

A. I. Nº - 293259.0802/03-4
AUTUADO - DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 08.07.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-02/04

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não impugnada. 2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Perda do benefício decorrente de prática de atos fraudulentos, conforme previsão legal. Exigência subsistente. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) OPERAÇÕES COM DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA, NÃO ESCRITURADA NA ESCRITA FISCAL. Comprovada a existência de operações tributáveis através de documentos não fiscais (Pedido de Mercadoria c/ boletos bancários quitados), sem o recolhimento do imposto em sua totalidade. Infração parcialmente subsistente, após aplicação da proporcionalidade das mercadorias tributadas; b) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Exigência comprovada; c) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS LIVROS FISCAIS, QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Exigência subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO; b) RECOLHIMENTO A MENOS. Exigências caracterizadas. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DA APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Exigência não impugnada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

- O Auto de Infração, lavrado em 06/10/03, exige o débito no valor de R\$2.313.779,47, em razão:
1. da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, no montante de R\$39.709,22, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, inerente aos exercícios de 2001 e 2002, consoante Auditoria Conta Corrente, às fls. 39 e 66 dos autos;
 2. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$430.323,94, inerente aos exercícios de 2001 e 2002, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em virtude da prática fraudulenta de realizar operações de vendas sem emissão de documento fiscal ou com documento inidôneo, conforme autorização legal expressa no §1º da cláusula quinta do Termo de Acordo, firmado com base no Decreto 7.799/2000, consoante demonstrativos às fls. 320 a 673 dos autos;
 3. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.675.181,42, referente aos exercícios de 2000 a 2002, decorrente da omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento

fiscal inidôneo, apurado mediante cotejo entre os valores informados no Livro de Registro de Saída e os registrados no Arquivo Eletrônico, denominado “Cadastro de Títulos Liquidados – CRADTLIQ.DBF” (o qual contém registro de todas as operações de vendas realizadas diariamente, registradas ou não na escrita fiscal), apreendido judicialmente no estabelecimento da empresa Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda, conforme comprovação através dos seguintes documentos: 1) Boleto Bancário – documento emitido em função da venda de mercadoria; 2) Nota de Pedido de Mercadoria – Documento de Controle interno da empresa, nos quais constam os dados da operação de venda, tais como: descrição da mercadoria, quantidade, valor, identificação do adquirente, identificação da forma de pagamento, etc; 3) Livro Registro de Saídas. Tudo consoante documentos às fls. 675 a 1.192 dos autos;

4. da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$118.505,73, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS, relativas aos exercícios de 2001 e 2002, inerentes as notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas e nem apresentadas à fiscalização, obtidas mediante controle nos postos fiscais e pelo SINTEGRA, consoante documentos às fls. 97 a 162 dos autos;
5. do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$25.156,42, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS, relativas ao exercício de 2002, inerentes as notas fiscais de entradas de mercadorias registradas, consoante documentos às fls. 163 a 300 dos autos;
6. da multa, no valor de R\$5.544,81, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2001, consoante fls. 301 a 312 dos autos;
7. da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$19.267,93, decorrente da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, relativo ao mês de março/2002, conforme fl. 36 do PAF, e
8. da multa, no valor de R\$90,00, por não ter exibido os livros e documentos fiscais ao fisco, quando regularmente intimado.

O autuado, através de seu sócio gerente, apresenta impugnação ao Auto de Infração, às fls. 1.234 a 1.260, onde preliminarmente suscita a nulidade da autuação por entender cerceado o seu direito de defesa, decorrente:

1. da falta de descrição “cumprida” dos valores apurados nos registros encontrados no hard disk (HD) e seu confronto, com os valores registrados na escrita fiscal, uma vez que tais dados registrados em meio magnético, na verdade não guardam idoneidade como meio de prova, além de não terem sido fornecidas cópias dos documentos apreendidos, pois as intimações não foram dirigidas aos sócios da empresa, os impossibilitando de qualquer defesa efetiva, no prazo legal, do que salienta que teve conhecimento da autuação através de seu contador, que recebeu cópia dos autos de terceiros, há mais de vinte dias da notificação. Cita jurisprudência;
2. da desclassificação ilegal e abusiva da escrita do autuado e imposição de um levantamento fiscal (espécie de arbitramento da base de cálculo) sem qualquer motivo justo, não existindo qualquer omissão de venda de mercadorias, apenas pequenas irregularidades formais no processo de escrituração dos livros fiscais e/ou da contabilidade da empresa, já que todos os seus valores foram devidamente escriturados. Defende-se aduzindo que em relação aos boletos bancário que também referem-se a mercadorias isentas e tributadas por antecipação, as quais representam parcela significativa do faturamento da empresa, o que não caberia nenhuma exigência tributária, salvo procedendo a um levantamento físico de estoque, de forma a se apurar a entrada ou saída de mercadorias desacompanhadas de documentação

fiscal. Assim, entende que a desclassificação da escrita é despropositada, pois o autuante dispunha de todos os meios para aferir o movimento operacional da empresa. Quanto aos pedidos de mercadorias, alega que o autuante considerou como operação de vendas realizadas, contudo ressalta que as vendas referentes a tais pedidos nem sempre são concretizadas, seja por desistência do comprador, pela falta do produto e até mesmo por irregularidade cadastral do adquirente junto à SEFAZ. Cita julgados, e

3. da tentativa de vincular a empresa autuada com terceiros que não fazem parte do seu quadro societário, induzindo tratar-se de “empresa laranja”, nomeando sete pessoas que não integram o seu quadro societário, vinculadas a Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda.

No mérito, aduz ilegalidade no que tange à desclassificação da escrita e exclusão de benefício fiscal da redução da base de cálculo, prevista no Decreto n.º 7.799 de 09/05/2000, atribuindo aos atacadistas como beneficiários do regime, condiciona à celebração de Termo de Acordo firmado entre o Estado da Bahia e o interessado, o qual só será permitido aos contribuintes que se encontrem em situação regular perante o fisco estadual. Assim, entende que tendo sido firmado o referido termo de acordo ficou evidente que a empresa achava-se em situação regular com a SEFAZ, não podendo ser desenquadrada pelo auditor, salvo nos termos previstos no art. 7-A, inserido pelo Decreto n.º 8.409 de 26/12/2002, ou seja, precedido de denúncia do Termo de Acordo e nunca “ex officio” pelo autuante, o qual não é a autoridade competente para denunciar e determinar seu desenquadramento, no caso o Diretor do DAT, conforme previsto no art. 7º do Dec. n.º 7.799/00. Assim, conclui que a autuação ressente-se de vício de legalidade e legitimidade.

Também, ressalta a impossibilidade de autuação por fatos anteriores a denúncia ou desenquadramento, pois somente as operações posteriores ao referido desenquadramento é que estariam fora do benefício, visto que a lei não pode retroagir para prejudicar.

Reafirma que a exigência relativa a diferença entre os valores registrados no HD e aquelas lançadas na escrita fiscal é indevida, pois nem todos os recursos lançados são decorrentes de venda de mercadorias tributadas, pois tais ingressos não se referem exclusivamente a fatos geradores de ICMS, visto que a empresa que opera no ramo de supermercado comercializa com mais de 50% de produtos isentos ou tributados antecipadamente. Defende também que, mesmo em caso de levantamento fiscal, deveria deduzir os créditos fiscais dos valores autuados, em respeito ao princípio da não cumulatividade do imposto, o que implica na nulidade do arbitramento, o qual, no entendimento do defendente, deveria ser acompanhado de levantamento de estoque, de forma a comprovar a ocorrência de omissão de entradas e/ou saídas de mercadorias.

Quanto a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente a mercadorias constantes de notas fiscais retidas pelo sistema CFAMT, adquiridas em outras unidades da Federação e sujeitas ao regime de substituição tributária, as quais não foram registradas na escrita fiscal do contribuinte, aduz que tal constatação indica a possibilidade da existência de ilícito tributário, necessitando que o fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso do levantamento quantitativo de mercadorias. Reitera as mesmas razões quanto a multa imposta pela entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal. Assim, requer revisão fiscal, uma vez que o lançamento está assentado em premissas falsas e inadequadas à real apuração do devido “acertamento” tributário, do que tece comentários sobre o arbitramento da base de cálculo do imposto e pede a improcedência do Auto de Infração.

Simultaneamente, às fls. 1.262 a 1.268 dos autos, os liticonsórios ADRYANA GUIMARÃES RONDELLI, FRANCISCO LUIZ RONDELLI, OLGA ROSANA GOMES MARTINELI RONDELLI, CARLOS ROBERTO GUIMARÃES RONDELLI, ALÉCIO LEANDRO RONDELLI JÚNIOR, LEILA CRISTINA CAMPOS RONDELLI e ALEXANDRE WALACE RONDELLI, citados como responsáveis diretos pelo pagamento do Auto de Infração, às fls. 1.217 a 1.230 dos autos, apresentam impugnação ao

lançamento do crédito tributário sob a alegação de que os contestantes não são sócios e nem detém qualquer vínculo com a empresa autuada, não podendo figurar na condição de responsável tributário, uma vez que a lei assim não prevê. Assim questiona como responder por tais créditos se os defendantes não foram sequer autuados. Aduz ilegalidade em face da manifesta ilegitimidade da parte passiva, onde sequer figuram na relação processual que a originou. Cita o art. 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF, aprovado pelo decreto n.º 7.629/99, no qual considera nulo o lançamento de ofício em que se configure ilegitimidade passiva, sendo impossível a despersonalização da pessoa jurídica, “*in casu*”, a qual somente poderá ser feita em relação aos sócios da empresa e nunca a empregados ou terceiros, nem tão pouco pelo próprio interessado mas, sim, pelo juiz em processo destinado a tal fim. Assim, requerem a exclusão dos defendantes da imposição injusta, ilegal e abusiva.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 1.278 a 1.287 do PAF, aduz os seguintes esclarecimentos:

1. Que não procedem as alegações do autuado de cerceamento de defesa, uma vez que a totalidade das operações de vendas de mercadorias encontra-se registrada no arquivo CRADTLIQ.DBF, do seu computador, o qual foi apreendido no estabelecimento da empresa REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA, o qual foi copiado pela Secretaria da Fazenda por autorização judicial (Processo n.º 296/03 - fls. 1.193 a 1.214 – vol. 5), cujos recibos de Recepção de Arquivos Eletrônicos estão anexados a este PAF, às fls. 1.207 a 1.210. Enfatiza que os dados em meios magnéticos registrados nos computadores da empresa são válidos como prova, tendo em vista que eles retratam os valores expressos em documentos fiscais que acobertaram vendas de mercadorias, como também os expressos em documentos não fiscais, que também acobertaram vendas de mercadorias, os quais não foram registrados nos livros fiscais, conforme demonstrado às fls. 1.030 a 1.192 (documentos fiscais registrados tanto no arquivo eletrônico quanto na escrita fiscal) e às fls. 750 a 795 (documentos não fiscais registrados apenas no arquivo eletrônico). Ressalta que o contribuinte foi devidamente notificado, em 25/11/2003, consoante documentos de intimação encaminhados para o endereço do autuado (fls. 1.231 e 1.232), sendo que as cópias de todos os documentos, apreendidos e não apreendidos, que integram o PAF, foram entregues ao seu contador e também procurador o Sr. Rogério Teodoro dos Santos, procedimento este adotado até mesmo antes da lavratura do Auto de Infração, em relação a demonstrativos e documentos apreendidos, oportunizando ao autuado esclarecer fatos e exercer seu direito de defesa e apresentar contraditório, conforme documentos de intimação e reintimação às fls. 28/29 e Termo de Entrega de Documentos, cujas cópias dos documentos (apreendidos) ali listados entregues em 11/03/2003, juntamente com a intimação, o que fica evidenciado que o sujeito passivo em nenhum momento teve sua defesa prejudicada.
2. Que com relação aos terceiros sem vínculos com a empresa, segundo o autuado, que foram citados nos autos, informa que são os sócios da empresa Rondelli & Rondelli Ltda, contra a qual existe o processo 296/03, sendo estes diretamente responsáveis pela administração dos negócios da empresa, conforme provam os documentos anexados às fls. 1.213 - procuração tendo como outorgante a empresa autuada e outorgado o Sr. Francisco Luiz Rondelli – fl. 1.214, procuração na qual o autuado está sendo representado pela Sr.^a Adryana Guimarães Rondelli e outorga poderes ao Sr. João Carlos Tourinho Álvares e Outros, para exercer as atividades contidas no artigo 560, incisos I a IX do Regulamento Aduaneiro e outros poderes. Assim, conclui que além de responsáveis diretamente pela administração da empresa autuada, Distribuidora São João Ltda, como está evidenciado pelos citados documentos, estas pessoas são também responsáveis pela administração da empresa Rede Sul de

Distribuição e Logística Ltda, conforme documentos anexados à informação fiscal e no Auto de Infração n.º 293259.0803/03-0, lavrado contra a Rede Sul, conforme a saber:

- Contrato de Prestação de Serviços de Cobrança Bancária (fls.1618/1622), firmado entre a Caixa Econômica Federal e a Rede Sul, estando representada pela Sr.^a Adryana Guimarães Rondelli e assinado pelo Sr. Francisco Luiz Rondelli;
- Instrumento Particular de Fiança (fls. 1623/1624), firmado entre os Srs. Francisco Luiz Rondelli e sua esposa Olga Rosana Rondelli, sendo fiadores da empresa Rede Sul e tendo como credora a empresa J. Macedo Alimentos Nordeste S.A.;
- Procuração, à fl. 1625, tendo como outorgante a Rede Sul e outorgado o Sr. Francisco Luiz Rondelli;
- Procuração, à fl. 1626, tendo como outorgante a Rede Sul e outorgado a Sr.^a Adryana Guimarães Rondelli.

Assim, conclui que o vínculo existente entre estas duas empresas, Distribuidora São João Ltda e Rede Sul é evidente, pois são administradas pelas mesmas pessoas; o registro de todas as suas operações de venda é compartilhado em um único arquivo, CRADTLIQ.DBF, que fica no computador do estabelecimento da empresa Rede Sul, consoante provado às fls. 1.030 a 1.169, operações da Distribuidora São João Ltda, e às fls. 1.168 a 1.192, operações da Rede Sul; seus documentos fiscais são preenchidos pelo mesmo funcionário, conforme documentos às fls. 1602/1617, e que no Termo de Constatatação, da Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, fls. 1.197/1.200, estão relacionados documentos encontrados na Rede Sul emitidos pelo Banco do Brasil em nome da empresa Distribuidora São João Ltda, quatro talonários emitidos pela CEF em nome de Francisco Luiz Rondelli e/ou Olga Rosana Rondelli.

3. Que improcede a alegação de que houve desclassificação ilegal da escrita do autuado para se determinar o imposto apurado na infração 03, pois todas as operações realizadas e lançadas na sua escrita fiscal foram auditadas e consideradas, cujos valores registrados foram confrontados com as operações de vendas registradas nos arquivos eletrônicos, do que resultou o montante das operações de vendas sonegado pela empresa, cujas parcelas relativa às mercadorias isentas, antecipada e tributada não se é possível determinar com precisão, sendo consideradas como tributadas, pois a exatidão está sob o controle do autuado, o qual não faz questão de esclarecer.
4. Também rechaça a alegação de que os pedidos sem nota fiscal representam apenas uma expectativa de vendas e que não são documentos inidôneos, pois para tais pedidos foram expedidos boletos bancários, todos visados pelos adquirentes das mercadorias e efetivamente pagos. Destaca que às fls. 28/29 solicitou a apresentação das notas fiscais vinculadas aos boletos bancários apresentados nas fls. 753 a 795 e listados nos demonstrativos que evidenciam a falta de emissão de notas fiscais, às fls. 751 e 752, do que foi intimado o autuado a apresentar todos os boletos emitidos em 2001 e 2002, o que não foi atendido e nem provado que os boletos foram cancelados. Enfatiza que tais boletos, emitidos e utilizados como meio de cobrança do valor da operação de venda, são processados pelo Sistema de Cobrança Bancária da Caixa Econômica Federal, conforme contrato 0075.870.00000015-0, devem estar fundamentados em documentos idôneos que retratem as operações e estabeleça o vínculo entre o cedente e os sacados. Assim, o autuante anexa à informação fiscal (fls. 1.310/1.601) o resultado da auditoria realizada nos boletos bancários listados no relatório Extrato de Movimentação de Títulos – CEF, todos objetos de liquidação por pagamento, o que demonstra que dos 3.382 boletos, existem 1.367 que não possuem nota fiscal correspondente, de onde se conclui não se tratar de mera expectativa, como alega o autuado. Por fim, elabora novos demonstrativos de débito (fls. 1.292/1.294) para estabelecer, por proporção e em função da espécie da mercadoria e da alíquota, o montante do ICMS no valor de R\$903.500,83, devido sobre a receita sonegada, relativo à

infração 03, enfatizando que não ocorreu desclassificação da escrita fiscal, ao contrário, foi com base em sua escrita fiscal que se determinou o montante sonegado e apurou-se o débito tributário, cujos créditos fiscais foram registrados e apropriados na forma prevista no RICMS/BA.

5. Quanto à segunda infração, esclarece o autuante que o Termo de Acordo já estava cassado de ofício, pela autoridade competente, conforme documento às fls. 1.295/1.296, cuja autuação por fatos anteriores à denúncia ou desenquadramento está legalmente prevista no §1º, I, da cláusula quinta, do Termo de Acordo – Atacadista, que prevê “o imposto incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do presente Termo de Acordo será considerado integralmente devido, desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício da redução nele prevista”.
6. No tocante às infrações 04 e 06, ressalta que a alegação de defesa de que o fisco deve comprovar a efetiva entrada não procede, pois as notas fiscais não registradas foram coletadas pelo sistema CFAMT e pelo SINTEGRA, fornecidas pelos próprios remetentes, fls. 97/162 , onde verifica-se que os emitentes são todos fornecedores do contribuinte.
7. Por fim, discorda o autuante do pedido de diligência solicitado pelo autuado, pois entende que não se justifica, uma vez que todos os elementos que provam a acusação estão nos autos, destacando que não houve defesa para as infrações 01, 07 e 08 do Auto de Infração, do que requer pela sua procedência parcial, decorrente da retificação do débito da infração 03.

Em 30/01/04, conforme documento à fl. 1.627 do PAF, o contribuinte recebeu: Demonstrativo de Débito (fls. 1.288/1.291); Levantamento Fiscal – Omissão de Saídas – 2000, 2001 e 2002 (fls. 1.292/1.294); Tabela – 03 – Confronto entre as operações de vendas materializadas nos boletos bancários com os livros e documentos fiscais (fls. 1.310/1.419), e Cópia do Relatório Extrato de Movimentação de Títulos – CEF (fls. 1.420/1.601), não se pronunciando a respeito dos mesmos.

Considerando que no aludido Termo de Entrega de Documentos, à fl. 1.627, não ficou consignado que o sujeito passivo teria o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo, sobre os documentos anexados pelo autuante quando da sua informação fiscal, o PAF foi enviado à INFRAZ Eunápolis no sentido de dar ciência ao autuado do referido prazo, o qual, após a devida notificação, não se pronunciou sobre os aludidos documentos.

VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de revisão fiscal, uma vez ser desnecessária em vista das provas produzidas e anexas aos autos, as quais considero-as suficientes para a formação da convicção dos julgadores, conforme art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF, aprovado pelo Dec. n.º 7.629/99.

Também, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois o mesmo preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual a exerceu plenamente, às fls. 1.234 a 1.260 dos autos, pois o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, conforme demonstrativos e levantamentos constantes dos autos, os quais foram fornecidas cópias ao sujeito passivo, consoante documentos às fls. 30 e 1.627 dos autos, tendo como signatário do recebimento o Sr. Rogério Teodoro dos Santos, tido como sócio-gerente da empresa, nos termos da petição inicial das suas razões de defesa, à fl. 1.234 dos autos, e como contador, conforme fls. 30 e 40 dos autos, pessoa legalmente habilitada para tal, sendo que o contribuinte de posse dos referidos documentos não esboçou qualquer pronunciamento sobre os mesmos dentro do prazo legal.

Portanto, entendo que não ocorreu qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Assim, descabe, plenamente, sua alegação de cerceamento de defesa, sendo-a totalmente impertinente.

Quanto ao mérito, observa-se que o Auto de Infração exige o montante de R\$2.313.779,47, apurado através de oito infrações, as quais passo a emitir meu juízo de valor nos termos a seguir:

Infração 01 – exige o ICMS no montante de R\$39.709,22, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, inerente aos exercícios de 2001 e 2002, consoante Auditoria Conta Corrente, às fls. 39 e 66 dos autos.

Infração acatada tacitamente pelo sujeito passivo ao não impugná-la. Exigência subsistente.

Infração 02 – exige o imposto no valor de R\$430.323,94, inerente aos exercícios de 2001 e 2002, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em virtude da prática fraudulenta de realizar operações de vendas sem emissão de documento fiscal ou com documento inidôneo, conforme autorização legal expressa no §1º da cláusula quinta do Termo de Acordo, firmado com base no Decreto 7.799/2000, consoante demonstrativos às fls. 320 a 673 dos autos.

Comprovado que o Pedido de Celebração de Termo de Acordo e Compromisso para usufruir do benefício fiscal da redução da base de cálculo, prevista no Decreto n.º 7.799/00, encontrava-se “cassado”, desde 28/05/2001, conforme documento às fls. 1.295 e 1.296 dos autos, o imposto é integralmente devido sobre as operações ocorridas a partir da assinatura do referido Termo de Acordo, sem o benefício da redução nele prevista, nos termos do §1º, I, da cláusula quinta, do referido Termo de Acordo, previsto no Decreto n.º 7.799/2000, como também no art. 38 da Lei n.º 7.014/96, o qual estabelece que “Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”, no caso, a referida cláusula quinta do citado Termo de Acordo, determina a imediata suspensão do direito de fruição do benefício fiscal, o cometimento de certas infrações, dentre elas: a “realização de operação sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea”. Assim, subsiste integralmente esta exigência fiscal.

Infração 03 – exige o ICMS, no valor de R\$1.675.181,42, referente aos exercícios de 2000 a 2002, decorrente da omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo, apurado mediante cotejo entre os valores informados no Livro de Registro de Saída e os registrados no Arquivo Eletrônico, denominado “Cadastro de Títulos Liquidados – CRADTLIQ.DBF” (o qual contém registro de todas as operações de vendas realizadas diariamente, registradas ou não na escrita fiscal), apreendido judicialmente no estabelecimento da empresa Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda, conforme comprovação através dos seguintes documentos: 1) Boleto Bancário – documento emitido em função da venda de mercadoria; 2) Nota de Pedido de Mercadoria – Documento de Controle interno da empresa, nos quais constam os dados da operação de venda, tais como: descrição da mercadoria, quantidade, valor, identificação do adquirente, identificação da forma de pagamento, etc; 3) Livro Registro de Saídas. Tudo consoante documentos às fls. 675 a 1.192 dos autos.

Da análise das provas processuais, constantes nos autos (fls. 675 a 1.192 e 1.310 a 1.601) comprovam, de forma inequívoca, os ilícitos fiscais apurados, uma vez que tratam-se de boletos bancários, visados pelos adquirentes das mercadorias e efetivamente pagos, conforme pode-se comprovar através do Extrato de Movimentação de Títulos – CEF (fls. 1.420 a 1.601), o que demonstra que dos 3.382 boletos, existem 1.367 que não possuem nota fiscal correspondente e o consequente recolhimento do imposto (fls. 1.310 a 1.419).

Todavia, cabe razão ao autuado quando alega que o autuante considerou toda receita omissa como se fosse derivada de operações tributadas, uma vez que se trata de estabelecimento que opera com mercadorias sujeitas a substituição tributária ou isentas. Neste sentido, agiu corretamente o autuante quando, na sua informação fiscal, refez os cálculos da apuração do imposto (fls. 1.292 a 1.294), elaborando novos demonstrativos de débito (fls. 1.292/1.294) para estabelecer, por proporção e em função da espécie da mercadoria e da alíquota, o montante do ICMS no valor de R\$903.500,83. Assim, restou comprovado que com base na escrita fiscal do contribuinte se determinou o imposto sonegado, cujos créditos fiscais já haviam sido apropriados quando das entradas das mercadorias, sendo descabida tal pretensão por parte do autuado.

Portanto, subsiste parcialmente a terceira infração, no valor de R\$903.500,83, conforme demonstrado às fls. 1.292 a 1.294 dos autos, cujos documentos foram tacitamente acatados pelo sujeito passivo ao não se pronunciar sobre os mesmos.

Infração 04 – exige o ICMS por antecipação, no valor de R\$118.505,73, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativas aos exercícios de 2001 e 2002, inerentes as notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas e nem apresentadas à fiscalização, obtidas através do CFAMT e do SINTEGRA, consoante documentos às fls. 97 a 162 dos autos.

Entendo impertinente a alegação de defesa de que deve o fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias, uma vez que as notas fiscais, capturadas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias, quando destinadas ao autuado, ou informadas pelos emitentes através do SINTEGRA, são provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir as existentes nos autos.

Assim sendo, sentindo-se o autuado prejudicado com um suposto uso indevido de seus dados cadastrais, caberia ao mesmo interpelar os responsáveis, emitentes e transportadores, solicitando justificativas por tal procedimento e provas das reais operações comerciais, de forma que viesse a se eximir perante o fisco da responsabilidade tributária lhe imputada.

Portanto, subiste integralmente a exigência fiscal.

Infração 05 – exige o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$25.156,42, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativas ao exercício de 2002, inerentes as notas fiscais de entradas de mercadorias registradas, consoante documentos às fls. 163 a 300 dos autos.

Infração acatada tacitamente pelo sujeito passivo ao não impugná-la. Exigência subsistente.

Infração 06 – relativa a multa, no valor de R\$5.544,81, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, no exercício de 2001, consoante fls. 301 a 312 dos autos.

Conforme já analisado na quarta infração, os documentos fiscais são provas da operação e da efetiva entrada no estabelecimento do autuado. Assim, subsiste a exigência fiscal.

Infração 07 – relativa a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$19.267,93, inerente ao mês de março/2002, conforme fl. 36 do PAF.

Infração acatada tacitamente pelo sujeito passivo ao não impugná-la. Exigência subsistente.

Infração 08 – relativa a multa, no valor de R\$90,00, por não ter exibido os livros e documentos fiscais ao fisco, quando regularmente intimado.

Infração acatada tacitamente pelo sujeito passivo ao não impugná-la. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$1.542.098,88, após a redução da terceira exigência para R\$903.500,83.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^o 293259.0802/03-4, lavrado contra **DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.536.464,07**, sendo R\$64.361,64, corrigido monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$1.472.102,43, acrescido das multas de 50% sobre R\$39.709,22; 60% sobre R\$593.254,02, e 100% sobre R\$839.139,19, previstas, respectivamente, no art. 42, I, “a”; II, “a” e “d”, e VII, “a”, e IV, “h”, da citada Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$5.544,81** e **R\$90,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XX, “a” da referida lei.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.^o 7.629/99, alterado pelo Decreto n.^o 7.851/00.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR