

A.I. Nº - 206766.0006/02-4
AUTUADO - ANDRADE E BERGTON LTDA.
AUTUANTE - URBANO FERRAZ SANTOS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 19.03.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068/01-03

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DA NOTA DE PEDIDO E O DA NOTA FISCAL DE SAÍDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os elementos de provas trazidos aos autos evidenciam o cometimento da infração, inclusive com a comprovação de pagamentos de valores que correspondem ao consignado na nota de pedido, em importância superior ao indicado na nota fiscal pertinente àquela operação. **Infração confirmada. b) PERDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A concessão do benefício da redução da base de cálculo é condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas no Termo de Acordo firmado entre as partes (SEFAZ e contribuinte). A constatação das infrações apontadas nos itens 1, 3 e 4 da autuação, penaliza o autuado com a perda do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, em relação ao período da ocorrência dos fatos geradores. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração subsistente. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/07/2002, exige imposto no valor de R\$1.172.167,89, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$10.200,98, totalizando o valor do débito na quantia de R\$1.182.368,87, pelas seguintes irregularidades:

- 1) Divergência entre os valores consignados nos pedidos e os consignados nas notas fiscais, caracterizando subfaturamento. Tudo conforme cópias dos pedidos, notas fiscais apreendidas e anexadas às fls. 119 a 141, 155 a 217, pela IFMT/SUL, confirmada no Banco de Dados do Contribuinte, na Tabela FTADIMES (fls. 218/381) apreendidas através do Banco de Dados, conforme cópias dos recibos de arquivos eletrônicos, às fls. 19/70, período de 27/09/00 a 05/03/02. Deduzido, no mês de janeiro/02, o valor de R\$554,02 de

ICMS cobrado no Auto de Infração nº 92045918, lavrado pelo Trânsito, em 12/01/02, no valor total do imposto de R\$314.727,42;

- 2) Deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte, tendo firmado Termo de Acordo com a Fazenda Estadual para redução em 41,176% da base de cálculo nas saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 17%, infringiu ao disposto na cláusula sétima do mesmo (cópias às fls. 142 a 147). Infração consistente no subfaturamento comprovado, bem como na falta de registro nas escritas fiscal e contábil de notas fiscais de aquisição de mercadorias dos fornecedores BIC BRASIL S/A, KOLYNOS DO BRASIL S/A e BELA VISTA (cópias às fls. 2600 a 2627). Ficando, sujeito à perda do benefício, com efeito retroativo à data inicial da ocorrência, nos termos do que dispõe a cláusula décima e seu parágrafo único do referido Termo de Acordo, período de setembro/00 a fevereiro/02, no valor total de R\$832.314,23;
- 3) Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, referente as notas fiscais nºs 541190/194, e nota fiscal nº 543666, datadas de 29/09/00 e 30/09/00, tendo como fornecedor a empresa KOLYNOS DO BRASIL LTDA (fls. 2598 a 2749), no valor total de R\$25.126,24;
- 4) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte deixou de registrar as notas fiscais nºs 224847/856 e 228560, emitida pela empresa Bic Brasil S/A e, notas fiscais nºs 541190/195 e 541794, emitida pela empresa Kolynos do Brasil Ltda. O valor, das mercadorias já antecipadas na infração anterior, foi deduzido para a obtenção do valor da base de cálculo da presente infração. Sendo aplicada a penalidade de 10% sobre o valor comercial das aquisições, período de setembro/00 e outubro/00, no total de R\$10.200,98.

Consta à fl. 16, que em cumprimento ao Mandado do MM Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e de Fazenda Pública, e extraído dos autos da Ação de Busca e Apreensão, processo nº 20021399-4, requerido pela Fazenda Pública do Estado da Bahia, contra Andrade e Bergton Ltda, foram apreendidos documentos fiscais e arquivos magnéticos, selecionados e relacionados por Auditores Fiscais e sua equipe, às fls. 17 a 70 dos autos.

Às fls. 71 a 74, constam intimações e solicitações de prorrogação de Ordem de Serviço. Às fls. 2754 a 2766, o processo de Ação de Busca e Apreensão e, às fls. 2767 e 2768, a concessão de liminar autorizando e determinando a busca e apreensão dos documentos mencionados.

Solicitado pelo autuado, à fl. 2769, cópia (CD) do Banco de Dados da empresa que foi concedida através de Medida Liminar de Busca e Apreensão. À fl. 2770, o Inspetor Fazendário, mediante Ofício nº 12 de 21/08/02, dirigido ao Juízo de Direito da Comarca de Vitória da Conquista/BA, informando da conclusão dos trabalhos de fiscalização e levando ao conhecimento da devolução à empresa, de todos os livros e documentos apreendidos, em original, quando não selecionados como prova material ou por cópia quando necessário a este fim, anexando às fls. 2771 a 2775, cópias dos Termos de Devolução de Documentos, com ciência do recebimento pelo autuado.

O autuado, às fls. 2779 a 2814, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa preliminarmente protestando quanto aos percentuais da penalidade pelo suposto inadimplemento da obrigação tributária, que montam índices de quase 100% sobre o imposto. Alegou que o valor do débito atualizado configura-se em Confisco Tributário ou Agiotagem

Tributária. Transcreveu o art. 112, IV, do CTN, e lições de diversos tributaristas que tratam de multa confiscatória e de que as sanções devam ser proporcionais ao valor do tributo.

Requeru, seja determinado, caso o impugnante venha a sucumbir na presente demanda, que se reduza os percentuais totais de multa de mora a 2% do valor da contribuição devida, alertando que tal requerimento tem como base legal a proibição do Confisco (art. 150, IV, da CF/88) e a graduação da penalidade (art. 112, IV, do CTN).

No mérito, o sujeito passivo, em relação ao item 1 da acusação fiscal, argumentou que o autuante iniciou as acusações: a) vinculando o pedido nº 89625 à nota fiscal nº 68678, ambos em nome de Gildete Rego Bonfim Miranda, aduzindo divergência entre o valor do pedido e o da nota fiscal; b) que as mercadorias foram adquiridas por José Santos Miranda, que declarou ter pago a quantia de R\$707,68 (valor do pedido), e não, R\$519,68 (valor da Nota Fiscal); c) para materializar as infrações perpetradas, a Inspetoria apreendeu diversas notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo, constatando divergências entre os pedidos e as notas fiscais correspondentes, como no caso da Nota Fiscal nº 89766, cujo pedido monta em R\$1.083,50, já o valor da nota fiscal é de R\$886,00; d) fez menção às notas fiscais emitidas pelo autuado, contra Franklin Robson Dias de Souza; e) teceu comentários aduzindo que o cliente Supermercado Vida Ltda., contratou com o impugnante os pedidos nºs 118026, 118029 e 118049, no valor total de R\$2.915,45, enquanto as notas fiscais a eles correspondentes montaram a quantia de R\$2.452,72 e que os cheques emitidos pelo cliente foram, 2 (dois) de R\$971,00 e 1 (um) de R\$973,45; f) diante das provas tão robustas, disse, o autuante, que o autuado reconheceu o ilícito e pagou o Auto de Infração deles decorrentes de nº 920459-18; g) a partir daí, emergiram outros elementos de provas através do sistema informatizado de dados do autuado, onde foram encontradas umas séries de tabelas: a tabela FTADIMES onde se encontram a relação NUMPED (número dos pedidos), NUMNOT (número das notas fiscais), DATNOT (data da emissão da nota fiscal), QTDPED (quantidade pedida), DESMER (descrição das mercadorias), PRCLST (preços constantes nas notas fiscais) e PRCUNILST (preço constante do pedido); h) também foram apreendidas, pelo Fisco, 602 cópias de FAX de pedidos dos clientes, em que 41 deles constam expressões como: sem nota fiscal, meia nota, mandar nota com valor baixo possível, enviar 50% com nota, faturar 40%, mandar nota fiscal integral exigência do cliente, e que tais situações só não se caracterizaram em virtude das notas fiscais terem sido emitidas posteriormente à ação de Busca e Apreensão; i) que em decorrência dos ilícitos acima citados pelo autuante, o sujeito passivo perdeu o benefício concedido pelo Fisco, quanto a redução de 41,176% de redução da base de cálculo nas saídas de mercadorias tributadas com alíquota de 17%, voltando a ser tributada, nesse período, com estorno do aludido benefício.

Argumentou, o sujeito passivo, que os elementos trazidos aos autos, pelo autuante, não têm valor probante que indique a existência de crédito tributário. Que o montante estrondoso, serviu apenas para eclodir a aparência de que o impugnante seja devedor de quantia astronômica ao Fisco, bem como uma fraudadora perigosa, o que não é verdade, conforme se verá com as provas negativas que acostará.

Tiveram início as acusações, fazendo-se acreditar que os preços constantes de alguns pedidos/orçamentos, trazidos pelo autuante, estão em valores maiores em comparação com os indicados nas notas fiscais, onde constam os números do respectivo pedidos. Tais meios de prova, ao seu ver, são imprestáveis para o fim de vincular os dados apresentados nos aludidos pedidos e aqueles constantes das notas fiscais de vendas. Que a emissão dos pedidos é exclusiva dos vendedores, inexistindo qualquer compromisso (assinatura) dos sócios do autuado pactuando aqueles preços com os supostos adquirentes das mercadorias.

Asseverou ser os vendedores, todos representantes comerciais sem qualquer vínculo empregatício com o impugnante, de posse de uma lista de preços elaborado pelo autuado, trabalham com uma margem de preços entre os estampados nas listas e os de mercado reivindicados pelos clientes. A variação pode ser para mais ou para menos, com predominância para menos. Os preços sempre ficarão abaixo dos preços constantes da lista, motivo da tabela FTADIMES apresentar preços abaixo e acima da lista, fato não abordado pelo autuante.

Alegou que o vendedor não emite um pedido, mas um orçamento a ser aprovado pelo autuado. No retorno do vendedor, um funcionário digita os preços estampados no orçamento constante da lista (PRCUNILST) e aqueles reinvidicados pelos clientes através do vendedor (PRCLST). Disse não manter contato direto com os clientes, e sim, através de mais de 30 (trinta) vendedores, que são representantes comerciais sem vínculo empregatício. Que os dados iniciais do demonstrativo quanto ao NUMNOT, DATNOT, NUNPED, DESMER e QTDPED, sendo diferentes as colunas PRCLST (preço variável) e PRCUNILST (preço fixo). O primeiro registra o preço firmado entre clientes e vendedores que negociou os melhores preços oferecidos pelo autuado e, o segundo registra o preço único efetivo da lista de preços.

Prosseguiu afirmando que o programa de computador foi elaborado sem assessoramento de profissional da área contábil/fiscal/tributária e o Fiscal não atentou que aparência de subfaturamento não é subfaturamento, dando por satisfeito com a existência do demonstrativo FTADIMES, esquecendo-se dos elementos de prova na contabilidade (fiscal e contábil) que indicou não haver subfaturamento.

Argumentou que o Fisco não solicitou esclarecimento sobre os demonstrativos. De posse do arquivo, abriu-o sem a participação do autuado ou de um perito/técnico de confiança do mesmo que o acompanhasse com vistas a assegurar que o arquivo não foi alterado ou manipulado. Após várias horas operando o computador, acompanhado de mais 3 (três) “supostos” agentes do Fisco, emitiu um documento que denominou arquivo eletrônico, exigindo que o sócio apusesse sua assinatura, segundo ele, como meio de prova de que aqueles arquivos foram efetivamente encontrados no seu computador, não deixando cópia do arquivo com o autuado e até o momento não teve a oportunidade de saber se os Dados/Valores reclamados pelo Auditor são os mesmos antes da ação de Busca e Apreensão.

Disse que a primeira prova em favor do autuado se encontra à fl. 3, onde o autuante deu interpretação às duas colunas principais da Tabela FTADIMES. Que o autuante denominou para a abreviatura PRCLST, preço constante das notas fiscais e para a abreviatura PRCUNILST, como preço constante dos pedidos. Que as letras LST se referem à lista de preços, ou seja, preço reivindicado pelo vendedor para satisfazer seu cliente (PRCLST), enquanto que o preço único da lista estabelecida pela empresa (PRCUNILST).

Quanto às acusações envolvendo os clientes Gildete Rego Bonfim Miranda e José Santos de Miranda, disse que emite o pedido e a nota fiscal considerando os valores estampados no orçamento emitido pelo vendedor. Se o pedido e a nota fiscal, emitidos em nome de Gildete Rego Bonfim, assim o foi o orçamento. No tocante às declarações dos clientes, eles, os clientes, informaram que foram coagidos a dar as declarações sob pena de ação fiscal devastadora nos seus pequenos estabelecimentos. Que no caso de Franklin Robson Dias de Souza e Supermercado Vila Ltda, o autuado reconheceu os ilícitos, recolhendo o valor exigido no Auto de Infração nº 920459-18.

Fez alegações de que naquela oportunidade, tivesse havido invasão por parte do Fisco, à cabine do caminhão, além de ter sido o motorista do caminhão, por algumas horas, seqüestrado e

colocado em cárcere privado. Que o motorista, Sr. Nelson Rosa dos Santos, foi obrigado a assinar e pagar o Auto de Infração, sob pena de ter o caminhão e as mercadorias apreendidas enquanto não cumprida a diligência. Que os cheques recebidos pelo autuado, em seu escritório, todos, sem exceção, correspondem aos valores constantes das notas fiscais. Argumentou ter requerido, junto aos clientes acima referidos, as microfilmagens dos cheques que serviram de pagamento das mercadorias e que no momento em que fiquem disponíveis juntará aos autos do processo.

Quanto às expressões “um quarto de nota, anador enviar 40%, meia nota, etc”, o autuado reafirmou que os orçamentos são emitidos pelos vendedores (representantes), sem a participação do autuado.

No que diz respeito à prova da inexistência de subfaturamento, argumentou, o defendente, que a acusação se baseou nos dados inseridos num programa de computador de controle gerencial, sem a necessária vinculação entre os referidos dados e o prejuízo sofrido pelo Fisco. Não carrou aos autos a indispensável prova de que as notas fiscais registradas na Tabela FTADIMES foram mesmo lançadas no Registro de Saída do autuado. Não vislumbrou que a existência de subfaturamento promoveu distorções nos valores das contas Caixa, Mercadorias, Fornecedores, Lucros, etc. Nesse sentido, o autuado disse estar juntando balanços patrimoniais, Apuração da Conta Mercadorias, Demonstrativo de Resultado Econômico e dos Lucros/Prejuízos Acumulados, período de janeiro/2000 a março/2002.

Alegou que o autuante apontou para o ano de 2000, um subfaturamento no montante de R\$209.406,99; para o ano de 2001, o valor encontrado foi de R\$1.440.441,46 e, para o ano de 2002 (janeiro a março), o valor de R\$131.254,87. Perguntou: - se é possível que a soma de tais valores não tenha afetado em nada a contabilidade do autuado, e respondeu que sim. Disse que subfaturamento provoca no Caixa da empresa insuficiência de numerário. Assim, o Auditor não levou em consideração a contabilidade do impugnante, trata-se de empresa com escrituração contábil regular e por isso seus dados estampados nos livros Razão e Diário são os únicos seguros para pesquisas. Disse ter colocado à disposição seus livros contábeis, balancetes e balanços, demonstrando que o seu Caixa não continha saldo insuficiente, e que seus lucros estavam dentro dos patamares para empresas do ramo. Apresentou dados das vendas brutas, lucro líquido e percentual em relação ao valor contabilizado e aos valores incluídos os supostos subfaturamentos, concluindo que os percentuais de lucro líquido considerando os valores supostamente subfaturados é impossível de serem realizados por empresas do seu ramo. Para o ano 2000 (5,70%), para o ano 2001 (9,12%) e para o período de janeiro a março de 2002 (4,99%). Os percentuais de lucros líquidos, para as empresas do ramo do defendente, variam entre 2% e 2,5%. Que não tendo sido desclassificada a escrita contábil do autuado, prevalecem os dados nela inseridos, ao indicar a existência de faturamento normal.

Argumentou que a infração 2 anunciada é reflexão das infrações 1 e 3. O Termo firmado entre o defendente e a Fazenda Pública Estadual, embora aparente bilateralidade é de natureza unilateral. As empresas atacadistas do ramo de produtos alimentícios vinham reivindicando, junto ao Fisco, a redução da base de cálculo do ICMS para ter condições de competição e sobrevivência frente às grandes atacadistas do sul e sudeste. Em atenção à reivindicação acima, o Estado da Bahia resolveu criar os Decretos nºs 7.488/98 e 7.799/00. Nos artigos primeiros de ambos os Decretos a redução foi de 58,824% (Dec. 7488/98) e 41,176% (Dec. 7.799/00). Não assiste razão ao Auditor estornar o benefício pactuado entre a Fazenda Pública e o impugnante: a) os supostos ilícitos dos itens 1 e 3, não foram julgados procedentes em decisão administrativa transitada em julgado; b) ainda assim, tinha o defendente o caminho judicial para buscar o seu direito; c) o

meio legal e constitucional para cobrança do crédito tributário é a lavratura do Auto de Infração, seguida da execução fiscal, e não a chantagem fiscal com cerceamento do direito do contribuinte de usufruir um benefício concedido a várias empresas do mesmo ramo, sabendo-se que o cancelamento do benefício em relação a uma empresa, o efeito é o seu fechamento, uma vez que não tem como concorrer com carga tributária diferente das demais.

Frisou, o autuado, que a celebração de Acordo prevista no art. 7º, Parágrafo único dos Decretos, não podem vir acompanhada de conotação autoritária, facultando ao Fisco exigir do contribuinte mais do que nela esteja previsto. Que ante a importância do incentivo para economia do Estado, em especial, para os atacadistas de gêneros alimentícios, o cancelamento do Termo de Acordo jamais deveria ser cogitado, em razão do contribuinte exercer o seu direito de defesa.

Quanto ao item 3 – alegou, o impugnante, que o Fisco ao afirmar que o autuado deu entrada em seu estabelecimento de mercadorias sem o registro do documento fiscal, tinha que trazer ao processo a prova desse ilícito tributário. As acusações tiveram como base a informação de que as mercadorias foram adquiridas cujas notas fiscais foram adquiridas de fornecedores, via circularização. A existência de notas fiscais de compras em poder do autuante, tendo como destinatário o autuado não é meio seguro de prova de que o contribuinte adquiriu aquelas mercadorias ou que os documentos fiscais foram emitidos contra sua pessoa, quando é sabido que fraudadores de plantão lançam mão de registros cadastrais de contribuintes em dia com o Fisco, para o transporte de mercadoria ilegal. Trata-se de mera presunção fiscal para merecer validade administrativa e eficácia jurídica tinha de ser materializada, por exemplo, contagem física do estoque. Que a ação fiscal foi completa com todos os livros e documentos à disposição do autuante por vários dias.

Argumentou não ter o autuante trazido nenhum elemento de prova de que tais mercadorias foram adquiridas pelo autuado, nem que entraram em seu estabelecimento, também não comprovou que os canhotos das notas fiscais tivessem a assinatura de representantes do autuado recebendo as mercadorias nelas constantes. Assim, ao seu ver, a falta de comprovação com a prova do alegado e a ampla defesa do contraditório pleno, tornam as acusações totalmente nulas e improcedentes, é o que requer o autuado.

O autuante, às fls. 2861 a 2871, quanto a preliminar argüida pelo autuado, informou que o Governo do Estado aprovou a Lei nº 8352/02, reduzindo em até 100% o valor da multa e acréscimos moratórios, no entanto, o defendente não requereu os benefícios, tornando sua preliminar inepta e ineficaz.

Manteve, o autuante, seu posicionamento, esclarecendo que da análise dos elementos apreendidos do sistema do autuado, constatou a existência de várias tabelas, dentre elas a FTADIMES (Faturamento por item no mês), onde foram encontradas, além de outras, duas colunas, uma (PRCUNILST) constando o preço das mercadorias relacionadas nos pedidos e outra (PRCLST) onde constavam os preços que originaram os valores apostos nas notas fiscais que acompanharam as mercadorias em seu trânsito até o destinatário. Porém tais mercadorias se encontravam acompanhadas dos pedidos, cujos valores das operações correspondiam as constantes das cópias dos (seis) cheques apreendidos pela IFMT/SUL, através da Regional UMF, em 12/01/02, sendo: três cheques emitidos pelo Sr. Franklin Robson Dias de Souza, no valor dos pedidos, na quantia total de R\$4.562,61, enquanto que o valor da operação realizada para tal cliente totalizava R\$ 4.019,11; e três cheques emitidos pela empresa Supermercado Vila Ltda., no total de R\$ 2.915,45, correspondente ao valor do pedido, já o documento fiscal fora emitido no valor de R\$2.452,72. Que apenas nesses dois fatos estariam comprovadas a existências de subfaturamentos.

Citou também, que no mês de setembro/2001, o autuado emitira a nota fiscal nº 68678, em nome de Gildete Rego Bonfim, valor da operação R\$519,68. No entanto, a destinatária declarou não ter adquirido as mercadorias constantes no referido documento. Tal documento fiscal teve como origem o pedido nº 89615, no valor de R\$707,68, cujo pagamento da transação comercial foi efetuado pelo Sr. José Santos de Miranda, verdadeiro adquirente das mercadorias, que pagou através de cheque.

Outra irregularidade citada pelo autuante, foi a constatação de existência de uma grande diferença entre a numeração dos pedidos paralelos emitidos pelo defendente, no dia 07/03/02, para as respectivas notas fiscais.

O autuante informou que para que não restasse dúvida quanto a existência de subfaturamento, buscou junto a alguns clientes do autuado, com domicílio em Vitória da Conquista, a confirmação dos valores das operações e seus respectivos pagamentos. Anexou ao processo declarações das empresas adquirentes de mercadorias fornecidas pelo autuado, informando o efetivo valor pago em cada operação realizada, conforme fls. 2876 a 2898. Que a partir de 03/2002, o autuado deixou de fazer acompanhar os pedidos ao remeter as mercadorias aos seus clientes, fazendo acompanhar, apenas, das notas fiscais e boletos bancários. Conclui sua informação fazendo uma pergunta: Por que será?

Esclareceu o autuante, que pode ser observado no demonstrativo das fls. 218 a 223 que nas colunas PRVLST e PRCUNILST, até o dia 26/09/00, não tinha diferença entre o valor faturado e o indicado nos pedidos. A partir da nota fiscal nº 10837, pedido 12382, do dia 27/09/00, iniciou-se a apresentação de diferenças entre os valores das notas fiscais em relação aos pedidos, fato que se manteve até o início de março/2002. Novamente, perguntou: Será isso coincidência ou providência?

Informou, o autuante, que no dia 07/03/02, quando acompanhado de Oficial de Justiça e equipe de Auditores Fiscais, estiveram no estabelecimento do defendente, cumprindo Mandado de Busca e Apreensão, ali encontrou (602) seiscentos e dois orçamentos de clientes correspondente a apenas um dia. Dentre os orçamentos encontrados, (41) quarenta e um foram anexados cópias ao processo, fls. 75 a 115, por constarem as expressões: (sem nota fiscal – 09), (meia nota – 03), (um símbolo de um círculo cortado ao meio); (um símbolo de um círculo cortado em cruz); a anotação: (mandar a nota com valor abaixo possível - 01); (obs: anador enviar 50% com nota - 01); (obs: faturar 40% nota fiscal – 01); (faturar 30% nota fiscal do pedido – 03); (10% N.F. – 05); (não substituir – 02); (favor mandar nota fiscal integral, exigência do cliente – 01) e (mandar N.F. integral). Observou que as citadas expressões foram redigidas de próprio punho dos vendedores do sujeito passivo, que apesar de não ter sido concretizado, tendo em vista as notas fiscais terem sido emitidas após a realização da busca e apreensão de tais documentos.

Argumentou, o autuante, que no ato da ação fiscal de busca e apreensão, os dados copiados e apreendidos foram efetuados através do programa *Authenticator*, tendo deixado cópias com o autuado, sendo impossível que o conteúdo original do arquivo copiado sofresse modificações, além do fato de que os dados copiados continuaram no sistema do defendente e apesar disso, o mesmo tem a posse de um CD, onde consta cópia do banco de dados apreendido, por ele solicitado, em 21/08/02 e entregue na mesma data.

Afirmou, ainda, que a discussão diz respeito à diferença de preços entre os valores das notas fiscais e os pedidos paralelos, já que seus clientes efetuavam os pagamentos pelos valores constantes nos pedidos, conforme as provas já mencionadas.

Fez análise do balanço considerando a rotatividade de estoque; venda líquida e, lucro líquido, cujos resultados encontrados disse são apresentados ao processo, tendo concluído que as taxas de retorno alcançadas sobre o capital aplicado são excelentes, mas, que a margem de lucro apresentou variação sensível em cada exercício e, que o valor do saldo de caixa correspondente a 26,7% do ativo circulante total, em março de 2002 apresentou índice elevadíssimo. Salientou, ainda, que a análise de balanço em nada pode provar em favor do defendente, pois que o subfaturamento fica fora dos seus balanços patrimoniais e das demonstrações de resultados dos exercícios.

Quanto à infração 2 – Transcreveu as Cláusulas sétima e, décima e seu Parágrafo único, do Termo de Acordo assinado em 03/04/99, concluindo que o autuado praticou atos lesivos aos cofres públicos, com subfaturamento e falta de registro de notas fiscais em suas escritas fiscal e contábil, perdendo o benefício retroativamente à data em que praticou tais infrações, em seja, em 27/09/00.

Infrações 3 e 4 – O autuante esclareceu que a falta de escrituração das notas fiscais está devidamente comprovada nos autos. Que os sócios Jordan Bergton Andrade e Jornando Pereira Andrade, da empresa Atacadão de Alimentos o Bonzão Ltda., cujo autuado é sucessor, e, em AI nº 279459.0006/98-7, consta o cometimento da mesma infração, tendo sido reconhecido, inclusive com o parcelamento do crédito reclamado em 60 parcelas, tendo o autuado recolhido a parcela nº 21, em 11/09/00.

Concluiu informando que o autuado não apresentou provas em contrário as infrações por ele praticadas, tendo o autuante instruído inicialmente todo o processo com a juntada de cópias de cheques, pedidos, notas fiscais de saídas, livros Registro de Saída e de Entradas, das notas fiscais de entradas sem registro, dos livros da contabilidade, das declarações de clientes, do pedido de liminar, da concessão da liminar, do Mandado e Auto de Busca e Apreensão, dos recibos e arquivos eletrônicos, do Termo de Apreensão. Anexou nessa oportunidade cópia xerográfica do Auto de Infração da empresa Atacadão de Alimentos o Bonzão Ltda e dos documentos cadastrais e contratuais da mesma, e informando que será reaberto o prazo de defesa para que o autuado possa se manifestar.

Novamente o autuado, às fls. 2942 a 2951, alegou que o parecer do Fisco teve início pugnando pela perda do benefício fiscal e que o cancelamento do benefício implicaria em fechamento do estabelecimento do impugnante, já que não tem como competir com as demais empresas beneficiadas com a redução da base de cálculo do imposto. Transcreveu teor de sua defesa e argumentou que a Lei nº 8.330/02, só veio a sustentar a argumentação de que as penalidades seriam mesmo confiscatórias, já que nos últimos meses, o Estado vem elaborando vários diplomas que permitem a sua total dispensa .

Reafirmou ter sido seus arquivos abertos sem a sua participação. Quanto às declarações de seus clientes argumentou que as mesmas foram colhidas sob coação. Anexou (5) cinco declarações dos clientes: José Santos de Miranda, Arlindo Fernandes da Silva, Jovaldo de Almeida Barbosa, Francisco Luiz de Almeida e Julio César Dias da Silva e, no caso de Franklin Robson Dias de Souza e Supermercado Vilas Ltda., reconheceu os ilícitos, recolhendo o montante exigido no AI nº 920459-18, voltando a argumentar que o motorista, naquela ocasião, sofreu uma ação de seqüestro e cárcere privado por algumas horas.

O autuante, às fls. 2977 a 2985, informou não ser propósito do mesmo em fechar a empresa ou outro estabelecimento, vez que as instituições comerciais visam lucro, gerando empregos, e obras implementadas pelo Estado, por meio dos impostos recolhidos. No caso do autuado, informou

que os sócios responsáveis estão habituados a deixar de recolher tributos devidos aos cofres estaduais e federais, utilizando o artifício do subfaturamento, da falta de escrituração de notas fiscais de entradas, em seguida fechar a empresa autuada e abrindo nova empresa, não assumindo a responsabilidade do fechamento pela prática de ilícito fiscal. Que tal fato é o que se pode vislumbrar com relação à empresa Andrade & Bergton Ltda, como já ocorreu com a empresa Atacadão de Alimentos o Bonzão Ltda, cujos sócios responsáveis são mesmos da empresa ora autuada.

Esclareceu que a perda do direito aos benefícios da redução da base de cálculo ocorreu em virtude do que dispõe o Decreto nº 7.788/98.

Asseverou, o autuante, que a análise do balanço apresentada, pelo sujeito passivo, demonstrou inconsistência dos valores ali registrados de forma a evidenciar a existência de um “Caixa 2”, em virtude das distorções que se apresenta. Esclareceu que a margem líquida sobre as vendas, para o ano de 2000, com uma venda líquida de R\$5.134.739,13, foi de 2,30%, enquanto que para o ano de 2001 que teve uma venda líquida de R\$13.621.186,49, foi de apenas 1,20%. As vendas líquidas de 2001 aumentaram em mais de 1,5 vezes, já a margem de lucro diminuiu para quase a metade em relação ao ano anterior. No ano de 2002 em que as vendas líquidas de R\$4.525.513,73 foram menores que as vendas líquidas do ano de 2000, esta apresentou uma margem líquida sobre as vendas de 2,86%, portanto, superior ao do ano de 2000 que foi de 2,30%.

Fez outras análises em relação aos saldos de caixa e rotação do Estoque. Informou que as distorções são indícios de que houve subfaturamento nas vendas realizadas pelo autuado e que o subfaturamento foi comprovado através da farta documentação apresentada no processo.

Citou, o autuante, o AI nº 279459.0006/98-7, lavrado contra a empresa Atacadão de Alimentos o Bonzão Ltda., para informar que o responsável pelo autuado é contumaz em deixar de registrar notas fiscais de entradas, anexando cópias aos autos (fls. 2907 a 3933).

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente processo, verifica-se que a autuação decorreu do fato de o impugnante ter deixado de recolher o ICMS em razão da existência de:

- 1) divergência entre os valores consignados nos pedidos e os consignados nas notas fiscais, caracterizando subfaturamento;
- 2) saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo decorrente da perda do benefício, com efeito retroativo à data inicial da ocorrência, na forma do que dispõe o Termo de Acordo firmado com a Fazenda Estadual;
- 3) falta de antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação;
- 4) e, para exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Na peça de defesa o contribuinte, inicialmente, pleiteou a nulidade do procedimento, com as seguintes alegações:

- que a multa é punitiva e confiscatória;

- em caso de ultrapassada a arguição de nulidade que seja determinada multa de mora de 2% sobre a contribuição devida.

No tocante a alegação de que a multa aplicada é punitiva e confiscatória, tenho a ressaltar que a multa está prevista na legislação vigente e o autuante fundamentou a infração e indicou a multa com base no RICMS/97 e na Lei nº 7.014/96.

Já em relação ao pedido de redução da multa por obrigação principal, conforme dispõe o art. 159 do RPAF/99, poderá o autuado recorrer à Câmara Superior deste CONSEF, desde que atendidos os pressupostos do §2º do citado artigo do RPAF/99.

No mérito, ação fiscal anteriormente realizada em que teve como origem o AI nº 920459-18, confirmam, sem sombra de dúvida, a existência de divergência entre os valores faturados e constantes dos documentos fiscais apreendidos pelo Fisco e os apontados nas notas de pedido que correspondiam aos valores dos cheques de pagamentos das transações realizadas.

Quanto aos argumentos da defesa de que houve, naquela oportunidade, uma ação de seqüestro por algumas horas e cárcere privado do motorista, obrigando ao pagamento do imposto, sob coação, pelo autuado e motorista, deixo de apreciar tais fatos relatados por não ser atribuição deste órgão julgador, uma vez que não constam no RPAF/99 determinações para apreciação do mencionado pelo defendente. Também, caso o autuado tivesse se sentido compelido a pagar o imposto, como afirmou, poderia pleitear com o devido fundamento restituição do valor que considerou indevido. Assim, todas as alegações a esse respeito, no presente processo, demonstram uma forma do sujeito passivo querer desviar o sentido principal da presente acusação, que tem como base a confirmação da existência ou não de subfaturamento, no período de setembro/00 a fevereiro/02.

A ação fiscal iniciou-se com o atendimento através de Mandado de Busca e Apreensão, onde juntamente com o Oficial de Justiça e uma equipe de Auditores Fiscais, atendendo a todos os requisitos jurídicos, foram apreendidos os documentos e livros fiscais do autuado, assim como os arquivos magnéticos (contendo nome, data e hora da última modificação e a sua “Impressão Digital” calculada pelo padrão internacional MD5 e expressa por 32 dígitos hexadecimais), com todas as informações gerenciais e de controles de vendas, o que permitiu dar seguimento aos trabalhos de fiscalização.

O defendente argumentou não ter tido participação ou mesmo não ter indicado um perito/técnico de sua confiança para que acompanhasse o manuseio do computador. No entanto, reconheceu que tal fato se deu amparada por decisão judicial de busca e apreensão, tendo sido atendido todos os requisitos legais. Assim, como se tratou de uma decisão judicial, não têm subsistência as alegações defensivas, além do que os dados copiados continuaram no sistema do computador e, o sujeito passivo, recebeu cópia dos arquivos eletrônicos. Posteriormente, em 28/08/02, lhe foi entregue um CD onde consta cópia do banco de dado original apreendido.

No tocante a infração 01 - à fl. 116 consta pedido no valor de R\$707,68, datado de 20/09/01, e nota fiscal nº 068678 (fl. 117), no valor de R\$527,92, datada de 22/09/01, com saída em 24/09/01. Consta, à fl. 118, declaração assinada por “José Santos de Miranda” e datada de 07/12/01, afirmando ser o adquirente das mercadorias indicadas na nota fiscal nº 068678, emitida pelo autuado, cujo pagamento disse ter sido dado mediante cheque nº 505, agência 1091-X, conta corrente nº 6496-3, tendo como titular a microempresa denominada José Santos de Miranda – Inscrição Estadual nº 48991982-ME, no valor de R\$707,68.

Vale esclarecer que no caso em questão o fator mais agravante e que está sendo examinado não é o fato de o documento fiscal ter sido emitido em nome de terceiros, e sim, a diferença entre o valor pago e o valor faturado.

Foram anexados, pelo autuante, cópia do Auto de Infração nº 920459-18 e Termo de Apreensão nº 076537, cujo imposto foi reconhecido pelo sujeito passivo com o pagamento do imposto na identificação das diferenças apontados entre os valores dos pedidos e os valores indicados nos documentos fiscais, para reforçar seus trabalhos de fiscalização na comprovação de que o autuado vinha omitindo receitas, subfaturando os valores das operações, ou seja, os valores das operações realizadas e comprovadas mediante algumas notas de pedidos emitidos pelo sujeito passivo em que as notas fiscais eram emitidas em valores inferiores ao do efetivo pagamento.

Nas notas fiscais e pedidos apreendidos, conforme cópias xerográficas, às fls. 130 a 141, o autuante comprovou que as operações realizadas, em 09/01/02, mediante documentos fiscais de nºs 089759, 089758, 089748, 089757, 089764 e 089749, nos valores de R\$414,56, R\$296,02, R\$307,92, R\$171,57, R\$877,27 e R\$1.951,77, respectivamente, totalizam R\$4.019,11. Os pedidos a elas relacionados de nºs 118045, 118043, 118021, 118041, 118063 e 118023, somam a quantia de R\$4.562,62. Para confirmar a existência de subfaturamento, o autuante anexou cópias xerográficas dos cheques nºs 003274, 003275 e 003276, emitidos pelo adquirente das mercadorias, a empresa Franklin Dias da Silva, nos valores de R\$1.520,87 cada, emitidos em 12/01/02 com a observação: Bom para 03/02/02, 10/02/02 e 17/02/02, cujo valor do pagamento totaliza R\$4.562,61, quantia correspondente ao somatório dos pedidos acima citados.

Também, às fls. 122 a 128, consta a comprovação de que em 09/01/02, o autuado realizou vendas de mercadorias, tendo como destinatária a empresa Supermercado Vida Ltda – IE 49.236.754-NO, mediante notas fiscais nºs 089750, 089751 e 098760, nos valores de R\$1.493,28, R\$32,17 e R\$927,27, totalizando R\$2.452,72, tendo como identificado nos documentos fiscais os pedidos de nºs 118049, 118029 e 118026, no total de R\$2.915,45. Consta dos autos que tais operações foram pagas mediante cheques nºs 004106, 004107 e 004108, sendo: dois no valor de R\$971,00 cada, com datas de 03/02/02 e 10/02/02 e, um no valor de R\$973,45, datado de 17/02/02, totalizando o valor dos pagamentos a quantia de R\$2.915,45, valor idêntico ao dos pedidos acima identificados.

Foram trazidas aos autos cópias xerográficas de notas de pedidos onde constam observações feitas nos referidos pedidos pelos vendedores, tais como: *sem nota fiscal, meia nota, mandar nota com valor baixo possível, enviar 50% com nota, faturar 40%, mandar nota fiscal integral exigência do cliente*, que, por si sós, seriam apenas indícios de irregularidades. No entanto, tal fato aliado às demais provas materiais anexadas ao processo como elemento da existência de subfaturamento, evidenciam, sem sombra de dúvida, a caracterização da infração.

Também os argumentos do autuado de que os seus representantes vendedores não têm vínculo empregatício e que os mesmos trabalham de posse de uma lista de preços elaborada pelo autuado e com outra com margem de preço entre os consignados na lista e os de mercado reinvidicados e que por este fato os preços orçados pelos vendedores com os clientes sempre ficarão abaixo dos preços constantes da lista e que os vendedores não emitem pedidos, mas um orçamento a ser aprovado pelo impugnante, tenho a ressaltar que as alegações acima citadas que deram origem as divergências entre os preços indicados nos pedidos emitidos pelos vendedores/representantes e os das notas fiscais emitidas pelo impugnante não têm lógica, vez que seria o mesmo que aceitar a afirmação de que para os clientes em que se constatou as diferenças omitidas tenha ocorrido que os vendedores ao indicar os preços dos produtos no pedido tenha majorado por conta própria, e o impugnante tenha renunciado o seu legítimo direito de faturar os produtos de acordo com os

preços consignados nos referidos pedidos. Além de ter ficado demonstrado, por amostragem, a existência de pagamentos efetuados pelos clientes (adquirentes das mercadorias) de acordo com os valores indicados nos pedidos e estes serem inferiores aos constantes das respectivas notas fiscais.

Quanto às declarações dos contribuintes, vale ressaltar que não ficou demonstrado, em nenhum momento no presente processo, que tivesse havido coação para que os mesmos confirmassem os valores das operações realizadas, ao apresentar suas declarações ao Fisco. Já as declarações juntadas pelo defendente para tentar negar as primeiras afirmações trazem no seu contexto as mesmas alegações de que já não possuíam as notas de pedidos. O Sr. José Santos de Miranda, na sua declaração apresentada ao Fisco informou o número do cheque, número da agência e conta bancária, identificou o valor que foi pago que corresponde ao indicado na nota de pedido que é inferior ao da nota fiscal. Em todas as declarações dos demais clientes do autuado e que foram anexadas pelo impugnante não constam quais os valores pagos e suas comprovações, nem os valores de suas operações. As justificativas constantes nas referidas declarações anexadas pelo autuado de que não sabiam o que estavam assinando, não podem ser levadas em consideração, porque seria considera-los como incapazes juridicamente. Também a argumentação de medo do Fisco e coação não foi vislumbrada nos autos a prova do alegado. Além do que tal afirmativa, por se tratar de grave acusação, deveria ter fundamento sólido, sob pena de advir consequências judiciais contra os declarantes por faltar com a verdade em processo administrativo tributário.

No que diz respeito a alegação de que o sujeito passivo possui contabilidade com escrituração regular e que foi colocado à disposição do Fisco seus livros contábeis, balancetes e balanços, tal fato não tem vinculação direta com a acusação de subfaturamento, entretanto, verificando-se a análise contábil realizada pelo defendente, a mesma encontra-se imperfeita, desde que ao analisar o percentual do lucro líquido das vendas brutas, o fez tendo como base determinado lucro líquido, mas, em contra partida quando fez a mesma análise das vendas incluindo o valor do subfaturamento não apresentou o eventual valor do lucro líquido para alcançar o percentual do lucro sobre tais vendas.

Comparando com a análise do balanço realizada pelo Auditor autuante, verifiquei que a análise deste está contabilmente perfeita desde que analisou os resultados considerando “vendas líquidas comparadas com o Ativo Operacional” e “Vendas líquidas comparadas ao lucro líquido”. Nesta análise verifica-se que no ano de 2000 o lucro líquido no valor de R\$118.147,85 foi da ordem de 2,30% sobre o valor das vendas líquidas de R\$5.134.739,13; já no ano de 2001, o lucro líquido no valor de R\$164.374,23 correspondente ao percentual de 1,20% sobre o valor das vendas líquidas de R\$13.621.186,49. Então se pergunta: Porque esta queda de 2,30% no ano de 2000 para 1,20% no ano de 2001. Isso se caracteriza em indícios de subfaturamento no exercício de 2001. Assim, a contabilidade só veio a confirmar as evidências de subfaturamento, especialmente no exercício de 2001. Tais análises só foram verificadas pelo fato de o defendente alegar . em sua peça de defesa a inexistência da infração por existência dos registros contábeis, já que ao se manifestar novamente nos autos e verificando que a análise feita pelo Fisco confirmou a existência dos indícios, veio alegando que inexistente na Lei e no RICMS previsão que recepcione a análise de balanço como meio de prova de fato gerador do ICMS.

Desta maneira, concluo pela manutenção da infração, para exigir o imposto no valor de R\$314.727,42, correspondente ao item 01 do Auto de Infração.

Tendo em vista que a infração 02 tem relação direta com as infrações 1, 3 e 4, deixarei para abordá-la por último.

Infração 03 – foi indicada a falta de escrituração fiscal e contábil das notas fiscais nºs 541190, 541191, 541192, 541794, de 22/09/00 e 543666, de 30/09/00, todas emitidas pela empresa Kolynos do Brasil Ltda., tendo como destinatário o contribuinte autuado, tendo sido exigido o imposto devido por antecipação, nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, oriundas de outro Estado da Federação.

O sujeito passivo alegou não ter havido prova do ilícito e que as notas fiscais foram adquiridas de fornecedores. A existência de notas fiscais de compras em nome do autuado não era meio seguro de prova de que o contribuinte adquiriu aquelas mercadorias. Argumentou que o confronto mediante levantamento do estoque físico com o levantamento contábil, se constatada a diferença, estaria materializada a prova da infração. Alegou que o Fisco esteve com todos os livros e documentos e que teria efetuado levantamento e nada constatado.

Neste sentido, tenho a observar que constam dos autos cópias xerográficas das notas fiscais de aquisição de mercadorias, que foram objeto da exigência do imposto devido por antecipação, nos casos das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, indicadas na infração 3, objeto de questionamento pelo impugnante, bem como das cópias de notas fiscais de aquisição de mercadorias (regime normal) que foram objeto da exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória (falta de escrituração nos livros fiscais), apontadas na infração 04 que não foi impugnada a irregularidade, vez que o defendente ao questionar cada item do Auto de Infração, em sua defesa o fez indicando e descrevendo cada infração impugnada, omitindo-se quanto a infração apontada nos autos como item 04. No entanto, como se trata, em ambos os casos (infrações 3 e 4) de aquisição de mercadorias sem registro nas escritas fiscal e contábil, cujos documentos fiscais estão identificadas nas infrações 3 e 4, bem como nos demonstrativos, às fls. 2597 a 2599, onde consta o recebimento pelo autuado no ato da autuação, analisarei as duas infrações conjuntamente, já que todo o questionamento do defendente é no sentido de que não adquiriu tais mercadorias.

Também, examinando os documentos fiscais colhidos junto aos fornecedores o que se constata que se tratam de aquisições de mercadorias cujos vencimentos se dariam com prazos entre 30 a 60 dias da data da emissão dos documentos fiscais, além de que, nos documentos constam que os pagamentos seriam feitos via boleto bancário. Inclusive, nas notas fiscais emitidas pela empresa Bela Vista, no seu rodapé, o fornecedor diz o seguinte: “A cobrança é exclusivamente bancária, caso não receba o boleto até o 1 dia antes do vencimento, favor contatar o Departamento Crédito/Cobrança”. Assim, se efetivamente o autuado não tivesse adquirido tais mercadorias, mesmo antes da ação fiscal teria elementos comprobatórios de justificativa do alegado em sua defesa, já que tomaria as devidas providências, junto ao seu fornecedor pelo recebimento do boleto bancário de uma cobrança que entendesse indevida.

Além do mais, observo que nas notas fiscais de aquisição de mercadorias através da empresa “BIC Ind Esferográfica Brasileiro S/A”, além de se tratar de vendas a prazo, a responsabilidade pelo transporte da mercadoria até o seu destino foi do emitente da nota fiscal, o que reforça que as mercadorias foram adquiridas e recebidas pelo autuado no endereço do seu estabelecimento.

O defendente fez suposição afirmando que o Fisco realizou levantamento físico e não identificando diferenças tenha omitido de trazer tais papeis de trabalho ao processo, no entanto, não juntou a prova de tal afirmativa, nem, tampouco, realizou levantamento físico das mercadorias arroladas nos documentos fiscais para provar suas argumentações de não ter adquirido os produtos constantes nos documentos fiscais destinados ao seu estabelecimento e identificados na autuação. Também, não consta dos autos que o impugnante tivesse adotado as providências necessárias para esclarecimentos de tão grave situação estando comprovadamente

anexado nos autos cópias dos documentos fiscais tendo-o como adquirente das mercadorias e, simplesmente, afirmar não ter adquirido tais mercadorias de seus fornecedores.

Assim, concluo pela manutenção das infrações 3 e 4 indicadas no Auto de Infração.

Quanto a infração 2 – a mesma diz respeito a perda do benefício da redução da base de cálculo, prevista no Dec. 7.488/98 e alteração mediante Decreto nº 7.799/00, que condiciona a fruição do benefício da redução a que o contribuinte firme Termo de Acordo a ser celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O defendente, em 03/04/99, celebrou Termo de Acordo com a SEFAZ (fls. 143/144), com base no disposto no Decreto 7.488/98. Em 25/10/2000 foi celebrado novo Termo de Acordo, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 7.799/2000, que alteraram o Decreto nº 7.488/98, conforme cópias xerográficas às fls. 145 a 147.

O Decreto nº 7.488/98 revogado pelo Decreto nº 7.799/00, trata de benefício concedido pelo Estado da Bahia a contribuintes cujos códigos de suas atividades econômicas foram estabelecidas no Anexo Único. Também, para que o beneficiário possa usufruir os benefícios, o próprio Decreto condiciona a que o contribuinte firme Termo de Acordo. Assim, as exigências previstas no Termo de Acordo devem ser respeitadas.

No Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ e o contribuinte autuado, estão disciplinadas todas as regras a serem observadas quanto aos casos em que poderão ser reduzidas em 41,176% a base de cálculo, nas operações e suas exceções, além da determinação quanto ao cumprimento das obrigações acessórias e seus prazos.

Especificamente, na cláusula sexta e seus parágrafos do Termo de Acordo celebrado em 25/10/00, conforme se verifica às fls. 145 a 147 dos autos, para adoção de redução da base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, estão consignados os termos quanto as situações em que haverá a perda do direito tratado e suas penalidades, conforme a seguir transcrevo:

Cláusula sexta – Constatada ocorrência de infração à legislação tributária estadual, decorrente de ato praticado pela ACORDANTE após a data de vigência do presente Termo de Acordo e que resulte na falta de pagamento do ICMS, a ACORDANTE perderá direito aos benefícios aqui tratados.

Parágrafo primeiro – Implicará na imediata suspensão do direito de fruição do benefício a que se refere o presente Termo, a falta de pagamento de débitos tributários apurados mediante lançamento de ofício, considerando-se, neste caso, o resultado do julgamento em definitivo do respectivo processo na instância administrativa.

Parágrafo segundo – Na hipótese de ocorrência da situação prevista no caput desta cláusula, o imposto incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do presente Termo será considerado integralmente devido desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício da redução nele prevista, sujeitando-se, ainda, à atualização e acréscimos legais.

Como ficou evidenciado nos autos a constatação de subfaturamento, no período de setembro/00 a fevereiro/02, infração 01, além de ter sido identificado nos itens 3 e 4, a falta de escrituração fiscal e contábil de notas fiscais de aquisições de mercadorias, originando a falta de recolhimento de imposto por antecipação, nos casos das mercadorias adquiridas em outra unidade da

Federação e enquadradas no regime de substituição tributária, bem como, a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, em relação às mercadorias com tributação pelo regime normal de apuração. Assim, a perda do benefício da redução da base de cálculo, em relação ao período da autuação, ou seja, de setembro/00 a fevereiro/02, está devidamente caracterizada na legislação tributária e em especialmente disposta no Parágrafo segundo da Cláusula sexta do Termo de Acordo firmado em 25/10/00, com respaldo no disposto no Decreto nº 7.799/2000.

Mantenho, desta forma, a acusação fiscal, para exigir o pagamento do imposto no valor de R\$832.314,23, mais cominações legais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206766.0006/02-4, lavrado contra **ANDRADE E BERGTON LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.182.368,87**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100% sobre o valor de R\$ 314.727,42 e 60% sobre os valores de R\$ 832.314,23 e R\$ 25.126,24, previstas no art. 42, IV, “d”, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **R\$ 10.200,98**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, IX do mesmo Diploma legal .

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA