

A. I. Nº - 140779.0002/12-2
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G. BARBOSA)
AUTUANTE - PETRÔNIO ALBERTO DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03.10.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0243-04/12

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DO REGISTRO TIPO 60 R, 74. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para a devida correção. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente observado o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta) dias, não sendo atendido no prazo estipulado. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Infração comprovada. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do destinatário das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações não elididas. 3. CRÉDITO FISCAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO PROPORCIONAL NA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/05/2012, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$865.266,16, através das seguintes infrações:

1. Deixou de fornecer arquivo(s) magnéticos(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, conforme Anexo II, contendo notificação de multa fixa, intimação, relatório analíticos dos arquivos SINTEGRA, demonstrativo da base de cálculo da multa e cópias das DMAs e do RICMS, anexo. Multa Fixa de 1% - Valor Histórico: R\$646.588,29;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, conforme Anexo II, contendo cópias das 1ª e últimas páginas impressas dos demonstrativos específicos relativos ao roteiro, e integralmente contidos em cópia de CD fornecida ao autuado mediante recibo autenticado, partes integrantes deste PAF. Multa de 100% - Valor Histórico: R\$172.700,38;
3. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme Anexo IV, contendo relatório do estorno de crédito referente ao exercício de 2011, integralmente contido em cópia de CD fornecida ao autuado mediante recibo autenticado, assim como cópias impressas da 1ª e última páginas do referido relatório e cópias do RAICMS, partes integrantes dos autos e anexados ao presente PAF. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$30.605,47;
4. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária-ST, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme Anexo V, contendo relatório específico. Multa de 100% - Valor Histórico: R\$9.164,68;
5. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária-ST, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme Anexo VI, contendo relatório específico. Multa de 60% - Valor Histórico: R\$3.207,34;

Nas razões defensivas o autuado, através de advogado legalmente registrado, de fls. 54/97, de início, solicitou revisão do lançamento.

Aduz que no dia 20/03/2012, recebeu intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais, no prazo de 48 horas, e ao mesmo tempo recebeu a intimação para apresentação de informações em meio magnético, no prazo de 30 dias. A última fundamentada na falta de apresentação de determinados arquivos magnéticos, e na falta de registros 60R e 74. Relata que no mesmo dia 20/03/2012, recebeu a Notificação Fiscal, com a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, e foi cientificado em 15/05/2012. Ressalta que já havia sido autuada, por intermédio da Notificação Fiscal nº 91407790001/12-0, pelo que requer a declaração de nulidade da infração 01, em razão da duplicidade de autuação e cobrança (Notificação e Auto de Infração), sobre um mesmo fato gerador.

Entende que a fiscalização foi encerrada de forma inconclusiva e precipitada, posto que pelo seu volume de movimentação fica impossível analisar, em um arquivo enviado mensalmente, se apenas alguns registros foram gerados ou não. Para tal, a impugnante utilizou o recurso do programa Validador do Sintegra, e nesse caso específico, o validador do Sintegra não identificou a falha apontada pela fiscalização, não havendo possibilidade de resolver o problema sem interferência direta da SEFAZ, por intermédio de uma intimação com um prazo razoável para a correção dos problemas. Dessa forma, a autuação foi precipitada, não permitiu que os trabalhos de revisão e ajustes fossem concluídos, fato que afronta os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa. Assevera que o lançamento padece de vício insanável e requer a sua nulidade.

Aduz que questão do programa validador do SINTEGRA, ganha relevo, no sentido de que o contribuinte, tinha como certa a regularidade das informações eletronicamente encaminhadas à SEFAZ, pois o referido programa visa exatamente advertir sobre a inconsistência de dados, cuja recepção somente ocorre após a chancela do programa, fato este que levou o ilustre conselheiro Ciro Roberto Seifert a se pronunciar sobre o assunto no julgamento (AI nº 206948.004/04-6). Chama a atenção que a fiscalização só concedeu um único prazo para resolver os problemas dos arquivos magnéticos.

Alega a inexistência de diligência por parte da fiscalização, para a regularização das ausências de registros apurados nos arquivos magnéticos da ora impugnante, pois o próprio art. 708-B, do RICMS/BA, prevê a possibilidade de conferência local (sede da empresa).

Ademais, diz que o próprio Manual de Orientação anexado ao Convênio ICMS 57/95, no seu item 26, expressa que os arquivos serão recebidos condicionalmente e submetidos à teste de consistência (26.1), e caso constatada a inobservância das especificações contidas no Manual, o arquivo será devolvido para correção, sendo que não foi orientado pela Fiscalização.

Informa que gerou novos arquivos magnéticos, conforme documentos em anexo (DOC. 06) de forma a resolver o problema, em definitivo, e afastar a incidência da tão exorbitante multa prevista pelo dispositivo já citado. Exemplificou com o julgado da 1ª CJF - Acórdão nº 0628-11/03, proferido pelo ilustre Conselheiro e Relator Nelson Teixeira Brandão. Assim, no curso do prazo de defesa, procedeu exame minucioso dos seus arquivos magnéticos e enviou todos os registros faltantes, tentando a todo custo eliminar as faltas de informações apontadas pela Fiscalização.

Conclui que a multa, na forma imposta, merece ser julgada improcedente ou reduzida, haja vista que a conduta alinhada do autuado demonstra seu interesse no adequado tratamento das informações processadas através dos arquivos magnéticos.

Ressalta que enviou todos os registros faltantes dos seus arquivos magnéticos, consoante comprovantes em anexo (DOC. 06). Logo, atendeu a fiscalização e promoveu todos os esforços para resolver os problemas apontados pela Fiscalização, mesmo não lhe sendo concedido prazo necessário para a correção dos problemas antes da lavratura do Auto de Infração.

Diz que a multa é desproporcional, e pede uma multa menos severa do que a que ora se impugna consoante o julgamento do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, lavrado contra contribuinte diverso, em que o ilustre Relator César Augusto da Silva Fonseca, da 2ª CJF, defendeu que, ao enviar os seus arquivos magnéticos, sem saber da ausência de alguns registros, o autuado não tem a mínima má-fé, não sendo razoável ser apenada com uma multa tão severa.

Afirma que no presente caso, deve incidir o que determina o art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional (CTN), com a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna.

Entende que se seguir um critério razoável no sentido de que é possível corrigir os dados magnéticos ausentes, e considerando que a infração formal não resultou em evasão fiscal (não pagamento do imposto), é absolutamente lídima a apresentação dos dados magnéticos faltantes no prazo da defesa, desta vez com todas as irregularidades formais sanadas. Requer a juntada dos arquivos magnéticos ao PAF e diligência fiscal para analisá-los, por auditor estranho ou

integrante da ASTEC, tendo como elidir completamente a infração 1 que não representou falta do pagamento do imposto.

Assevera que tem plena aplicabilidade o parágrafo 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que igualmente impede a cobrança da infração 1 do Auto de Infração ora impugnado.

Pede o cancelamento da infração, com a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o já citado dispositivo, pois entende ser razoável o cancelamento da multa aplicada, ou pelo menos uma redução, para aquela prevista no inciso XX, letra “b” daquele mesmo artigo, como forma de realizar uma verdadeira justiça fiscal.

Reproduz o Acórdão 2ª CJF nº 0206-12/05 – que entendeu pela redução da multa em 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado no Auto de Infração (Relator - Tolstoi Nolasco).

Nas infrações 2, 4 e 5, logo, alega a necessidade de revisão fiscal quanto ao levantamento quantitativo, pois distorcido devido a existência de produtos com entrada por um determinado código e saída por código diferente, o que acabou gerando diferença na apuração no levantamento quantitativo de estoque. Portanto, as omissões apontadas no Auto de Infração podem ser reduzidas ou até mesmo anuladas pela aplicação do critério da similaridade, critério este, já reconhecido pelo CONSEF: Auto de Infração nº. 115484.0004/04-5, sendo que a 5ª Junta de Julgamento Fiscal reconheceu a necessidade da realização da Diligência Fiscal pela ASTEC que promoveu as exclusões dos valores indevidos, levando-se em consideração produtos similares, de acordo com os Pareceres da ASTEC nºs 0220/2005 e 0014/2006. Este entendimento foi confirmado pelos Acórdãos da 5ª JJF nº 0122-05/06 confirmado pelo da 2ª CJF nº 0392-12/07. A 3ª JJF converteu em diligência o Auto de Infração nº. 232954.0006/06-6 com essa mesma infração. Outrossim, em outro processo administrativo, também o converteu em diligência para se apurar o mesmo procedimento, através do Parecer nº 105/2007 – Acórdão 0157-11/08, no qual foram encontrados produtos com entrada por um determinado código e saída por código diferente, o que acabou gerando diferença na apuração no levantamento quantitativo de estoque e que necessita ser abatida no caso das similaridades.

No agrupamento dos produtos por categoria, esclarece que, muitas das omissões de entradas e saídas de mercadorias estão relacionadas a fatos específicos, do dia-a-dia da atividade do comércio varejista, fatos esses que resultam de erros cometidos durante as diversas operações, a exemplo de: erros no processo de registro dos produtos na entrada da nota fiscal, na contagem do inventário, no registro da mercadoria no PDV (operadora pode registrar o produto de código diferente em um único código), troca da etiqueta que contém o código de barra do produto, furto, ou extravio. Assim, os produtos que apresentam diferenças no levantamento quantitativo de estoque são reflexos dos fatores que existem na atividade do comércio varejista.

Defende que para afastar as distorções do levantamento quantitativo se faz necessário considerar as omissões de entradas e saídas de mercadorias dentro de uma mesma categoria de produtos.

Sustenta que ocorreram perdas e extravios que geraram distorções no levantamento quantitativo de estoques e que os supermercados, como todo e qualquer comerciante, já agrupa ao preço final dos produtos os custos correspondentes aos desvios (furtos, etc.).

Reclama que, certamente, haverá bitributação, no presente caso, pois: uma pelo recolhimento do ICMS através do valor do produto final agregado pelas perdas da atividade varejista e outra pela exigência do ICMS com base no levantamento quantitativo de estoques. Transcreve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2002.005.00001 (voto da Relatora Desembargadora Maria Raimunda T. de Azevedo), em que se reconheceu direito à manutenção do crédito de ICMS, por uma rede de supermercados nos casos de perda, deterioração, extravio ou quebra de mercadorias relacionadas ao regular exercício das atividades daquele estabelecimento comercial.

Requer, após a realização de diligência, a improcedência das infrações 2, 4 e 5.

Na terceira infração, diz que há equívoco da fiscalização em relação a produtos que tem redução na base de cálculo, referente a operações com arroz, charque, feijão, leite, margarina e vinagre, pois tal redução está prevista nos artigos 51, 78 e 87 do RICMS-BA. Aduz que o Fisco não observou que as notas fiscais já estavam escrituradas no livro Registro de Entradas com suas bases de cálculos reduzidas, atendendo o dispositivo legal em comento.

Explica que se a fiscalização utilizasse em seu levantamento o valor contábil dos produtos perceberia facilmente que a base de cálculo escriturada está com a redução correta. No entanto, para resolver esta questão necessita levantar as informações, separando a operação interna com redução para 0% (alíquota zero) e para 7% (sete por cento), considerando o valor contábil, calcular a redução e depois comparar com o que foi escriturado, agindo assim ,o resultado será o correto, e não como foi realizado direto da base de cálculo.

Aborda ainda que necessita ser refeita a base de cálculo para todos os valores, e anexa exemplos de notas fiscais e parte do livro Registro de Entradas que demonstram, claramente, que a base de cálculo já está contemplada com a mencionada redução de base de cálculo, afastando a cobrança indevida do estorno pela Fiscalização. Junta CD com a apresentação analítica de todas as notas fiscais e itens nas situações citadas, conforme anexo (DOC. 07), comprovando o equívoco e a necessidade da revisão do levantamento. Pede pela realização de diligência, para excluir os valores indevidos e a elaboração de um novo demonstrativo de débito.

Por fim, ao final, de sua petição defensiva, solicita novamente a necessidade de diligência devido aos equívocos cometidos pela fiscalização, pois o prazo disponibilizado não foi suficiente para revisar todo o trabalho da fiscalização, nem para disponibilizar toda a documentação necessária.

Conclui pedindo o provimento integral da impugnação.

O autuante presta informação fiscal, fls. 125/1258, em suas considerações iniciais, informa que a fiscalização de grandes empresas, com grande volume de operações e documentos, que, compulsoriamente, enviam suas informações econômicas e fiscais, via arquivos magnéticos SINTEGRA, só é possível, utilizando programas de banco de dados específicos, desenvolvidos e testados, exaustivamente, para validar o conteúdo destes, realizar batimentos, circularização e roteiros de auditoria indicados na programação.

A fiscalização planeja os trabalhos de auditoria a serem realizados, procedendo preliminarmente, a validação dos arquivos SINTEGRA, em programa específico para esta finalidade, com o objetivo de identificar omissões e inconsistências nos respectivos registros, que caso existam, precisam ser suprimidas ou corrigidas, para só posteriormente, realizar os roteiros de auditoria propriamente ditos. Para tanto, usa os instrumentos disponíveis, Intimação/Notificação ou Autuação conforme o caso concreto.

Quanto aos fatos das infrações, em primeiro plano – infração 1 – alegação de duplicidade de autuação em razão da cobrança em duplicidade sobre um mesmo fato gerador, afirma que a legislação do ICMS, Lei e Decreto Regulamentar, trata a matéria de forma diferente do que pretende o autuado, e as fiscalizações, notificações e autuações, se baseiam no disposto neste Diploma Legal, pois os arquivos são compostos por registros e estes são espelhos da movimentação econômica da empresa, portanto, matéria-prima indispensável para a realização das auditorias nas grandes corporações, dado o volume de operações destas. Assim, apenas para dimensionar a importância destes, no presente caso, as omissões dos respectivos registros, impossibilitaram a realização do Roteiro dos Estoques do Exercício de 2011, principal roteiro de auditoria com fim homologatório.

Ressalta a cronologia dos documentos do processo, fls. 1, 2, 3 e fls. 11, 13, com intimação para correção dos arquivos em 20/03/2012, o que perfaz um intervalo de 51 dias, entre a data da ciência da notificação/intimação e lavratura do auto de infração, portanto 21 dias de prazo adicional ao prazo legal. Quanto ao programa validaddor, este só analisa o layout dos arquivos, não efetua

cruzamentos ou qualquer auditoria de conteúdo, etapa realizada posteriormente, quando da programação de fiscalização do contribuinte.

Pede pela procedência da infração, e a manutenção da integralidade da multa.

Na infração 02, salienta que cada produto ou espécie de produto tem sua singularidade, que o individualiza e diferencia dos seus similares. Quanto ao levantamento anexado, com base na desejada “similaridade”, não pode nem deve levar em consideração, dado a simplificação como foi elaborado, sem levar em consideração elementos fundamentais para a análise. Portanto, o autuado, ao tentar usar argumentos inconsistentes, e solicitar diligências, sem apresentar um levantamento que corrobore com esta necessidade, tenta apenas, fugir, momentaneamente, do ônus que lhe foi imposto. Diante dos demonstrativos acostados ao PAF, Anexo III, sendo integralmente fornecido no CD, fl. 09, pede a procedência integral da infração.

Na infração 03, aduz que os levantamentos foram feitos considerando a base de cálculo na entrada, a partir do valor contábil, e considerou ainda os estornos realizados no RAICMS, conforme planilha fls. 38 a 40, e planilha integral constante no CD anexo, fl. 09.

A infração 04 refere-se a omissões de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo sido cobrado na infração 03, o ICMS normal por solidariedade, cujo valor foi abatido no valor a recolher. Tudo conforme demonstrativo do Anexo V, fls. 41 a 43, e planilha integral constante no CD anexo, fl. 09. Também não há o que se falar em considerar compensações por perdas, como deseja o autuado, pois a legislação não prevê essa possibilidade.

Infração 04 – decorrente do levantamento de estoque, refere-se a omissões de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, não sendo cabível nenhum crédito fiscal como pretende o contribuinte, uma vez que não há comprovação que as mesmas sofreram alguma tributação anterior. Tudo conforme demonstrativo resumido, Anexo VI, fls. 44 a 46, sendo fornecido um CD, fl. 11. Também não é possível haver compensações por perdas, pelas razões adrede expostas.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente verifico que estão presentes os pressupostos de validade da relação jurídica tributária, posto que o Auto de Infração foi lavrado com observância do art. 39 do RPAF/99, definidos o autuado, o crédito tributário exigido, além do que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão sendo preservados. Outrossim, as infrações estão claras, foram entendidas pelo sujeito passivo, que assim pode exercer seu direito de defesa de forma ampla, e foram seguidos os princípios do contraditório e da segurança jurídica, que devem nortear as relações tributárias, entre o fisco e os contribuintes.

Apesar de o autuado ter solicitado a realização de diligência, não há nos autos provas para a necessidade de sua realização, posto que o contribuinte tem o dever de trazer, em sua defesa, todos os elementos e dados relativos às infrações impugnadas.

Ademais, o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, (art. 145 do mesmo diploma normativo), e não foi apontada concretamente a ocorrência de erros nas quantidades ou nos valores discriminados na Auditoria de Estoques, realizada em consonância com a Portaria 445/98, que estabelece os procedimentos a serem adotados pela fiscalização, face ao levantamento quantitativo de estoques.

Dessa forma, indefiro o pedido, nos termos do art. 147, I, RPAF/99, considero suficientes para a formação da convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão de 05 irregularidades.

A primeira infração refere-se à falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, referente às informações das operações ou prestações realizadas, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa SINTEGRA, referente ao exercício de 2011, em razão de não ter informado nos referidos arquivos os Registros 60R (meses 07/08/09/10/2011), e 74 (mês 12/2011).

Foi aplicada a multa de 1% prevista no art. XIII-A, “j”, 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias no período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

Deste modo, o motivo determinante para a aplicação da multa no *valor de R\$649.588,29, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas de cada período*, foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético sem a informação dos registros acima citados.

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.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63 em vigor a partir de 18/05/2005 estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, 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.

O autuado foi intimado a apresentar e a corrigir as inconsistências verificadas, conforme a intimação constante nas fls. 15/16, entretanto, o contribuinte no prazo estipulado não atendeu a intimação, e decorrido mais de 21 dias, o autuante efetuou o lançamento ora combatido.

Portanto, o devido processo legal foi observado, sendo concedido o prazo de 30 dias para corrigir as irregularidades apontadas e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas no prazo estipulado, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei (BA) nº 10.847/07, que tem a seguinte redação:

“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:

...

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.”.

Constato que deve ser aplicada a orientação contida na OTE DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidades do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.” Deste modo, a data de ocorrência desta infração de 23/04/2012.

Quanto ao pedido do impugnante no sentido de que seja aplicado o parágrafo 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, não o acolho, pois faltam elementos para declarar que a falta de entrega dos arquivos magnéticos não trouxe prejuízo para a fazenda pública estadual.

Fica mantida a infração na totalidade, com a correção da data de ocorrência para 23/04/2012.

Na infração 02, foi efetuado o levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2010, e detectado a omissão de saídas de mercadorias, conforme demonstrativos de fls. 28 a 43.

A Portaria 445/98 dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, sendo que este constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer cuidados entre eles criterioso rigor na quantificação das mercadorias, que seja atentado para a unidade de medidas a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadorias: unidade, dúzias, quilos, toneladas etc. Apenas nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada com mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

No presente caso, verifico que no levantamento as mercadorias estão especificadas de forma individual, todas com código, descrição e contadas por unidade, codificadas nos arquivos magnéticos que foram fornecidos pelo contribuinte, a exemplo de ventilador Loren teto (código

102371), caixa térmica Termolar (código 112380), Encosto Ortoclama (código 115222), Mesa SBA Vitoria Alum, An. (código 113129). Consta ainda o preço médio de cada produto, o que permite comprovar a distinção de uns com os outros. Portanto, não cabe o acolhimento do pedido formulado pelo impugnante, no sentido de que as mercadorias sejam agrupadas, posto que válido o levantamento realizado com base nas especificações individualizadas das mercadorias comercializadas no exercício de 2010.

A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Constatou que na peça de defesa, o autuado não apontou qualquer falha, especifica nos levantamentos de estoque que foram efetuados com base nos arquivos magnéticos e nos livros e documentos fiscais. Deste modo, fica mantida a infração, cuja auditoria está amparada na disciplina da Portaria 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Infração procedente.

Na infração 03, está sendo exigido estorno de crédito fiscal, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, e desta forma a empresa autuada não atendeu à previsão contida no art. 100, II, do RICMS/BA.

As planilhas estão anexas nas fls. 45 a 46, e as notas fiscais nela repetidas indicam que foi discriminado mercadoria por mercadoria, o que denota o cuidado da fiscalização em apurar o crédito tributário e em permitir o mais amplo entendimento por parte do autuado. Portanto, conforme se pode ver nos demonstrativos anexados - AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR – em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores.

Diante do exposto conclui-se que o contribuinte deverá proceder ao estorno de crédito apenas nas aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes sejam alcançadas pelo benefício da redução da base de cálculo.

Destaco que o autuado forneceu os arquivos magnéticos, logo, presume-se que as informações sejam verdadeiras, até prova em contrário, o que não foi feito pelo autuado, fato que se depreende por não ter apontado, em sua peça defensiva, erros nos arquivos magnéticos.

Quanto à redução de base de cálculo, esta foi considerada pelo autuante, como pode ser constatado no levantamento de fls. 45/46 do PAF.

Por todo o exposto a infração 3 é procedente, pois amparada em documentos fiscais, e nos registros efetuados pela própria empresa, em seus arquivos magnéticos.

As infrações 04 e 05 decorrem da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, detectado por meio do levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2010.

Deve-se exigir o pagamento do imposto do destinatário das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido.

O sujeito passivo também não apontou erros nos levantamentos, nem trouxe qualquer prova documental capaz de alterar os quantitativos e os valores que estão sendo exigidos. Desta forma ficam mantidas as infrações.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140779.0002/12-2**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$215.677,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 33.812,81 e 100% sobre R\$ 181.865,06, previstas no art. 42, III, VII, “b” e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 649.588,29**, prevista no inciso, XIII-A, “j” do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INACIO DE AQUINO - JULGADOR