fisco atendendo a legislação a respeito, também com meus pertinentes destaques, cabe aqui expor a disciplina aplicável a este caso:

RICMS-BA

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

...

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

...

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único. O contribuinte obrigado ao uso da EFD deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.

Art. 249. O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09, além das Especificações Técnicas do Leiaute do Arquivo Digital e do Guia Prático da EFD-ICMS/IPI, previstos no Ato COTEPE/ICMS nº 44/19.

§ 1º Todos os registros são obrigatórios e devem ser apresentados sempre que existir a informação, exceto os registros B020, B025, B030, B035, B350, B420, B440, B460, B470, B500, B510, C116, C130, C177, C180, C185, C191, C197, C330, C350, C370, C380, C390, C410, C430, C460, C465, C470, C480, C591, C595, C597, C800, C810, C815, C850, C860, C870, C880, C890, D161, D197, D360, H030, 1250, 1255, 1700, 1710, 1900, 1910, 1920, 1921, 1922, 1923, 1925, 1926, 1960, 1970, 1975 e 1980.

§ 2º A EFD deve ser informada mesmo que no período não tenha ocorrido movimentação no estabelecimento.

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

AJUSTE SINIEF 02/2009

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 saneá-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;

...

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

§ 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.

Chamando atenção que os documentos autuados às fls. 07 e 08 são cópias de intimações da autoridade fiscal autuante ao contribuinte no curso do procedimento fiscal para apresentar justificativas pela falta dos registros C100 e filhos e H010 e filhos nos arquivos da EFD dos períodos 10 a 12/2018 e 02/2019, e que o documento de fl. 09 consiste em mensagem da autoridade fiscal ao contribuinte informando o resultado da auditoria, outorgando-lhe prazo para justificar as irregularidades constadas, antes da lavratura do AI em apreço, compulsando os autos, observo que, especialmente seguindo a orientação da Portaria 445/98 (Estoque Inicial + Entradas – Saídas = Estoque Final), a contagem física de estoques de mercadorias da qual resultou o AI obedeceu a legislação, implicando em aplicação de regular roteiro de auditoria identificando,

detalhadamente, por mercadoria, o movimento empresarial de entrada e saída que constatou as diferenças autuadas.

Observa-se que, por se constituir em pura e simples equação matemática considerando itens de mesma grandeza, cujos registros e eventuais câmbios internos na identificação dos itens são estrita e previamente normatizados em específica legislação, no roteiro e método de auditoria aplicado, se a realidade encontrada do estoque final não estiver condizente com o estoque inventariado, como nesse caso, tem-se, sem se deixar lugar a dúvida, omissão de saídas de mercadorias (Infrações 01, 03 e 04) ou confirmação da presunção legal de omissão de saídas quando não elididas na forma legalmente prevista (RPAF: Arts. 140 e 141 - Infração 02), não importando nem repercutindo nas infrações constatadas a matéria contida na Súmula 166 do STJ, como alega a Impugnante.

Por óbvio, atendendo à legislação, as quantidades de cada mercadoria devem constar nos registros da EFD de forma clara e precisa (livros e NFs), fato que a próprio Impugnante registra não ter oportunamente efetuado, e a legislação não admite levantamentos físicos paralelos sem amparo legal para justificar diferenças apuradas (como pretendido pela Impugnante), quando a apuração se dá seguindo critérios aos quais o contribuinte deve obrigatoriamente cumprir.

Por outro lado, para provê-los de valor jurídico, qualquer documento de uso interno do contribuinte há que estar registrado/contido na EFD, o que não ocorre no caso em apreço.

Assim, considerando que ao contrário do pretendido pela Impugnante, as irregularidades que expressamente confessou têm-las cometido nos registros da escrituração fiscal, apenas confirmam as infrações apuradas, pois, nem são “inconsistências” constadas na EFD, uma vez que o termo se relaciona à estrutura do leiaute do arquivo, as quais, quando existente impossibilitam/impedem/prejudicam a recepção dos arquivos pelo sujeito ativo, nem são irregularidades acessórias passíveis de sanções distintas às propostas no AI.

Por ser a forma legalmente prevista para o caso, a apreciação de ilegalidade relativa à cumulação de multa com juros de mora e atualização monetária não pode ser feita em foro administrativo (RPAF: Art. 167).

Quanto às intimações acerca do PAF observo que devem atender às regras regulamentares a respeito, mas nada impede que cópia também seja endereçada a patrono do sujeito passivo, como peticionado na Impugnação.

Ante o exposto, tenho as infrações como subsistentes e voto pela PROCEDÊNCIA Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 23308.00022/20-5, lavrado contra **HIPERMERCADO OUROLÂNDIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$187.507,74**, acrescido das multas de 100% sobre R\$185.105,72 e de 60% sobre R\$2.402,02, previstas no artigo 42, III e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR