

A. I. N° - 295841.0004/03-0
AUTUADO - COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
AUTUANTE - GUILHERME TEIXEIRA ROCHA e EMILIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 17. 08. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0291-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS ENTRE AS VIAS DO MESMO DOCUMENTO FISCAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovada nos autos a irregularidade imputada. b) DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NA ESCRITA FISCAL E A CONTÁBIL. EXIGENCIA DO IMPOSTO. Constatou-se que as receitas de vendas declaradas no Balanço Patrimonial, divergiam das que foram informadas ao Fisco Estadual. Infração subsistente. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO NA ESCRITA FISCAL E CONTÁBIL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO A falta de contabilização de entradas de mercadorias indicam que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de prestações tributáveis anteriormente realizáveis e também não contabilizadas. Infração parcialmente subsistente. 3. 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, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Provado que parte do débito havia sido lançado em outro Auto de Infração. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/05/2003, exige imposto no valor de R\$1.247.496,48, acrescido das multas de 150%, 70% e de 60%, em decorrência:

1. Recolhimento a menor ICMS por divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais (calçamento de notas fiscais). Infração detectada nos meses de agosto e setembro de 2002, pois, somente para estes meses, o fisco teve acesso às vias que mostram a divergência e que foram obtidas através de ação do fisco estadual juntamente com a Secretaria de Segurança Pública, por autorização judicial de Busca e Apreensão, no estabelecimento do contribuinte – R\$87.514,98;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. O contribuinte adquiriu diversas mercadorias utilizando-se da inscrição estadual de terceiros (exercícios de 1999 e 2000), bem como adquiriu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou sem os seus registros na escrita fiscal (exercício de 2002) – R\$495.661,20;

3. Falta de recolhimento da antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação- charque, açúcar e farinha de trigo (exercícios de 1999, 2000 e 2002) – R\$62.805,00;
4. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento dos documentos fiscais nos livros próprios (exercício de 2001) – R\$601.515,30.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls. 2075/2087), arguindo como preliminar de nulidade á ação fiscal o inequívoco cerceamento de defesa com base no art. 46 do RPAF/99, que determina o fornecimento de cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pela fiscalização no ato da intimação do sujeito passivo. No caso, os documentos que integraram o Auto de Infração somente lhe foram fornecidos após a intimação, quando se dirigiu à repartição fazendária. Sendo assim, foi impedindo de exercer de forma plena, sua capacidade defensiva no prazo de 30 dias.

Também protestou pelo não fornecimento de qualquer cópia dos registros criptográficos que deveriam compor o procedimento fiscal, em face da apreensão de dados supostamente constantes nos computadores da empresa. Entendeu fato ensejador da perda de capacidade probatória de quaisquer dados apresentados pelos prepostos fiscais, em face da possibilidade de adulteração.

Como terceira preliminar, requereu a nulidade de todo o procedimento fiscal, em razão das irregularidades cometidas durante a ação fiscal, haja vista a cassação da ordem judicial de busca e apreensão, bem como a decisão judicial no sentido de que fossem devolvidos todos os documentos ilegalmente apreendidos.

E, como quarto motivo a nulidade da ação fiscal, apontou a ausência da prorrogação da Ordem de Serviço nº 532174/02, bem como a ausência de qualquer nova intimação ou termo apropriado. Entendeu que foi descumprido art. 28, § 1º, RPAF/BA, implicando em nulificação do lançamento, bem como a reabertura do prazo para denúncia espontânea até que fosse concluído novo procedimento fiscal.

No mérito e em relação à infração apontada como 1 (calçamento de notas fiscais), afirmou que as notas fiscais apreendidas apresentavam divergências entre as suas vias. Contudo, como declararam os próprios representantes do fisco, elas foram apreendidas no seu estabelecimento, não restando qualquer comprovação de que as mesmas teriam circulado ou se prestado para acobertar o trânsito de mercadorias. Observou que nelas não existe qualquer carimbo da fiscalização, não apresentam o canhoto de recebimento destacado e nem foram escrituradas pelos destinatários, ficando evidente que jamais circularam, não se configurando, por conseguinte, a ocorrência do fato gerador do ICMS. Portanto, mesmo que os documentos fiscais apresentassem divergências entre suas vias, não se poderia afirmar que houve recolhimento a menor de ICMS, pois sequer o fato gerador do imposto ocorreu. Na situação, requereu que a infração fosse convertida para o descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 915, XXII, do RICMS/BA.

Quanto à segunda infração a contestou por exercícios. Em relação aos exercícios de 1999 e 2000 afirmou que a forma como foi apurada era um exercício de ilógicas suposições, constituindo-se apenas numa presunção não prevista em lei, haja vista não contemplada no art. 2º, § 3º, do RICMS/97. Afirmou que os prepostos fiscais presumiram que a empresa adquiriu mercadorias com a inscrição de outro contribuinte, somente pelo fato daquele, localizado em uma região próxima, também ter comprando, em algumas oportunidades, as mesmas mercadorias que ele adquiria. Ressaltou que as notas fiscais que instruíram o PAF foram obtidas diretamente do fornecedor, inexistindo qualquer comprovação de que as mesmas tivessem circulado nas dependências do seu estabelecimento. Que os autuantes apenas fizeram uma série de suposições descabidas, por não ter localizado quaisquer das notas constantes no demonstrativo A-99/2000 no seu estabelecimento, estando a presunção amparada unicamente pelo fato das mercadorias adquiridas pela empresa terem dividido o veículo transportador com terceiros.

Portanto, a luz dos elementos fornecidos pela fiscalização, não existia qualquer documento que comprovasse a presunção imputada, carecendo de qualquer caracterização como ilícito fiscal.

Quanto ao exercício de 2002, impugnou o lançamento com base nos demonstrativos elaborados pelo fisco estadual, como se segue.

Demonstrativo A - embora os autuantes tenham alegado que as notas fiscais não foram registradas, não anexaram o livro Registro de Saídas para comprovar a irregularidade. Observou que durante a ação fiscal todos os livros e documentos foram apreendidos pelo fisco estadual e que nos Autos de Busca e Apreensão não consta a relação das duplicatas apreendidas. Desta maneira, não existia prova da origem dos documentos acostados ao PAF.

Demonstrativo B – foram anexadas aos autos algumas duplicatas pagas pelas empresas Rocha e França e M X Comércio de Estivas. No entanto não constavam, nos autos, quaisquer elementos que comprovassem que estas duplicatas foram pagas pelo autuado, tais como cópia de cheques ou lançamentos contábeis ou bancários. Entendeu que a autuação partiu de uma suposição, carecendo de elementos comprobatórios. Afirmou que o fato de algum documento de terceiros encontrar-se na sua posse, este fato não caracterizava qualquer irregularidade fiscal, não encontrando respaldo legal este tipo de presunção. Ademais, não existiam quaisquer registros, sejam eles bancários, fiscais ou contábeis, de que as referidas promissórias tivessem sido pagas pela empresa autuada.

Demonstrativo C – o método aplicado pela fiscalização consistiu na baixa fraudulenta de passes fiscais e autorizações de carregamento em nome da A & P. Disse que desconhecia qualquer autorização de carregamento e que aquelas acostadas ao processo não possuíam a assinatura de preposto da empresa, podendo ser considerada um documento inidôneo e imprestável. Com relação aos passes fiscais, prosseguiu, sua situação dizia respeito unicamente à Fazenda Estadual e a empresa A & P, destinatária final das mercadorias, cabendo ao fisco verificar se os mesmos foram ou não fraudados, na forma do art. 960, do RICMS/97.

Demonstrativo D – afirmou que, igualmente, os autuantes utilizaram como elementos de prova, autorizações de carregamento sem que houvesse a assinatura de representante seu. Tais documentos não representavam qualquer ato do estabelecimento comercial, pois não possuíam elementos que comprovassem sua origem e autoria. Entendeu que as declarações poderiam até ser aventada como elementos indiciários, mas jamais como probatório, em razão de ter sua origem e autoria interna. Com relação aos depósitos bancários que consubstanciaram tal apuração, entendeu não possuírem qualquer relação específica com os pagamentos efetuados pela empresa.

Demonstrativo E – neste demonstrativo não havia comprovação de que os depósitos efetuados diziam respeito ao pagamento de mercadorias não registradas, ou se diziam respeito a débitos mais antigos junto à empresa favorecida. No caso entendeu não existir a caracterização de qualquer irregularidade, ou seja, inexistindo fato tipificador da infração, não poderia haver cobrança de qualquer importância a título de omissão de saídas.

Demonstrativo F – da mesma forma como apontado no Demonstrativo C, nunca adquiriu “farinha de trigo” através da inscrição de terceiros, conforme poderia ser verificado pela simples análise dos documentos acostados aos autos, que não guardavam qualquer relação com as operações realizadas pela empresa. Em relação à baixa irregular do passe fiscal, afirmou que caberia à própria Secretaria da Fazenda adotar as devidas providências junto aos envolvidos (empresa remetente e destinatária), jamais contra o impugnante, que não possuía qualquer envolvimento com os fatos. Protestou, ainda, pelo fato de o estarem envolvendo com documentos pertencentes a terceiros, haja vista não possuírem sua assinatura. Ao mesmo tempo solicitou que somente fossem acatados documentos que tivessem sua autorização, sob pena de gerar um levantamento fictício.

Demonstrativo G - neste demonstrativo foi relacionado, disse, de forma absurda e surreal, o pagamento

de significativa quantia a uma única empresa referente à aquisição de material de embalagem. Não constava nos autos qualquer cópia de depósito bancário realizado pela empresa, e pior, os prepostos fiscais alegaram que tais depósitos teriam sido feitos com cheques de terceiros, fato detectado junto aos computadores do impugnante. Como não foi anexada ao processo a criptografia dos dados registrados no equipamento, afirmou inexistir qualquer elemento comprobatório. Inclusive, observou, na relação apresentada não indicava o número do cheque, o banco emitente, e nem o recibo de depósito. Considerou totalmente nula a infração, não guardando qualquer caracterização do fato gerador do ICMS.

Demonstrativo H – disse desconhecer as notas fiscais relacionadas, acreditando terem sido provenientes da aquisição de mercadorias por terceiros, sem o seu conhecimento. Lembrou que “do golpe” não poderia ser punido, haja vista ter sido vítima. Esperava que a Secretaria da Fazenda adotasse as devidas providências junto aos verdadeiros culpados.

Quanto à infração apontada como 03, caberiam os mesmos argumentos expostos aos Demonstrativos A, C e F, onde não restou comprovada qualquer relação do impugnante com as operações realizadas pelas empresas envolvidas. Que as autorizações constantes junto àqueles demonstrativos não possuíam qualquer assinatura da empresa, nem estavam respaldados com qualquer elemento que com ela as vinculasse e nem os Passes Fiscais obtidos guardavam com ela qualquer relação, cabendo a sua declaração formal de inidoneidade atingir apenas aos envolvidos.

Em relação à infração 04, entendeu de natureza superficial, fato que gerou o absurdo crédito reclamado. Os autuantes apuraram uma suposta omissão de saídas de mercadorias em decorrência do não lançamento de documento fiscal em livros fiscais próprio, justificando terem apurado as saídas reais de mercadorias a partir de documento contábil produzido pelo próprio contribuinte e assinado por seu contador (balanço patrimonial e demonstração de resultados do exercício). Informaram, ainda, que tais documentos foram obtidos pelo fisco através de busca e apreensão autorizadas em ordem judicial.

Tais documentos, prosseguiu, eram falsos, pois não apresentavam a assinatura dos responsáveis pela empresa (no caso a Senhora Neudjane Freitas Novaes), e nem foram assinados pelo seu contador, como poderia se verificar pela análise daquele documento. A assinatura imputada ao Sr. Luciano Silva Chaves estava falsificada, bem como o CRC indicado. Diante dos fatos, localizou o Sr. Luciano Silva Chaves e lhe apresentou o documento, tendo ele negado a sua autoria, afirmando que a assinatura, CPF e CRC a ele não pertenciam. Desta forma, como também não era do Sr. Noé Gomes I Chaves (CRC 6980-BA) seu contador, que, inclusive, consta nos registros da própria Secretaria da Fazenda como único profissional autorizado a emitir o balanço patrimonial da empresa. Por todos estes fatos, afirmou restar provada a falsidade dos documentos.

Por derradeiro, requereu revisão do lançamento, sua nulidade ou a improcedência.

Os autuantes prestaram informação (fls. 2089/2107), atacando, inicialmente, as preliminares de nulidade à ação fiscal trazidas pelo impugnante. Quanto ao primeiro argumento, era fato que os demonstrativos foram entregues dias depois da tomada de ciência do Auto de Infração. Entretanto o entendeu desprovido de base, já que todos os elementos probatórios, embaixadores da lavratura do Auto de Infração eram de propriedade da empresa e foram coletados em uma Ação Judicial de Busca e Apreensão, que envolveu até a Secretaria de Segurança Pública. Por conseguinte, os demonstrativos não trazem nenhuma novidade para o contribuinte, não se constituindo em novo fato jurídico tributário e se encontravam descritos e circunstanciados no Auto de Infração. E, como não bastasse, o processo permaneceu durante trintas dias na Repartição Fiscal, seguindo todos os trâmites determinado no art. 124 do RPAF/99, sendo que sua entrega consistiu numa gentileza prestada pelos autuantes. Por fim, o contribuinte havia protocolado sua petição faltando 3 dias para o advento do termo final, o que demonstrava não ter havido qualquer prejuízo ao sujeito passivo.

Em relação com a possibilidade de adulteração das informações contidas nos arquivos eletrônicos apreendidos quando da operação de busca e apreensão, observaram, primeiramente, que não utilizaram somente as informações contidas nos arquivos magnéticos para detectarem as infrações apuradas. Além do mais, conforme dispõe o art. 195, do Código Tributário Nacional, reproduzido no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, as autoridades fiscais podem examinar, pelos métodos que houver por bem escolher, dentro das possibilidades jurídicas admissíveis, todos os livros, documentos, papéis, arquivos, objetos, etc, inclusive na sua posse, mediante elaboração de termo de apreensão. E, a apreensão dos arquivos magnéticos foi efetuada com a garantia necessária da sua inviolabilidade, uma vez que os arquivos foram extraídos por software “autenticador” e o conteúdo está amarrado à sua autenticação ou “lacre eletrônico” (cópia do Recibo de Arquivos Eletrônicos às fl. 15 do PAF), com as assinaturas do contribuinte/preposto/representante legal que acompanharam o procedimento. Informaram que a mídia na qual se encontram os arquivos em questão está à disposição do CONSEF, para o confronto dos seus números chave com os números chave que se encontram no Recibo de Arquivos Eletrônicos (fl. 15), quando poderá ser verificada a fidelidade dos arquivos utilizados bem como dos dados contidos no PAF.

Em relação à terceira nulidade, argumentaram que o procedimento fiscal foi cercado de todas as medidas previstas no RPAF.

Estranharam o quarto argumento de nulidade, pois, conforme consta à fl. 10 do PAF, houve a prorrogação da Ordem de Serviço.

No mérito e em relação à primeira infração, disseram que foi embasada na documentação da empresa (fls.146/1567) e consistiu na discrepância existente entre as diferentes vias de um mesmo documento fiscal. Observaram que para dar uma aparência coerente, o contribuinte ora alterou as quantidades dos itens, ora suprimiu alguns ou a maior parte deles, constituindo este procedimento em ilícito fiscal e penal, previsto no art. 1º, III, da Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990. E, para terminar qualquer dúvida, refutaram a alegação do contribuinte que no PAF não se encontravam as primeiras vias do documento fiscal, com seu respectivo canhoto de entrega de mercadorias, que mostrariam a ocorrência das operações. Entenderam que o impugnante havia perdido a oportunidade de comprovar sua alegação, anexando à sua defesa tais vias dos documentos com seus respectivos canhotos, que deveriam estar sem nenhum preenchimento ou sem uso. Além disso não explicou o fato de existir vias de mesmos documentos fiscais no seu estabelecimento com valores “calçados”. Nesta situação, afirmaram que o contribuinte utilizou as primeiras vias das notas fiscais para acobertar a circulação de mercadorias diante da fiscalização de trânsito de tal forma que, em se concretizando a operação sem a interceptação da fiscalização, os documentos retomaram à empresa autuada para seu controle gerencial. Ademais, continuaram, a documentação apreendida comprovava as freqüentes denúncias contra o impugnante do procedimento costumeiro de entrega de mercadorias a clientes concomitantemente com a retenção da respectiva nota fiscal pelo próprio emitente. Ressaltaram que, como o fisco somente teve acesso a documentos que cobriram apenas dois meses, era muito provável que esta irregularidade tenha ocorrido em outros períodos não constantes da apuração da infração. Disseram importante observar a fl. 147 do PAF, pois o documento ali apensado tratava-se de uma folha de papel, reiteradamente utilizado para o calçamento dos documentos fiscais.

Em relação à infração 2, entenderam que estava suficientemente comprovada com os papéis e documentos acostados ao processo (fls. 1569/1703). Informaram que foi solicitada à Procuradoria da Fazenda, em ocasião anterior à ação fiscal, a busca de informações bancárias junto ao Bradesco. Porém o pleito foi negado, tendo em vista que aquele Órgão Jurídico entendeu tratar-se de quebra de sigilo bancário por parte da autoridade administrativa, que, apesar da recente previsão legal em lei complementar, não se implementara a regulamentação de tal instrumento em nível estadual. Sendo assim, a posterior busca e apreensão mediante autorização judicial mostrou-se eficaz em desnudar a prática contumaz do autuado em adquirir mercadorias tributáveis valendo-se do expediente de

utilização de cadastro de terceiros. Frisaram, também, o expressivo numerário transacionado com o fornecedor, em períodos posteriores, cuja magnitude encontrava-se em total desconformidade com a documentação fiscal apresentada. Em seguida, comentaram todos os demonstrativos.

Demonstrativo A - no PAF estava apensada cópia do livro Registro de Entradas (fls. 42/83), no qual se constatava a falta de registro das notas fiscais, cujas respectivas duplicatas foram efetivamente quitadas (fls. 1707/1793). Quanto à alegação das duplicatas apreendidas não terem sido relacionadas individualmente no termo de apreensão, afirmaram que se assim procedessem seria um trabalho monumental, demandando expressivo efetivo de pessoas e vários dias de esforço, tendo em vista a incomensurável quantidade de documentos apreendidos. Logo, inevitável era que o termo de apreensão tenha relacionado grupos de documentos em função de suas características comuns.

Demonstrativo B - afirmaram que o impugnante não adentrou no âmago da questão, ou seja, porquê duplicatas quitadas, tendo como destinatários empresas localizadas em municípios de regiões distintas da Inspetoria de Jequié (Itabuna, Irecê e Ilhéus), encontravam-se nas dependências do estabelecimento autuado? Porquê as autenticações dos pagamentos das mesmas eram sempre de agência bancária de Jequié, na qual o autuado é correntista? Porquê constava o endereço do autuado em algumas das duplicatas pagas encontradas, de todas as empresas, com a utilização de suas respectivas inscrições (fls. 1796, 1797, 1801, 1802, 1840, 1842, 1844, 1845, 1846, 1847 e 1848)? Além do mais, entenderam inverossímil o fato de microempresas, uma delas com inscrição estadual cancelada, efetuar compras de mercadorias em volume de grande atacadista.

Demonstrativo C - no demonstrativo, disseram, ficaram constatadas situações simultâneas, convergindo para a comprovação inevitável do cometimento do ilícito, tais como:

1. As vias de passes fiscais baixados estavam em posse do autuado;
2. Autorizações de carregamento expedidas pelo autuado em nome da empresa A & P estavam em conformidade com os dados constantes nos passes fiscais (fls.1858/1885). Tais autorizações foram coletadas em meio à documentação apreendida, assim como se encontravam em meio magnético;
3. Constatou-se que as mercadorias relacionadas nos mencionados passes não chegaram ao destino indicado na nota fiscal. Esta comprovação foi feita através de consulta ao sistema corporativo da Secretaria da Fazenda (fls. 1857, 1886, 1887, 1888, 1889 e 1890);
4. Encontram-se apensadas ao processo cópias de depósitos bancários realizados pelo autuado em favor dos emitentes das notas fiscais vinculadas aos passes fiscais, sendo que não foi localizado sequer um documento fiscal emitido por aqueles, destinados efetivamente ao autuado (fls. 1938);
5. Todos os passes fiscais encontrados, exceto dois deles não baixados (fls. 1883/1885), tiveram sua baixa efetuada, nas mais diversas datas, sempre por um mesmo preposto do fisco, fato, no mínimo, atípico.

Demonstrativo D - para cada autorização de carregamento expedida pelo autuado em nome de firma localizada em outro estado, havia a correspondente planilha de despesas do respectivo veículo (obtido nos arquivos magnéticos apreendidos), em que se constatava, inequivocamente, que a efetiva entrega foi feita em Jequié (fls. 1829/1837). Além do mais, os comprovantes de depósito bancário em favor dos fornecedores de açúcar efetuados pelo autuado (fls. 1938/1949) corroboravam os fatos, haja vista não haver registrado na escrituração do autuado nenhuma aquisição daquele produto junto à Usina Cupim e à Usina Galo Bravo em qualquer período que fosse.

Demonstrativo E - os comprovantes de depósitos bancários, em favor da empresa Frisul Frigorífico Sul-Mineiro Ltda, efetuados pelo autuado (fls. 1950/1979) quando cotejados com o lançamento de notas fiscais emitidas por aquele na escrita fiscal do impugnante no mesmo período, evidenciavam o grau de evasão de ICMS. Quanto à alegação de que os depósitos bancários poderiam ser de débitos mais

antigos, entenderam que somente complicava ainda mais a situação, tendo em vista que, além de não haver comprovação do fato, vez que em seus registros fiscais de exercícios anteriores não estavam lançados documentos fiscais emitidos pelo fornecedor em volume compatível com os pagamentos efetuados, não seria razoável supor que empresas mantenham suas transações com clientes inadimplentes e continuem fornecendo normalmente seus produtos.

Demonstrativo F - da mesma forma como já explanado no Demonstrativo C, permaneciam as simultâneas constatações de vias de passes fiscais baixados na posse do autuado, autorizações de carregamento expedidas pelo autuado em nome da empresa A & P que se encontravam em conformidade com os dados constantes nos passes fiscais (fls. 1980/1986) e todos os passes fiscais encontrados tiveram suas baixas efetuadas nas mais diversas datas e sempre por um mesmo preposto do fisco.

Demonstrativo G - informaram que a relação de pagamentos pela aquisição de embalagem foi obtida dos arquivos magnéticos apreendidos na ação de busca e apreensão judicial, estavam devidamente criptografados e encontravam-se à disposição deste Colegiado. Ressaltaram que os valores levantados refletiam apenas o período de dois meses de aquisição de embalagem sem o devido registro na escrita contábil do autuado. Afirmaram que se partindo suposição de que a Artefatos Plástico – Ind. de Artefatos Plásticos Ltda é o fornecedor exclusivo de embalagens para a empresa e de que no período, janeiro a setembro de 2002, apenas duas notas fiscais foram registradas, presumia-se a ocorrência de omissão de entradas de embalagem, a qual, infelizmente, não pode ser reclamada pelo fisco em sua totalidade.

Demonstrativo H – após analisar as razões de defesa, perguntaram como poderia tratar-se de aquisição de mercadorias por terceiros, se as mencionadas notas fiscais (fls. 2000/2022) eram primeiras vias e foram recolhidas nas próprias dependências do autuado?

A terceira infração decorreu da infração do item anterior e contemplavam aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à antecipação tributária (fls. 2023/2029).

Em relação à quarta infração (omissão de receitas), disseram que ficou constatada e provada através do confronto entre demonstração contábil espelhada na DRE do sujeito passivo e os valores declarados pelo mesmo ao fisco estadual através dos documentos de informação econômico-fiscais - DMA's. (fls. 2031/2071). Observaram que o documento contábil que serviu para apurar a infração foi e é de conhecimento do impugnante, estando assinado por seu contabilista, inscrito regularmente no CRC - Conselho Regional de Contabilidade -, sob o nº 4884/P, RG 5658644-24, CPF 73419621515, também sócio do contabilista Noé Gomes Chaves, constante no cadastro, cujo grau de parentesco é filho e pai, respectivamente. Acrescentasse, ainda, que se observasse o demonstrativo encontrado em posse do autuado quando da ação de busca e apreensão (fl. 2040), o qual corroborava os números apresentados na mencionada DRE. Ressaltaram que este demonstrativo fazia parte do conteúdo dos arquivos magnéticos apreendidos.

Concluíram requerendo a total procedência da ação fiscal.

Ainda em fase de instrução processual, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu baixar os autos em diligência à Inspeção de Jequié para que o autuado fosse intimado, comunicando-lhe a reabertura de prazo de defesa de 30 dias para que, querendo, pudesse apresentar novas razões de defesa, vez que ficou comprovado que somente foram fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pela fiscalização após a intimação para conhecimento do Auto de Infração, quando o impugnante se dirigiu à Repartição Fiscal (fl. 2109). Esta solicitação foi cumprida (fl. 2112/2113) e o autuado tendo conhecimento não se manifestou.

Mais uma vez o processo foi baixado em diligência para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

Em relação à segunda infração e quanto ao Demonstrativo A-99/2000, onde os autuantes tomaram como base as notas fiscais emitidas em nome da empresa Deoclécio de Oliveira, verificasse se no Auto de Infração nº 269094.0081/00-2 as notas fiscais autuadas eram as mesmas. Caso afirmativo, indicasse os respectivos números e valores. Elaborasse novo demonstrativo excluindo dele os documentos fiscais objeto do Auto de Infração lavrado anteriormente e contra a empresa Deoclécio de Oliveira.

Em relação à terceira infração, se porventura houvesse a identificação de duplicidade das notas fiscais, conforme acima explanado, as excluísse do levantamento realizado.

Em relação à quarta infração, identificasse no livro Diário, na escrituração da conta Caixa, ou no livro Caixa da empresa os valores que foram efetivamente lançados como vendas, os confrontando com os valores escriturados nos livros fiscais ou nas DMA's, para identificação das omissões de saídas, mês a mês, ou seja, identificasse se existia ou não divergências entre os valores de vendas contabilizados e aqueles escriturados nos livros e documentos fiscais que serviram para apuração do imposto devido.

Após tais providências que as partes envolvidas na lide tomassem conhecimento da solicitação feita e que o autuado, querendo se manifestasse (fls. 2117/2118).

Fiscal estranho ao feito, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0128/2004 (fls. 2120/2122), informou que em relação à infração 2 foram excluídas das notas fiscais da presente autuação aquelas que compuseram o Auto de Infração nº 269094.0081/00-2, lavrado contra Deoclécio de Oliveira. Este procedimento foi realizado, de igual maneira, para a infração 3. Quanto à infração 4, não pode atender ao pedido uma vez que o autuado, embora intimado, não apresentou seus livros contábeis.

Chamado para tomar conhecimento da diligência efetuada, o impugnante não se manifestou (fl. 2228). Os autuantes se manifestaram (fls. 2230/2231) apresentando algumas considerações a respeito da exclusão de notas fiscais deste Auto de Infração que compuseram o Auto de Infração da empresa Deoclécio de Oliveira. Não discordaram de que tenha havido duplicidade de lançamento, porém por justiça, afirmaram, a empresa Deoclécio de Oliveira deveria ser beneficiada com a exclusão do débito e não o autuado.

VOTO

Em primeiro lugar me pronuncio a respeito das arguições de nulidade ao lançamento fiscal trazidas pelo impugnante.

O art. 2º do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) determina que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. Nesta circunstância, os princípios da legalidade objetiva e da ampla defesa não podem deixar de serem observados. Dentre eles estão que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante (art. 28, § 4º, II e art. 41 do citado Regulamento) e que o sujeito passivo tributário terá prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação (ou ciência) para apresentar sua impugnação ao lançamento constituído. No caso em tela, o autuado não recebeu os demonstrativos e levantamentos realizados pela fiscalização quando da ciência do Auto de Infração, somente tendo conhecimento dos mesmos após alguns dias. O fato foi confirmado pelos autuantes. Caso persistisse a situação haveria preterição do direito de defesa, pois o contribuinte não possuía os levantamentos realizados, mesmo que tais levantamentos tenham sido constituídos com

base na escrita fisco-contábil e documentos da empresa. Ao entregá-los após alguns dias, a situação foi sanada em parte, porém foi ferido o prazo legal de defesa. Assim, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal reabriu este prazo em sua totalidade. Sanada a situação, a arguição de nulidade levanta não pode ser acolhida.

Ainda sobre o assunto, resalto que as determinações do art. 124 do RPAF/99 não supri a lacuna existente, sendo mais uma forma de dar ao contribuinte maiores informações. A entrega dos demonstrativos não é, como disseram os autuantes, uma gentileza prestada e sim um dever. E, se a defesa foi apresentada antes de ter sido esgotado o prazo de 30 dias da data de ciência do Auto de Infração, este fato em nada acrescenta à matéria ora em discussão.

Como segundo argumento à nulidade do lançamento, o impugnante arguiu que não lhe foi fornecida qualquer cópia dos registros criptográficos que compuseram o procedimento fiscal, em face da apreensão de dados supostamente constantes nos computadores da empresa. Entendeu como fato ensejador da perda de capacidade probatória de quaisquer dados apresentados pelos prepostos fiscais, em face da possibilidade de adulteração dos arquivos magnéticos. Equivoca-se o autuado. Os arquivos magnéticos foram apreendidos através de uma ação judicial de Busca e Apreensão (fls. 13/14) onde consta que os mesmos foram autenticados por software “autenticador” em 24/09/02 (dia da apreensão), na presença de dois oficiais de justiça. Para a garantia de sua inviolabilidade foram lacrados eletronicamente conforme consta no Recibo de Arquivos Eletrônicos (fl. 15), com a assinatura do preposta da empresa.

A terceira preliminar à nulidade de todo o procedimento fiscal aponta o procedimento da fiscalização em não especificar as irregularidades cometidas durante a ação fiscal, haja vista a cassação da ordem judicial de busca e apreensão, bem como a decisão judicial no sentido de que fossem devolvidos todos os documentos ilegalmente apreendidos. O procedimento fiscal está sobejamente embasado em documentos pertencentes ao próprio sujeito passivo e foram seguidas todas as determinações legais. Não foram objetivamente apontadas quaisquer irregularidades. Não tem pertinência tal alegação.

E, como quarto motivo à nulidade da ação fiscal, o impugnante alegou a ausência da prorrogação da Ordem de Serviço nº 532174/02, bem como a ausência de qualquer nova intimação ou termo apropriado, em desacordo com as determinações do art. 28, § 1º, RPAF/99. Mais uma vez não posso aceitar tal argumento. Em relação à Ordem de Serviço, observo que este é documento interno da administração estadual. E, quanto ao Termo de Prorrogação de Fiscalização, ele se encontra apensado às fls. 10 do presente processo, em conformidade com o art. 28, § 1º, do RPAF/99.

No mérito, a matéria quanto a infração 1 diz respeito a calçamento de notas fiscais. Quando da apreensão de documentos no estabelecimento do autuado através de Mandado de Busca e Apreensão deferido pelo poder judiciário, a fiscalização estadual encontrou inúmeras notas fiscais emitidas pela empresa autuada (fls.146/1567) onde ficou patente a discrepância existente entre as diferentes vias de um mesmo documento fiscal, ou seja, o contribuinte ora alterava as quantidades dos itens, ora suprimia alguns ou a maior parte deles, em uma via consignada que o a mercadoria se enquadrava no regime da substituição tributária, não o fazendo na outra via, indicava a forma de cálculo do imposto em uma e suprimia na outra.

O impugnante admitiu a existência da irregularidade, porém como os documentos fiscais haviam sido apreendidos no seu estabelecimento, afirmou não haver qualquer comprovação de que se prestaram para acobertar o trânsito de mercadorias. Observou que nelas não existia qualquer carimbo da fiscalização, não apresentavam o canhoto de recebimento destacado e nem foram escrituradas pelos destinatários, não se configurando, conseqüentemente, a ocorrência do fato gerador do ICMS. Na situação, requereu que a infração fosse convertida em uma obrigação acessória prevista no art. 915, XXII, do RICMS/BA.

Na situação posta, evidencia-se, pelas cópias dos documentos fiscais acostados aos autos que não se

pode comprovar a transação comercial através dos seus canhotos, porém a análise não pode ser feita apenas sob este aspecto. O que claramente está provado é que o contribuinte somente nos meses de agosto e setembro de 2002 emitiu 685 notas fiscais com divergências entre as suas vias. Se admitisse que as mercadorias não circularam, teria que admitir, obrigatoriamente, que os documentos foram cancelados. Estes cancelamentos em qualquer momento foram trazidos pela defesa. Não existe qualquer lógica em se conceber que um estabelecimento comercial emita 685 notas fiscais em um período de dois meses, praticando grave ilícito fiscal com o simples objetivo de praticar, pois a operação comercial não havia sido realizada. E mais grave, não teve qualquer “preocupação” em demonstrar a não realização desta transação, como disse, vez que não cancelou os documentos fiscais, conforme determina a legislação tributária. E, pergunto, porque não apresentou o livro Registro de Saídas do estabelecimento com o fito de provar seu argumento? Além disso, faço a mesma pergunta dos autuantes: porquê não explicou o fato de existir vias de mesmos documentos fiscais de seu estabelecimento com valores “calçados”? Observo, ainda, que uma grande maioria dos adquirentes é microempresa ou pessoa física, o que dificulta o controle da fiscalização em buscar as provas através dos adquirentes. Ao lado destas constatações, e de acordo com afirmativa dos autuantes, existiram freqüentes denúncias contra o procedimento costumeiro do autuado em entregar mercadorias a clientes concomitantemente com a retenção para si da respectiva nota fiscal.

Nesta situação, o que ficou caracterizado foi grave ilícito fiscal não se podendo falar em mera irregularidade de cunho acessório. Mantenho a autuação no valor de R\$87.514,98.

A segunda infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não contabilizadas, conforme determinação do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Para apurar a irregularidade cometida pelo contribuinte, os autuantes separaram, através de diversos demonstrativos, as situações encontradas e que caracterizariam a infração. Passo, portanto, ao meu pronunciamento obedecendo a ordem como foi indicada no Auto de Infração.

Para os exercícios de 1999 e 2000 a Inspetoria Fiscal recebeu denúncia do Sr. Deoclécio de Oliveira (fl. 41) de que sua inscrição estadual estava sendo utilizada fraudulentamente pelo autuado, relatando, na ocasião (abril de 2001), o motivo e como tinha certeza do que afirmava. Ao checar a denúncia verificou-se que pelo porte do estabelecimento, ele jamais poderia ter adquirido o volume de mercadorias transacionadas através das notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT. Além do mais, ficou constatado:

1. pares de notas fiscais com numeração seqüencial, com a mesma data e mesmo transportador destinavam, sistematicamente, uma nota de aquisição de mercadoria em pequena quantidade ao autuado e outra com numeração imediatamente posterior e em um montante largamente superior destinado à empresa do Sr. Deoclécio. Este fato repetiu-se ao longo dos exercícios em questão, só findando quando a inscrição estadual da firma Deoclécio de Oliveira foi cancelada.
2. verificou-se que este procedimento ocorreu com alguns poucos grandes fornecedores, totalizando uma movimentação de quase R\$1.000.000,00 em nome da empresa Deoclécio de Oliveira. Da empresa Frisul – Frigorífico Sul Mineiro, localizada em Ouro Fino em Minas Gerais foram emitidas 460 notas fiscais.

Com estas ocorrências aliadas a diversas diuturnas denúncias contra o autuado, conforme a já citada e mais a da empresa Frijel Frigorífico e Estivas Jequiê Ltda (fls. 1579/1581) de que jamais havia adquirido qualquer mercadoria junto a empresa Frisul, os autuantes solicitaram a esta última citada empresa, formalmente, informações sobre as transações realizadas com a empresa Deoclécio de Oliveira. A empresa mineira respondeu com uma relação de duplicatas e avisos bancários, a maioria delas globais de recebimento do dia, sem vinculação com as faturas individuais. No entanto, após pesquisa, os prepostos fiscais identificaram pagamentos de duplicatas emitidas em nome de Deoclécio de Oliveira com seus pagamentos oriundos da agência do Banco Bradesco em Jequiê, inclusive através de cheque,

onde o autuado possui conta corrente e não a empresa Deoclécio de Oliveira, pois estabelecimento situado em Jaquaquara (fls. 1598/1608). Para reforçar a situação, analisando o Aviso de Lançamento com data de 29/3/00 (fl. 1600) foi pago o valor de R\$9.000,00. Em 10/2/00 e 25/2/00 a Frisul emitiu as notas fiscais nº 11701 e 11851 em nome da empresa Deoclécio Oliveira no valor de R\$8.100,00, respectivamente. Nos mesmos dias, emitiu as notas fiscais nº 11700 e 11850, no valor de R\$900,00, respectivamente, em nome do autuado. Como a Frisul não enviou a duplicata, o valor pago se refere a uma ou outra transação comercial indicada. Os prepostos fiscais ressaltaram que houve o opinativo contrário da Procuradoria da Fazenda em solicitar a quebra do sigilo bancário do autuado.

Diante da situação, foi realizado um levantamento em número sequencial das notas fiscais emitidas pelas empresas Frisul, Com. De Cereais Amarelo Ltda e Coop. Agropecuária de Jacinto Machado ao autuado e à empresa Deoclécio de Oliveira (fls. 1574/1578). Foi cobrado do autuado o imposto referente às notas fiscais destinadas à empresa Deoclécio Oliveira (Demonstrativo A-99-2000 – fl. 1573).

Como razão de defesa, o impugnante afirmou que os autuantes presumiram que a empresa adquiriu mercadorias com a inscrição de outro contribuinte, somente pelo fato daquele, localizado em uma região próxima, também ter adquirido, em algumas oportunidades, as mesmas mercadorias que ele comprava e de terem dividido o veículo transportador. Que as notas fiscais, que instruíram o PAF, foram obtidas diretamente do fornecedor, inexistindo qualquer comprovação de que as mesmas tivessem circulado nas dependências do seu estabelecimento. Assim, a luz dos elementos fornecidos pela fiscalização, não existia qualquer documento que comprovasse a acusação.

Da análise de todos os fatos acima narrados, fica patente que o autuado não conseguiu refutar as provas trazidas pelo fisco estadual. Ressalto que não existe qualquer impedimento de se dividir o transporte de mercadorias com terceiros, nem de se adquirir as mesmas mercadorias, porém, sistematicamente, no mesmo dia e através de documentos fiscais com números seqüências, com três fornecedores e com o mesmo transporte este argumento não pode ser recepcionado. Quanto ao fato das notas fiscais terem sido colhidas junto aos fornecedores (fls. 1609/1703) não descaracteriza todas as provas trazidas pelo fisco. Entendo que o ilícito fiscal está provado.

Entretanto, os autuantes tomaram como base as notas fiscais emitidas em nome da empresa Deoclécio de Oliveira (Demonstrativo A-99/2000). Como esta empresa já havia sido autuada (AI nº 269094.0081/00-2) por saldo credor de caixa tendo em vista a omissão de entradas de mercadorias através de diversas notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda (relato feito pelos fiscais à fl. 1571) e no período ora em questão, para que não houvesse cobrança em duplicidade de imposto, foi solicitado à ASTEC/CONSEF que verificasse a situação. Apensando aos autos o Auto de infração nº 269094.0081/00-2, diligente fiscal provou que diversos documentos faziam parte dos dois Autos de Infração, o que caracterizava duplicidade de lançamento. Como aquele lavrado contra Deoclécio de Oliveira já se encontra ajuizado, pois não defendido, o fisco, enquanto perdurar a demanda, deve se abster de nova cobrança. Infelizmente, no presente caso e nesta oportunidade, a legalidade se encontra acima de tudo.

Com a prova da duplicidade de lançamento, o diligente fiscal fez o demonstrativo de débito excluindo, deste auto, os documentos fiscais que compõem o da empresa Deoclécio de Oliveira, o que acato em sua íntegra.

Para o exercício de 2002, os autuantes apresentaram diversos demonstrativos, que passo a analisá-los individualmente, de igual maneira.

Indicando como Demonstrativos A e A-1, foi realizado levantamento (fls. 1707/1711) que acusou omissão de entradas de mercadorias através de duplicatas pagas (fls. 1712/1793) cujas notas fiscais não foram escrituradas no livro Registro de Entradas (fls. 43/83).

A defesa alegou que os autuantes não anexaram o livro Registro de Saídas para comprovar a

irregularidade. Observou, ainda, que durante a ação fiscal todos os livros e documento foram apreendidos pelo fisco estadual e que nos Autos de Busca e Apreensão não constava a relação das duplicatas apreendidas, o que determinava a não comprovação da origem dos documentos acostados ao PAF.

Mais uma vez o impugnante não consegue desconstituir o trabalho realizado pela fiscalização. Ao contrário do que afirmou, cópia do livro Registro de Entradas e não de Saída, pois este não seria o livro correto para escrituração de aquisições de mercadorias, encontra-se apensado aos autos, provando que as aquisições de mercadorias, cujos títulos foram pagos e não escrituradas.

Quanto a alegação de que como nos Autos de Busca e Apreensão não constava a relação das duplicatas apreendidas, fato que indeterminava a origem dos documentos acostados não posso aceitar. È, no mínimo, fantasioso colocar em cheque a integridade do Poder Judiciário e do Executivo do Estado.

Mantenho, na íntegra, o valor do ICMS apurado através deste demonstrativo.

Nos demonstrativos B e B-1, os autuantes realizaram levantamento (fls. 1795/1797) através de pagamentos efetuados em nome de terceiros (empresas MX Com Estivas, A&P Com. Alimentos, Rocha e França e Raimundo A Silva) indicando o nº da NF/Duplicata, a data das suas emissões, o valor pago e os fornecedores, cujos documentos fiscais não foram escriturados. Ressaltaram que tais duplicatas (fls. 1798/1852) foram apreendidas nas dependências do estabelecimento autuado e, pelo exame feito, todas foram quitadas através do Bradesco – agência Jequié, banco onde o impugnante realiza suas transações bancárias. Além disto, duplicatas em nome das empresas Rocha & França, MX Com. Estivas e de Raimundo Alves da Silva consignam o endereço do autuado (fls. 1796, 1797, 1801, 1802, 1840, 1842, 1844, 1845, 1846, 1847 e 1848 dos autos). Foi observado, ainda pelos autuantes, que a Secretaria da Fazenda, após tal constatação já havia cancelado as inscrições das referidas empresas (fls. 1854/1856).

Como razões à sua defesa, o autuado afirmou que nos autos não constavam quaisquer elementos que comprovassem que tais duplicatas foram por ele quitadas, a exemplo de cópias de cheques ou lançamentos contábeis ou bancários. Que o fato de algum documento de terceiros encontrar-se no seu estabelecimento não caracterizaria qualquer irregularidade fiscal, não encontrando respaldo legal, este tipo de presunção.

Após leitura da defesa ficaram perguntas sem respostas, feitas também pelos autuantes, tais como: porquê duplicatas quitadas, tendo como destinatários empresas localizadas em municípios de regiões distintas da Inspetoria de Jequié (Itabuna, Irecê e Ilhéus) se encontravam nas dependências do estabelecimento autuado? Porquê as autenticações dos pagamentos das mesmas eram sempre de agência bancária de Jequié, na qual o autuado é correntista? Porquê constava o endereço do autuado em algumas das duplicatas pagas encontradas, com a utilização de suas respectivas inscrições? Além do mais, porquê nota fiscal – 1ª via (fl. 1853) foi encontrada no estabelecimento autuado? Porquê empresa de pequeno porte (Raimundo A Silva), localizada em Pontalzinho, efetuou compras de mercadorias em volume de grande atacadista e, além do mais, a duplicata estar no recinto da empresa autuada em Jequié e ter sido quitada através da agência bancária do autuado e, mais grave, constar na duplicata o endereço do sujeito passivo autuado?

Estando ciente de toda a situação e não a explicando e, diante da documentação anexada aos autos, a presunção de omissão de saídas sem registro na escrita da empresa está caracterizada.

Mantido o valor total apurado pelos autuantes no demonstrativo em discussão.

No demonstrativo C e C-1, a acusação diz respeito a operações de aquisição de açúcar, mediante simulação de destino a terceiros em outro estado, quando foi utilizada a baixa, dita fraudulenta, de passe fiscal. O método utilizado consistiu em realizar o cruzamento entre os pedidos de faturamento (“carregamento”) em nome da A & P e passes fiscais baixados, entendidas, pelos autuantes, tais baixas como fraudadas. Os documentos que embasaram a constatação da irregularidade foram: a)

autorizações de carregamento da empresa autuada para a Usina Cupim, carregamento este que deveria ser processado para a empresa A & P Comércio de Alimentos Ltda, localizada em Fortaleza, no Ceará e passes fiscais baixados, documentos apreendidos no estabelecimento autuado (fls. 1859/1886) e informação do fisco do estado do Ceará (Anexo C-2, fls. 1886/1890) onde ficou provado que nenhuma mercadoria acobertada pelos documentos emitidos pela Usina Cupim e destinada à empresa A & P ingressaram naquele Estado.

O sujeito passivo afirmou desconhecer qualquer autorização de carregamento de mercadoria em nome da A & P. Que aquelas acostadas aos autos não possuíam a assinatura de qualquer preposto da empresa, portanto documentos inidôneos. Com relação aos passes fiscais, entendia que a responsabilidade pela apuração da irregularidade cabia ao fisco estadual.

Ressalto que embora as autorizações de carregamento não possuam assinatura de algum responsável pela empresa, as mesmas foram apreendidas pelo fisco em conjunto com a Secretaria de Segurança Pública por autorização do poder judiciário nas dependências do estabelecimento autuado. Desta forma, são documentos válidos e prestáveis para auditar as operações realizadas pela empresa.

Além do mais, após análise dos referidos documentos constato:

1. As vias de passes fiscais baixados estavam em posse do autuado. Somente o fisco e o transportador permanecem com suas vias, não podendo estar em mãos de estabelecimento alheio as operações comerciais.
2. As autorizações de carregamento foram expedidas pelo autuado em nome da empresa A & P e estavam em conformidade com os dados constantes nos passes fiscais (mercadoria, quantidade, fornecedor, destinatário, transportador e placa policial do veículo). Os autuantes ainda informaram que tais autorizações constavam em meios magnéticos da empresa e que foram, igualmente, apreendidos.
3. Ficou provado que as mercadorias relacionadas nos passes não chegaram ao destino indicado na nota fiscal. Esta comprovação foi feita através de consulta ao sistema corporativo da Secretaria da Fazenda.
4. Analisando o livro Registro de Entradas do autuado de janeiro a julho de 2002 não existe qualquer aquisição de açúcar ao fornecedor Companhia Açucareira Usina Cupim. O autuado somente em julho de 2002 pagou ao mesmo o valor de R\$226.320,03 referente a compras de açúcar cristal (fls. 1938/1949).

Diante destas constatações, provada a irregularidade apurada, neste demonstrativo. Por fim, quanto as baixas dos passes fiscais, de fato é situação atípica, que deve ser analisada pelo Órgão Competente desta Secretaria da Fazenda, e não pelo Conselho de Fazenda que analisa o lançamento.

Continuando a apurar as omissões de saídas de mercadorias pela presunção de entradas não escrituradas, os autuantes realizaram cruzamento entre pedidos de faturamento em nome da A & P Comércio de Alimentos Ltda para os fornecedores Usina Cupim e Usina Galo realizados pelo impugnante com a descrição das despesas dos veículos e dos seus respectivos motoristas (Demonstrativos D e D-1 – fls. 1891/1892 e documentos fls. 1894/1937). Todos os documentos foram apreendidos nas dependências da empresa autuada. Para cada autorização de carregamento expedida pelo autuado em nome da A & P, situada no Ceará, há a correspondente planilha de despesas do respectivo veículo (obtido nos arquivos magnéticos apreendidos), em que se constata que a efetiva entrega foi feita em Jequié. Para consubstanciar as provas, os prepostos fiscais apensaram aos autos comprovantes bancários comprobatórios dos pagamentos realizados aos dois fornecedores acima citados e que, não forneceram qualquer mercadoria em nome do impugnante no período autuado (fls. 1938/1949).

O impugnante trouxe o mesmo argumento apresentado quanto ao Demonstrativo C e afirmou que as declarações poderiam até constituir elementos indiciários, mas jamais como probatório, em razão de ter sua origem e autoria interna. Em relação aos depósitos bancários entendeu não terem qualquer relação específica com os pagamentos efetuados pela empresa. Entendo que são argumentos inconsistentes para desconstituir a irregularidade apurada diante da farta documentação trazida aos autos. Mantido o valor apurado neste demonstrativo.

Já através dos Demonstrativos E e E-1 (fls. 1950/1951) foi apurada a presunção de omissões de saídas de mercadorias (charque) sem documentação fiscal ou sem o devido registro, através de pagamentos efetuados ao fornecedor das mercadorias. Para embasar a irregularidade apurada, os autuantes de posse dos comprovantes de depósitos bancários em favor da empresa Frisul Frigorífico Sul-Mineiro Ltda efetuados pelo autuado (fls. 1952/1979) os cotejou com o lançamento de notas fiscais por este fornecedor emitidas na escrita fiscal do impugnante no mesmo período.

A alegação do sujeito passivo foi que no demonstrativo apresentado pela fiscalização não havia comprovação de que os depósitos efetuados diziam respeito ao pagamento de mercadorias não registradas ou o pagamento de débitos mais antigos junto à empresa favorecida. Mais uma vez tais argumentos não desconstitui a infração, embasada em provas materiais consistentes. E, se os pagamentos diziam respeito a débitos anteriores ao período fiscalizado deveria o contribuinte trazer aos autos a prova do que alegou. Não o fazendo tal argumento não pode ser aceito. Mantida a acusação apurada através do demonstrativo analisado.

No demonstrativo F, a acusação diz respeito a operações de aquisição de farinha de trigo, mediante simulação de destino a terceiros em outro estado, quando foi utilizada a baixa, dita fraudulenta, de passe fiscal. O método utilizado consistiu em realizar o cruzamento entre os pedidos de faturamento (“carregamento”) em nome da A & P e passes fiscais baixados. Os documentos que embasaram a constatação da irregularidade foram: a) autorizações de carregamento da empresa autuada para a Campesina Mercantil de Alimentos e Globalgrain Com. Imp. Exp. Ltda, carregamento este que deveria ser processado para a empresa A & P Comércio de Alimentos Ltda, localizada em Fortaleza, no Ceará e passes fiscais baixados, documentos estes apreendidos no estabelecimento autuado (fls. 1981/1986).

O sujeito passivo também afirmou desconhecer qualquer autorização de carregamento de mercadoria em nome da A & P. Que aquelas acostadas aos autos não possuíam a assinatura de qualquer preposto da empresa. Com relação aos passes fiscais, entendia que a responsabilidade pela apuração de irregularidades cabia ao fisco estadual. Solicitou que somente fossem acatados documentos que tivessem sua autorização, sob pena de gerar um levantamento fictício.

Ressalto que embora as autorizações de carregamento não possuam assinatura de algum responsável pela empresa, são documentos válidos e prestáveis para auditar as operações realizadas pela empresa, pois apreendidos nas dependências da empresa autuada pelo fisco em conjunto com a Secretaria de Segurança Pública através de autorização do poder judiciário. No mais, as vias de passes fiscais baixados estavam em posse do autuado e as autorizações de carregamento foram expedidas pelo autuado em nome da empresa A & P e estavam em conformidade com os dados constantes nos passes fiscais (mercadoria, quantidade, fornecedor, destinatário, transportador e placa policial do veículo).

Diante destas constatações, fica provada a irregularidade apurada através deste demonstrativo.

Já no Demonstrativo G (fls. 1987/1996) foi apurada omissão de saídas de mercadorias pela entrada de material de embalagem sem documentação fiscal ou sem seu registro. Os autuantes anexaram duas notas fiscais do fornecedor, que encontraram no estabelecimento autuado (fls. 1995/1996) e informaram que a relação de pagamentos das aquisições de embalagem foi obtida nos arquivos magnéticos apreendidos na ação de busca e apreensão, devidamente criptografados e à disposição deste Colegiado. O impugnante contra argumentou que nos autos não existia qualquer cópia de depósito bancário, e que os prepostos fiscais alegaram que tais depósitos teriam sido feitos com cheques de terceiros. Ressaltou

que na relação dos cheques indicados não havia o seu número nem o banco emitente. Neste caso, o autuado tem razão. Embora a relação de pagamentos à empresa Artplásticos – Indústria de Artefatos Plásticos Ltda tenha sido retirado dos arquivos magnéticos da empresa, ela deveria estar consubstanciada com outras provas, do mesmo modo como foram as demais irregularidades apuradas. Embora seja forte indício de sonegação, esta prova, por si só, não possui base para dar suporte legal à infração apurada. Neste específico caso, entendo insubsistente a infração no valor de R\$10.502,78, e para os meses de agosto e setembro de 2002.

Através do Demonstrativo H, foi apurada a presunção de omissões de saídas de mercadorias por entradas não escrituradas no livro Registro de Entradas. O impugnante apenas disse desconhecer as notas fiscais relacionadas, afirmando acreditar terem sido provenientes da aquisição de mercadorias por terceiros. Não posso aceitar tal argumento. Os documentos fiscais foram coletados no estabelecimento autuado. Restou provada a falta de escrituração dos documentos fiscais no livro Registro de Entradas. Diante da norma legal, mantenho a autuação apurada pelos autuantes através do demonstrativo em análise.

A terceira infração decorreu do levantamento fiscal realizado em relação à infração 2 e cobra o ICMS pelas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária – charque, açúcar e farinha de trigo especial (fls. 2024/2029). O impugnante trouxe os mesmos argumentos anteriores, ou seja, não ficou comprovada qualquer relação dele com as operações realizadas, já que as autorizações apreendidas não possuíam qualquer assinatura da empresa, nem estavam respaldados com qualquer elemento que com ela as vinculasse.

Estando provadas as irregularidades apuradas na infração 2, com o envolvimento das notas fiscais que fizeram parte do lançamento ora em discussão, e sendo as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, os argumentos de defesa não podem ser aceitos. No entanto, nelas estavam computadas notas fiscais que foram autuadas através do Auto de Infração nº 269094.0081/00-2 lavrado contra a empresa Deoclécio de Oliveira. Para que não houvesse duplicidade de lançamento, esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou que a ASTEC/CONSEF as excluísse do levantamento realizado, o que foi feito. Mantenho a autuação na forma apurada pelo revisor fiscal com base no art. 353, inciso itens 9, 11 e 12 combinado com o art. 371, I, do RICMS/97.

A quarta infração trata da omissão de saídas de mercadorias (omissões de receitas) decorrente da falta de lançamento de documentos nos livros fiscais próprios, constatada através do confronto entre os valores constantes no Balanço Patrimonial e Demonstração de Resultados do Exercício do sujeito passivo e os valores declarados pelo mesmo ao fisco estadual através dos documentos de informação econômico-fiscais – DMA.

O impugnante apenas alegou que o Balanço Patrimonial que serviu de base para a autuação era falso, pois não apresentava a assinatura dos responsáveis pela empresa e nem foi assinado pelo seu contador, como poderia se verificar pela análise do documento. Os autuantes ressaltaram que o documento contábil que serviu para apurar a infração foi e é de conhecimento do impugnante, estando assinado por seu contabilista, inscrito regularmente no CRC - Conselho Regional de Contabilidade -, sob o nº 4884/P, RG 5658644-24, CPF 73419621515, também sócio do contabilista Noé Gomes Chaves, constante no cadastro desta Secretaria da Fazenda, sendo que estas duas pessoas são pai e filho. Acrescenta-se, ainda, o fato de o documento (fl. 2040) apreendido no estabelecimento do autuado, quando da ação de busca e apreensão, corroborava os números apresentados na mencionada DRE. Ressaltaram que este demonstrativo fazia parte do conteúdo dos arquivos magnéticos apreendidos. De fato, este argumento de defesa não prevalece. Se o Balanço Patrimonial anexado aos autos (fls. 2036/2037) e assinado pelo Sr. Luciano Silva Chaves fosse falso, deveria o autuado provar com o dito verdadeiro, pois pelo Auto de Busca e Apreensão, Remoção e Depósito (fl. 13 dos autos) apenas uma cópia do Balanço Patrimonial foi apreendida. Além do mais, este documento foi arrecadado no próprio estabelecimento do autuado pelo poder executivo e judiciário. Não existe lógica se entender que a empresa possuísse

um Balanço Patrimonial em suas dependências assinado por pessoa inidônea. E, como bem colocou os autuantes, o documento de fls. 2040, embora não assinado, porém igualmente apreendido no estabelecimento do autuado, somente corrobora o valor indicado no Balanço Patrimonial.

Porém para que dúvida não restasse, esta Junta de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência para que fosse identificado no livro Diário, na escrituração da conta Caixa, ou no livro Caixa da empresa os valores que foram, efetivamente, lançados como vendas os confrontando com os valores escriturados nos livros fiscais ou nas DMA, para identificação das omissões de saídas, mês a mês, ou seja, identificasse se existiam ou não divergências entre os valores de vendas contabilizados e aqueles escriturados nos livros e documentos fiscais que serviram para apuração do imposto devido. A solicitação não pode ser cumprida, vez que o impugnante embora intimado, por duas vezes (fls. 2128/2129), para apresentar os livros Caixa e Razão, declinou, por escrito (fl. 2123) que não os possuía tendo em vista que parte da documentação apreendida quando da busca e apreensão não foi devolvida. Acontece que analisando mais uma vez o Auto de Busca e Apreensão (fl. 13), não foram apreendidos os livros Caixa e Razão da empresa do ano de 2001. O único apreendido foi o Diário do ano de 2000. Portanto, seu argumento falece de base. Junte-se a isto, o fato de que na Inspetoria de Jequié não existe qualquer livro fiscal e contábil do autuado, conforme pesquisou o diligente fiscal.

Neste contexto, sendo da responsabilidade do próprio impugnante em não dirimir qualquer dúvida que pudesse macular a ação fiscal, a entendo correta, com base no art. 142, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99).

Mantenho a autuação, observando que os autuantes, ao calcularem o ICMS devido, abateram a parte deste imposto que já havia sido cobrado através de Autos de Infração quitados e pendentes (fl. 2032).

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$1.214.611,65, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO (R\$)	MULTA (%)
INFRAÇÃO 1				
10	31/8/2002	9/9/2002	42.772,80	150
10	30/9/2002	9/10/2002	44.742,18	150
TOTAL			87.514,98	
INFRAÇÃO 2				
10	30/9/1999	9/10/1999	1.927,80	70
10	31/10/1999	9/11/1999	2.295,00	70
10	30/11/1999	9/12/1999	1.795,20	70
10	31/12/1999	9/1/2000	8.425,20	70
10	31/1/2000	9/2/2000	1.285,20	70
10	28/2/2000	9/3/2000	1.377,00	70
10	31/3/2000	9/4/2000	0,00	70
10	30/4/2000	9/5/2000	7.129,80	70
10	31/5/2000	9/6/2000	6.283,20	70
10	30/6/2000	9/7/2000	8.675,10	70
10	31/7/2000	9/8/2000	7.012,50	70

10	31/8/2000	9/9/2000	6.426,00	70
10	30/9/2000	9/10/2000	3.916,80	70
10	31/1/2002	9/2/2002	8.579,90	70
10	28/2/2002	9/3/2002	9.676,14	70
10	31/3/2002	9/4/2002	25.662,73	70
10	30/4/2002	9/5/2002	38.755,25	70
10	31/5/2002	9/6/2002	17.253,81	70
10	30/6/2002	9/7/2002	61.516,37	70
10	31/7/2002	9/8/2002	132.618,48	70
10	31/8/2002	9/9/2002	80.256,97	70
10	30/9/2002	9/10/2002	32.793,37	70
TOTAL			463.661,82	
INFRAÇÃO 3				
10	30/9/1999	9/10/1999	79,38	60
10	31/10/1999	9/11/1999	94,50	60
10	30/11/1999	9/12/1999	73,62	60
10	31/12/1999	9/1/2000	346,92	60
10	31/1/2000	9/2/2000	52,92	60
10	28/2/2000	9/3/2000	56,70	60
10	31/3/2000	9/4/2000	0,00	60
10	30/4/2000	9/5/2000	293,58	60
10	31/5/2000	9/6/2000	258,72	60
10	30/6/2000	9/7/2000	357,21	60
10	31/7/2000	9/8/2000	288,75	60
10	31/8/2000	9/9/2000	264,60	60
10	30/9/2000	9/10/2000	161,28	60
10	30/6/2002	9/7/2002	8.640,93	60
10	31/7/2002	9/8/2002	50.950,44	60
TOTAL			61.919,55	
INFRAÇÃO 4				
10	31/12/2001	9/1/2002	601.515,30	70
TOTAL			601.515,30	
TOTAL AI			1.214.611,65	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295841.0004/03-0**, lavrado contra **COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$1.214.611,65**, sendo R\$58.876,98 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.328,18 e 70% sobre R\$56.548,80, previstas, respectivamente, no art. 42, , II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 e R\$1.155.734,67, acrescido das multas de 60% sobre R\$59.591,37, 70% sobre R\$1.008.628,32 e 150% sobre R\$87.514,98, previstas nos incisos II, “d”, III e V, “c”, do artigo e lei acima citados, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR