

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0007/04-6
RECORRENTE - FRIGORÍFICO ALAGOINHAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ªJF nº 0502-03/04
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0090-12/05

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. Modificada a Decisão. O equipamento utilizado pelo contribuinte, não gera os arquivos magnéticos solicitados. Infração insubsistente. 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. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime em relação às infrações 1, 2, 3 e 5. Vencido o voto da relatora quanto a infração 4. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração 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.

A lide foi decidida em Primeira Instância com base no voto a seguir transcrito:

“Analisando os elementos constantes do processo verifico que:

Quanto à infração 1, 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 2 e 3 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 recebera 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 Jacuipe, situado em torno de 60 quilômetros 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 obrigação 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:

(...)

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 ocorrera 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância o recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 334 a 338 alegando, em síntese:

De referência às infrações 1 e 5 o autuado não reconhece a procedência pugnando pela total improcedência das mesmas.

De referência às infrações 2 e 3 informa que as Notas Fiscais de nºs. 014346 e 023528 estão, respectivamente registradas no LICMS (I) na folha 56 do livro 8 e (II) na folha 37 do livro 10, pelo que devem as mesmas ser excluídas do rol elaborado pelo Auditor.

Quanto às demais notas fiscais afirma que o Preposto Fiscal se muniu das terceiras vias das mesmas retidas no Posto Fiscal (vias de trânsito) que não são capazes de indicar que a mercadoria ingressou no estabelecimento do autuado e que as cópias juntadas aos autos resumem-se a meras suposições.

Acréscita, ainda, que “quando a empresa apresenta o LICMS e nele não conta o registro de determinada Nota Fiscal, cabe ao Fisco, demonstrar a entrada no estabelecimento, e só! Não adianta querer se utilizar a Nota Fiscal de trânsito como justificadora da entrada.”

Em razão desses argumentos o recorrente afirma que *“não servem como prova as cópias juntadas aos autos deste processo porque são incapazes de assegurar a entrada das mercadorias no estabelecimento”* negando a validade das infrações 2 e 3.

De referência à infração 4 alega que os emissores de Cupom Fiscal, estilo máquinas Registradoras (ECF – MR) utilizadas pela empresa são incapazes de gerar os referidos arquivos magnéticos, conclusão da GEAFI quando da análise desse equipamento.

Diz, ainda, que como o tipo infracional é deixar de fornecer arquivos magnéticos, ele pressupõe que os equipamentos tenham capacidade de emití-los, o que não é realidade, acrescentando que a infração 4 deveria ter como fundamento o § 10 do art. 684 do RICMS, como disposto no voto e não o art. 686 do mesmo diploma legal, havendo, assim, erro de tipo o que gera a improcedência da ação.

Os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS, tendo esta, através do procurador Deraldo Dias de Moraes Neto, manifestado seu opinativo de fls. 340 a 343 na forma abaixo sintetizada:

Que o autuado não reconheceu as infrações 1, 2, 3, 4 e 5, motivo pelo qual apresentou defesa genérica sobre todas elas, sem nenhum argumento jurídico ou prova material que justifique a revisão e/ou reforma do *decisum*.

Que o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, pois a JJF, embora tenha entendido caracterizadas as infrações e que o contribuinte não elidiu a ação fiscal, foi realizada diligência que determinou revisão fiscal, a qual diminui o valor do débito exigido.

Quanto ao problema da suposta nulidade das infrações 1 e 2, estas não foram comprovadas e devem ser mantidas, não tendo sido verificado qualquer prática de atos ilegais por parte do autuante como quer fazer crer, erroneamente, o autuado.

Em relação à questão do levantamento quantitativo de estoques, o autuante seguiu o procedimento padrão e elaborou demonstrativos sintéticos dos exercícios de 2000, 2001 e 2002, e o autuado não apresentou argumentos capazes de apontar erros na ação fiscal.

Conclui opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e pela manutenção da Decisão recorrida.

VOTO (Vencido quanto à infração 4)

O recorrente interpôs o presente Recurso Voluntário, generalizando sua defesa, para afirmar que não reconhece a procedência das infrações 1 a 5, pugnando pela improcedência das mesmas.

As infrações descritas no Auto de Infração não foram elididas pelo recorrente que manteve sua defesa inicial, sem trazer qualquer prova material ou argumentação jurídica que pudessem provocar a reforma da Decisão de 1ª Instância.

As questões que poderiam gerar dúvidas dizem respeito a:

1. ao fato de se reconhecer ou não ao recorrente a obrigação de fornecer os arquivos magnéticos com o equipamento utilizado pelo mesmo, ou seja, ECF-MR marca Yanco modelo 6000 – Plus.
2. se o recorrente, inscrito no cadastro normal era obrigado, no período de fevereiro de 2001 a novembro de 2002, a usar equipamento capaz de gerar arquivo magnético.

As dúvidas, ao meu ver, foram eliminadas com a informação prestada pelo GEAFI, à fl.307, reconhecendo que o recorrente estava obrigado, por força de dispositivo legal, a fornecer os arquivos magnéticos a partir do ano de 2000.

Por todo o exposto e acolhendo o parecer opinativo da Douta PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de 1ª Instância.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 4)

Divirjo da ilustre relatora quanto à infração correspondente ao item 4 da autuação - falta de entrega de arquivos magnéticos com informações de operações ou prestações realizadas -, pois embora o autuado não esteja desobrigado da entrega dos arquivos magnéticos nos termos do Convênio nº 57/95 em relação aos estabelecimentos com capacidade para a sua geração.

A análise dos documentos constantes do processo levou a ilustre relatora do processo a constatar que o autuado, inscrito na condição de contribuinte com apuração do ICMS pelo regime Normal (fl. 284), e usuário de SEPD, tem cadastrado Emissor de Cupom Fiscal ECF-MR marca Yanco Modelo 6000-Plus tipo ECF-MR V.4.2. E que tais equipamentos não são capazes de gerar arquivos magnéticos.

A redação do § 10 do art. 684 do Regulamento do imposto diz que *“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 (Convênio ICMS nº 42/00)”*. Ou seja, desde então a SEFAZ teria que exigir dos seus contribuintes, no momento do pedido, a desativação de equipamentos e impor o cancelamento da autorização dos equipamentos incapazes de gerar os arquivos magnéticos. 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 passariam a ser obrigados a utilizar o SEPD, a gerar e a entregar à Fiscalização os arquivos magnéticos. Ocorre que a SEFAZ-BA, tendo conhecimento da autorização para uso de equipamentos incapazes de atender à exigência do citado §10º do art. 684,

não consta dos autos qualquer evidência de que o Fisco tenha imposto a suspensão da respectiva autorização.

Por isso, afasto a aplicação da penalidade proposta pelo autuante por não estar inequivocamente caracterizada a infração, tendo em vista que seu ECF estilo ECF-MR conectado a um computador não gera os arquivos magnéticos solicitados, e que o autuado somente seria obrigado a entregá-lo se o equipamento eletrônico utilizado, autorizado o seu uso pelo Fisco, gerasse os arquivos magnéticos. Ora, considerando apenas o equipamento utilizado no estabelecimento, não há a obrigação de gerar e entregar ao fisco os arquivos magnéticos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação às infrações 1, 2, 3 e 5, e, em decisão não unânime quanto a infração 4, **PROVER PARCIALEMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 232954.0007/04-6, lavrado contra **FRIGORÍFICO ALAGOINHAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 da multa no valor de **R\$2.031,64**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, IX da citada lei.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro, e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA/VOTO VENCIDO

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS