

A. I. N° - 298921.0008/07-5
AUTUADO - A & A FERRAGEM LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 06.10.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0311-02/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Comprovado erro na apuração do débito, resultando na sua diminuição. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O sujeito passivo não negou o fato, porém, requereu cancelamento da multa com base nos §§ 5º e 6º do artigo 915, do RICMS/97, considerando-a confiscatória. A multa aplicada está prevista na lei, não sendo acolhido o pedido para o cancelamento da multa, por ser uma competência exclusiva da Câmara Superior (art.159 do RPAF/99). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2007, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$26.575,35, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$12.155,93, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2003), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls. 13 a 26.
2. Deixou de fornecer arquivo em meio magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, caracterizando a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97, sujeitando-se à multa no montante de R\$14.419,42, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas, conforme docs. fls. 27 a 29. Em complemento consta que “Em 01/02/2002 a 02/02/2003 (exceto 04/02 e 05/02), o contribuinte emitia Nota Fiscal Fatura e Livros Fiscais via SEPD. Portanto, obrigado a fornecer arquivos magnéticos completos (inclusão dos Registros 54, 74 e 75). Não o fez. Realizamos 02 Intimações e não houve recepção no Sintegra e, consequentemente, no banco de dados da SEFAZ. Após premissas básicas, lançamos esta infração (anexo 02).”

O autuado apresentou impugnação às fls. 32 a 43, e preliminarmente aduziu que a infração 02 (obrigação acessória) supera a infração 01 (obrigação principal), e transcreveu os §§ 5º e 6º do artigo 915, do RICMS/97.

No mérito, contestou o levantamento fiscal com base no seguinte.

- a) Tubo de 100 mm Tigre – alega não foram consideradas as quantidades de 14, 01 e 03 peças constantes nas Notas Fiscais nº 2164, 22246 e 23656, respectivamente. Não há diferença de saídas.
- b) Carro de mão construtor – omissão de 45 unidades constantes nas notas fiscais: 20253 (01)/ 20381 (02); 20907 (02); 21354 (02); 21642 (01); 21682 (05); 21740 (06); 21814 (02); 21883 (06); 22025 (03); 22187 (02); 22879 (01); 23051 (04); 23720 (03); 23836 (02); 23899 (01); 11461 (01); 1102 (01). Reduzindo a omissão para 38 peças.
- c) Automático de Bóia superior de 30A – diz que as quantidades dos estoques inicial e final estão equivocadas, cujas quantidades corretas são respectivamente 12 e 8 peças. Reduz a diferença para 02 peças.
- d) Bacia turca Celise – falta de inclusão das notas fiscais nº 22112 e 22752, com quantidades de 05 e 01, reduzindo a omissão para 08 peças.
- e) Tubo Esgoto Provinil – alega que a quantidade correta do estoque final constante no Registro de Inventários é de 345 peças, e que foi considerado o total de 200 peças como entrada conforme Nota Fiscal nº 2119 (tubo Provinil), quando na realidade o Tubo é de outro fornecedor (Plasticamp). Além disso, que não foram computadas as notas fiscais nº 20806 (02); 20868 (02); 20874 (01); 21206 (07); 21951 (01); 22026 (08). Em resumo: EI = 345 + NF de entrada excluída = 200 + NF de saída não incluída = 21, total de 566 peças, não havendo omissão de saídas.
- f) Vaso sanitário Celite – alega que a quantidade do estoque final correta é 85 peças; e que não foram consideradas as quantidades constantes nas Notas Fiscais nº 22142 e 22883, quais sejam 01 peça em cada nota. Reconhece a omissão de saídas de 04 peças.
- g) Caixa D'Água Fibra 1000L – alega que as quantidades consideradas no estoque final estão equivocadas, pois a quantidade correta é de 13 peças, conforme livro de inventário, não havendo diferença de saídas.
- h) Vaso Acoplado branco - alega que as quantidades consideradas no estoque final estão equivocadas, pois a quantidade correta é de 05 peças, conforme livro de inventário, reduzindo a omissão de saídas para 04 peças.
- i) Bota de Couro – alega que a quantidade do estoque final correta é 2.085 peças. Além disso, aponta erros nas entradas e nas saídas: nas entradas considerou como botas de couro peças que não contém a especificação de couro. Nas saídas, considerou apenas as notas que constam a expressão “botas de couros”, deixando de considerar as notas fiscais emitidas apenas com a especificação “bota”. Diz ainda que o preço unitário médio de R\$ 16,02 é inconsistente, pois mais de 95% dos casos das vendas foram efetuadas entre os preços de R\$8,75 e R\$11,00. Por último, não foram consideradas as notas fiscais relacionadas às fls. 37 a 39 no total de 1.275 pares. Conclui que não existe diferença neste item.
- j) Carro de mão Tramontina – diz que houve equívoco referente às notas fiscais nº 83851 e 84116, nas quantidades de 100 e 140, pois a Tramontina segregou o carro de mão em duas peças: braço e bacia, e portanto, as notas fiscais totaliza 120 peças, sendo carro de braço e 70 de bacia metálica.

- k) Colchão de espuma com forro – alega que as quantidades utilizadas pelo autuante como estoque final estão erradas, cuja quantidade correta é de 95 peças. Além disso, diz que não foram consideradas as notas fiscais nº 20201, 22759, 23336, 23636, no total de 95 peças.

Desta forma, o autuado diz ter refeito o levantamento fiscal apurando uma diferença a recolher de R\$1.312,15.

Quanto a infração 02, alega que não foram observados os princípios e preceitos constitucionais, citando lição de renomado professor de direito tributário sobre a questão relacionada com o caráter confiscatório do tributo.

Aduz que apesar de emitir nota fiscal fatura em 2002 e início de 2003, o sistema que controlava essa operação era bastante imperfeito e gerava informações errôneas, fato que levou a empresa a contratar empresas terceirizadas para adaptar o sistema às exigências legais.

Argumenta que o fato de não ter conseguido terminar e enviar em tempo hábil o arquivo magnético, não houve embaraço para a realização da auditoria de estoques de que cuida a infração 01, invocou os §§ 5º e 6º do artigo 915, do RICMS/97, transcrevendo-os.

Por fim, requer a procedência parcial do item 01.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 69 a 74, rebateu as preliminares de nulidade dizendo que o autuado foi intimado a apresentar os livros/documentos fiscais relacionados na Intimação e Termo de Arrecadação (fls. 07 e 10).

Salienta que os argumentos do autuado quanto a infração 02 são equivocados, pois o levantamento na sua totalidade se refere ao exercício de 2002, e portanto, distinta do levantamento quantitativo que diz respeito ao exercício de 2003.

No mérito, esclarece que após nova arrecadação dos livros e documentos fiscais, constatou que as razões defensivas são procedentes, tendo especificado e justificado, em relação a cada item, os pontos acolhidos e os motivos pelo não acolhimento, conforme constam nas páginas 70 a 73. Retificou o levantamento fiscal concluindo pela redução do débito para o valor de R\$5.845,22, conforme levantamentos e documentos às fls. 77 a 90.

Quanto a infração 02, o preposto fiscal contesta a alegação de confisco, por entender que os arquivos magnéticos são obrigatórios, pelo fato de emitir notas fiscais fatura. Manteve integralmente este item.

Através da intimação e AR dos Correios (fls. 91 a 92), o sujeito passivo tomou conhecimento da informação fiscal e das alterações promovidas no trabalho fiscal, se manifestou às fls. 94 a 94 a 105, e refutou o resultado apurado, se contrapondo, em relação a cada item de mercadoria, os argumentos do autuante, conforme discriminação às fls. 95 a 102. Diz que refez todo o levantamento do autuante, resultando no débito no valor de R\$ 1.312,15, que o reconheceu como devido. Juntou cópias de notas fiscais às fls. 106 a 109. Sobre a infração 02, reiterou seus argumentos do sentido de que o lançamento se configura em confisco, e que o fato de não ter conseguido terminar e enviar em tempo hábil o arquivo magnético, não constituiu embaraço para o autuante concluir seu trabalho fiscal. Com esse argumento, e invocando os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, requer aplicação do disposto nos §§ 5º e 6º, do artigo 915 do RICMS/97. Conclui pela procedência parcial do auto de infração.

Em nova informação (fls. 111 a 116), o autuante repetiu os termos de sua informação anterior, rebatendo item por item as razões defensivas, concluindo que o levantamento de estoques já foi retificado anteriormente, pugnando pela procedência parcial da autuação.

Na pauta suplementar do dia 11/09/2008 (fl. 120), o processo foi encaminhado à ASTEC/CONSEF para a realização de revisão fiscal, a partir da auditoria de estoques retificada na informação fiscal (docs. fls. 77 a 90), observando se são pertinentes as alegações defensivas nas manifestações às fls. 95 a 102, e 104 a 105, em confronto com a informação fiscal às fls. 111 a 115.

Foi recomendado que fossem efetuados os ajustes necessários no levantamento quantitativo de estoques, indicando o real valor do débito a ser exigido neste processo, se for o caso.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 61/2009 (122 a 124), auditora fiscal designada informou que para prestar as informações solicitadas expediu intimação ao autuado (fl. 239), para apresentação das notas fiscais relacionadas, e que, com base na auditoria de estoques constantes na informação fiscal, procedeu os ajustes dos equívocos apontados na defesa, tendo apurado como base de cálculo o valor de R\$11.928,11 e o ICMS devido no valor de R\$2.027,78, de acordo com o demonstrativo à fl. 125. Juntou cópias de diversas notas fiscais às fls. 126 a 238.

Atendendo à intimação à fl. 243, o autuado, no tocante à infração 01, reconhece e declara aceitar os valores apurados na revisão fiscal. Com relação à infração 02, reiterou seu pedido para aplicação do disposto nos §§ 5º e 6º, do artigo 915 do RICMS/97.

À fl.250, o auditor fiscal autuante declarou ciente do resultado da revisão fiscal e da manifestação do autuado.

VOTO

No mérito, com relação à infração 01, o débito foi apurado com base na auditoria de estoques documentada através dos papéis de trabalho (demonstrativo de estoque; inventários de mercadorias; levantamentos das entradas e das saídas; cálculo do preço unitário médio), às fls. 13 a 26, sendo contatadas diferenças de entradas em valor inferior à das saídas, sendo calculado o imposto com base na diferença de maior expressão monetária, a das saídas, conforme estabelece a Portaria nº 445/98.

Ao defender-se, por duas vezes, o autuado apontou diversos equívocos na auditoria de estoques concernentes aos itens Tubo de 100 mm Tigre; Carro de mão construtor; Automático de Bóia superior de 30^a; Bacia turca Celise; Tubo Esgoto Provinil; Vaso sanitário Celite; Caixa D'Água Fibra 1000L; Vaso Acoplado branco; Bota de Couro; Carro de mão Tramontina; e Colchão de espuma com forro, e analisando item por item, especificou as notas fiscais de entrada e de saída, com quantidades não consideradas e/ou consideradas erroneamente, bem como, os erros de denominação e os preços unitários médios por ele constatados.

Na informação fiscal produzida às fls. 69 a 74, o autuante acolheu em parte as razões defensivas, e refez a auditoria de estoques, conforme demonstrativos e levantamentos às fls.77 a 90, resultando na diminuição do débito para a cifra de R\$5.845,22, o que ensejou a conversão do processo para revisão fiscal pela ASTEC/CONSEF para dirimir a controvérsia entre as razões defensiva para a conclusão fiscal, conforme despacho de diligência à fl. 120.

A ASTEC/CONSEF em seu Parecer nº 61/2009, de lavra da Auditora Fiscal Maria Socorro Fonseca de Aguiar, tomando por base as notas fiscais apresentadas pelo autuado, a seu pedido (fls. 126 a 238), efetuou os ajustes necessários, a partir da auditoria de estoques retificada na informação fiscal (docs. fls. 77 a 90), levando em consideração as alegações defensivas nas manifestações às fls. 95 a 102, e 104 a 105, em confronto com a informação fiscal às fls. 111 a 115, concluindo pela redução do débito para o valor de R\$2.027,78.

Considerando que o autuante foi cientificado do resultado da revisão fiscal, e não apontou qualquer equívoco na sua conclusão, bem como, que o autuado em sua manifestação às fls. 246 a 247, reconheceu e aceitou o valor apresentado no mencionado Parecer, considero encerrada a lide, subsistindo em parte este item da autuação, no valor apurado no Parecer Astec nº 61/2009.

Com relação à segunda infração, acusação fiscal é de que o contribuinte deixou de fornecer arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa Sintegra, referente ao período de janeiro de 2002 a fevereiro de 2003.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou de fornecer arquivo em meio magnético, completos com a inclusão dos Registros 54, 74 e 75), apesar de intimado.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“layout) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que o autuado foi intimado por duas vezes a apresentar o arquivo magnético, conforme intimações às fls.08 e 09, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 708-B do RICMS/97.

Na defesa fiscal o autuado justificou a ocorrência dizendo que emitia nota fiscal fatura em 2002 e início de 2003, e o seu sistema que controlava essa operação era bastante imperfeito e gerava informações errôneas, porém, que o fato de não ter conseguido terminar e enviar em tempo hábil o arquivo magnético, não houve embaraço para a realização da auditoria de estoques de que cuida a infração 01, tendo solicitado o cancelamento da multa com amparo nos §§ 5º e 6º do artigo 915, do RICMS/97.

Quanto a infração 02, o preposto fiscal contesta a alegação de confisco, por entender que os arquivos magnéticos são obrigatórios, pelo fato de emitir notas fiscais fatura. Manteve integralmente este item.

Portanto, através da documentação citada na descrição dos fatos, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético no prazo estipulado no art. 708-B acima transcrito.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois restou caracterizada a não entrega do arquivo magnético, fato inclusive não negado pelo sujeito passivo, e por isso, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

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

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura.

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima transcrito, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Quanto a data do fato gerador, seguindo a jurisprudência do CONSEF, deve ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético, no caso, para a data em que venceu o prazo concedido na última intimação (fl. 09), 20/11/2007, ou seja, cinco dias após a data da ciência da mesma que ocorreu em 14/11/07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$16.447,20, ficando o modificado o valor da infração 01 para o valor de R\$2.027,78.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0008/07-5, lavrado contra **A & A FERRAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.207,78**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$14.419,42**, prevista no inciso XIII-A, alínea “i”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR