

A. I. Nº - 206948.0007/15-0
AUTUADA - GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.10.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-02/16

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso, sobre a diferença de saídas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração não elidida. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/09/15, exige ICMS no valor de R\$158.125,92, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - 04.05.02. Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2014, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$2.191,54, acrescido de multa de 100%.

Infração 1 - 04.05.05. Falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2013. Foi lançado imposto no valor histórico de

R\$ 155.934,38, mais multa de 100%.

Tanto no campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos” como no Relatório da Fiscalização de fls. 9/10, foi consignado que:

As infrações constatadas decorreram da execução do Roteiro de Auditoria de Estoques, AUDIF-207, exercícios de 2013 e 2014, tendo como foco do levantamento fiscal as mercadorias tributadas normalmente. O contribuinte não comercializa mercadorias isentas e não tributadas, bem como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Antes do início da ação fiscal, em 15/06/15 e 18/06/15, o contribuinte foi informado, através de e-mail anexo ao Relatório da Fiscalização sobre os trabalhos da fiscalização programados para o trimestre julho/setembro-2015, oportunidade em que também foram fornecidas ao contribuinte informações importantes sobre EFD, NFe e dispositivos regulamentares pertinentes, conforme documentos também anexos ao Relatório da Fiscalização.

O Roteiro de Auditoria de Estoques, AUDIF-207, foi realizado com base nos dados transmitidos eletronicamente pelo contribuinte à Base de Dados da Secretaria da Fazenda, Escrituração Fiscal Digital - EFD e as Notas Fiscais Eletrônicas - NF-e, isto é, informações prestadas em arquivo digital com assinatura digital do contribuinte ou seu representante legal, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Este Roteiro de Auditoria se formata na seguinte equação matemática [...] em conformidade com as determinações da Portaria nº 445/98.

Deixou de ser aplicada a proporcionalidade a que se refere o item 1 da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56/2007 [...] uma vez que o contribuinte não comercializa mercadorias isentas e não tributadas, como já foi dito anteriormente.

A acusação fiscal encontra-se devidamente demonstrada, onde constam especificadas e relacionadas, nos respectivos Papéis de Trabalho de cada exercício fiscalizado: [...].

Todos os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização foram entregues ao contribuinte [...].

O autuado, por meio de advogado regularmente constituído, apresenta defesa, fls. 70 a 81, na qual afirma que a autuação não procede, conforme relatado a seguir.

Após demonstrar a tempestividade da defesa, afirma que a ação fiscal baseou-se exclusivamente no Roteiro de Auditoria de Estoques - AUDIF-207 para chegar à conclusão, por meio de presunção, de que houve omissão de saídas e entradas de mercadorias no seu estabelecimento, sem a devida escrituração fiscal digital. Em seguida, passa a sintetizar o que foi informado pelo autuante acerca da ação fiscal:

1 - Explicou que segundo o autuante, este “Roteiro de Auditoria se formata na seguinte equação matemática: [...], em conformidade com as determinações da Portaria 445/98”.

2 - Lembra que, no Estado da Bahia, “todas as Auditorias Fiscais hoje em dia são realizadas eletronicamente, tendo em vista que todas as fontes de dados fiscais transitam exclusivamente por meio eletrônico, EFD e NFe, o que torna o contribuinte, de certa forma, refém de seus próprios dados transmitidos, ou seja, se o contribuinte eventualmente transmitir algum dado à Base da SEFAZ contendo imperfeições certamente ele vai induzir a fiscalização ao cometimento de um algum erro.”

3 - Diz que, segundo o autuante, “o Auditor Fiscal não cria dados, não inventa e nem omite nada, apenas trabalha com dados disponibilizados pelo próprio contribuinte em arquivos virtuais transmitidos eletronicamente à Base de Dados da SEFAZ.”

4 - Conforme o autuante afirma, “em Auditoria Eletrônica os itens de mercadorias selecionados são referenciados pelos seus respectivos códigos. Cada código é considerado como um produto

distinto e tem associado a ele os seus custos de estoques e preços de entradas e de saídas do exercício fiscalizado.”

5 - Afirma que o autuante transcreveu trecho do "Guia Prático EFD-ICMS/IPI - Versão 2.0.14", relativamente ao Registro 200 da Escrituração Fiscal Digital (Tabela de Identificação do Item).

6 - Diz que, na avaliação do autuante, *“quem tem alguma noção de informática sabe que o computador só executa comandos previamente formulados pelo programador. Se o comando programado é para identificar no sistema um determinado código de produto, o programa aplicativo utilizado para executar o roteiro de auditoria de estoques ao fazer uma varredura nos códigos informados na EFD vai executar o comando ao pé da letra, por isso, em se tratando de arquivos virtuais, quaisquer caracteres que se acrescentar a um código de produto do tipo alfanumérico, como: "zerinho(s) à esquerda" ou "zerinho(s) à direita" vai torná-lo defeituoso e não é admissível alimentar a Base de Dados da SEFAZ com arquivos contaminados com informações defeituosas.”*

7 - Pontua que, conforme o autuante, *“o fato da escrituração fiscal digital (EFD) indicar entradas de mercadorias, bens ou serviços não registrados autoriza o Fisco presumir a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto. Nesse caso, deve ser exigido o imposto sobre a "expressão monetária" das operações de entradas não registradas com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de registrar as entradas (qualquer entrada de "Notas Fiscais de Fornecedores" de mercadorias, bens ou serviços, independentemente de se tratar de mercadorias tributáveis, isentas, enquadradas no regime de substituição tributária, material de uso ou consumo, bens do ativo), efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas e também não registradas, cabendo ao contribuinte o ônus de provar, de forma inequívoca, a improcedência da presunção.”*

Prosseguindo, o autuado informa que a sua defesa visa demonstrar o erro involuntário, digital, que provoca a improcedência da presunção acima mencionada.

Ao tratar da inexistência do fato gerador do ICMS, diz que não deu margem para a presente presunção, já que os fatos geradores presumidos não ocorreram na vida real, pois é cumpridor de suas obrigações fiscais, especialmente quanto ao seu controle de estoque e apuração do imposto.

Diz que sendo uma empresa presente em quase todos os Estados da Federação, com lojas no varejo, tem seus sistemas informatizados como seu maior aliado contra os erros humanos que podem dificultar seu controle de compras, vendas e estoque. Aduz que, como foi dito pelo autuante, o Fisco exige que o contribuinte faça toda a sua contabilidade por meio digital, dependendo deste sistema informatizado para fornecer seus dados à fiscalização, aguardando que tais dados sejam homologados pela autoridade fazendária.

Pontua que, como no caso em tela foi efetuada uma fiscalização por meio de auditoria eletrônica, constatou que somente um erro eletrônico poderia dar margem à presunção de que houve a existência do fato gerador de ICMS não informado ao fisco estadual, erro este logo detectado.

Apresenta um fluxograma do seu sistema de controle de vendas, no qual aponta que um erro existiu na geração do arquivo do seu SPED Fiscal, autorizado pela SEFAZ e conforme determinações do art. 203 a 247, do RICMS-BA/12.

Dá exemplo desse erro fazendo uma comparação entre o código C425 da escrita fiscal digital do produto 78.83.0519 onde consta lançada a quantidade de três unidades do produto e o preço de R\$34,90, com o Cupom Fiscal 195761, onde consta o preço de R\$34,90 como valor de uma peça do produto. Apresenta, ainda, os pagamentos realizados desta venda e um relatório gerencial do Cupom Fiscal 195763 com outra venda, porém sem identificar o produto e sim uma venda no valor de R\$34,90 e diz que eles estão disponíveis para que o autuante faça o confronto entre os livros fiscais digitais, e as informações das memórias fiscais dos seus ECFs.

Afirma que constatou que o sistema informatizado VISUAL LINX (validado pela SEFAZ-BA), responsável por preparar o arquivo eletrônico a ser enviado pelo SPED Fiscal, continha um erro na versão utilizada no período fiscalizado, que foi atualizada somente em maio de 2013.

Apresenta tabela com as versões do VISUAL LINX que apresentaram erros e diz que todos os arquivos digitais que enviou à receita estadual, entre maio de 2012 e abril de 2013, continham um erro, ou seja, todas as quantidades de mercadorias vendidas eram multiplicadas por 3 (três), gerando inconsistência no estoque das lojas e a presente autuação.

Arremata: *“Então, uma vez comprovado o erro involuntário - porque foi ocasionado pelo sistema eletrônico que o contribuinte é obrigado a utilizar, e que foi aprovado pela SEFAZ-BA, podemos chama-lo de erro involuntário digital. O sistema da empresa LINX, chamado VISUAL LINX, possuía um erro até a sua atualização, e com isso o estoque de mercadorias da autuada foi adulterado digitalmente, uma vez que a venda de uma peça era informada em quantidade sempre três vezes maior. Ao se analisar os registros C425 do período, sempre se verá múltiplos de 3(três), não por coincidência. É que o sistema repetiu o mesmo erro sempre. Mas, como comprova o cupom fiscal, no exemplo dado acima, somente uma peça foi vendida!”*

Passa a discorrer sobre a culpa da administração fazendária, afirmando ser esta a outra metade do erro da presunção ora em análise.

Relembrando o que disse o autuante (*“Quem tem alguma noção de informática sabe que o computador só executa comandos previamente formulados pelo programador.”*) diz que tal afirmativa afeta a fiscalização, uma vez que *“o computador que faz a AUDIF-207 não foi capaz de identificar o erro, porque seu programador não fez comandos para tal!!!!!!!!!!!!!!”*.

Ressalta que o Estado tem o dever de manter um sistema de auditoria eletrônica imune a erros, pois, *“Um sistema com um mínimo de pudor digital, teria percebido que ao se vender 3 itens, o valor da venda deveria ser multiplicado por 3. Simples assim!”* Em seguida, diz: *“Aqui apontamos o erro do VISUAL LINX, SOFTWARE APROVADO PELA SEFAZ-BA. E o erro do AUDIF-207, alguém pode apontar?”*

Diz que, de tais argumentos, é forçoso concluir que não ocorreu o fato gerador do ICMS toda vez que houve a venda de itens cuja quantidade foi multiplicada por três em razão do erro do sistema VISUAL LINX não identificado pelo sistema que recepciona o SPED no Estado da Bahia e nem pelo sistema da SEFAZ que processa o Roteiro AUDIF-207.

Enfatiza de que o erro aconteceu somente na quantidade de mercadorias vendidas, e não no valor de vendas totais do estabelecimento. Por tal motivo não o detectou na época, não podendo o autuante se valer desse fato para lançar imposto com base em presunção.

Assegura que se tivesse sido realizada uma contagem física do estoque (e não somente eletrônica), ou levado em consideração os dados dos cupons fiscais do estabelecimento, o autuante não teria lançado o imposto por presunção, eis que teria a certeza da inocorrência do fato gerador do ICMS.

Pontua que toda a documentação fiscal da empresa é idônea, e comprova que não houve entrada ou saída de mercadorias do seu estoque sem a devida comprovação fiscal.

Diz que o único elemento que aponta para uma ilicitude fiscal (seu estoque) teve seu quantitativo adulterado pelo erro do sistema eletrônico VISUAL LINX.

Reproduz o disposto no art. 4º, § 4º, IV, da Lei nº 7.014/96, e requer a improcedente do Auto de Infração ou a sua nulidade. Protesta por todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente pela prova pericial, e pela juntada de seus livros fiscais feitos pelo VISUAL LINX.

À fl. 172, foi anexada petição, solicitando que as intimações acerca do presente processo, feitas via “AR”, sejam remetidas para a sua sede na Rua Raul Saddi, nº 88, Butantã, CEP 05503-010, São Paulo-SP, ao passo que as intimações realizadas via diário oficial sejam dirigidas ao

advogado Edegar Stecker, OAB/DF 9012, com escritório na Sia Sul, Quadra 4/C, nº 56, Ed. SIA Center, salas 110/116, Brasília-DF, CEP 71200-045.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 189 a 195, o autuante inicialmente esclarece que a GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., tem sua escrituração fiscal/contábil sob a responsabilidade do contabilista Emanuel Francisco dos Santos Silva, CRC 259270-SP, com escritório na Matriz da empresa localizada na Rua Raul Saddi, nº 88, Butantã, São Paulo/SP. Diz que a empresa tem quatro filiais sob a circunscrição da DAT METRO - INFAZ/VAREJO, e todas as quatro filiais foram fiscalizadas entre 01/07/ 2015 e 15/09/2015, abrangendo o período fiscal de 01/01/2013 a 31/12/2014, sofrendo autuações conforme indica.

Menciona que a ação fiscal foi realizada com base nos dados transmitidos eletronicamente pelo contribuinte à base de dados da Secretaria da Fazenda (EFD e NF-e), a salvo de qualquer inconsistência, isto é, informações prestadas em arquivo digital com assinatura digital do contribuinte ou seu representante legal, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Pontua que a acusação fiscal encontra-se devidamente demonstrada nos respectivos PAF's, onde constam relacionados os códigos dos itens de mercadorias selecionados para o levantamento fiscal, as quantidades efetivas das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais, os estoques inicial e final, os demonstrativos de estoques, e as demonstrações de apurações dos débitos.

Menciona que o levantamento fiscal obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, os débitos foram calculados seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e, em relação ao período fiscal examinado, consta que o autuado recebeu em 15/09/2015 todos os papéis de trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em mídia, na forma de arquivos eletrônicos em conformidade com o art. 121-A do RPAF-BA/97, mediante Recibo Eletrônico com MD5 do "authentication", tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença da então procuradora do autuado, Sra. Luciana Alves de Oliveira, permitindo, assim, que o contribuinte exerça com plenitude a ampla defesa e o contraditório. Diz que, portanto, o processo se encontra revestido das formalidades legais previstas, não havendo motivo para a nulidade de autuação.

Explica que o período auditado foi de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, e a fonte dos dados da fiscalização eletrônica efetuada foi o SPED Fiscal com assinatura digital do autuado, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Assim, diz que é fantasioso e não verdadeiro se alegar, neste momento, a existência de erro no sistema VISUAL LINX da empresa.

Pontua que o *"Sped Fiscal é um Sistema Público, por definição, e, omitir, intencionalmente ou não, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir declaração falsa ou diferente da que deveria ser escrita, com o fim de prejudicar direitos, criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, é conduta tipificada como crime de falsidade ideológica (Cód. Penal, Dec. lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940, art. 299)"*.

Aduz que a assinatura digital, contida no certificado digital, possui vínculo direto com o documento eletrônico "subscrito"; de forma que ocorre a menor alteração deste, a assinatura se torna inválida. Afirma que a autenticidade estabelece a validade da transmissão, da mensagem e do seu remetente, provando que o subscritor assinou o documento como sendo uma manifestação de vontade pessoal, ao passo que a integridade impossibilita a falsificação, pois comprova que o documento não teve seu conteúdo alterado indevidamente.

Frisa que os documentos assinados com certificados digitais emitidos pela ICP-Brasil são válidos juridicamente, presumindo-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 01/01/ 1916 - Código Civil.

Salienta que o autuado, ao omitir operações de entradas de mercadorias, autoriza a citada presunção legal e a possibilidade de se praticar preços abaixo dos valores de mercado, afrontado

o Princípio da Livre Concorrência. Afirma que a concorrência desleal decorrente dessa prática extrapola o campo dos interesses particulares e traz reflexos negativos para o interesse público, podendo prejudicar não só os consumidores, mas também os agentes do mercado que atuam dentro da legalidade e, em última análise, o Estado, em razão da elevada incidência de sonegação fiscal, como diz ser o caso em análise.

Acrescenta que o desrespeito ao Princípio da Livre Concorrência faz parte do perfil da GEP Indústria e Comércio Ltda., e isso ficou evidente após o MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) em março de 2013 flagrar trabalhadores em situação análoga à escravidão em um de seus fornecedores. As irregularidades foram constatadas após uma fiscalização realizada em 19 de março de 2013 pelo MTE e pelo MPT (Ministério Público do Trabalho). Como ilustração, transcrevemos dois artigos publicados na Internet esclarecedores sobre a matéria e informa de que o autuado foi obrigado em 2013 a pagar uma multa de R\$1,1 milhão ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), além R\$450 mil a título de danos morais coletivos.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante mantém a autuação em sua totalidade.

O autuado volta a se pronunciar às fls. 203 e 204, solicitando prazo para apensar decisão proferida pela Justiça do Trabalho de São Paulo, na qual foi dada provimento a pedido de anulação dos autos de infração lavrados por autoridades do MTE, já que a contestação fiscal apoiou-se em “acusação infamante e improcedente”. Requer que não se dê prosseguimento ao presente processo até que a decisão referida possa ser anexada a estes autos.

Em petição às fls. 206 e 207, o autuado solicita a juntada de decisão proferida pela Justiça do Trabalho em São Paulo, fls. 209 a 214, que julgou procedente a ação anulatória referente a Autos de Infração lavrados pelas autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego, e afastando a caracterização das condições de trabalho análogas as de escravidão. Reitera o pedido para que as intimações deste processo via “AR” sejam remetidas para a sua sede na Rua Raul Saddi, nº 88, Butantã, CEP 05503-010, São Paulo-SP, ao passo que as intimações realizadas via diário oficial sejam dirigidas ao advogado Edegar Stecker, OAB/DF 9012, com escritório na Sia Sul, Quadra 4/C, nº 56, Ed. SIA Center, salas 110/116, Brasília-DF, CEP 71200-045.

Às fls. 216 e 217, foi acostada petição, na qual o autuado solicita que seja anexado aos autos o CD-ROM de fl. 219, com a sua escrituração fiscal sem os erros digitais ocasionados pelo sistema informatizado VISUAL LINX que gerava o arquivo endereçado ao SPED Fiscal. Aduz que tais erros digitais são idênticos na fiscalização de outros estabelecimentos da empresa, os quais resultaram em quatro outros Autos de Infração. Além do referido CD-ROM, anexou aos autos fotocópias dos demais Autos de Infração e das defesas interpostas (fls. 220 a 271).

Foi anexada às fls. 273 a 275 uma manifestação do autuado, dirigida ao Presidente do CONSEF, na qual é informado que foi requerida à INFAZ VAREJO, nos termos do art. 251 do RICMS-BA, a retificação de sua escrituração fiscal digital (EFD), em razão de inconsistência digital involuntária no software produzido pela empresa VISUAL LINX.

Faz alusão aos artigos 137, 123, §3º, e 150, I e II, todos do RPAF/99, e, em seguida, afirma que a realização de perícia ou diligência nos presentes autos se mostra imprescindível para a apuração dos erros digitais apontados na defesa. Requer a realização de perícia de caráter técnico especializado, ou a conversão do processo em diligência para que a INFAZ VAREJO se manifeste quanto à retificação da EFD.

Às fls. 278 a 283, foi anexada aos autos uma petição dirigida ao Sr. Inspetor da INFAZ VAREJO, na qual o autuado solicita a retificação da sua escrita fiscal digital. Explica o erro que entende presente na sua EFD, reiterando argumentos já trazidos na defesa e constantes neste relatório. Para embasar sua solicitação, transcreve o disposto nos artigos 236 e 251, do RICMS-BA, bem como em cláusulas no Ajuste SINIEF 02/09.

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 291, decidiu a 6ª JJF converter o processo em diligência à INFAZ VAREJO, para que o Sr. Inspetor Fazendário que informasse a este CONSEF, através de sua 6ª JJF, o andamento e a decisão acerca do pedido formulado pelo autuado.

Em atendimento à diligência solicitada pela 6ª JJF, o Sr. Inspetor da INFAZ VAREJO informa, à fl. 295, que decidiu pelo indeferimento do pedido do autuado para a retificação da EFD. Em seguida, determinou que o autuado e o autuante fossem notificados acerca desse indeferimento.

Notificado do resultado da diligência, o autuado se pronunciou às fls. 300 a 303.

Afirma que, uma vez indeferido o seu pedido de reconstituição da EFD, resta-lhe buscar a comprovação dos equívocos na sua EFD mediante a realização de perícia. Faz alusão ao disposto nos artigos 137, 143 e 145 do RPAF-BA/99.

Ressalta que a prova é eminentemente técnica e de grande importância para se esclarecer que ocorreu erro involuntário na sua escrituração, comprovando, assim, a improcedência da presunção que embasa as exigências fiscais.

Reitera que o sistema informatizado VISUAL LINX (validado pela SEFAZ-BA), empregado para preparar o arquivo eletrônico a ser enviado pelo SPED Fiscal, continha um erro na versão utilizada no período abarcado pela ação fiscal, que somente foi atualizada em maio de 2013. Diz que, portanto, todos os arquivos digitais enviados para a SEFAZ-BA entre maio de 2012 e abril de 2013 tiveram as quantidades de mercadorias vendidas multiplicadas por três.

Destaca que, deferida a prova pericial solicitada, será forçoso concluir que não ocorreu o fato gerador do ICMS toda a vez que houve a venda de itens cuja quantidade foi multiplicada por três em decorrência de erro do sistema VISUAL LINX não identificado pelo sistema que recepciona o SPED no Estado da Bahia, ferindo de morte a presunção legal, uma vez que o autuado em nada colaborou para o erro digital, nem dele se beneficiou.

Prosseguindo, continua a repetir argumentos trazidos na defesa e já constantes neste relatório.

Ao finalizar, solicita que seja realizada a prova pericial requerida na defesa, para que seja realizada uma auditoria em sua contabilidade e refeitos os livros fiscais eletrônicos, sem os erros da versão VISUAL LINX, ou que sejam considerados os seus livros fiscais feitos pela VISUAL LINX após a atualização corretiva, já juntada aos autos.

Às fls. 306 a 316, o autuante se pronuncia sobre o resultado da diligência realizada.

Tece considerações acerca dos trabalhos de auditoria fiscal à luz das modificações introduzida pelo processamento eletrônico de dados e, em seguida, conclui que “*o contribuinte se tornou refém de suas próprias informações transmitidas à Base de Dados da SEFAZ.*” Explica como se processam as ações fiscais, diz que em muitas situações as diligências não podem ser atendidas por auditores estranhos ao feito, uma vez que o banco de dados da fiscalização encontra-se com o auditor fiscal autuante, cabendo apenas a ele efetuar qualquer retificação da auditoria fiscal efetuada. Cita exemplos de diversas diligências que não puderam ser realizadas pela ASTEC do CONSEF, uma vez que apenas os autuantes tinham acesso ao banco de dados com as informações envolvidas nas autuações.

Ressalta que, no caso em análise, relativamente ao exercício de 2013, foram selecionados para o levantamento fiscal 761 produtos, tendo sido constatados na EFD do autuado, só no período de janeiro a abril, 1.149 registros totalizadores de códigos de produtos comercializados através de ECF, o que diz inviabilizar o confronto entre os livros fiscais digitais e as informações das memórias fiscais do ECF do autuado.

Acrescenta que, uma vez apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do art. 4º, §4º, IV, da Lei nº 7.014/96, há uma inversão do ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar a improcedência dessa presunção legal, não cabendo ao Fisco buscar informações das memórias fiscais do ECF e nem analisar o comportamento das vendas ao longo dos exercícios, pois cabe ao

contribuinte transmitir a sua EFD à base de dados da SEFAZ a salvo de qualquer inconsistência, nos termos do Ajuste SINIEF 02/2009.

Diz que o procedimento fiscal foi realizado com dados da escrituração fiscal digital do sujeito passivo, tendo a fiscalização coletado apenas os dados transmitidos pelo contribuinte, sem qualquer modificação. Faz alusão aos cálculos algébricos envolvidos em um levantamento quantitativo de estoques. Repisa que todo o roteiro de auditoria fiscal de estoque, hoje em dia, é feito exclusivamente com base nos dados transmitidos eletronicamente pelo contribuinte à base de dados da SEFAZ, mediante informações prestadas em arquivos magnéticos com assinatura digital do contribuinte, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Pontua que, para se realizar uma auditoria de estoques (AUDIF-207), é imprescindível que na estrutura da EFD do sujeito passivo estejam presentes todos os Registros. Dessa forma, antes de iniciar os trabalhos relativos ao roteiro AUDIF-207, o auditor fiscal sempre executa o roteiro AUDIF-249 (Auditoria das Informações de Arquivos Eletrônicos), pois este roteiro está vinculado à estrutura da EFD e não ao seu conteúdo, cujo objetivo é constatar se em todos os meses foram informados os registros obrigatórios. Frisa que este roteiro não analisa o conteúdo dos arquivos eletrônicos, mas apenas a sua estrutura.

Repete que a auditoria de estoques foi realizada conforme a Portaria 445/98, tendo sido entregue ao autuado cópia de todos os papéis de trabalho, conforme recibo acostado aos autos.

Afirma que não merece prosperar argumento defensivo de que o seu sistema informatizado VISUAL LINX, supostamente validado pela SEFAZ-BA, continha um erro que multiplicava por três as saídas realizadas.

Frisa que esse argumento está baseado em uma cópia de um cupom fiscal, supostamente emitido em 01/03/13, por ECF de inscrição distinta da do autuado, I.E. 75.799.304-NO e CNPJ 61.075.594/0059-00, ou seja, não é um documento emitido pelo autuado. Diz que o autuado deve focar apenas nos 761 produtos selecionados para o levantamento.

Prosseguindo, passa a destacar trechos da defesa e, em seguida, afirma que:

- a EFD deve espelhar todos os dados da movimentação comercial do sujeito passivo, não sendo aceitável que o Registro Tipo C425 seja alimentado de modo defeituoso;
- se o sujeito passivo informa em quaisquer circunstâncias as quantidades de 3, 6 ou 9, o sistema de auditoria utilizado na fiscalização, que apenas capta os dados como transmitidos pelo contribuinte, vai considerar esses valores, sem qualquer alteração;
- o sujeito passivo transmitiu sua EFD com dados supostamente falsos ou diferentes dos que deveriam ser escritos, com o fito de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, pois todo o procedimento fiscal é elaborado aproveitando os dados da escrituração do sujeito passivo, da forma por ele transmitidos à base de dados, sem qualquer alteração;
- o Decreto Federal nº 6.022/07, que instituiu o Sped Fiscal, prevê que omitir, intencionalmente ou não, dados que dele devia constar, ou nele inserir declaração falsa ou diferente da que deveria ser escrita, com o fim de prejudicar direitos, criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, é conduta tipificada como crime de falsidade ideológica.

Quanto aos argumentos defensivos de que utilizava um sistema informatizado autorizado pela SEFAZ-BA para gerar o Sped Fiscal e que o sistema Visual Linx continha um erro na versão utilizada no período fiscalizado, diz que consultou a Gerência de Automação Fiscal (GEAFI), conforme e-mails que reproduz, tendo obtido com resposta a informação de que:

- 1 - não há nenhum programa PAF-ECF cadastrado na SEFAZ-BA com o nome Visual Linx;
- 2 - não há na base de dados nenhum programa cadastrado com os nomes ERP e SPK e HOTFIX; e,

3 - no caso do estabelecimento de Inscrição Estadual 75.197.465, é utilizado um programa LinuxPOS versão 5.5, que não é PAF-ECF, mas sim um antigo aplicativo ECF, ainda da Portaria 53/2005, cujo cadastro foi cancelado em 2010, quando da edição da Portaria 83/2010.

Menciona que a empresa tem quatro filiais sob a circunscrição da DAT METRO – INFAZ/VAREJO, as quais foram fiscalizadas anteriormente quanto ao exercício fechado de 2012, quando constatarem, dentre outras irregularidades, a Infração 04.05.02, tendo sido todos os Autos de Infração pagos e sem que tenha havido na época essa alegação de suposta inconsistência no Registro Tipo C425 do período de maio a dezembro de 2012.

Ao concluir, frisa que o autuado baseia suas alegações apenas em uma cópia aparentemente de um cupom fiscal, supostamente emitido em 01/03/2013, por ECF referente a estabelecimento com inscrição estadual e CNPJ diversos - I.E. 75.799.304-NO e CNPJ 61.075.594/0059-00 - e, portanto, não foi emitido pelo autuado. Diz que a quantidade de produtos selecionados para o levantamento quantitativo inviabiliza o confronto entre a EFD e os dados da memória dos ECF. Repete que, segundo a GEAFI, não há nenhum programa PAF-ECF cadastrado na SEFAZ-BA com o nome de Visual Linux ou ERP e SPK e HOTFIX. Afirma que o Inspetor Fazendário indeferiu o pedido de retificação da EFD, já que a solicitação se refere a um período que já tinha sido submetido à fiscalização. Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, observo de ofício que as infrações imputadas ao autuado foram descritas de forma clara e precisa, tendo o autuante acostado aos autos cópia impressa dos demonstrativos que embasaram o lançamento, bem como um CD (fl. 10) no qual constam cópias desses referidos demonstrativos. O lançamento encontra-se revestido das formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do sujeito passivo. Não vislumbro, portanto, a existência de vício capaz de macular de nulidade o Auto de Infração ou o correspondente processo administrativo fiscal.

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, no valor histórico total de R\$ 158.125,92, em decorrência de omissões de operações de entradas de mercadorias, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2013 e 2014.

No exercício de 2013, foi apurada omissão de operações de entradas e de saídas de mercadorias, tendo sido exigido imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, a da omissão de entradas (infração 1). Já no exercício de 2014, foram constatadas omissões de operações de saídas de mercadorias (infração 2). Na primeira infração, a exigência do imposto está fundamentada na presunção legal, art. 4º, §4º, inc. IV, da Lei nº 7.014/96, de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente. Já na segunda infração, a constatação da omissão de operações de saídas já constitui razão suficiente para a exigência fiscal referente a essas operações omitidas.

O roteiro de auditoria fiscal denominado levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias constitui um procedimento fiscal que visa a aferir as entradas e as saídas de mercadorias ocorridas no estabelecimento do contribuinte num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta as quantidades de mercadorias com a sua expressão monetária (art. 1º da Portaria 445/98).

Tomando por base uma determinada espécie de mercadoria, a quantidade constante no estoque inicial mais as entradas menos o estoque final é igual às saídas reais ocorridas no período. Ao se confrontar essas saídas reais com as saídas registradas pelo contribuinte fiscalizado, três situações podem ocorrer:

1 - A quantidade das saídas reais é igual à das saídas registradas. Nessa situação, não há omissão de operação e, portanto, não há imposto a ser exigido.

2 - A quantidade das saídas reais é superior à das saídas registradas. Nessa hipótese, fica comprovada a ocorrência de omissão de operações de saídas, devendo, portanto, ser exigido o ICMS correspondente a essas operações de saídas que foram omitidas.

3 - A quantidade das saídas reais é inferior à das saídas registradas. Nesse caso, está caracterizada a ocorrência de entradas de mercadorias sem o devido registro. Constatada essa diferença, a Lei 7.014/96, no seu art. 4º, §4º, IV, determina que se presuma a ocorrência de operações de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente realizadas e não registradas, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Tendo em vista que o levantamento quantitativo de estoque geralmente engloba mais de uma espécie de mercadoria, pode ser que em um mesmo exercício sejam apuradas omissões tanto de entradas como de saídas. Nessa situação, deverá ser exigido o imposto relativamente à omissão de maior expressão monetária, nos termos do art. 13 da Portaria 445/98.

O levantamento quantitativo de estoques, quanto ao exercício fiscalizado, pode ser de dois tipos: em exercício aberto e em exercício fechado. No primeiro caso, como o exercício auditado ainda não se encerrou, os estoques finais ainda não foram contados e, portanto, a fiscalização efetua a contagem física das mercadorias existentes no momento da ação fiscal. No segundo caso, quanto o exercício fiscalizado já está encerrado, o estoque final a ser considerado é aquele constante no inventário realizado pelo próprio contribuinte no final daquele exercício. No caso em análise, o levantamento quantitativo é do tipo “em exercício fechado”, pois os exercícios fiscalizados de 2013 e 2014 já estavam encerrados e, em consequência, os estoques finais, assim como os iniciais, foram corretamente obtidos dos inventários realizados e informados pelo autuado. Dessa forma, não se sustenta o argumento defensivo segundo o qual o autuante deveria ter efetuado uma contagem física dos estoques.

O artigo 212 do RICMS/12 obriga o contribuinte a manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizar, diversos livros fiscais (Conv. S/Nº, de 15/12/70), a exemplo dos livros: Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A; Registro de Saídas, modelos 2 e 2-A; Registro de Apuração do ICMS, modelo 9; Registro de Inventário, modelo 7.

A escrituração fiscal de uma empresa é de sua inteira responsabilidade e deve seguir todas as determinações legais, sendo que o artigo 215 do RICMS/12 prevê que a *escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade*. Conforme o §2º desse citado artigo, os livros não poderão conter rasuras ou emendas. Ressalto que tais determinações são inerentes a qualquer tipo de escrituração, quer manual ou informatizada, ou mesmo da escrituração fiscal digital.

A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui *em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte* (Conv. ICMS 143/06) (art. 247).

A EFD substitui a escrituração e impressão de diversos livros fiscais, entre eles os acima citados e, nos termos do art. 252 do RICMS/12, *o contribuinte deverá manter o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observados os requisitos de autenticidade e segurança*.

O autuado está obrigado a manter a EFD, observando as disposições contidas no Ajuste SINIEF 02/09 e o *leiaute* previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08, informando os registros tipo 1200, relativos aos créditos fiscais de ICMS controlados extra-apuração, e 1600, referentes ao total das operações com cartão de crédito e/ou débito (art. 249), bem como todos os registros sempre que existir a informação, exceto os registros que são elencados nesse dispositivo regulamentar, sendo que o §2º do referido art. 249 prevê que a EFD deverá ser informada mesmo que no período não tenha ocorrido movimentação no estabelecimento.

Conforme previsto no art. 250 do RICMS/12, o arquivo da EFD deve ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, sendo considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA). O §1º desse citado artigo determina que o arquivo da EFD deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Esse arquivo deve ser transmitido pelo estabelecimento até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Conforme o regramento acima citado, o contribuinte é o responsável pela fidelidade dos dados inseridos na sua EFD, sendo que qualquer erro cometido é de sua responsabilidade.

A existência de eventuais erros na EFD deveria ter sido, antes de iniciada qualquer ação fiscal, retificada, obedecidas as condições previstas no art. 251 do RICMS/12 com a redação vigente à época dos fatos.

No caso concreto em análise, os supostos equívocos na EFD não foram objeto de retificação antes do início da ação fiscal e, em consequência, foi lavrado o Auto de Infração em comento.

Visando elidir as omissões de entradas apuradas pela fiscalização, o autuado alega que o sistema VISUAL LINX, utilizado para preparar o arquivo eletrônico a ser enviado pelo SPED Fiscal, continha um erro na versão utilizada no período fiscalizado, sendo que tal sistema só foi atualizado em maio de 2013. Sustenta que ocorreu um erro na geração do arquivo do seu SPED Fiscal, de forma que as saídas realizadas no período de maio de 2012 a abril de 2013 tiveram as quantidades multiplicadas por três. Diz que esse erro foi ocasionado pelo sistema informatizado VISUAL LINX, que teria sido autorizado pela SEFAZ-BA, responsável pela preparação do arquivo eletrônico a ser enviado pelo SPED Fiscal.

Nos anexos 1 e 2 da defesa, apresenta uma comparação entre o Registro C425 do produto 78.83.0519 (com três unidades do produto e o preço de R\$34,90) e o Cupom Fiscal 195761 (onde consta R\$34,90 como o preço de uma peça desse mesmo produto). Também apresenta os pagamentos referentes a esta venda e um relatório gerencial atinente ao Cupom Fiscal 195763 com outra venda de igual valor (R\$34,90), sem, no entanto, identificar o produto.

Esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir as infrações imputadas ao autuado, conforme passo a demonstrar.

De plano, há que se ressaltar que o Cupom Fiscal 195761 é referente a um equipamento emissor de cupom fiscal pertencente ao estabelecimento de inscrição estadual nº 75.799.304, portanto, um estabelecimento diverso do autuado. Além disso, o produto de código 78830519 não foi objeto dos levantamentos quantitativos de que trata o Auto de Infração e, em consequência, a operação citada na defesa não serve para ser comparada com as que foram consideradas na auditoria fiscal.

O Cupom Fiscal 195761, o qual não foi apresentado o original, é referente à quantidade de uma peça no valor de R\$34,90. No código C425 da escrita fiscal digital do produto 78.83.0519, consta a quantidade de três unidades. Todavia, não há como se ter certeza de que a quantidade constante no código C425 efetivamente tratava ao Cupom Fiscal 195761.

As informações acerca dos pagamentos realizados apenas comprovam que o valor do produto 78.83.0519 era de R\$34,90. Não servindo como prova de que efetivamente houve uma contagem tríplice de alguma operação de saída, como sustenta o defendente.

O fato de o sistema VISUAL LINX ter sido validado pela SEFAZ não torna a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia responsável pelo suposto erro na versão que foi utilizada pelo autuado. O defendente é o responsável pelas informações prestadas em sua EFD, conforme já foi dito neste voto. Admitindo que o citado erro foi sanado em maio de 2013, como foi sustentado na defesa, o autuado teve tempo suficiente para corrigir esse suposto equívoco em sua EFD, porém não o fez.

Argumenta o defendente que, se o autuante tivesse analisado os dados dos cupons fiscais, não teria lançado o imposto por presunção. Esse argumento não procede, pois essa análise seria inviável ante a quantidade das operações envolvidas e, além disso, há que se observar que dados dos cupons fiscais estão lançados pela própria empresa fiscalizada na sua EFD.

Visando elidir a autuação, o defendente solicitou à repartição fazendária de seu domicílio fiscal o refazimento da sua EFD, porém essa solicitação foi indeferida pelo Inspetor Fazendário, sob o argumento de que o disposto no inciso I do §7º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF nº 02/09 determina que *“não produzirá efeitos a retificação de EFD de período que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal”*.

As alegações defensivas atinentes ao sistema VISUAL LINX não se mostram capazes de elidirem as infrações, pois não cabia ao autuante a responsabilidade pela autenticidade dos dados informados pelo autuado no arquivo da EFD. A auditoria fiscal efetivamente utiliza sistema informatizado, porém esse sistema apenas processa os dados informados pelo contribuinte.

Dessa forma, os dados que constam na EFD do autuado são válidos e, em consequência, os argumentos defensivos não se mostram capazes de desconstituir as infrações apuradas no lançamento tributário de ofício em comento e, portanto, as omissões apuradas nos levantamentos quantitativos subsistem integralmente. Assim, em relação ao exercício de 2013, o levantamento quantitativo detectou a ocorrência de omissões de operações de entradas e de saídas de mercadorias tributáveis, sendo o valor da omissão de entrada superior ao da omissão de saída, situação em que deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com fulcro na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Já quanto ao exercício de 2014, foi apurada a ocorrência de omissões de operações de saídas e de entradas de mercadorias tributáveis, sendo o valor da omissão de saídas superior ao da omissão de entradas, situação em que deve ser exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, a das omissões de saídas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

No que tange à solicitação defensiva para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas via “AR” para o endereço que declina, ao passo que as intimações realizadas via diário oficial sejam dirigidas ao advogado Edgar Stecker, OAB/DF 9012, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém ressalto que o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

As alegações atinentes às irregularidades trabalhistas, citadas pelo autuante na informação fiscal, não interferem na formação de meu convencimento, pois se trata de matéria não se inclui entre as competências deste Conselho de Fazenda.

Nos autos restou demonstrado que os cupons fiscais citados na defesa são referentes a outro estabelecimento, que esses cupons tratam de mercadoria não incluída nos levantamentos quantitativos e que o pedido de retificação da EFD do autuado foi indeferido pelo Inspetor Fazendário de seu domicílio fiscal. Assim, os argumentos defensivos que poderiam justificar a realização da perícia solicitada se mostram frágeis e incapazes de justificar o atendimento do pleito defensivo. Dessa forma, com fulcro nos artigos 145 e 147, II, “b”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de perícia técnica, pois considero que não está demonstrada a sua necessidade e que a referida perícia é desnecessária ante as outras provas já existentes nos autos.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206948.0007/15-0**, lavrado contra

GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$158.125,92**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CÉSAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR