

PROCESSO - A. I. Nº 206915.0019/21-0
RECORRENTE - SUPER OFERTA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0128-04/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ AGRESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/06/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0127-11/23-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 ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Item subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 29/09/2021, e refere-se à cobrança de ICMS e multa e no valor total de R\$148.302,62, pela constatação de 04 infrações, porém o objeto do Recurso Voluntário foi tão somente as seguintes:

***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\$ 1.925,19.*

Após a devida instrução processual, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

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:

l) 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 as 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.

O contribuinte inconformado com a decisão de piso apresenta, nas fls. 58/61, Recurso Voluntário apenas para as infrações 1 e 2, que tece o seguinte:

Disse que a acusação feita pela fiscalização de que a falta de recolhimento de ICMS por operação declarada como não tributada e seria tributada e recolhimento a menor por erro na aplicação da alíquota, no entanto, assistiria razão, se e somente se, ao realizar a verificação e tendo detectado o erro tivesse procedido com um exame mais pormenorizado sobre os itens fiscalizados. Acrescenta que se tratando 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.

Nota que o sistema de controle de estoque eletrônico, baseado apenas e tão somente no código dos produtos, com um leque tão grande de mercadorias, costuma possuir pequenas e corrigíveis falhas humanas, não aceitas pelo sistema, mas que, não causaram qualquer prejuízo ao fisco. E que a diferença de regime decorre de equívocos que muitas vezes não na formação do “*quantum debeatur*”, uma vez que as planilhas e lançamentos eletrônicos acompanham todo o procedimento fiscal, despidendo a juntada de novas planilhas de valores, mas, imprescindível para a compreensão do alegado, o informativo com a nomenclatura das mercadorias e a fácil visualização da pseudos falha detectada.

Afirma que o valor apurado se refere a mais de 1900 itens, e exíguo tempo para a apresentação defesa não permitiu o cotejamento de todos, sendo a planilha anexa uma mera exemplificação do ocorrido na grande maioria dos itens.

Reitera o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito e ao final CONHECIDO E ACOLHIDO presente recurso e seja dada a IMPROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração, com a consequente extinção da pretensão tributária nele lançada, vez que, não há crédito tributário a ser recolhido pela Autuada/Recorrente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da constatação de que a empresa *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis”* (Infração 01), bem como *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”* (Infração 02), ressalte-se que a infração 03 e 04 foram julgadas improcedentes em Primeira Instância e portanto não foram objeto do presente recurso.

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

Em relação as duas infrações, a recorrente se limitou a afirmar que o autuante somente teria razão, se e somente se, ao realizar a verificação e tendo detectado o erro tivesse procedido com um exame mais pormenorizado sobre os itens fiscalizados e que se trata de empresa que atua 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.

Ora, tal argumento não pode prosperar, tendo em vista que o autuante fez o levantamento fiscal, fls. 21, com base nas informações fornecidas pela recorrente através da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, ao analisar às operações de saídas que acobertavam mercadorias tributadas normalmente, verificou que o sujeito passivo não as tributou ou o fez com a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

Ressalte-se que auditor fiscal realizou seu trabalho partindo dos códigos dos itens atribuídos pela própria recorrente à cada mercadoria de tal forma que, se esse entendesse que haviam equívocos, caberia à mesma apontar os itens que por ventura teriam sido incluídos indevidamente nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, apresentando suas devidas justificativas e comprovações necessárias, e não apenas alegar ser necessária a realização de diligência para comprovar os pagamentos que elidiria a infração.

Já para a apuração dos itens que saíram com alíquotas diversas das previstas na legislação, o autuante tomou por 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.

Quanto ao pedido de diligência, saliento que o mesmo pode ser indeferido quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo sejam suficientes para seu convencimento, nos termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, transcrito abaixo:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
...”

O disposto na alínea “b” do mesmo dispositivo reforça a ideia de que a diligência não pode ser tratada como meio de defesa, pois não substitui a ação probatória da parte, conforme se depreende do texto abaixo:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

...

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

...”

Assim, a Decisão recorrida fez uso de sua prerrogativa, ao qual me alinho, indeferindo o pedido de diligência e julgando com base nas provas que se encontravam no processo, sem que disso resulte em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Denego também o pedido de diligência, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção sobre a lide, nos termos do referido Art. 147, I, “a” do RPAF/99.

De todo exposto NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206915.0019/21-0, lavrado contra **SUPER OFERTA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.912,90**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS