

A. I. Nº - 298237.0901/03-0  
**AUTUADO** - RONDELI & RONDELLI LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS e TRAJANO ROCHA RIBEIRO  
**ORIGEM** - INFRAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 28.07.04

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0272-03/04

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIFERENÇA APURADA NO COTEJO ENTRE A RECEITA DE VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADA NOS LIVROS FISCAIS E NAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Restou demonstrado que o contribuinte deixou de oferecer, à tributação, receitas de vendas de mercadorias, em decorrência do confronto entre o escriturado nos livros fiscais e os arquivos constantes em *Hard Disk* apreendido por ordem judicial. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Infração subsistente. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração confirmada. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário sobre o valor determinado pela legislação. Infração comprovada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Não acatado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/09/03, para exigir o ICMS no valor de R\$1.182.462,11, acrescido das multas de 50%, 60% e 100%, além da multa, por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$13.004,42, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, decorrente de uso irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), apurada mediante cotejo entre os valores das vendas por ECF informados nos livros fiscais obrigatórios e os registrados nos arquivos eletrônicos, denominados “Razões Analíticos” – R\$1.096.673,32;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito – R\$7.539,21;
3. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – R\$17.529,91;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária – R\$44.349,13;
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – R\$16.370,54;
6. Entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal – multa de R\$13.004,42.

O autuado apresenta impugnação por meio de advogado (fls. 3489 a 3511), inicialmente suscitando as seguintes preliminares de nulidade do lançamento:

1. “A FALTA DE ENTREGA DA DOCUMENTAÇÃO AO AUTUADO” – alega que os documentos (notas fiscais, livros fiscais, papéis e documentos extrafiscais, computadores e outros equipamentos emissores de notas fiscais) que foram apreendidos pelo Fisco, através de ordem judicial, não lhes foram entregues, após a autuação. Argumenta também que sequer teve acesso aos dados que respaldaram este lançamento. Diante do exposto, diz que não pode articular qualquer elemento de convicção para refutar a autuação.
2. “FALTA DE DESCRIÇÃO CUMPRIDA DOS VALORES APURADOS NOS REGISTROS ENCONTRADOS NO HD E SEU CONFRONTO, COM OS VALORES REGISTRADOS NA ESCRITA FISCAL” – alega que o autuante em nenhum momento mencionou ou descreveu mensalmente ou diariamente os valores registrados no HD e os valores registrados nos livros de saída, nem como chegou ao montante da diferença apurada. Que tal omissão, aliado ao fato de não terem sido fornecidas cópias dos documentos apreendidos, impossibilita a apresentação de defesa no prazo legal, e que tal argumento está amparado por decisões de outros Tribunais, que transcreve nos autos.
3. “A DESCLASSIFICAÇÃO ILEGAL E ABUSIVA DA ESCRITA FISCAL” – inicialmente diz que sequer foi intimado para apresentar seus livros fiscais, “uma vez que o autuante de forma desmesurada e abusiva, já decidiu por uma demanda judicial, para apreender todos os livros e documentos da empresa”. Alega que o autuante, no afã de apurar sonegação, desclassificou a sua escrita e impôs-lhe uma espécie de arbitramento da base de cálculo, sem que qualquer justo motivo respaldasse a sua atuação. Afirma que não omitiu nenhuma receita de vendas de mercadorias, embora tenham ocorrido pequenas irregularidades formais no processo de escrituração dos livros fiscais e/ou da contabilidade da empresa, bem como o extravio momentâneo de notas fiscais de entradas. Diz que todos os equipamentos de controle fiscal do estabelecimento estão regulares, de acordo com a legislação pertinente, e não há nenhuma prova ou perícia nos autos, que indique a irregularidade apontada. Expõe que as afirmações do preposto fiscal, de que “tinha como prática habitual a emissão de documentos inidôneos resultante de

intervenções desautorizadas nos ECF's para zeramento da memória ou até mesmo de uma memória paralela", não se encontram provadas nos autos. Entende que tal tarefa é de incumbência do acusador, e que os equipamentos estão à disposição do Fisco para que perícias possam ser realizadas. Relata que no dia 02/12/03, auditores da Secretaria da Fazenda se dirigiram à empresa Supermercados Rondelli de Teixeira de Freitas para devolver 07 ECF's de sua propriedade e 01 ECF da empresa Max Bom Supermercados Ltda. Considera tal procedimento uma aberração, já que se foram apreendidas pelo Poder Judiciário, somente por ele deveriam ter sido devolvidas. Acrescenta que as mencionadas ECF's encontravam-se sem o lacre da SEFAZ, diferentemente de quando foram apreendidas, e que seu recebimento criaria uma situação de vulnerabilidade. Ressalta que, como os equipamentos apresentados continham selo da Polícia Técnica, fica evidente que foram periciados sem que nenhuma fraude fosse detectada, posto que nos autos inexiste Laudo Pericial, o que, em seu entendimento, comprova que os equipamentos apreendidos não apresentaram nenhuma irregularidade. Reclama que nenhum laudo foi anexado aos processos oriundos da Busca e Apreensão, e que caso houvesse adulteração dos equipamentos, demonstrado em Laudo Técnico, os autuantes o utilizaria como meio de prova para a autuação. Diz que os fiscais preferiram supor, simplesmente, que os equipamentos haviam sido adulterados. Entende que não se justifica a desclassificação da escrita efetuada pelo autuante, já que ele dispunha de todos os meios para aferir o movimento comercial da empresa, e muito menos a realização de arbitramento da base de cálculo apoiada em pequenas irregularidades formais que, nos termos do RICMS/97, não justificam o procedimento fiscal. Visando corroborar suas alegações, transcreve decisões do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério da Fazenda e de Tribunais de diversas outras unidades da Federação. Conclui, dizendo que o arbitramento de lucro, existindo contabilidade, somente pode prosperar se provada irregularidade, desclassificando-a.

No mérito, em relação à infração 1, o autuado apresenta os seguintes argumentos:

1. “A CONSTATAÇÃO DO INGRESSO DE RECURSOS FINANCEIROS – NA LEITURA DO HD - NÃO SIGNIFICA QUE TODA A RECEITA ALI OBTIDA SEJA DECORRENTE DE OPERAÇÕES DE VENDA DE MERCADORIAS” – afirma que a autuação é claudicante e injustificada. Explica que a constatação de que tenha havido registro de receitas (no HD do equipamento da empresa) não significa que todos os recursos ali lançados sejam decorrentes de venda de mercadorias e, por conseguinte, sejam denunciadores da ocorrência do fato gerador do tributo. Esclarece que ali estão registrados receitas variadas e ingressos outros de empresas que têm sócios em comum, como por exemplo: empréstimos ou financiamentos obtidos pela empresa; receita oriunda de vendas de bens imóveis, veículos ou outros bens; receita decorrente da locação de imóveis; e que não refletem a real movimentação fiscal da empresa. Afirma que esses ingressos não se referem a qualquer fato gerador de ICMS, e que, no entanto, passaram a compor o levantamento fiscal destinado a apurar a pretendida sonegação cometida.
2. “A TRIBUTAÇÃO PELA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES REGISTRADOS NO HD E AQUELAS REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL, NÃO PODE SUBSISTIR JÁ QUE ESTARIA ADMITINDO, DE FORMA EQUIVOCADA, TODA A DIFERENÇA ENCONTRADA SERIA DECORRENTE DE VENDA DE PRODUTOS TRIBUTADOS” – pelo fato de atuar no ramo de supermercados, ressalta que mais de 50% dos produtos por ele comercializados refere-se a mercadorias isentas ou já tributadas antecipadamente. Dessa forma, entende que se o Fisco pretende exercer a tributação por presunção de omissão de receitas, deveria subtrair a parcela correspondente ao percentual das mercadorias não sujeitas à tributação. Visando

corroborar seu entendimento, transcreve diversas decisões dos tribunais administrativos do Mato Grosso do Sul e da Paraíba.

3. “MESMO EM CASO DE LEVANTAMENTO FISCAL, O AUTUANTE TERIA QUE DEDUZIR, DOS VALORES AUTUADOS, OS CRÉDITOS FISCAIS LEGITIMAMENTE REGISTRADOS NA ESCRITA FISCAL” – entende que deve ser deduzido o valor dos créditos fiscais, sob pena de se violar o princípio constitucional da não cumulatividade.
4. “QUALQUER LEVANTAMENTO OU ARBITRAMENTO FISCAL DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS SUPOSTAMENTE OMITIDAS, SOMENTE TEM VALIA QUANDO ACOMPANHADO DE LEVANTAMENTO DE ESTOQUE QUE PERMITA A CONSTATAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE OMISSÃO DE SAÍDAS” – alega que qualquer levantamento ou arbitramento fiscal de receitas tributáveis supostamente omitidas somente tem valia quando acompanhado de levantamento físico de estoques que permita a constatação da omissão de saídas. Afirma que sem o levantamento de estoques que demonstre a omissão de saídas, é impossível se atribuir validade a um levantamento que toma por base apenas os dados de um HD e seu confronto com os registros da escrita fiscal.

No que diz respeito à infração 3, informa estar anexando DAE que comprova o recolhimento tempestivo do imposto ora exigido.

Quanto à infração 5, diz que o autuante informou que as notas fiscais são oriundas do sistema CFAMT. Contudo entende que a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias pelo referido sistema não é prova da efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento, e que cabe ao Fisco o ônus da prova, sob pena de se comprometer o Princípio da Segurança Jurídica, já que se estaria exigindo do contribuinte a produção de provas negativas. Considera que cabe ao autuante comprovar a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no levantamento quantitativo, e não simplesmente presumi-las. Acrescenta que a falta de entrega dos arquivos magnéticos não justifica a autuação, e que a obrigatoriedade dessa entrega só foi acrescentada ao regulamento pelo Decreto nº 8.375, de 24/11/02.

No que tange à infração 6, diz que o autuante não informou se as notas fiscais são oriundas do sistema CFAMT ou da apreensão judicial. Alega que tal omissão dificulta a contestação, ferindo o princípio da ampla defesa. Entende que mesmo a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias pelo sistema CFAMT não é prova da efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento, e que cabe ao Fisco o ônus da prova, sob pena de se comprometer o Princípio da Segurança Jurídica, já que se estaria exigindo do contribuinte a produção de provas negativas. Considera que cabe ao autuante comprovar a efetiva entrada das mercadorias, e não simplesmente presumi-las. Afirma que as Notas Fiscais nºs 58804, 59741, 11843, 167171 e 447025, que reconhece como referente a operações da empresa, encontram-se devidamente registradas.

Ao final, discorre sobre o arbitramento da base de cálculo, dizendo que o mesmo não cabe quando o contribuinte tenha prestado regularmente suas informações ao Fisco, e que o mesmo só deve ser adotado quando esgotados os demais meios que estão disponíveis para a busca da verdade.

Traz à baila o artigo 148, do CTN, o pensamento de diversos juristas e algumas decisões judiciais a respeito da matéria. Discorre sobre as presunções e conclui que “presunção de receita não é receita: presunção de saídas não são saídas: poderão ser receitas ou saídas fictas”. Alega que o procedimento fiscal derivou-se da suposição de fraude nos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECFs) e que, em nenhum momento, foi demonstrada tal ocorrência.

Por fim, diz que caso o órgão julgador considere conveniente, seja deferida a realização de diligência, ao tempo que indica os assistentes técnicos para efetuar o seu acompanhamento, e pede, ainda, a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 3522 a 3533), inicialmente rebatem as preliminares de nulidade suscitadas, dizendo que não ocorreu a falta de entrega da documentação ao autuado. Afirmam que antes da ciência do Auto de Infração toda documentação já havia sido disponibilizada ao contribuinte, e que na data da ciência do Auto de Infração, ocorrida na Inspetoria de Vitória da Conquista, foram entregues cópias de todos os demonstrativos elaborados, conforme volume 01/26, folhas 52 a 55, 57, 129, 131, 216, 218, 302, 303 e 326, cópias dos documentos que comprovam o uso irregular de ECF e que comprovam a autenticidade dos valores registrados nos arquivos magnéticos, anexados a este PAF no volume 02, 03 04/26, nas fls. 327 a 688. Acrescentam que todos os dados oriundos do HD (Hard Disk) do contribuinte nunca saíram de sua posse, haja vista que a fiscalização ficou apenas com cópias autenticadas de tais bancos de dados, e que a diferença apurada está apresentada nos demonstrativos às fls. 52 a 55. Afirmam que o presente levantamento não se trata de um arbitramento, já que a base de cálculo é conhecida, sendo um valor exato, presente nos arquivos do HD do contribuinte e nos documentos apreendidos. Acrescentam, inclusive, que não há necessidade de nenhum levantamento de estoque, como preconiza o sujeito passivo, uma vez que os valores das receitas totais de vendas do contribuinte já se encontravam devidamente levantadas, apuradas, em seus documentos. Quanto ao pedido de prova pericial consideram que deve ser dispensada, já que ficou comprovado, pelos documentos compilados e demonstrativos apresentados, que não houve dificuldade técnica para se comprovar a fraude e se apurar o montante sonegado.

No mérito, em relação à infração 1, dizem que resta comprovado que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias sem que escriturasse a totalidade de suas operações de vendas. Afirmam que assim é o que se deflui da análise dos documentos acostados ao processo nas páginas de número 689 a 1973, volumes 05 a 18/26, e que em tais documentos encontra-se a totalidade das vendas à vista e a prazo relacionada por dia, além do fechamento diário dos caixas relacionado por funcionário e o resumo geral das vendas da loja de Eunápolis e as leituras X emitidas por ECF. Salientam que tais documentos apreendidos através de Mandado de Busca e Apreensão, comprovam inequivocamente o montante das vendas do contribuinte, descortinando o total que foi sonegado. Explicam que a totalidade das vendas não foi escriturada no livro Registro de Saídas, e que os valores que constam no HD do contribuinte, que fora copiado e autenticado, demonstram tal fato, ao tempo que seus dados serviram de base de cálculo para se aferir o imposto devido, uma vez confrontado com os valores lançados no livro Registro de Saídas. Expõem que os valores apurados estão comprovados, mediante documentação farta e arrolada no processo, cercados de todas as garantias e confirmados através de documentos probatórios diversos, inclusive por cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, mas recolhidos pelo programa SUA NOTA É UM SHOW, e que demonstram sua falsidade, pois não resistem a um simples confronto com os valores registrados na memória fiscal das ECF's. Entendem que com tanta omissão de receitas e com a utilização de métodos tão fraudulentos, não pode o contribuinte afirmar que sua escrituração encontra-se regular. Esclarecem que o uso irregular das ECF's resta comprovado às fls. 327 a 688, volumes 02 a 04/26, sendo que os cupons fiscais, arrecadados na "Campanha Sua Nota é um Show", que acobertaram vendas aos clientes da Rondeli & Rondelli Ltda., emitidos por ECF, não se encontram registrados na memória fiscal (redução Z) do respectivo equipamento, nem lançadas nos livros fiscais obrigatórios. Ressaltam que o contribuinte não nega a receita, mas a origem dos valores apurados na ação fiscal. Acrescentam

que no afã de demonstrar que aquela receita apurada não é decorrente de vendas de mercadorias, o contribuinte se esqueceu de todos os documentos apreendidos onde constam os seguintes registros: VENDAS À VISTA e VENDAS A PRAZO, facilmente identificados nos Documentos que Comprovam o Registro das Operações de Vendas por ECF nos Arquivos Eletrônicos, folhas de 689 a 1973.

Quanto à alegação do contribuinte de que mais de cinqüenta por cento (50%) dos produtos comercializados por um supermercado refere-se a produtos isentos ou já tributados, dizem que uma vez trocadas as alíquotas, o livro Registro de Saídas perde toda a credibilidade e confiabilidade, quanto mais quando há adulteração dos ECF's. afirmam que não há como atestar a correção das alíquotas ali registradas, nem tampouco utilizá-las como referência para o cálculo de uma suposta alíquota média. Esclarece que cabe ao Fisco Estadual calcular o imposto pela alíquota interna, ou seja, 17% (dezessete por cento), e que caso o contribuinte discorde, deve demonstrar a totalidade de suas operações, o que não foi feito.

Em relação ao pedido do contribuinte para dedução dos créditos legitimamente registrados na escrita fiscal, esclarecem que todos os créditos foram deduzidos, inclusive pelo próprio contribuinte na apuração dos impostos que pagou ao Fisco.

Quanto à infração 3, reconhecem que procede a alegação do contribuinte.

No que diz respeito às infrações 5 e 6, esclarecem que as notas fiscais de entradas não registradas foram coletadas pelo sistema CFAMT, conforme consta nos demonstrativos citados no Auto de Infração. Dizem que a exigência de que o Fisco deve comprovar a efetiva entrada não procede, pois das notas fiscais não registradas, verifica-se que os emitentes são todos fornecedores do contribuinte. Com relação às Notas Fiscais nºs 58804, 59741, 167171, 447025, informam que tais notas não se encontram registradas no livro de Entrada.

Ao final, dizendo que não houve defesa para as infrações 2 e 4, pedem que o Auto de Infração seja julgado integralmente procedente.

Tendo em vista que não havia comprovação nos autos de que o autuado tenha recebido todos os demonstrativos anexados pelo preposto fiscal, e visando evitar futuros questionamentos de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, esta 3<sup>a</sup> JJF deliberou converter o PAF em diligência, à Inspetoria de origem para que o prazo de defesa (trinta dias) fosse reaberto, fornecendo, na oportunidade, ao contribuinte, mediante recibo, as fotocópias necessárias ao exercício de seu direito de defesa.

O sujeito passivo foi intimado às fls. 3538/3539 e se manifestou às fls. 3542/3543, solicitando cópia integral do processo, que foi obtida em 17/05/04, conforme documento à fl. 3567.

O autuado novamente se manifestou às fls. 3552 a 3554, no dia 14/06/04, dizendo que o cerceamento alegado na defesa inicial persiste. Expõe que toda a justificativa para a ação fiscal decorreu da acusação de existência de fraudes nos equipamentos emissores de cupom fiscal. Entende que a única peça da acusação que poderia demonstrar a existência, ou não, das fraudes alegadas, seriam os Laudos Periciais elaborados por técnicos com competência para tal. Acrescenta que não consta do processo, até o momento, nenhum Laudo Pericial. Reclama, ainda, que a Inspetoria Fazendária dificultou a produção de cópias do processo ao exigir que fosse recolhido, a título de Taxa de Prestação de Serviços, um valor que considera estratosférico (R\$8.953,67). Diz que empresas privadas apresentaram preços que variavam de R\$266,00 a R\$304,00. Considera que tal atitude teve a intenção de evitar o exercício da ampla defesa. Ao final, reiterando os termos de sua defesa inicial, mantém o pedido da nulidade do procedimento fiscal.

Os autuantes também se manifestaram às fls. 3568 a 3569, informando que no dia 17/05/04 foi reaberto o prazo de defesa de 30 dias e concedido vistas ao PAF para o autuado. Reafirmam que os ilícitos tributários apurados estão evidenciados e comprovados através de diversos elementos de convicção das irregularidades encontradas na ação fiscal e nos documentos arrecadados mediante ordem judicial, anexados ao PAF e não contestados pelo requerente. Ao final, dizendo que o autuado não apresentou nenhum fato ou prova de forma a renovar ou justificar a manutenção dos argumentos defensivos, reiteram a informação fiscal inicial.

## VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência formulado pelo autuado, haja vista que se encontram nos autos, todos os elementos necessários à formação de minha convicção como julgador, a teor do que dispõe o art. 147, I, do RPAF/99.

Em relação à admissibilidade do presente processo, tendo em vista as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, passo a fazer a seguinte apreciação:

Da análise dos documentos que compõem os autos, verifica-se que a ação fiscal foi deflagrada com a concessão de Medida Liminar de Busca e Apreensão, deferida pelo Juízo de Direito da Única Vara da Fazenda Pública da Comarca de Eunápolis, no Processo nº 0296/03 intentado pelo Ministério Público Estadual, que culminou com a expedição do Mandado de Busca e Apreensão Judicial levado a efeito, no dia 02/04/03, nas dependências do estabelecimento autuado, situado em Eunápolis, onde se encontra centralizado o controle administrativo-financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli.

No mencionado local foram encontrados documentos e registros, em meio magnético, de todos os estabelecimentos do mencionado Grupo.

Portanto, de forma legítima, os autuantes analisaram a documentação, que inclusive, foi objeto de apreensão judicial, incluído o *Hard Disk* encontrado, além dos Razões Analíticos impressos, Mapas de Fechamento de Caixa e Leituras X anexados ao PAF, que permaneceram por 30 dias à disposição do autuado para vistas.

No que diz respeito ao argumento, do autuado, de que o sujeito passivo não teria tomado conhecimento da acusação, em todo o seu teor, por não lhe ter sido fornecido cópia de todos os demonstrativos elaborados pelos autuantes, por se tratar de matéria de estrita legalidade, esta 3ª JJF deliberou que os autos fossem remetidos em diligência à Inspetoria de origem, para que fossem fornecidas ao autuado, todas as cópias dos documentos que lhe interessasse, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 dias, a fim de salvaguardar o princípio do contraditório e o da ampla defesa, assegurados pela Constituição Federal.

Relativamente ao HD apreendido, os autuantes esclareceram que foi feita apenas uma cópia (autenticada) para que a SEFAZ pudesse analisar minuciosamente, cópia esta feita no próprio estabelecimento da empresa Rondelli & Rondelli Ltda. e na presença de seu representante, o qual assinou os Recibos de Arquivos Eletrônicos, permanecendo os HD's originais na posse da referida empresa em 02/04/03, o que cai por terra o argumento da defesa de que não teria acompanhado a gravação e a degravação do HD.

Quanto a devolução dos ECF's no dia 02/12/03, mencionada pelo autuado em sua defesa, se referem a outro estabelecimento da empresa autuada em Teixeira de Freitas (BA).

No que tange a alegação defensiva de que houve um arbitramento da base de cálculo, razão também não assiste ao autuado, já que os autuantes fizeram sua apuração com base nos arquivos do HD, e validado através dos livros e documentos que foram apreendidos, ou seja, verificaram os valores de saídas de mercadorias apurados nos arquivos constantes no HD, e os confrontaram com os valores de saídas registrados nos livros fiscais e contábeis do contribuinte. Dessa forma, apuraram omissão de saídas de mercadorias tributáveis, considerando que valores de receitas obtidos pelo contribuinte, a título de venda de produtos, não foram devidamente oferecidos à tributação.

Portanto, entendo que o lançamento em questão, embasado nos livros e documentos acima mencionados, encontra-se claramente indicado nos demonstrativos elaborados e acostados aos autos pelos autuantes, não ocorrendo qualquer cerceamento do direito de defesa do contribuinte, e estando salvaguardado o princípio do contraditório.

O sujeito passivo, em preliminar, ainda sustentou a ocorrência de cerceamento de seu direito de defesa, em relação à infração 6, dizendo que o preposto fiscal teria deixado de informar se os documentos fiscais de entradas de mercadorias foram capturados pelo sistema CFAMT ou se decorrentes da apreensão judicial. No entanto, os autuantes esclareceram, em informação fiscal, que os documentos fiscais foram obtidos através do CFAMT, e o autuado teve ciência da manifestação do preposto fiscal por determinação desta 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal.

Dessa forma, e de tudo acima exposto, concluo que não há razão para a declaração de nulidade da autuação, e passo à análise do mérito do presente PAF:

No que diz respeito à infração 1, cabe ressaltar que a ação fiscal teve como ponto de partida a apreensão judicial de diversos documentos, inclusive um *Hard Disk*, encontrado nas dependências do estabelecimento autuado, empresa que centraliza o controle administrativo-financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli.

Consta na descrição dos fatos, que o relatório denominado “Razão Analítico”, encontrados impressos, encontravam-se gravados nas cópias dos arquivos magnéticos do HD, autenticados quando da diligência de Busca e Apreensão. Tais relatórios contêm o registro de todas as vendas efetuadas pelo contribuinte através dos ECFs, ou seja as vendas registradas nos livros fiscais mais as vendas omitidas dos referidos livros, vendas sonegadas. Trata-se na verdade de um relatório gerencial que o contribuinte utiliza para fazer o controle de suas vendas, quer as registradas nos livros fiscais, quer as sonegadas, que foram impressas e encontram-se acostados ao presente PAF.

Os autuantes afirmaram que assim é o que se deflui da análise dos documentos acostados ao processo nas páginas de número 689 a 1973, volumes 05 a 18/26, e que em tais documentos encontra-se a totalidade das vendas à vista e a prazo relacionada por dia, além do fechamento diário dos caixas relacionado por funcionário e o resumo geral das vendas da loja de Eunápolis e as leituras X emitidas por ECF. Acrescentaram que nas páginas 56 a 326, encontram-se os valores das Receitas Diárias de Vendas oriundas do “Razão Analítico” – relatório do próprio Rondelli –, e nas páginas 1974 a 3110, volumes 19 a 25/26, as cópias do livro Mapa Resumo de ECF/Registro de Saídas. Salientaram que tais documentos apreendidos através de Mandado de Busca e Apreensão, comprovam inequivocamente o montante das vendas do contribuinte, descortinando

o total que foi sonegado. Explicaram que a totalidade das vendas não foi escriturada no livro Registro de Saídas, e que os valores que constam no HD do contribuinte, que fora copiado e autenticado, demonstram tal fato, ao tempo que seus dados serviram de base de cálculo para se aferir o imposto devido, uma vez confrontado com os valores lançados no livro Registro de Saídas. Concluíram que os valores apurados estão comprovados, mediante documentação farta e arrolada no processo, cercados de todas as garantias e confirmados através de documentos probatórios diversos, inclusive por cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, mas recolhidos pelo programa SUA NOTA É UM SHOW, que diferem dos valores registrados na memória fiscal das ECF's.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, coaduno com a posição dos autuantes, tendo em vista, ainda, que o contribuinte não nega a receita, mas a origem dos valores apurados na ação fiscal.

Todavia o sujeito passivo não apontou especificamente, nem apresentou as provas de que foram considerados, no levantamento fiscal, empréstimos ou financiamentos, receitas oriundas de vendas de bens imóveis, veículos ou outros bens ou receitas oriundas de locação de imóveis ou pagamentos de vales tomados por funcionários, como mencionado na sua peça defensiva.

Em relação à afirmação do autuado de que 50% dos produtos que comercializa se referem a mercadorias isentas ou já tributadas antecipadamente, o mesmo não trouxe aos autos, as provas do montante de tais saídas no período fiscalizado, não havendo, dessa forma, como efetuar a sua dedução.

Portanto, como ficou demonstrado que as receitas omitidas foram oriundas de vendas de mercadorias, que supostamente foram registradas em equipamentos emissores de cupom fiscal (ECFs), mas como o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos com os Registros 54 e 60 R, o que dificultou a ação fiscal, torna-se impossível a determinação de quais os itens que efetivamente saíram de seu estabelecimento, razão pela qual foi aplicada a alíquota de 17% sobre o total da receita omitida.

Vale ainda ressaltar, que não há como acatar a alegação do impugnante, de que deveriam ter sido deduzidos os créditos fiscais, uma vez que se está exigindo o ICMS devido em razão de saídas de mercadorias que não foram oferecidas à tributação, e os créditos fiscais já foram devidamente aproveitados quando as notas fiscais de entradas de mercadorias foram escrituradas nos livros fiscais do contribuinte.

No que diz respeito às decisões trazidas pelo autuado, proferidas por outros Tribunais Administrativos, tratam-se de casos diferenciados da presente situação.

Por fim, considero legítima a exigência fiscal.

Em relação às infrações 2 e 4, o autuado não se manifestou, o que implica na concordância tácita com o cometimento das mesmas.

Quanto à infração 3, o autuado anexou DAE à fl. 3513, onde comprova o recolhimento tempestivo do imposto questionado. Infração elidida.

No que diz respeito às infrações 5 e 6, o autuado limita-se, em sua peça defensiva, a considerar que a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias pelo sistema CFAMT não é prova da efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento. Acrescentou, ainda, em relação à infração 6, que as Notas Fiscais nºs 58804, 59741, 11843, 167171 e 447025, que reconhece como referente a operações da empresa, encontram-se devidamente registradas.

No entanto, razão não assiste ao autuado, já que as cópias das notas fiscais, em questão, foram anexadas aos autos, sendo emitidas por fornecedores do contribuinte, regularmente inscritos, tendo como destinatário o sujeito passivo, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação das mesmas e do seu respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário.

O sujeito passivo não apresentou nenhum elemento que evidenciasse a falta de legalidade dos documentos fiscais em questão, e pelo que dispõe o art. 141, do RPAF/99, se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Verifica-se, ainda, que as Notas Fiscais nºs 58804, 59741, 11843, 167171, 447025, mencionadas pelo autuado, não se encontram registradas no seu livro de entrada.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em virtude da exclusão do valor exigido na infração 3.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298237.0901/03-0, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.164.932,21**, sendo R\$269.083,97, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100% sobre R\$263.610,42 e de 60% sobre R\$5.473,55, previstas no art. 42, IV, “h”, II, “d” e “f”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$895.848,24, acrescido da multa de 100% sobre R\$833.062,91 e de 60% sobre R\$62.785,33, previstas no art. 42, IV, “h”, II, “d” e “f”, e VII “a”, da citada Lei e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$13.004,42**, prevista no art. 42, IX, da Lei supra citada, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA