

A. I. Nº - 206915.0019/21-0
AUTUADO - SUPER OFERTA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ AGRESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/07/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Fatos comprovados. Não acolhida a arguição de nulidade. Acusação subsistente. **2.** RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Item subsistente. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. **3.** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. MULTAS. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS FIXADOS PELA LEGISLAÇÃO. Acusações não comprovadas. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2021, e refere-se à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 148.302,62, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 16.987,71.

Infração 02 - 003.002.002- Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 126.629,72.

Infração 03 - 016.014.003- Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. O Contribuinte deixou de retificar os seus arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, os Registros de Inventário (Estoques Finais de Mercadorias em 31/12/2017 e 31/12/2018), após Intimação, via DT-e, em 30/08/2021, conforme cópia da Intimação e relatórios das DMA Consolidada 2017 e 2018, anexas a este auto. Multa aplicada no total de R\$ 126.629,72 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 a Art. 112 do CTN.

Infração 04 - 016.014.004- Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária. O contribuinte não informou nos seus arquivos da escrituração fiscal Digital-EFD, os Registros de Inventário (Estoques Finais de Mercadorias em 31/12/2017 e 31/12/2018), conforme seus arquivos RFD transmitidos. Multa fixa aplicada de R\$ 1.380,00 no total de R\$ 2.760,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e Art. 112 do CTN.

O autuado ingressa com defesa, fls. 25 a 30, e após transcrever o teor das acusações diz em relação à infração 01 que neste item, a pretensão fiscal estaria no erro do lançamento fiscal, com saídas de mercadorias tributadas como não tributadas. Este não foi o caso.

Aduz que se tratando de empresa do ramo de supermercados, com mais de 1900 itens listados e verificados, via sistema, as nomenclaturas e os códigos de alguns produtos, fazem com que,

mudanças ocorram num espaço de tempo ínfimo, muitas vezes, mudanças que implicam em uma nova nomenclatura sem alterações de preço.

Afirma ser público e notório que o sistema de controle de estoque eletrônico, baseado apenas e tão somente no código dos produtos, com um leque de tão grande de mercadorias, costuma possuir pequenas e corrigíveis falhas humanas, não aceitas pelo sistema, mas que não causaram qualquer prejuízo ao fisco.

Assim, fazer “vistas grossas” a esta realidade, e limitar-se a aplicar a regra fria do SINTEGRA vai de encontro à política governamental de promoção das pequenas empresas que, ao longo dos anos, vem reduzindo a carga tributária do setor, para melhorar a vida do cidadão, visão que, com este tipo de autuação, jamais alcançará o objetivo.

Há de se notar que se impugna tanto a diferença de quantidades, quanto a presunção decorrente tendo em vista que, os equívocos de uma repercutem na outra, prejudicando a formação do “*quantum debeatur*”, uma vez que, as planilhas e lançamentos eletrônicos acompanham todo o procedimento fiscal, despiciendo a juntada de novas planilhas de valores, mas, imprescindível para a compreensão do alegado, o informativo com a nomenclatura das mercadoria se a fácil visualização da pseudo diferença Detectada.

Reafirma que o valor apurado se refere a mais de 1900 itens, e exíguo tempo para a apresentação da defesa não permitiu o cotejamento de todos, e pugna pela realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar os pagamentos plenos quanto ao item 1 da autuação.

Em relação ao item 2 da autuação, alega o Preposto Fazendário que, teria o Autuado teria deixado de recolher o tributo em decorrência da utilização de alíquota diversa da prevista. Em que pese a presunção de veracidade dos termos da autuação, esta presunção é relativa e pode ser afastada por provas de fato diverso.

No caso em tela, o Contribuinte autuado teve dificuldades eletrônicas no envio dos arquivos de ajuste da EFD e com isso, alguns poucos produtos que tiveram saídas com tributação normal, apareceram com alíquotas reduzidas e outros que assim deveriam estar, apresentam alíquota cheia. O fato é que, não existe tributo a recolher no período após a recepção dos arquivos corretos do EFD.

Entende que diante da possibilidade deste Colegiado acessar as informações entregues e verificar o quanto alegado, requer de logo, seja tal diligência deferida, qual seja, confirmar se com as declarações corretas e entregues, existe tributo a recolher sob este ponto da autuação.

No que tange ao item 3 da acusação a mesma não se sustenta, pois o ordenamento jurídico tributário penal, não reconhece o fato imputado, como conduta punitiva, pois alega a autuação que o contribuinte DEIXOU DE RETIFICAR os seus arquivos de EFD.

Assim, entende que não cabe extensividade na interpretação no inserido no dispositivo legal informado na acusação fiscal, cuja redação transcreveu, concluindo que a conduta tipificada na norma estaria na não entrega ou na entrega sem as informações exigidas, contudo a acusação é de que o Contribuinte não teria promovido as retificações exigidas pela fiscalização.

Assim, não havendo tipificação da conduta do contribuinte na norma impositiva da multa, sua aplicação é indevida, sendo NULA a autuação quanto a este aspecto.

Frisa que independentemente da NULIDADE já exposta e pedida, o aspecto da falha eletrônica quando da tentativa de envio dos arquivos solicitados, situação identificada durante a fiscalização havida, leva a uma insegurança quanto a base de cálculo apresentada, ficando desde já, impugnada quanto a valores e a diligencia de verificação já pedida, confirmará as alegações.

Concernente ao item 04 da acusação, onde a fiscalização alega ter havido a entrega da EFD sem a informação do Registro de Inventário dos anos de 2017 e 2018, novamente, não se trata de ato volitivo de negação, a empresa tentou até o último dia efetivar a entrega via sistema, mas, a

intercorrência eletrônica havida não o permitiu.

Finaliza reiterando o pleito de diligência realizada por este Colegiado no sentido de confirmar que as distorções que levaram a atuação dos itens 1 e 2, se sanadas, deixa de existir imposto a recolher quanto a estes itens.

Quanto aos itens 3 e 4, mais precisamente a retificação seria feita, mas em face da inconsistência no DT-e, não se deu na data do pedido porém os inventários constam na escrituração e o mero equívoco na data do inventário era pra constar 31/12/2017 e foi transmitido com a data 01/02/2018, e o de 31/12/2018 foi transmitido com data de 01/02/2019.

Assim, reitera o pedido de Anulação da multa no item 3, face a conduta tipificada no auto não ter respaldo na legislação e o cancelamento da multa do item 04 em face de ter havido uma ocorrência fortuita (inconsistência no sistema) para sua ocorrência.

Por fim pede a IMPROCEDENCIA destes itens do Auto de Infração com a consequente extinção da pretensão tributária nele lançada, vez que, não há crédito tributário a ser recolhido pela Autuado.

O autuante presta informação fiscal às fls. 33 a 35 e diz em relação a infração 01 que o Contribuinte afirma que o controle de estoque eletrônico, baseado apenas nos códigos dos produtos, com mais de 1.900 itens listados, possui pequenas e corrigíveis falhas humanas, as quais não causaram qualquer prejuízo ao fisco. Questiona tanto a diferença de quantidades quanto a presunção decorrente da formação do débito, alegando se fazer necessária a juntada de novas planilhas para a compreensão e visualização do erro nas diferenças detectadas. Requer, então, diligência fiscal para comprovar os pagamentos corretos do ICMS reclamado nesta infração.

Em seguida diz que Toda a argumentação do Contribuinte na sua peça de Defesa não vem acompanhada de qualquer planilha ou documento que comprove as suas alegações, que possam se contrapor ao lançamento da infração. Pelo Contrário, o Contribuinte admite falhas suas e dificuldades nos lançamentos dos seus Registros Fiscais do SPED, não corrigidos/retificados a tempo, atribuindo essas dificuldades aos códigos eletrônicos dos produtos comercializados, em um total de mais de 1.900 itens. Alega, então, que em um processo de diligência fiscal, em nova auditoria, com os mesmos Registros Fiscais do seu SPED, algum milagre aconteceria e ficaria demonstrado que o ICMS recolhido pelo Contribuinte durante os exercícios fiscalizados estaria correto.

Portanto, sem planilhas e/ou documentos que se contraponham às planilhas e relatórios anexos ao auto de infração (detalhadas e precisas em relação às mercadorias levantadas, com os seus respectivos códigos eletrônicos), com cópias entregues ao Contribuinte, via Domicílio Tributário Eletrônico, respeitando-se o seu prazo de Defesa de 60 (sessenta) dias, a partir da Ciência de lavratura do referido auto, sustenta a Procedência Total da presente infração.

Também para a infração 02 diz que o Contribuinte argumenta que não conseguiu enviar os arquivos retificadores do seu SPED, admitindo assim que a sua escrituração fiscal transmitida contém erros. Porém, contraditoriamente, apesar de utilizar-se de alíquota menor do que a prevista na legislação, alega que não existe tributo a recolher, após a correção do SPED, solicitando diligência fiscal para dirimir tal dúvida.

Entende que não há como o Contribuinte utilizar-se de uma alíquota menor do que a prevista na legislação para destacar o ICMS devido em operações de saídas tributadas, nos seus registros fiscais, e, depois retificar tais registros com a alíquota correta (maior que a utilizada anteriormente) e não haver um saldo maior de ICMS a recolher, pois se trata de simples aritmética.

Acrescenta que o contribuinte não contesta as alíquotas inferiores lançadas nas suas diversas operações de saídas, com o consequente recolhimento a menor de ICMS, nem anexa planilhas e/ou documentos que possam rebater as planilhas e relatórios anexados ao auto de infração, cujas

cópias lhe foram entregues, via DTE. Limita-se apenas a apontar os registros fiscais do SPED como responsáveis pelo erro e que em uma diligência tudo seria esclarecido.

Na infração 03 o Contribuinte admite que não atendeu a intimação para retificar os seus arquivos eletrônicos da EFD porque “... *houve falha eletrônica quando da tentativa de envio dos arquivos solicitados, levando a uma insegurança quanto à base de cálculo apresentada, impugnando seus valores e solicitando diligência.*”. No entanto, alega que não há tipificação da conduta do contribuinte na norma impositiva da multa, que a sua aplicação é indevida.

Também para essa infração, devidamente tipificada na legislação tributária e comprovada documentalmente no auto de infração, utiliza o argumento de que, por falha na transmissão dos arquivos retificadores, os mesmos não foram enviados para o SPED. Já a base de cálculo encontrada e lançada no auto de infração é o valor total das saídas informada pelo contribuinte nas suas DMAS dos exercícios fiscalizados de 2017 e 2018, extratos dos referidos documentos anexados ao auto.

Portanto, mais uma vez, entende que as alegações do tem efeito meramente protelatório.

Quanto a infração 04 diz que mais uma o contribuinte usa de subterfúgios para não reconhecer a ocorrência da infração lançada no presente auto, apenas protelando esse reconhecimento e a consequente quitação do mesmo. Não apresenta qualquer documento ou levantamento seu que possa se contrapor à infração lançada.

Acrescenta que na sua peça de Defesa, o Contribuinte alega que os inventários de 2017 e 2018 constam nos seus arquivos da EFD transmitida, porém a EFD do Contribuinte não apresenta os Itens de Estoque Final lançados nas datas de 31/12/2017 e de 31/12/2018 para os seus Registros de Inventário dos exercícios de 2017 e 2018, respectivamente, conforme relatório do SIAF anexado ao auto de infração.

Finaliza dizendo ser desnecessária a diligência requerida pois a seu ver as imputações estão amplamente comprovadas e opina pela Procedência do Auto de Infração.

Na assentada de Julgamento do dia 06 de junho de 2022 o Sr. Relator João Vicente da Costa Neto solicitou vistas do processo e na seguinte informou que efetuou consulta nas EFDs do contribuinte, constatando que o Inventário de 2017 que diz respeito a 01/01/17 a 31/12/2017, que deve ser entregue na EFD de 02/2018, de fato foi entregue, porém com erro na indicação do período de referência, isto é, indicou como 01/02/2018 a 28/02/2018. Também o inventário de 2018 que diz respeito a 01/01/18 a 31/12/18, que deve ser entregue na EFD de 02/2019, também foi entregue, porém não na EFD de 02/19, mas na EFD de 03/2019.

Acrescentou ainda que os inventários foram entregues na EFD. O de 2017 consta 985 páginas e de 2018 consta 739 páginas.

VOTO

O presente Auto de Infração é constituído de 04 infrações, sendo que o autuado suscitou a nulidade das infrações 01, 03 e 04, que serão a seguir analisadas.

A infração 01 acusa o contribuinte de não ter recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada.

O autuado alegou dificuldade de compreensão em relação as planilhas elaboradas pela fiscalização, dificultando a apresentação da defesa, porém, não é o que observo, visto que as mesmas contêm diversas informações, tais como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração da infração. As mesmas foram entregues ao autuado via Domicílio Tributário Eletrônico e concedido o prazo de defesa de 60 (sessenta), conforme estabelecido na legislação.

A infração 03 trata de multa no total de R\$ 126.629,72 pela falta de atendimento a intimação para

retificação dos seus arquivos da escrituração fiscal Digital-EFD, referentes aos Registros de Inventário (Estoques Finais de Mercadorias em 31/12/2017 e 31/12/2018).

O impugnante argumentou que teria ocorrido inadequação da legislação aplicada ao caso, que se baseou no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº. 7.014/96. Acrescentou que a conduta tipificada na norma seria a não entrega ou na entrega sem as informações exigidas, contudo a acusação é de que o contribuinte não teria promovido as retificações exigidas pela fiscalização. Reconheceu que de fato não fez a entrega dos arquivos solicitados em face de inconsistência na DTE, levando uma insegurança quanto à base de cálculo apresentada.

Para um melhor entendimento transcrevo abaixo disposto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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:

I) R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Constato que no presente caso, o autuante intimou o contribuinte para que enviasse os arquivos faltantes, referentes aos Registros de Inventário (Estoques Finais de Mercadorias em 31/12/2017 e 31/12/2018), através do Domicílio Tributário Eletrônico- DT-e, com data de ciência tácita em 30/08/2021, porém, segundo a fiscalização, tais arquivos permaneceram sem a devida escrituração dos referidos livros. Portanto, sendo comprovado tal fato, se caracterizaria o descumprimento de intimação fiscal para a entrega dos arquivos, amoldando-se perfeitamente à figura jurídica prevista no mencionado dispositivo legal.

Consequentemente, foi aplicada a multa de 1% sobre o somatório dos valores anuais das entradas, nos exercícios de 2017 e 2018, conforme se verifica nas cópias das DMAs Consolidadas dos referidos exercícios, anexadas às fls. 17/20, inexistindo insegurança na composição da base de cálculo como arguido pelo sujeito passivo.

Assim, não acolho o argumento de nulidade apresentado pelo autuado.

A infração 04 trata de penalidade fixa pela falta de entrega pelo autuado, no prazo fixado pela legislação, dos arquivos eletrônicos referentes a EFD. O argumento defensivo suscitando a nulidade da infração por insegurança na base de cálculo não pode ser aceita pois de acordo com o citado dispositivo cabe a aplicação de uma multa fixa de R\$ 1.380,00, por cada período em que os arquivos de EFD deixaram de ser entregues, na época prevista, independente de qualquer intimação.

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito a infração 01 acusa o contribuinte de não ter recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada.

O contribuinte na apresentação da defesa apenas nega o cometimento das infrações sob o argumento de que se trata de empresa atuante no ramo de supermercados, com mais de 1900 itens e que durante o período fiscalizado houve mudanças de nomenclaturas e códigos de alguns produtos, sendo que, em muitas vezes implicam em uma nova nomenclatura sem alteração de preço. Entende que em se tratando de diferença de quantidades e de presunção os equívocos de um item se repercute em outro.

Como restou comprovado através dos papéis de trabalho anexados na mídia de fl. 21, elaborado pelo autuante com base nas informações fornecidas pelo autuado através da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, a exigência recai sobre às operações de saídas que acobertavam mercadorias tributadas normalmente enquanto que o sujeito passivo não as tributou, fato este que afasta as alegações do autuado de que se trata de presunção e/ ou diferenças de quantidades.

Ademais, observo que o levantamento fiscal trabalhou com os códigos que foram atribuídos pelo próprio autuado à cada mercadoria e neste caso caberia ao mesmo apontar objetivamente os itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos, elaborados pela fiscalização, com as devidas justificativas e comprovações necessárias, e não alegar ser necessária a realização de diligência para comprovar os pagamentos que elidiria a infração.

Dessa forma, como o autuado não apontou qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborado pelo autuante, a infração subsiste em sua totalidade.

A infração 02 acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O sujeito passivo reconhece ter havido equívocos em relação a alguns produtos com tributação normal e que foram informados na EFD com redução da base de cálculo. Justifica que não conseguiu enviar os arquivos retificadores de seu SPED, que comprovaria a inexistência de tributo a recolher.

De início destaco que a irregularidade se refere a registro na escrituração fiscal de ICMS destacado em documentos fiscais de saídas emitidos pelo sujeito passivo contribuinte, portanto não se trata de mera inconsistência no envio da EFD, passível de correção, quando intimado pelo Fisco nesse sentido.

Os levantamentos elaborados pelo autuante tomaram como base as informações relativas as notas fiscais de saídas constantes no banco de dados da Sefaz, onde, através deles, foram elaboradas as planilhas inseridas no CD de fl. 21, indicando o número de cada documento fiscal, código e descrição dos produtos, ICMS destacados, ICMS apurados pela fiscalização estabelecendo as diferenças ora exigidas, as quais não foram rechaçados pelo autuado.

Por outro lado, observo que o defendente não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu. Consequentemente a infração subsiste em sua totalidade.

As infrações 03 e 04 refere-se a exigência de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, pela falta de atendimento a intimação para retificação dos seus arquivos da escrituração fiscal Digital-EFD, referentes aos Registros de Inventário, Estoques Finais de Mercadorias em 31/12/2017 e 31/12/2018 (infração 03) e pela omissão na entrega de arquivo eletrônico da EFD dos mencionados Registros de Inventário, na forma e nos prazos previstos na legislação, (infração 04).

O sujeito passivo na apresentação da defesa assevera que encaminhou os arquivos tempestivamente, contendo os arquivos relativos aos Livros Registro de Inventários de 31/12/2017 e 31/12/2018, porém, foi informada a data de 01/02/2018, quando deveria ser 31/12/2017 e 01/02/2019 quando seria 31/12/2018.

Após pesquisas realizadas pelo Sr. Julgador João Vicente da Costa Neto, com a qual concordo, restou comprovado que a empresa de fato encaminhou os arquivos referentes aos mencionados

livros Registro de Inventário, apesar de ter informado o período de referência de forma equivocada, como afirmado pelo defendente, ou seja: o Inventário de 2017 que diz respeito a 01/01/17 a 31/12/2017, que deve ser entregue na EFD de 02/2018, foi encaminhado, porém, com erro na indicação do período de referência, isto é, indicou como 01/02/2018 a 28/02/2018. Também o inventário de 2018 que diz respeito a 01/01/18 a 31/12/18, que deve ser entregue na EFD de 02/2019, também foi entregue, porém na EFD de 03/2019.

Assim, fato é que os arquivos dos referidos livros foram transmitidos, sendo que o referente ao exercício de 2017 constam 985 páginas, enquanto que o de 2018 constam 739 páginas, restando consequentemente descaracterizadas às infrações 03 e 04.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em razão da insubsistência das infrações 03 e 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206915.0019/21-0**, lavrado contra **SUPER OFERTA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.912,90**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR