

A. I. Nº - 206948.0001/12-8
AUTUADO - BAGAREL COMÉRCIO DE INSTRUMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/07/2012

RETIFICAÇÃO DE RESOLUÇÃO

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0194-05/12, de 28 de junho de 2012, para fim de exclusão da indicação de interposição do Recurso de Ofício, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0194-05/12A

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção legal de que a falta de registro de entradas destas mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações de vendas anteriormente realizadas e não contabilizadas. Acusação não elidida. Item subsistente. **2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ALTERAÇÃO CÓDIGO DE PRODUTO. FALTA DE REGISTRO. MULTA.** Comprovado tratar-se de itens com especificações diversas. Item insubsistente. **3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA.** Apesar de intimado, o contribuinte deixou de transmitir os arquivos magnéticos retificados, submetendo-se a multa específica pelo descumprimento da obrigação acessória. Exigência subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2012, exige o débito, no valor de R\$ 226.377,26, conforme documentos às fls. 11 a 346 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 84.532,46, 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2007 a 2009, conforme documentos às fls. 32 a 328 dos autos.
- 2 Multa, no valor de R\$ 52.440,00, por ter o contribuinte, na condição de usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, deixado de anotar no livro RUDFTO a data de alteração do código de mercadoria ou serviço, ou código anterior ou o novo código utilizado, nos termos do § 2º do art. 824-F do RICMS, nos exercícios de 2007 a 2009, ocorrido no período, submetendo-se a penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “e”, item 1, subitem 1.2, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, no valor de R\$ 1.380,00, aplicada por cada

código utilizado, consoante demonstrado às fls. 329 a 343 dos autos.

- 3 Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, ficando o valor da multa, de R\$ 89.404,80, limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, considerando-se a data da ocorrência o primeiro dia útil após o termo final da intimação, consoante documentos às fls. 13 a 19, 345 e 346 dos autos. Foi consignado que, em 13/02/2012, o contribuinte foi intimado a apresentar, num prazo legal de cinco dias, os arquivos magnéticos relativos aos meses de novembro de 2007; fevereiro e abril de 2008; julho e outubro de 2009, até então omissos no Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos – SCAM. Além disso, o contribuinte foi intimado a apresentar, num prazo legal de trinta dias, os arquivos magnéticos retificadores relativos aos meses de janeiro/2007 a dezembro/2009; informando os respectivos registros tipo 60R; bem como os registros tipo 74, conforme Relações de Arquivos Recepcionados – SCAM anexas às intimações, sendo que, das duas intimações, o contribuinte só atendeu à primeira, referente aos arquivos omissos. Na data de 16/03/2012, termo final para atendimento da intimação, o contribuinte informou que não poderia atender a intimação, pois, no final de 2010, a loja foi arrombada e levados diversos materiais da empresa, inclusive a impressora fiscal, conforme Certidão de Ocorrência Policial, datada de 07/10/2010 (fls. 27/28).

O autuado, às fls. 372 a 378 dos autos, tempestivamente, apresenta sua defesa administrativa, na qual, preliminarmente, em relação à primeira infração, aduz que o autuante afirma que a auditoria foi realizada de forma totalmente virtual. Assim, defende que deveria ter existido uma verificação do arquivo magnético, ou seja, este deveria ser cotejado, em sua totalidade ou pelo ao menos em uma amostragem, com os dados físicos (notas fiscais, livros de entrada, de inventário e de saída). Portanto, por não apresentar a segurança necessária à apuração do imposto devido, requer a nulidade da Infração, com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

Inerente à segunda infração, diz que o autuante não atentou que os produtos por ele excluídos nos anos de 2007 a 2009, são produtos com referências iguais e dimensões e (ou) diferenças pequenas, a exemplo: comutador NA (normalmente aberto) e comutador NF (normalmente fechado); manovacômetro um com rosca de $\frac{1}{4}$ outro $\frac{1}{2}$; medidor de energia um com alimentação de 120 volts outro 220 volts; pontos de prova vermelha e preta; termo elementos de diversos tamanhos, etc. Afirma que estes detalhes são colocados em campos específicos do sistema, que geram códigos diferentes para a mesma referência, ou seja, não há alterações de código no produto original (principal), mas, sim, as suas diferenças de tamanho, cor. Porém, sua natureza, objeto e utilização mantêm-se a mesma. Assim, por não apresentar a segurança necessária para a apuração da multa, pede a nulidade da exigência, com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

Quanto à terceira infração, o defendente salienta que não deixou de atender à intimação do autuante por simplesmente deixar de atender, mas, sim, por motivo de força maior, já que, conforme comprovado através de boletins de ocorrência policial, a loja foi arrombada por duas vezes e os arquivos da impressora fiscal, que continham as informações (arquivos), foram, infelizmente, juntos. Assim, pede a nulidade da infração, com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99.

No mérito, em relação à infração 1, diz que nunca deixou de registrar suas compras (entradas) e, para comprovar sua afirmação, bastava que o autuante solicitasse ao contribuinte esclarecimentos antes de lavrar o Auto de Infração. Anexa, aos autos, notas fiscais de entradas que, segundo o defendente, contêm todos os itens omitidos, conforme levantamento fiscal, assim como relatório dos itens listados como omissos, do que afirma que, na verdade, os mesmos foram lançados no livro de Registro de Entrada e na contabilidade. Sustenta que, se omitiu entradas de mercadorias e se essas mercadorias foram vendidas com notas em valor superior, o imposto foi pago em valor maior, pois foi oferecida à tributação valor superior ao verificado no levantamento fiscal. Aduz anexar mídia na qual estão gravados as notas fiscais e relatórios das mercadorias tidas como omitidas, detalhando que as mesmas não foram omitidas.

No tocante à infração 2, diz que nunca alterou os códigos de mercadorias nos anos de 2007 a 2009 e que essas mercadorias possuem uma referência lançada no sistema de estoque em razão de diferença por aspecto próprio de cor, tamanho, espessura, rosca, alimentação, unidade. Diz que, para controle interno, usa referência para estas mercadorias, no sentido de identificação visual e melhor descrição para o cliente, porém, trata-se de mercadorias de uma mesma natureza. Aduz anexar mídia na qual estão gravados as notas fiscais e relatórios das mercadorias que o autuante julgou que mudaram de código, como prova de que não houve esta mudança.

Por fim, inerente à infração 3, afirma que não tinha como entregar os arquivos magnéticos retificados porque estes arquivos foram roubados e não recuperados, conforme comprovou através dos boletins de ocorrências, logo, por motivo superior a sua vontade. Diz que a aplicação da mesma multa para quem não entregou o arquivo magnético, como para quem não entregou apenas a retificadora por motivo de força maior, fere o princípio da isonomia.

Pede diligência e a improcedência do Auto de Infração, do que anexa, às fls. 380 a 1.912 dos autos, documentos como prova de suas alegações.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 1.916 a 1.919 do PAF, afirma que, em face da extensão do período fiscal a ser examinado, do número de documentos fiscais e do grande volume das operações envolvidas, as auditorias fiscais hoje em dia são realizadas eletronicamente, as chamadas “Auditorias Virtuais”, as quais tiveram sua origem em 1995 com a edição, pelo CONFAZ, do Convênio ICMS 57/95, que dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais por contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados, que emita documentos fiscais e/ou escreva livros fiscais em equipamento que utilize ou tenha condições de utilizar arquivo magnético ou equivalente ou utilize equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em condições de gerar arquivo magnético, por si ou conectado a outro computador.

Salienta que, por imposição do Convênio ICMS 57/95, os diversos tipos de registros do Sintegra devem espelhar a escrituração fiscal dos livros Registros de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS e de Inventários em papéis, devendo ser inaceitável que quaisquer desses registros sejam alimentados de modo defeituoso. Diz que essa identidade entre os livros fiscais em papéis e os registros do SINTEGRA, transmitidos mensalmente à base de dados da SEFAZ, fica bastante evidente na cláusula quinta do referido Convênio, que estabelece a obrigatoriedade, quanto ao envio dos arquivos magnéticos, contendo todas as operações e prestações realizadas pelo contribuinte do ICMS.

Em seguida, quanto à preliminar de nulidade arguida, o autuante entende que todo o processo está revestido das formalidades legais previstas, não havendo quaisquer das razões elencadas no art. 18 do RPAF/99 que seja capaz de ensejar a nulidade do Auto de Infração.

Em relação à primeira infração, ressalta que se trata de exigência de imposto por presunção legal, que poderia ser elidida pelo sujeito passivo tendo em vista que, neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de suas alegações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo ao fisco buscar provas, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento total ou parcial das referidas infrações, conforme art. 143 do RPAF. Destaca que, das notas fiscais acostadas pela defesa, várias (fls. 407/429) referem-se a entradas ocorridas em exercícios anteriores (2004 a 2006) ao período fiscalizado, não tendo utilidade alguma para análise da fiscalização. Por outro lado, as notas fiscais a partir das fls. 430, com itens de mercadorias selecionadas para o levantamento fiscal, cujas entradas ocorreram dentro do período examinado de 2007 a 2009, todas já foram consideradas no levantamento quantitativo de entradas, portanto, suas apresentações em nada modificam o resultado apurado no levantamento fiscal.

Inerente à segunda infração, afirma que, de uma análise dos livros Registros de Inventários de cada exercício fechado revelou o envolvimento de 20 produtos, em 2007; 9 produtos, em 2008, e 9 produtos em 2009, utilizados com codificação irregular. Assim, devido à irregularidade constatada na codificação desses produtos, conforme demonstram os anexos desta infração, estes produtos

foram excluídos do levantamento fiscal inerente à auditoria de estoques dos respectivos exercícios, o que certamente influenciou no resultado da fiscalização. Destaca que os anexos 1 desta infração, fls. 329, 330, 335 e 340, discriminam os produtos com os códigos alterados ao longo dos respectivos exercícios, sem que se tenha feito qualquer anotação no RUDFTO. Já os anexos 2 desta infração, às fls. 331, 332, 336, 337, 341 e 342, nos quais apresentam os respectivos demonstrativos das multas aplicadas, revelam, por exercício fiscalizado, vinte produtos, em 2007; nove produtos, em 2008, e nove produtos, em 2009, utilizados com codificação irregular. Por fim, os anexos 3 desta infração, às fls. 333, 338 e 343, mostram como os produtos foram escriturados nos respectivos livros Registros de Inventários do contribuinte. Assim, aduz que a infração foi apurada com base nos registros feitos pelo próprio contribuinte nos livros Registros de Inventários, relativos aos exercícios de 2007 a 2009.

No tocante à terceira infração, inicialmente, o autuante esclarece que o Registro 74, objeto da intimação, não tem nada a ver com o furto da impressora fiscal do estabelecimento, pois ele trata apenas dos registros de inventários da empresa. Aduz que, na falta dos Registros Tipo 74, a fiscalização trabalhou com os próprios livros Registros de Inventários em meio magnético arrecadados através de Termo de Arrecadação, à fl. 20 dos autos. Por outro lado, o furto da impressora fiscal ocorreu em outubro de 2010 e o período fiscal examinado foi de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, logo, como os envios dos arquivos magnéticos são mensais, os registros tipo 60 (M, A e R) dos meses fiscalizados, na realidade, em outubro de 2010, já deveriam ter sido transmitidos pelo contribuinte à base de dados da SEFAZ, o que não aconteceu. Além disso, como se trata de arquivos eletrônicos de memória de fitas-detelhes (MFD) de Equipamento Emissor de Cupons Fiscais – EC-IF, o contribuinte deveria manter sob sua guarda, pelo prazo decadencial, a cada encerramento de exercício, “backup” desses arquivos, que deve ser guardado como reserva para o caso de destruição ou inutilização do arquivo original, ou até mesmo no caso de furto do ECF-IF, ou seja, cópia de segurança para apresentação ao fisco quando intimado, o que não aconteceu.

Assim, opina pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 226.377,26, relativo a três irregularidades, tendo o autuado apresentado impugnação quanto a todas as infrações.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida pelo autuado, visto que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, uma vez que, apesar de o defendente alegar, com base no art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que o crédito tributário não apresenta a segurança necessária à apuração do imposto devido, não aponta a existência de qualquer falha, inconsistência ou equívoco porventura existente no trabalho fiscal que venha a gerar a alegada insegurança na apuração do imposto devido.

Também, nos termos previstos no art. 147, I, alínea “a”, do RPAF, indefiro o pedido de diligência fiscal, pois considero suficientes para a convicção dos julgadores os elementos contidos nos autos.

No mérito, quanto à primeira infração, deve-se salientar que restou devidamente comprovada a acusação fiscal, através dos levantamentos fiscais, às fls. 32 a 328, fundamentados nos dados dos arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte para a SEFAZ/BA, cujas informações devem refletir fielmente as operações realizadas e documentadas pelo sujeito passivo, assim como os estoques existentes no período, conforme legislação prevista no Convênio ICMS 57/95.

Há de se ressaltar que na auditoria de estoque deve se considerar as quantidades existentes nos estoques iniciais e finais, como também as quantidades constantes em todas as notas fiscais de entradas e de saídas que envolvam operações com as mercadorias, objeto do levantamento fiscal, assim, compreendidas: compras, vendas, remessas, retornos, etc. Assim, a acusação fiscal está

fundamentada em demonstrativos analíticos e sintéticos, cujos dados apurados foram fornecidos pelo próprio contribuinte, através dos arquivos SINTEGRA, não tendo o mesmo apontado a existência de qualquer erro ou inconsistência tanto nos arquivos magnéticos ou no levantamento fiscal.

Na auditoria de estoque procedida, restou apurada diferença de entradas, cuja constatação presume-se, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, cabendo ao autuado provar a improcedência da presunção legal. Logo, a exigência do imposto não diz respeito às mercadorias identificadas como entradas sem documentação fiscal, mas, sim, às operações anteriores de vendas de mercadorias, cujas receitas omissas serviram para pagamento das mercadorias adquiridas sem notas fiscais. Assim, descabe a alegação da autuada de que as mercadorias entradas omissas foram vendidas com notas em valor superior.

Como prova da improcedência da presunção legal, acima referida, a autuada anexa à sua impugnação inúmeras notas fiscais de aquisição de mercadorias, contudo, como bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, algumas dessas notas fiscais (fls. 407/429) referem-se a entradas ocorridas em exercícios anteriores ao período fiscalizado. Quanto às notas com itens de mercadorias selecionadas para o levantamento fiscal, cujas entradas ocorreram dentro do período examinado de 2007 a 2009, todas já foram consideradas no levantamento quantitativo de entradas, portanto, suas apresentações em nada modificam o resultado apurado no levantamento fiscal.

Assim, como o autuado não elidiu a acusação fiscal, limitando-se a alegar insegurança na apuração do imposto e a apresentar documentos que não comprovam a improcedência da presunção legal, julgo subsistente a primeira infração.

No tocante à segunda infração, na qual se exige multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “e” item 1, subitem 1.2, da Lei nº 7.014/96, no total de R\$ 52.440,00, por ter o contribuinte, na condição de usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados, deixado de anotar no livro RUDFTO a data de alteração do código de mercadoria ou serviço, ou código anterior ou o novo código utilizado, consoante demonstrado às fls. 328 a 343 dos autos, o autuado diz que nunca alterou os códigos de mercadorias nos anos de 2007 a 2009 e que essas mercadorias possuem uma referência lançada no sistema de estoque em razão de diferença por aspecto próprio de cor, tamanho, espessura, rosca, alimentação, unidade, porém, trata-se de mercadorias de uma mesma natureza. Como prova de sua alegação reproduz, às fls. 404 a 406 dos autos, como também em mídia eletrônica (fl. 392), as mercadorias tidas com códigos alterados, consoante relação às fls. 329/330; 335 e 340 dos autos, demonstrando a especificação que faz atribuir código diferenciado ao produto, a exemplo de:

- CALIBRADOR DE FOLGA 667-15 12x1/2 0 (código 793) e CALIBRADOR DE FOLGA 667-15 12x1/2 0 (código 798), conforme relação do autuante à fl. 329, e
- CALIBRADOR DE FOLGA 667-15 12x1/2 0 0015 e CALIBRADOR DE FOLGA 667-15 12x1/2 0 015, segundo a autuada, à fl. 404 dos autos, com códigos diferentes em razão da diferença de espessura da lâmina.

Assim, nos termos do art. 140 do RPAF/99, entendo verossímeis as alegações da autuada, as quais se referem a todos os itens levantados na segunda infração, por considerar que não houve alteração de código de mercadoria, mas, sim, códigos diferentes para mercadorias com peculiaridades diversas. Infração insubsistente.

Por fim, em relação à terceira infração, inerente à multa de R\$89.404,80, limitada a 1% do valor das operações de saídas, conforme demonstrado às fls. 345 e 346 dos autos, por não ter o contribuinte, num prazo de trinta dias, apresentado os arquivos magnéticos retificados, exigidos mediante intimação, referentes aos meses de janeiro/2007 a dezembro/2009, informando os respectivos registros tipo 60R, bem como os registros tipo 74, conforme intimação e Relação de Arquivos Recepcionados – SCAM, anexas às fls. 14 a 19 dos autos, o autuado afirma que, por motivo

superior a sua vontade, não tinha como entregar os arquivos magnéticos retificados porque foram roubados e não recuperados, conforme comprova através de boletins de ocorrências.

Concordo com o autuante de que inexistente relação do furto da impressora fiscal com o Registro 74, o qual trata dos registros de inventários da empresa, o que, por si só, já ensejaria na penalidade aplicada. Assim, entendo que o contribuinte não se eximiu da sanção. Item subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 173.937,26, após exclusão dos valores relativos à infração 2, mantendo-se os demais valores.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0001/12-8**, lavrado contra **BAGAREL COMÉRCIO DE INSTRUMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.532,46**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$89.404,80**, prevista no inciso XIII-A, “j”, do mesmo dispositivo legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR