

A. I. Nº - 232954.0007/04-6
AUTUADO - FRIGORÍFICO ALAGOINHAS LTDA.
AUTUANTE - ADAIR ZAMBONI RIBEIRO
ORIGEM - INFAC ALAGOINHAS
INTERNET - 20.12.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0502-03/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. É devido o imposto. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração comprovada. **c)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Multa de 1% do valor das entradas e saídas de mercadorias. Reduzido o valor do débito em virtude da retroação benigna da lei. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2004 para exigir o ICMS no valor de R\$ 14.483,52, acrescido de multa de 70%, além de multas no total de R\$50.066,56, em razão das seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto decorrente da omissão de registro de notas fiscais de saídas tributáveis no Livro de Registro de Saída de Mercadorias tributáveis, valor de R\$5.109,95.

02. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicado multa fixa de 10% sobre o valor não registrado totalizando R\$2.031,64.

03. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicado multa fixa de 1% sobre o valor não registrado totalizando R\$28,14.

04. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações de operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem sua leitura, sendo aplicado multa fixa de 1% sobre as entradas e às saídas, totalizando valor de R\$48.006,78.

05. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento destas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, totalizando R\$9.373,57.

O autuado, na defesa apresentada (fl. 271 a 274), por seu representante legalmente constituído (fl. 276) nega o cometimento das infrações constantes do auto de infração, tendo apresentado as seguintes explicações e provas documentais:

No que se refere à infração 01, diz que não reconhece a procedência da mesma, pugnando pela total improcedência.

Relativo às Infrações 02, 03, alega que o autuante tomou como base as terceiras vias das notas fiscais retidas no posto fiscal, mas que nunca recebera estas mercadorias e só tomou conhecimento das mesmas através da autuação.

Diz que “pode ter ocorrido uma emissão equivocada da terceira via das NF’s destinadas a outros estabelecimentos e, por isso, não houve o registro contábil das mesmas, porque elas nunca chegaram à empresa.”

Informa que não reconhece as notas fiscais e nega a validade das infrações 02 e 03, que afirma serem documentos inidôneos, motivos pelo qual pede a improcedência das infrações.

Quanto à infração 04 alega que está desobrigada da entrega dos arquivos magnéticos nos termos do Convênio nº 57/95 porque seu ECF estilo ECF-MR conectado a um computador não gera os arquivos magnéticos solicitados, e que só seria obrigado a entregá-lo se o equipamento eletrônico utilizado gerasse o arquivo magnético, fato que pode ser comprovado através de perícia nos seus equipamentos, que oportunamente solicita que seja feita.

Quanto à infração 05, explica que o princípio basilar do ICMS é o da não cumulatividade, o que conduziu a escolher o regime normal de apuração do imposto com a compensação do débito gerado pelas vendas com o crédito gerado pelas compras. Afirma que “se não for desta forma, estar-se-á bi-tributando uma mesma mercadoria”, e é por esse motivo que se faz a apuração da conta caixa para apurar o saldo, procedimento esse não respeitado pela fiscalização que não analisou a conta Caixa e sim a entrada e saída do período sem aplicar a não-cumulatividade.

Finaliza dizendo que não restam dúvidas quanto ao equívoco da autuação e requer o julgamento da improcedência da mesma.

O autuante na informação fiscal prestada (fl. 300), diz que o autuado, por desconhecimento da legislação ou simples protelação, omitiu ou distorceu alguns dispositivos legais o que tornou sua defesa improcedente, em relação a:

Infração 01: que o autuado deixou de escriturar diversas notas fiscais de saída de mercadorias conforme planilha anexada ao PAF na fl. 46 e que basta verificar se as notas fiscais relacionadas estão ou não lançadas no Livro “Registro de Entradas” e se estivessem seria improcedente o lançamento. Como não estão, é então procedente.

Quanto às infrações 02 e 03, esclarece que se referem a notas fiscais tributadas e não tributadas respectivamente que o contribuinte deixou de lançar na sua escrita fiscal. Como prova diz que acostou nas fls. 14 a 45 cópias das notas fiscais destinadas ao contribuinte com indicação do endereço, Inscrição Estadual e CNPJ.

Relativo à Infração 04, afirma que nenhum contribuinte inscrito no cadastro Normal do ICMS está desobrigado da apresentação de arquivos magnéticos.

Quanto à infração 05, esclarece que trata-se de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado onde foi apurado omissão de entradas de mercadorias nos exercícios de 2000 a 2002, o qual foi executado de acordo com as normas pertinentes e descabe a alegação defensiva.

Esta 3ª JJF converteu o processo em diligência em 27/10/04 para que a Gerência de Automação Fiscal (GEAFI) informasse se o Equipamento modelo ECF-MR marca Yanco 6000 Plus utilizado pelo autuado possuía ou não recurso capaz de gerar arquivo magnético e ainda, se não fosse capaz de gerar o arquivo magnético, se o contribuinte inscrito no cadastro normal no período de fevereiro de 2001 a novembro de 2002 era obrigado a usar equipamento capaz de gerar arquivo magnético.

A GEAFI emitiu parecer à fl. 307 com o seguinte teor:

- 1) O ECF-MR 6000-Plus não possui recurso capaz de gerar arquivo magnético;
- 2) Que o contribuinte possui um outro estabelecimento, com CNPJ 13.277.157/0001-00 e Inscrição Estadual nº 21.979.688, que utiliza Sistema Eletrônico para Processamento de Dados (SEPD) para emissão de Nota Fiscal Fatura, desde 24/11/2000;
- 3) Que de acordo com o art. 684, § 10: “A partir de 1º de outubro de 2000, o pedido para uso de sistema eletrônico de processamento de dados deverá abranger todos os estabelecimentos da empresa localizada no território deste Estado (Conv. ICMS 42/00).”

VOTO

Analizando os elementos constantes do processo verifico que:

Quanto à infração 01, falta de recolhimento do imposto decorrente da omissão de registro de notas fiscais de saídas tributáveis no livro de RSM, verifico que o autuante elaborou demonstrativo constante da fl. 46, no qual relacionou diversas notas fiscais de saída série única, as quais não foram lançadas no livro próprio do autuado. O autuado alegou na defesa apresentada, apenas que não reconhece a infração. Entendo que em se tratando de documentos emitidos pelo autuado bastaria que ele apresentasse cópia do livro de Registro de Saída de Mercadorias comprovando que tais notas fiscais tinham sido lançadas. Logo, em consonância ao art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito

passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, motivo pelo qual não acato tal alegação. Dessa forma, julgo procedente esta infração com valor devido de R\$5.109,95.

As infrações 02 e 03 são referentes às multas de 10% e 1% relativas à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação e também não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. O autuado alega que o autuante tomou como base as terceiras vias das notas fiscais retidas no posto fiscal e que nunca recebeu estas mercadorias e só tomou conhecimento das mesmas através da autuação.

Pela análise das cópias das notas fiscais coletadas nos postos fiscais, constantes das fls. 14 a 45, constato que se tratam de documentos emitidos por diversos fornecedores situados em outros Estados e no próprio Estado. Observo que a Nota Fiscal nº 56.472 à fl.14, emitida pela Cipa Nordeste Industrial localizada em Sergipe indica o pedido de nº 136.653; a da fl. 17 emitida pelo Moinho Dias Branco S/A Comércio e Indústria situada em Salvador indica o código do Vendedor nº 5136; às das fls. 18 e 20 emitidas pela Suprene localizada em Salvador indica que o transporte era por conta do destinatário; as das fls. 30 e 36 indicam como Transportador “o mesmo” e emitida pelo Armazém Stela localizado em Conceição do Jacuípe, situado em torno de 60 quilometros do estabelecimento do autuado, bem como os documentos das fls. 32 a 34 emitidos por estabelecimentos situados em Feira de Santana. Todos esses elementos são passíveis de comprovações, quer seja pela comprovação do pedido, do transportador, ou formalização de denúncia contra o contribuinte que emitira nota fiscal contra o autuado sem que supostamente houvesse pedido, confirmação, efetivação de compra e pagamento, no entanto nenhuma prova foi apresentada no processo.

Pelo exposto, não considero razoável como prova a simples suposição de que ocorreu emissão equivocada das terceiras vias sem que o autuado tenha apresentado provas de que não adquiriu as mercadorias cujas cópias de notas fiscais foram coletadas pelo trânsito de mercadorias, as quais foram acostadas ao processo e não foram registradas na escrita fiscal.

Face ao exposto, voto pela procedência das infrações 02 e 03, com valores respectivos de R\$2.031,64 e R\$28,14.

Quanto à infração 04, falta de entrega de arquivos magnéticos com informações de operações ou prestações realizadas, o autuado alegou que está desobrigado da entrega dos arquivos magnéticos nos termos do Convênio nº 57/95 porque seu ECF estilo ECF-MR conectado a um computador não gera os arquivos magnéticos solicitados, e que só seria obrigado a entregá-lo se o equipamento eletrônico utilizado gerasse o arquivo magnético, fato que pode ser comprovado através de perícia nos seus equipamentos.

Por sua vez, o autuante contestou dizendo que “Nenhum contribuinte escrito no Cad-ICMS como Normal está desobrigado da apresentação de arquivos magnéticos.” (fl. 300).

Pela análise dos documentos constantes do processo constato que o autuado está inscrito na condição de contribuinte com apuração do ICMS pelo regime Normal (fl. 284), é usuário de SEPD e tem cadastrado Emissor de Cupom Fiscal ECF-MR marca Yanco Modelo 6000-Plus tipo ECF-MR V.4.2 (fl. 285). Verifico que, sendo o contribuinte usuário de modelos de ECF-MR Modelo Yanco 6.000-Plus, os mesmos não são capazes de gerar arquivos magnéticos e, considerando apenas o equipamento utilizado, não haveria a obrigaçao de gerar e entregar ao fisco os arquivos magnéticos.

Entretanto, o parágrafo primeiro do artigo 683 do RICMS/BA prevê que: “§ 1º Também fica obrigado às disposições deste Capítulo o contribuinte que utilizar sistema de terceiros para emitir documento fiscal ou escriturar livro fiscal por sistema eletrônico de processamento de dados”, e

o parágrafo terceiro do mesmo artigo: “§ 3º. Considera-se uso de sistema eletrônico de processamento de dados a utilização de programa aplicativo para emissão de documento fiscal ou escrituração de livros fiscais em equipamento impressor, inclusive equipamento ECF”.

Logo, conforme disposto no § 10 do art. 684 do RICMS/97, a partir de 01/10/2000, com a redação dada pelo Decreto nº 7842 de 11/09/00, o contribuinte que utilizar SEPD em um dos seus estabelecimentos, deverá utilizar equipamento semelhante em todos os outros:

Art. 684...

§ 10. A partir de 1º de outubro de 2000, o pedido para uso de sistema eletrônico de processamento de dados deverá abranger todos os estabelecimentos da empresa localizados no território deste Estado (Conv. ICMS 42/00)”.

No presente caso, o autuado cadastrou em 24/11/00 um Software para emissão de Nota Fiscal Fatura do estabelecimento com CNPJ nº 13.277.157/0005-34 e Inscrição Estadual nº 028.683.283, e a partir desta data, todos os demais estabelecimentos existentes no Estado passaram a ser obrigados a utilizar o SEPD e a gerar e a entregar à Fiscalização os arquivos magnéticos, fato que não ocorreu no presente lançamento, portanto é devida a multa aplicada pela falta de entrega dos arquivos magnéticos solicitados por meio de intimação.

Ressalto que não se está exigindo a entrega dos arquivos magnéticos dos equipamentos usados pelo autuado, tendo em vista que os mesmos não tinham capacidade de gerar tais arquivos. Está-se exigindo a penalidade pelo fato de o autuado ser obrigado por força da legislação a possuir SEPD capaz de gerar os arquivos magnéticos e, como não cumpriu a legislação, está devidamente caracterizada a infração.

Entretanto, considerando que a Lei nº 9.159, de 09/07/04, estabeleceu que a multa a ser aplicada neste caso é de 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração, e o autuante aplicou a multa de 1% sobre o montante das entradas e das saídas prevista na legislação vigente na data da autuação, entendo que deve ser aplicada a redação atualmente em vigor, em razão da retroatividade benigna, consoante o disposto no art. 106 do CTN, conforme demonstrativo abaixo:

Data da Ocorrência	Data Vencida	Base de Cálculo/F1.47	Multa %	Valor do Débito
31/01/01	09/02/01	89.996,29	1%	899,96
28/02/01	09/03/01	96.685,99	1%	966,86
31/03/01	09/04/01	118.103,36	1%	1.181,03
30/04/01	09/05/01	128.593,57	1%	1.285,94
31/05/01	09/06/01	108.410,97	1%	1.084,11
30/06/01	09/07/01	117.862,52	1%	1.178,63
31/07/01	09/08/01	93.652,57	1%	936,53
31/08/01	09/09/01	104.162,39	1%	1.041,62
30/09/01	09/10/01	90.406,91	1%	904,07
31/10/01	09/11/01	106.477,90	1%	1.064,78
30/11/01	09/12/01	134.773,38	1%	1.347,73
31/12/01	09/01/02	157.833,84	1%	1.578,34
28/01/02	09/02/02	96.775,40	1%	967,75
28/02/02	09/03/02	85.071,81	1%	850,72
31/03/02	09/04/02	108.812,50	1%	1.088,13
30/04/02	09/05/02	153.094,62	1%	1.530,95

31/05/02	09/06/02	85.030,28	1%	850,30
30/06/02	09/07/02	94.142,77	1%	941,43
31/07/02	09/08/02	79.963,95	1%	799,64
31/08/02	09/09/02	100.842,46	1%	1.008,42
30/09/02	09/10/02	89.515,62	1%	895,16
31/10/02	09/11/02	105.384,75	1%	1.053,85
30/11/02	09/12/02	128.558,32	1%	1.285,58
31/12/02	09/01/03	124.122,89	1%	1.241,23
Total da Infração				25.982,76

Quanto à infração 05, falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

O autuado alegou que optou pelo regime normal de apuração do ICMS e, pelo princípio da não cumulatividade, o débito gerado pelas vendas deve ser compensado com o crédito gerado pelas compras. Alega que “se não for desta forma, estar-se-á bi-tributando uma mesma mercadoria” e é por esse motivo que se faz a apuração da conta caixa para apurar o saldo, procedimento esse não respeitado pela fiscalização que não analisou a conta-caixa e sim a entrada e saída do período sem aplicar a não-cumulatividade.

Pela análise dos elementos apresentados no processo, verifico que o autuante desenvolveu o roteiro de auditoria de estoques, conforme demonstrativos sintéticos das fls. 61, 72 e 80 relativos aos exercícios de 2000, 2001 e 2002 respectivamente, tendo constatado omissão de entradas de mercadorias o que conduz à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriores também não contabilizadas, as quais foram utilizadas para pagamentos das entradas não registradas.

Tendo o levantamento quantitativo sido feito com base nos estoques registrados no livro de Registro de Inventário, das notas fiscais de entradas e saídas registradas nos livros próprios, poderia o contribuinte apresentar provas que demonstrassem onde ocorreria erro na apuração das quantidades que deixaram de ser computadas ou que o autuante tenha computado de forma incorreta. A constatação da omissão de entrada conduz a presunção de omissão de saída anterior conforme disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, combinado com a Portaria nº 445/98, sendo facultado ao autuado comprovar a improcedência da presunção. No caso presente conforme anteriormente dito poderia o autuado comprovar possíveis erros no levantamento quantitativo procedido pelo autuante e não tendo o feito, julgo procedente a infração 05. Sendo assim, considero devido o valor de R\$9.353,57.

Diane do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 232954.0007/04-6, lavrado

contra **FRIGORÍFICO ALAGOINHAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.483,52**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$28.042,54**, previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A “g” da citada Lei e artigo e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR