

A. I. Nº - 206969.0009/03-6
AUTUADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - IRELNE ERCI LINO
ORIGEM - INFAS ILHÉUS
INTERNET - 28.07.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0273-03/04

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** 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; **b)** REGISTRO DE INVENTÁRIO. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. MULTA. Infração confirmada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** REFERENTE AQUISIÇÃO DE MERCADORIA BENEFICIADA COM A ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração subsistente. **b)** REFERENTE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração confirmada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO FIXO. Infração comprovada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração comprovada 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração confirmada. 6. 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. Não acatado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/09/03, para exigir o ICMS no valor de R\$467.560,91, acrescido das multas de 100% e 60%, além das multas, por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$3.266,52, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através do cotejo entre os valores informados no livro Registro de Saídas e os informados no relatório “Razão Analítico”, decorrente de uso irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) – R\$379.979,74;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria beneficiada com a isenção do imposto (leite pasteurizado – tipo C) nas saídas para consumidor final – R\$945,66;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, com o imposto retido na origem ou antecipado pelo contribuinte – R\$55.101,04;
4. Entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal – multa de R\$2.725,19;
5. Entrada, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal – multa de R\$261,33;
6. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$1.503,07;
7. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento – R\$188,64;
8. Escrituração do livro Registro de Inventário em desacordo com as normas regulamentares - multa de R\$140,00;
9. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS - multa de R\$140,00;
10. Recolhimento a menor 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\$29.842,76.

O autuado apresenta impugnação por meio de advogado (fls. 2743 a 2766), 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, muito menos, a forma como tais dados foram produzidos, e ainda que não lhe foi fornecida cópia do *Hard Disk* (HD) apreendido, nem houve intimação para que acompanhasse a degravação. Diante do exposto, diz ser impossível o cotejo entre os dados lançados no Auto de Infração e aqueles obtidos no citado HD, entendendo ter havido cerceamento de defesa.
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 os dados registrados em meio magnético, utilizados pelo fisco, não guardam idoneidade como meio de prova. Que sua utilização, 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. “DA MEDIDA CAUTELAR, UTILIZADA PARA DESENVOLVIMENTO DE AÇÃO FISCAL TRIBUTÁRIA, EM EMPRESA DISTINTA DA AUTUADA” – alega que a Medida Cautelar nº 296/03 foi ajuizada na Comarca de Eunápolis, destinando-se à arrecadação de livros e documentos da empresa Rondelli & Rondelli Ltda., mas que foram encontrados documentos e registros em meio magnético que seriam de seu estabelecimento. Entende que não é possível exigir tributo respaldado em documentos apreendidos em empresa distinta, ainda que tenham sócios comuns. Diz que a apreensão de livros, papéis, documentos e mídias, realizada no estabelecimento da empresa Rondelli & Rondelli Ltda. padece de visceral irregularidade, pois foi desobedecida determinação judicial para que fosse lavrado termo de apreensão “cumpridamente”, ou seja, relacionando-se detalhadamente todo o material apreendido. Considera que tal situação implicou cerceamento ao seu direito de defesa, posto que no termo lavrado constam informações como “documentos diversos acondicionados em caixas”, “pasta Z contendo documentos diversos”, “Fita Detalhe – cx/saco”, dentre outras impropriedades.
4. “A DESCLASSIFICAÇÃO ILEGAL E ABUSIVA DA ESCRITA FISCAL” – 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 auditores da Secretaria da Fazenda se dirigiram à empresa matriz 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 APREENDIDO EM ESTABELECIMENTO DIVERSO DO AUTUADO, NÃO PODE SIGNIFICAR QUE TODA RECEITA ALI OBTIDA SEJA DECORRENTE DE OPERAÇÕES DE VENDA DE MERCADORIAS” – afirma que mesmo se admitindo a leitura do “HD” como meio de prova, o que considera inconcebível, a autuação é claudicante e injustificada. Explica que a constatação de que tenha havido registro de receitas (no HD do equipamento da empresa Rondelli & Rondelli) 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 registradas 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, pagamento de vales tomados por funcionários; 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 referem-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 2, esclarece que não se trata de mercadoria isenta, mas sim de mercadoria, cuja saída para consumidor final se dá sem a incidência do imposto. Ressalta que quando da aquisição do leite pasteurizado, embora seu destino mais freqüente seja o consumidor final, não se pode afirmar que o destino final não será tributado, já que a empresa não está legalmente impedida de vender seus produtos a outros comerciantes. Entende que, dessa forma, pode destacar o imposto para fins de apuração ao final do mês, e cita o art. 97, I, do RICMS/97.

Quanto às infrações 4 e 5, diz que o autuante não informou se as notas fiscais são oriundas do sistema CFAMT ou da apreensão realizada na empresa Rondelli & Rondelli no município de Eunápolis. Alega que tal omissão dificulta a contestação, ferindo o princípio da ampla defesa. Contudo, entende que a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias pelo sistema CFAMT ou apreendidas em empresa distinta 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 presumí-las.

No que tange à infração 6, cita a legislação que rege a matéria e deduz que não existe a obrigatoriedade de recolhimento da diferença de alíquotas em separado, mas sim dentro da apuração mensal da empresa. Conclui que o procedimento fiscal a ser adotado deveria ter sido a Auditoria da conta Corrente do ICMS, quando se agregaria o valor dos lançamentos não realizados para se exigir a diferença de imposto não recolhido, e não como realizado pelo autuante, que exige, em separado, diferença de alíquotas sem levar em conta os créditos correspondentes. Ressalta que a falta de registro de notas fiscais de entrada de bens para o ativo só traz prejuízos para a própria empresa, posto que deixa de se creditar do ICMS correspondente à diferença de alíquotas e ao imposto destacado na nota fiscal de origem.

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.

A autuante, em informação fiscal (fls. 2780 a 2790), inicialmente rebate as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, inicialmente esclarecendo que não ocorreu a falta de apresentação da documentação arrecadada através de ordem judicial, reclamada pelo impugnante. Afirma que quando da ciência do Auto de Infração, foram disponibilizados e entregues todos os documentos e levantamentos utilizados para validação e comprovação dos ilícitos tributários em lide. Quanto ao HD apreendido, acrescenta que foi feita apenas uma cópia para que a SEFAZ pudesse analisar minuciosamente, cópia esta feita no estabelecimento do Grupo Rondelli, e na presença de seu representante, o qual assinou os Recibos de Arquivos Eletrônicos, permanecendo o HD original na posse da referida empresa desde 02/04/03. Acrescenta que a omissão de receita detectada está comprovada pela farta documentação juntada ao PAF, como pode ser verificada nos Demonstrativos dos Razões Auxiliares elaborados com base nos dados extraídos da cópia do HD, apreendido pela Justiça, e confirmados pelos dados constantes nos Razões Analíticos impressos, e cópias dos Mapas Resumo de ECF - Equipamento de Controle Fiscal às fls. 1575 a 1935 e 1936 a 2610. Observa que é na loja Rondelli & Rondelli Ltda., localizada na cidade de Eunápolis, onde foi apreendido o HD, que se centraliza o controle financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli, inclusive do estabelecimento autuado. Explica que as informações financeiras e os relatórios gerenciais (Razão Analítico) do autuado, obtido no referido HD, e tomados como base para constituição do crédito tributário, não foram contestados sob sua autenticidade e origem. Acrescenta que os sócios do autuado e da loja Rondelli de Eunápolis onde foram apreendidos os documentos são comuns. Afirma que não houve o arbitramento alegado pelo autuado, porque a base de cálculo é conhecida. Diz se tratar de um valor exato, presente nos arquivos do HD, e validado através dos documentos que foram apreendidos. Acrescenta que houve uso irregular de ECF's, evidenciado através dos comprovantes de leitura X, cujos registros de vendas não estão gravados na memória fiscal do equipamento e nem registrados na sua escrita fiscal.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que a infração subsiste e está caracterizada pela falta de registro de receita de vendas de mercadorias realizadas pelo autuado, conforme os documentos às fls. 21 a 38 e 182 a 350, referentes aos dados extraídos da cópia do HD e confirmados nos Razões Analíticos impressos, apreendidos por meio do Auto de Busca e Apreensão na loja Rondelli & Rondelli Ltda., em Eunápolis, onde se centraliza o controle administrativo e financeiro de todas as lojas do Grupo Rondelli. Acrescenta que os dados constantes no HD estão registrados separadamente para cada loja do Grupo, e que das receitas omitidas pelo autuado, foram consideradas apenas as receitas de vendas, conforme o demonstrativo acima referido. Diz que o autuado não apresentou as provas de que foram considerados, no levantamento fiscal, empréstimos ou financiamentos, receitas oriundas de vendas de bens imóveis, veículos ou outros bens, receitas oriundas de locação de imóveis ou pagamentos de vales tomados por funcionários, como mencionado em sua peça defensiva. Ressalta que o contribuinte não nega a receita, mas a origem dos valores apurados na ação fiscal. Admite que o autuado comercializa produtos isentos e com tributação antecipada, mas diz que diante da fraude praticada não há como apurar a situação tributária das mercadorias no momento da venda. Explica que o sujeito passivo não apresentou os arquivos magnéticos com os Registros 54 e 60 R, as Reduções Z, e as Fitas Detalhes dos ECF's, a fim de comprovar as suas alegações, tornando-se impossível a determinação de quais os itens que efetivamente entraram e saíram de seu estabelecimento. Salienta que compete ao contribuinte e somente a ele apresentar as provas. Quanto aos créditos pleiteados pelo autuado, diz que os registrados na sua escrita fiscal já foram utilizados à época da apuração mensal do ICMS, com base nos valores lançados, e que conforme foi demonstrado os valores autuados referem-se as receitas omitidas.

No que tange à infração 2, diz que o destino final das mercadorias é dado pela atividade do autuado (supermercado), cuja atividade prevalente é de comércio varejista, ou seja, a consumidor final. Acrescenta que a venda a outro contribuinte, e principalmente de leite que é produto altamente perecível cujo comércio é feito diretamente pelo produtor/distribuidor, é exceção. Mantém a exigência dizendo que o sujeito passivo não juntou aos autos sequer uma nota fiscal de saída que prove que vendeu a mercadoria em exame para outro contribuinte.

Quanto às infrações 4 e 5, diz que na descrição dos fatos do Auto de Infração à fl. 3, fica esclarecido que a falta de registro de entradas de mercadorias foi detectado através das informações obtidas no sistema CFAMT. Expõe que a exigência de que o fisco deve comprovar a efetiva entrada das mercadorias não procede, ressaltando que os emitentes dos documentos fiscais são todos fornecedores do sujeito passivo.

Em relação às infrações 6 e 7, mantém as exigências dizendo que se referem as aquisições relativas às Notas Fiscais nºs 50791, 36811, 2033 e 33552, que não foram registradas no livro RE do autuado.

No que se refere às infrações 3, 8, 9 e 10, informa que não foram contestadas pelo autuado e que as mesmas estão fartamente comprovadas no PAF.

Ao final, conclui dizendo que o autuado não apresentou provas que elidissem a acusação fiscal, e pede a manutenção integral do Auto de Infração.

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 3ª 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 à fl. 2795 e se manifestou às fls. 2798 reiterando todos os termos da sua defesa inicial.

A autuante também se manifestou à fl. 2802, mantendo sua informação fiscal.

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 da empresa Rondelli & Rondelli Ltda., situada em Eunápolis, onde se encontra centralizado o controle administrativo-financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli, inclusive o do estabelecimento do autuado.

Não obstante a Medida Cautelar nº 296/03 ter sido ajuizada na Comarca de Eunápolis, destinando-se à arrecadação de livros e documentos de outra empresa (autuado), foram encontrados documentos e registros em meio magnético de seu estabelecimento.

Portanto, de forma legítima, a autuante analisou a documentação, que inclusive, foi objeto de apreensão judicial, incluído o *Hard Disk* encontrado no estabelecimento matriz, além dos Razões Analíticos impressos e Mapas Resumo de ECF 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 3^a 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, situado 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 às infrações 4 e 5, 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^a Junta de Julgamento Fiscal.

Dessa forma, e de tudo acima exposto, conluso 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*, encontrados na empresa Rondelli & Rondelli Ltda. (localizada na cidade de Eunápolis), empresa que centraliza o controle administrativo-financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli, assim como do estabelecimento do autuado.

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.

A autuante afirmou que a omissão de receita detectada está comprovada pela farta documentação juntada ao PAF, como pode ser verificada nos Demonstrativos dos Razões Auxiliares elaborados com base nos dados extraídos da cópia do HD, apreendido pela Justiça, e confirmados pelos dados constantes nos Razões Analíticos impressos, e cópias dos Mapas Resumo de ECF - Equipamento de Controle Fiscal às fls. 1575 a 1935 e 1936 a 2610. Acrescentou que as informações financeiras e os relatórios gerenciais (Razão Analítico) do autuado, obtido no referido HD, e tomados como base para constituição do crédito tributário, não foram contestados sob sua autenticidade e origem. Concluiu que a infração subsiste e está caracterizada pela falta de registro de receita de vendas de mercadorias realizadas pelo autuado, conforme os documentos às fls. 21 a 38 e 182 a 350, referentes aos dados extraídos da cópia do HD e confirmados nos Razões Analíticos impressos, apreendidos por meio do Auto de Busca e Apreensão na loja Rondelli & Rondelli Ltda., em Eunápolis, onde se centraliza o controle administrativo e financeiro de todas as lojas do Grupo Rondelli.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, coaduno com a posição da autuante, 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.

No que tange à infração 2, como a atividade do autuado é de supermercado, ou seja, comércio varejista com operações diretas a consumidor final, a venda a outro contribuinte, e principalmente de leite que é produto altamente perecível, cujo comércio é feito diretamente pelo produtor/distribuidor, é exceção. Todavia, o sujeito passivo não juntou aos autos sequer uma nota fiscal de saída que prove que vendeu a mercadoria em exame para outro contribuinte. Dessa forma, com base no que dispõe os artigos 141 e 142, do RPAF/99, considero correto o procedimento fiscal, já que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria beneficiada com a isenção do imposto (leite pasteurizado – tipo C) nas saídas para consumidor final.

Quanto às infrações 4 e 5, 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.

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.

Em relação às infrações 6 e 7, o autuado entende que não existe a obrigatoriedade de recolhimento da diferença de alíquotas em separado, mas sim dentro da apuração mensal da empresa. Considera que o procedimento fiscal a ser adotado deveria ter sido a Auditoria da conta Corrente do ICMS, quando se agregaria o valor dos lançamentos não realizados para se exigir a diferença de imposto não recolhido, e não como realizado pela autuante, que, segundo o impugnante, exige, em separado, diferença de alíquotas sem levar em conta os créditos correspondentes.

Todavia, razão não assiste ao autuado, uma vez que o artigo 69, do RICMS/97, determina que a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o

imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem, sendo que o autuado assim não procedeu com referência às aquisições relativas às Notas Fiscais nºs 50791, 36811, 2033 e 33552. Assim, conforme previsto no artigo 5º, I, do RICMS/97, considero correto o débito exigido nas infrações em exame.

No que se refere às infrações 3, 8, 9 e 10, o autuado não se manifestou, o que implica na concordância tácita com o cometimento das mesmas.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206969.0009/03-6, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$467.560,91**, acrescido da multa de 100% sobre R\$379.979,74 e de 60% sobre R\$87.581,17, previstas no art. 42, IV, “h”, II, “d” e “f”, e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, além das multas no valor de **R\$2.986,52**, com acréscimos legais e **R\$280,00**, previstas no art. 42, IX, XI e XVIII, “b” e “c”, da Lei supra citada.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA