

A. I. Nº - 293259.0803/03-0
AUTUADO - REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOJISTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 10.11.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0427-03/04

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA APURADA NO COTEJO ENTRE A RECEITA DE VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADA NOS LIVROS FISCAIS E NAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS ENCONTRADAS EM ARQUIVO MAGNÉTICO APREENDIDO. 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. Foi refeito o levantamento fiscal pelo próprio autuante, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Infração parcialmente caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. 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. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. LIVROS E DOCUMENTOS CONTÁBEIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Não acatado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/09/03, para exigir o ICMS no valor de R\$675.091,32, acrescido das multas de 60% e 100%, além da multa no montante de R\$90,00, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do imposto em razão do desencontro entre os valores do tributo recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$90.058,61;

2. Omissão de saída de mercadorias tributáveis por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída tributada. Consta, ainda, na descrição dos fatos que a base de cálculo das operações sonegadas foi apurada mediante cotejo entre os valores informados no livro Registro de Saídas e os registrados no arquivo eletrônico – ‘Cadastro de Títulos Liquidados CRADTLIQ.DBF’, que representa a totalidade das operações de vendas e que foi apreendido por meio de mandado de busca e apreensão judicial no estabelecimento do autuado – R\$580.160,76;
3. Falta de recolhimento do imposto 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. Foi mencionado no lançamento que se trata de notas fiscais apreendidas judicialmente, as quais não foram lançadas na escrita fiscal do contribuinte – R\$4.871,95;
4. Falta de apresentação do livro Registro de Inventário (exercício de 2002) e dos livros e documentos contábeis (Razão Analítico, Diário, Caixa e duplicatas a receber, contas de água, energia, telefone etc, no exercício de 2002) – R\$90,00.

Consta, ainda, no Auto de Infração, a informação de que a “parte dos documentos encontrados na REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA. estão mencionados a seguir, como elementos de prova da vinculação desta empresa ao GRUPO RONDELLI: (...)” e “diante do exposto o Auto de Infração será lavrado em nome da empresa REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., porém terá como responsável direto pelo pagamento do crédito tributário as seguintes pessoas: Adryana Guimarães Rondeli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos Roberto Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli, Alexandre Wallace Rondeli”.

O autuado apresentou defesa (fls. 478 a 498), preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento, por cerceamento de seu direito de defesa, em virtude de:

1. “falta de descrição cumprida dos valores apurados nos registros encontrados no HD e seu confronto, com os valores registrados na escrita fiscal” – argumenta que o autuante utilizou-se de dados registrados em meio magnético que não guardam idoneidade como meio de prova. Acrescenta que foi notificado por meio de seu contador, e não através dos sócios, o qual recebeu cópias dos autos, “depois de mais de vinte dias que terceiros foram notificados, sendo, inclusive impedido de formalizar a ciência”. Transcreve ementas de diversas decisões judiciais e administrativas para reforçar o seu entendimento;
2. “desclassificação ilegal e abusiva da escrita da autuada” - diz 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 autuação. Afirma que não omitiu nenhuma receita de vendas de mercadorias, “malgrado tenha 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”.

Alega que a grande maioria dos produtos por ele comercializados refere-se a mercadorias isentas ou já tributadas antecipadamente e, dessa forma, o imposto não poderia ser exigido com base em omissão de saídas, pois tais mercadorias já se encontravam com sua fase de tributação encerrada, como é o caso da farinha de trigo.

Quanto às notas de pedidos de mercadorias (documentos de controle interno), advoga a tese de que nem sempre tais pedidos são concretizados, seja por desistência do adquirente, seja por falta do produto, ou mesmo por irregularidade cadastral do comprador junto à Secretaria da Fazenda

e, sendo assim, o autuante não poderia desconsiderar a sua escrituração “por encontrar notas de pedidos para o qual não se emitiu nota fiscal”. Transcreve diversas decisões dos tribunais administrativos do Ministério da Fazenda e da Paraíba para reforçar a sua argumentação.

Afirma que o despropósito da autuação é tão grande que o preposto fiscal nomeou, como responsáveis pelo crédito tributário, sete pessoas que não integram o quadro societário da empresa, não havendo fundamentação legal para tal imputação.

No mérito, quanto à infração 2, argumenta que “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, [que] toda a diferença encontrada seria decorrente de venda de produtos tributados”, o que não é verdadeiro, uma vez que comercializa, em grande parte, com produtos isentos e já tributados antecipadamente pelo ICMS.

Transcreve diversas ementas de decisões administrativas e judiciais e acrescenta que:

1. ainda que se admitisse a leitura do *Hard Disk* (HD) como meio de prova, o que entende inconcebível, a autuação é claudicante e injustificada, porque 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, uma vez que ali estão registrados receitas variadas e ingressos outros, os quais não refletem a real movimentação fiscal do estabelecimento, apesar de terem sido incluídos no levantamento fiscal destinado a apurar a suposta sonegação por ele cometida;
2. mesmo em caso de levantamento fiscal, o autuante deveria ter deduzido o valor dos créditos fiscais oriundos das entradas, “na forma prevista na Orientação Normativa 01/02”, pois está inscrito no Simbahia, sob pena de se violar o princípio constitucional da não cumulatividade;
3. qualquer levantamento ou arbitramento fiscal de receitas tributáveis supostamente omitidas somente tem validade quando acompanhado de levantamento físico de estoques que permita a constatação da irregularidade apontada. Ressalta que o autuante teve todas as condições para a realização da Auditoria de Estoques, já que dispôs de todos os documentos de entradas e de saídas e do livro Registro de Inventário, e, se não o fez, foi por comodidade.

Discorre sobre o direito que rege o arbitramento e conclui que não se justifica a “desclassificação da escrita” feita 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. Para corroborar suas alegações, traz a lume decisões judiciais e administrativo-tributárias.

Apresenta o pensamento da doutrina a respeito, discorre sobre a validade jurídica das presunções e conclui que “não foi, portanto, provado pelo Fisco, a situação fática que corresponesse ao fato gerador do tributo, visto que simplesmente decidiu-se tributar com base em presunção sem que, efetivamente, fosse comprovada a veracidade do fato conhecido”.

Por fim, “caso este órgão julgador considere conveniente, requer seja designada diligência”, a ser efetivada por estranho ao feito, e pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 502 a 508, foi anexada uma peça defensiva apresentada pelos Srs. Adryana Guimarães Rondeli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos Roberto

Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli e Alexandre Wallace Rondeli, alegando o seguinte:

1. que a responsabilidade de terceiros por infrações tributárias não pode ser atribuída a pessoas que não são sócias e nem detêm qualquer vínculo com a empresa autuada, sob pena de ferir preceitos magnos da Constituição Federal;
2. nenhum dos impugnantes integra a estrutura societária da empresa autuada e, portanto, não poderão responder pelo pagamento de tributos devidos pela pessoa jurídica, “apenas porque o autuante os ‘sorteou’ para figurar na condição de responsável tributário”, a qual decorre de lei e não do arbítrio da autoridade ou preposto fiscal;
3. o lançamento pode ser feito contra o contribuinte, o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária (artigos 38 e 39, do RPAF/99), mas não pode ser feito contra pessoa não prevista na legislação;
4. o presente Auto de Infração foi lavrado contra a empresa Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda. EPP e não contra os defendantes e, sendo assim, não podem responder por tal crédito tributário, se sequer foram autuados, muito embora tenham sido notificados a responder por um débito que foi apurado e lançado exclusivamente contra a mencionada empresa;
5. a ilegalidade é flagrante, em face da manifesta ilegitimidade passiva dos defendantes, para sofrerem os efeitos de uma autuação, onde sequer figuram na relação processual que a originou;
6. os defendantes não são sócios da empresa autuada e a jurisprudência assente determina que somente os sócios é que são passíveis de serem responsabilizados, em caso de despersonalização da pessoa jurídica, conforme as decisões judiciais que transcreve;
7. a despersonalização da pessoa jurídica não pode ser feita pelo titular do direito ao crédito, mas pelo Poder Judiciário e em processo destinado a tal finalidade, consoante as decisões judiciais que apresenta.

Finalmente, é requerida a exclusão dos defendantes do presente lançamento, por ser, a imposição, injusta, ilegal e abusiva.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 518 a 525), rebate as preliminares de nulidade levantadas pelo autuado e pelos demais defendantes, aduzindo que eles “são os sócios da empresa Rondeli & Rondelli Ltda., sendo estes os diretamente responsáveis pela administração dos negócios da empresa, conforme prova os documentos anexados às fls. 444/448, 449/450, 451 e 452”, os quais são instrumentos de procuração, tendo, como outorgante, o estabelecimento autuado e, como outorgados, os impugnantes do PAF.

Prosegue dizendo que as pessoas físicas relacionadas no Auto de Infração são também responsáveis pela administração da empresa Distribuidora São João Ltda., inscrição estadual nº 48.862.192 (matriz) e nº 49.923.076 (filial), como comprovam os seguintes documentos:

1. o Instrumento de Procuração, tendo como outorgante a Distribuidora São João Ltda. e, outorgado, o Sr. Francisco Guimarães Rondelli (fl. 516);
2. o Instrumento de Procuração no qual a empresa Distribuidora São João Ltda. está sendo representada pela Sra. Adryana Guimarães Rondelli e outorga poderes ao Sr. João Carlos Tourinho Álvares e outros para exercer as atividades previstas no artigo 560, incisos I a IX, do Regulamento Aduaneiro, além de outros poderes (fl. 515).

Salienta que todos os documentos citados fazem parte da documentação apreendida por ordem judicial, Processo nº 296/03, e que está acostando, nessa oportunidade, cópia dos documentos citados anteriormente.

Afirma que o vínculo existente entre as empresas Distribuidora São João Ltda. e a Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda. é evidente, uma vez que: são administradas pelas mesmas pessoas; o registro de todas as suas operações de vendas é compartilhado em um único arquivo, denominado CRADTLIQ.DBF, que fica no computador do estabelecimento da empresa Rede Sul (documentos de fls. 274 a 298, 299 a 423); os documentos de todas as empresas são preenchidos pelos mesmos empregados (fls. 517 a 532) e foram apreendidos, no estabelecimento da empresa Rede Sul, documentos bancários em nome da Distribuidora São João, de Francisco Luiz Rondelli e/ou Olga Rosana Gomes Martinelli.

Acrescenta que o autuado falta com a verdade, ao dizer que não foi notificado da autuação, haja vista os documentos de fls. 475 e 476. Quanto à alegação do contribuinte, de que não recebeu cópias dos documentos apreendidos, afirma que também não é verdadeira, pois “as cópias de todos os documentos, apreendidos e não apreendidos, que integram o presente PAF foram entregues ao seu contador e também procurador o Sr. Rogério Teodoro dos Santos” e “até mesmo antes da lavratura do presente Auto já havíamos entregado cópias de demonstrativos e dos documentos apreendidos, oportunizando à autuada esclarecer fatos e exercer seu direito de defesa e apresentar contraditório, conforme atesta os documentos de intimação e reintimação, de 06/03/2003 e 02/04/2003, respectivamente, anexados às folhas 19 e 23 e Termo de Entrega de Documentos, cujas cópias dos documentos (apreendidos) ali listados foram entregues em 06/03/2003, juntamente com a intimação”. Conclui que o autuado, em nenhum momento, teve a sua defesa prejudicada, ao contrário, sempre lhe foi garantido o direito de defesa e ao contraditório.

Esclarece que todas as operações de vendas de mercadorias, promovidas pelo sujeito passivo, encontram-se registradas em seus computadores, especificamente no arquivo denominado CRADTLIQ.DBF, copiado pela Secretaria da Fazenda, mediante autorização judicial (fls. 424 a 452), cujos recibos de Recepção de Arquivos Eletrônicos estão anexados às fls. 438 a 442, e foi resultado de um Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Poder Judiciário no Processo nº 296/03, no qual está expressamente autorizada “a busca e apreensão de equipamentos eletrônicos ou de gravações em meios magnéticos, dos quais se infiram indícios de atividades ilícitas penais”.

Ressalta que os meios magnéticos extraídos dos computadores do estabelecimento autuado são válidos como meios de prova, “tendo em vista que eles retratam os valores expressos em documentos fiscais que acobertaram vendas de mercadorias e os expressos em **documentos não fiscais** que também acobertaram vendas de mercadorias”, os quais não foram lançados nos livros fiscais do contribuinte, mas foram registrados em seu arquivo eletrônico, consoante os demonstrativos juntados às fls. 86 a 164 e 274 a 423.

Assegura que não houve desclassificação ilegal da escrita do autuado, com o objetivo de se apurar o ICMS apontado na infração 2, mas apenas o confronto entre as operações de vendas escrituradas nos livros fiscais e aquelas registradas nos arquivos eletrônicos. Sendo assim, diz que foi justamente com base na escrita do contribuinte que se apurou o montante sonegado de imposto.

Argumenta, ainda, com relação às demais alegações defensivas, que:

1. considerou todas as vendas de mercadorias tributáveis, pois não foi possível determinar com exatidão a parcela relativa a cada espécie de mercadorias (isentas, com o ICMS pago antecipadamente ou tributáveis), já que o autuado é que dispõe dos controles de vendas;
2. os pedidos de vendas foram emitidos sem a correspondente nota fiscal, por meio de boletos bancários, todos visados pelos adquirentes das mercadorias e efetivamente pagos, não se tratando de uma mera expectativa de vendas, como deseja o autuado, mas de uma venda real. Diz que, mesmo após intimado, o contribuinte não apresentou a comprovação de que tais boletos foram cancelados, o que poderia ter sido feito por meio de Extrato de Movimentação de Títulos, relatório emitido pela Caixa Econômica Federal;
3. os boletos emitidos são utilizados como meio de cobrança do valor da operação de venda e são processados pelo Sistema de Cobrança Bancária da Caixa Econômica Federal (contrato nº 0075.870.00000059-1 – fls. 444 a 448) e, por isso, devem estar lastreados em documentos idôneos que retratem as operações realizadas e estabeleçam um vínculo entre o cedente (Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda.) e os sacados (adquirentes das mercadorias). Aduz que, quando “a autuada não apresenta os documentos idôneos e exigidos para a operação, pois não foram emitidos, incorre em prática dolosa, visando à obtenção de vantagens ilícitas por meio de Cobrança Bancária”.

Por fim, informa “que serão elaborados novos demonstrativos de débito para esclarecer, por proporção e em função da espécie da mercadoria e da alíquota, o montante do ICMS devido sobre a receita sonegada”, “ou seja, vamos considerar a proporção existente nas operações escrituradas no montante das operações sonegadas”.

No mérito, quanto à infração 2, assegura que todos os valores registrados no arquivo chamado CRADTLIQ.DBF referem-se apenas a operações de vendas de mercadorias, tendo sido identificada cada operação, escriturada ou não nos livros fiscais. Concorda, entretanto, que o contribuinte comercializa com produtos isentos e já tributados por antecipação e, por essa razão, diz que está apresentando novos demonstrativos de débito “para estabelecer, por proporção e em função da espécie de mercadoria e da alíquota, o montante do ICMS devido sobre a receita sonegada”.

Argumenta que não é cabível a aplicação da Orientação Normativa nº 01/02, pois o contribuinte nunca foi enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto (SimBahia) e, ademais, todos os créditos estão registrados nos livros fiscais e já foram apropriados na forma da lei, consoante o livro Registro de Apuração do ICMS anexado às fls. 70 a 85 dos autos.

Relativamente à alegação defensiva, de que seria necessária a realização de levantamento de estoques, aduz que, como relatado anteriormente, o levantamento fiscal comprovou que o total de vendas registrado no arquivo eletrônico foi superior àquele lançado na escrituração fiscal e foi uma decorrência da utilização de documentos inidôneos para acobertar diversas operações de vendas de mercadorias tributáveis, os quais foram indicados apenas no arquivo eletrônico mencionado.

Finaliza dizendo que, “caso o contribuinte tivesse escriturado regularmente seus livros fiscais, as notas de pedido e seus respectivos boletos bancários, os quais foram quitados pelos adquirentes das mercadorias, estariam com respaldo de notas fiscais devidamente emitidas e registradas na escrita fiscal, fato que não ocorreu”.

Em relação à penalidade aplicada por falta de apresentação do livro Registro de Inventário (infração 4), afirma que “a autuada grosseiramente falta com a verdade, tal livro de inventário e outros não foram entregues à fiscalização”.

Salienta que o contribuinte não apresentou impugnação para as infrações 1, 3 e 4, diz que o pedido de diligência não se justifica, pois todos os elementos de prova foram acostados aos autos, e, finalmente, pede a procedência em parte do Auto de Infração.

Tendo em vista que o autuante juntou novos elementos aos autos, no momento em que prestou a sua informação fiscal (fls. 526 a 547), o autuado foi intimado, por meio de seu contador (fl. 550), a se manifestar, mas preferiu não fazê-lo.

Esta 3^a JJF, visando a evitar futuras alegações de cerceamento do direito de defesa, deliberou converter o PAF em diligência à Inspetoria de origem (fls. 553 e 554) para que fosse reaberto o prazo de defesa de 30 dias, considerando que, embora o contribuinte tenha sido cientificado da lavratura do presente Auto de Infração no dia 25/11/03 (conforme os documentos de fls. 475 e 476), somente recebeu cópias dos demonstrativos e documentos comprobatórios das infrações 1, 2 e 3, no dia 30/01/04, de acordo com o “Termo de Entrega de Cópias de Demonstrativos e Documentos” juntado à fl. 10 dos autos, portanto, dois meses após a ciência dada ao contribuinte deste lançamento.

A solicitação foi cumprida pela repartição fazendária (fl. 557) e o autuado se manifestou (fls. 559 a 561), reiterando os termos de sua defesa anterior e requerendo que o PAF fosse convertido em diligência para que fossem anexados “todos os termos do Processo nº 0296/03 – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL com concessão de MEDIDA LIMINAR”. Por fim, pediu a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fl. 563), também reiterando os termos de sua informação fiscal e considerando desnecessária a diligência solicitada pelo sujeito passivo, “pois os documentos do processo judicial já se encontram anexados às folhas 424/458 do PAF”, bem como “todos os documentos que fundamentam e esclarecem as infrações cometidas pela autuada”.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência, a fiscal estranho ao feito, como formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, segundo o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Deixo de acatar também o pedido do contribuinte, para que fossem anexados “todos os termos do Processo nº 0296/03 – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CRIMINAL com concessão de MEDIDA LIMINAR”, haja vista que os documentos referentes àquele processo judicial, e concernentes a esta lide, já se encontram anexados às folhas 424 a 458 do PAF, como bem salientado pelo autuante.

Há uma questão que deve ser apreciada antes do exame das preliminares de nulidade apresentadas:

Foi mencionada no Auto de Infração a informação de que “parte dos documentos encontrados na REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA. estão mencionados a seguir, como elementos de prova da vinculação desta empresa ao GRUPO RONDELLI: (...)” e que, “diante do exposto o auto será lavrado em nome da empresa REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., porém terá como responsável direto pelo pagamento do crédito tributário as seguintes pessoas: Adryana Guimarães Rondelli, Francisco Luiz Rondelli, Olga Rosana Gomes Martineli Rondelli, Carlos

Roberto Guimarães Rondelli, Alécio Leandro Rondelli Júnior, Leila Cristina Campos Rondeli, Alexandre Wallace Rondeli”.

O autuado (a empresa Rede Sul de Distribuição e Lojística Ltda.) afirmou que o preposto fiscal nomeou, como responsáveis pelo crédito tributário, sete pessoas que não integram o quadro societário da empresa, não havendo fundamentação legal para tal imputação.

Por outro lado, as pessoas, nomeadas neste lançamento como responsáveis diretos pelo pagamento do débito, apresentaram impugnação (fls. 502 a 508) requerendo a sua exclusão da presente relação jurídico-tributária, sob o argumento de que não são sócias, não possuem nenhum vínculo com a empresa autuada e, portanto, não poderão responder pelo pagamento de tributos devidos pela pessoa jurídica.

Entendo que, no âmbito do processo administrativo fiscal, não há como responsabilizar pessoas estranhas ao quadro societário do contribuinte autuado, ainda que haja provas de sua vinculação, porque, segundo a legislação tributária, a empresa é a entidade responsável pelo pagamento do tributo estadual e dos acréscimos legais devidos em razão de suas atividades comerciais. A meu ver, somente no âmbito do Poder Judiciário, quando a dívida for executada pela PGE/PROFIS, é que aquele órgão jurídico, caso seja necessário, pode envidar esforços no sentido de atingir os responsáveis pela gerência da sociedade comercial, nos limites determinados legalmente. De qualquer maneira, cabe à PGE/PROFIS, e não a este órgão julgador, no momento oportuno, verificar a possibilidade de se atribuir a responsabilidade pelo pagamento do débito exigido às pessoas acima elencadas.

Quanto às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, por cerceamento de seu direito de defesa, passo a apreciá-las de *per si*:

Verifico, pelos documentos que compõem os autos, 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 contra a empresa Rondelli & Rondelli Ltda. e Outros.

Como consequência da determinação judicial, foram apreendidos, no estabelecimento do autuado, os documentos relacionados no Termo lavrado às fls. 426 a 442, inclusive um *Hard Disk*, do qual foram extraídas cópias de diversos arquivos nele existentes.

Ocorre que diversos demonstrativos anexados pelo preposto fiscal não foram entregues ao autuado antes do prazo de defesa, configurando cerceamento ao seu direito ao contraditório. Essa falha processual, contudo, foi saneada por este órgão julgador, mediante a concessão de novo prazo de defesa e a determinação para que fossem fornecidas photocópias dos documentos juntados aos autos, o que afasta a pretensão do autuado, de declaração de nulidade deste Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva, de que os dados registrados em meio magnético não guardam idoneidade como meio de prova, entendo que não há como ser acatada, considerando que, em nenhum momento, o autuado trouxe provas de que os dados constantes no *Hard Disk* apreendido e copiado pela fiscalização não correspondiam às operações realizadas pelo seu estabelecimento. Ressalte-se que, na atualidade, os meios magnéticos são perfeitamente aceitos nos tribunais do país, desde que autenticados, como o foram no presente processo, inclusive com a sua “impressão digital” calculada pelo padrão internacional MD5 e expressa por 32 dígitos hexadecimais. Ademais, o HD foi encontrado e apreendido, como dito acima, no estabelecimento do autuado.

Os Termos de Apreensão lavrados (fls. 429 a 436) descrevem os documentos apreendidos pela fiscalização e, além disso, em nenhum momento, o autuado comprovou que os documentos, em que se baseou o autuante para a lavratura deste Auto de Infração, não se referem ao seu estabelecimento, como dito acima.

Quanto ao argumento defensivo, de que foi realizado arbitramento da base de cálculo do imposto, não pode ser aceito, pois tal procedimento fiscal não foi adotado. Em linhas gerais, o autuante se limitou a verificar os valores de saídas de mercadorias, apurados nos arquivos constantes no *Hard Disk*, cuja cópia foi apreendida e autenticada, e os confrontou com os valores de saídas registrados nos livros fiscais do contribuinte, tendo apurado, ao final, 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.

Por fim, verifico que o lançamento encontra-se embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, bem como nas fotocópias de livros e documentos fiscais acostados ao PAF. Ademais, as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos, e o contribuinte apresentou sua impugnação a todos os fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório.

Por tudo quanto foi exposto, deixo de acatar as preliminares de nulidade levantadas pelo impugnante.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para cobrar ICMS e multa em razão de quatro infrações.

A infração 1 refere-se à exigência do ICMS referente a recolhimento a menos em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. A infração 3 é relativa à falta de recolhimento do imposto, por antecipação, nas aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária e provenientes de outros Estados da Federação. O sujeito passivo não impugnou os valores apontados nestes itens da autuação, acatando, portanto, tacitamente, o débito apontado, consoante o disposto no artigo 140, do RPAF/99: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”. Assim, devem ser mantidos os débitos indicados nas infrações 1 e 3.

Na infração 2 está sendo cobrado o ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis em razão da utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída tributada. A base de cálculo das operações supostamente sonegadas foi apurada mediante o cotejo entre os valores informados no livro Registro de Saídas do sujeito passivo e os registrados no arquivo eletrônico denominado “Cadastro de Títulos Liquidados CRADTLIQ.DBF”, que representa a totalidade das operações de vendas (fl. 54) e que foi encontrado no *Hard Disk* apreendido por meio de mandado de busca e apreensão judicial no estabelecimento do autuado.

Como mencionado anteriormente, a ação fiscal teve como ponto de partida a apreensão judicial de diversos documentos, inclusive um *Hard Disk*, encontrados no estabelecimento do autuado em decorrência do Mandado de Busca e Apreensão expedido no Processo nº 296/03, o qual foi interposto pelo Ministério Público contra a empresa Rondeli & Rodeli e Outros - fls. 425 a 443 dos autos.

Quanto ao *Hard Disk* (HD) apreendido, foi feita uma cópia para análise da Secretaria da Fazenda, no próprio estabelecimento do autuado e na presença de seu representante, o qual assinou os Recibos de Arquivos Eletrônicos, permanecendo os HDs originais na posse do contribuinte. Importante destacar que a imagem do *Hard Disk* foi autenticada pelo programa AUTHENTICATOR, consoante o Recibo de Arquivos Eletrônicos juntado às fls. 438 a 443, e o

arquivo denominado “Cadastro de Títulos Liquidados CRADTLIQ.DBF” encontrado no HD, foi impresso e se encontra acostado ao presente PAF (fls. 55 a 63).

O preposto fiscal, apresentou, ainda, os seguintes documentos, com o fito de comprovar a infração cometida pelo autuado: a) Boletos Bancários de recebimentos de numerários (fls. 96 a 164); b) cópia de contrato de prestação de serviços de cobrança bancária com a Caixa Econômica Federal (fls. 165 a 169); c) cópias do livro Registro de Saídas (fls. 170 a 273); d) demonstrativos com a vinculação entre as notas fiscais de saídas a prazo e os títulos liquidados (fls. 275 a 423).

O sujeito passivo impugnou a infração, argumentando, basicamente, que, ainda que se admitisse a leitura do *Hard Disk* (HD) como meio de prova, a constatação de que tenha havido registro de receitas não significa que todos os recursos ali lançados sejam decorrentes de vendas de mercadorias, uma vez que ali estão registrados receitas variadas e ingressos outros, os quais não refletem a real movimentação fiscal do estabelecimento, apesar de terem sido incluídos no levantamento fiscal destinado a apurar a suposta sonegação por ele cometida.

Aduziu, ainda, que, por atuar no ramo de supermercados, grande parte dos produtos por ele comercializados refere-se a mercadorias isentas ou já tributadas antecipadamente e que o Fisco deveria subtrair a parcela correspondente aos créditos fiscais a que teria direito em face do princípio constitucional da não cumulatividade. Argumentou que não se justifica a realização de arbitramento pelo autuante, já que ele dispunha de todos os meios para aferir o movimento comercial da empresa.

O preposto fiscal, por sua vez, assegurou que todos os valores registrados no arquivo chamado CRADTLIQ.DBF referem-se apenas a operações de vendas de mercadorias, tendo sido identificada cada operação, escriturada ou não, nos livros fiscais. Reconheceu, entretanto, que o contribuinte comercializa com produtos isentos e já tributados por antecipação e, por essa razão, refez o levantamento fiscal reduzindo o débito originalmente exigido (fl. 526).

Argumentou que não é cabível a aplicação da Orientação Normativa nº 01/02, pois o contribuinte nunca foi enquadrado no regime simplificado de apuração do imposto (SimBahia) e, ademais, todos os créditos estão registrados nos livros fiscais e já foram apropriados na forma da lei, consoante o livro Registro de Apuração do ICMS anexado às fls. 70 a 85 dos autos.

Efetivamente, observo, pelas informações constantes no sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda, que, no período objeto desta ação fiscal, o autuado se encontrava inscrito na condição de normal e, portanto, não há que se falar em aplicação da Orientação Normativa nº 01/02, que se destinava a apurar os créditos fiscais a que teria direito o contribuinte enquadrado no SimBahia, em caso de lavratura de Autos de Infração por omissão de saídas de mercadorias.

Apesar de ter alegado, o autuado não apontou especificamente, nem apresentou provas de que teriam sido consideradas, no levantamento fiscal, receitas oriundas de outras fontes que não a comercialização de mercadorias.

Também 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.

Relativamente à alegação defensiva, de que houve arbitramento e de que seria necessária a realização de levantamento de estoques, também não pode ser aceita, uma vez que, como mencionado anteriormente, não foi realizado arbitramento da base de cálculo do imposto e, a meu ver, o levantamento fiscal comprovou que o total de vendas registrado no arquivo eletrônico

foi superior àquele lançado na escrituração fiscal, em decorrência da utilização de documentos inidôneos para acobertar diversas operações de vendas de mercadorias tributáveis, os quais foram indicados apenas no arquivo eletrônico mencionado.

Pelo exposto, entendo que ficou demonstrado que o ICMS está sendo exigido em decorrência da realização de saídas de mercadorias não oferecidas à tributação, entretanto, deve ser reduzido o montante do débito, de R\$580.160,76 para R\$374.164,19, consoante o demonstrativo de débito acostado pelo próprio autuante à fl. 526 dos autos.

Saliente-se que as decisões trazidas pelo autuado, proferidas por Tribunais Administrativos de outros Estados e da Bahia, são válidas para os casos ali julgados, porém não podem ser aplicadas ao presente lançamento por se referirem a situações diferentes.

Na infração 4 exige-se multa, por descumprimento de obrigação acessória, pelo fato de o contribuinte ter deixado de apresentar, à fiscalização, o livro Registro de Inventário referente ao exercício de 2002, bem como os livros e documentos contábeis. Apesar de o autuado ter afirmado que o preposto fiscal “dispôs das notas fiscais de entradas, todos os documentos de saídas e o Livro Registro de Inventário”, observo que foram emitidas, pelo autuante, seis intimações para entrega do livro Registro de Inventário (exercício de 2002) e dos livros e documentos contábeis, nos dias 15/01/03, 18/03/03, 02/04/03, 14/05/03, 10/06/03 e 27/08/03 (fls. 26, 21, 20, 17, 16 e 12), não tendo sido entregue a documentação solicitada. Dessa forma, entendo que está devidamente caracterizada a infração e é devida uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória, porém deve ser retificado o valor a ser exigido, de R\$90,00 para R\$1.750,00, conforme previsto no artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, considerando que houve seis intimações não atendidas pelo contribuinte.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Multa Fixa	Débito R\$
1	31/12/02	09/01/03	193.982,12	17%	60%		32.976,96
1	31/01/03	09/02/03	148.822,76	17%	60%		25.299,87
1	31/05/03	09/06/03	185.862,24	17%	60%		31.596,58
1	30/06/03	09/07/03	1.089,41	17%	60%		185,20
2	31/08/02	09/09/02	342.455,24	17%	100%		58.217,39
2	30/09/02	09/10/02	469.677,18	17%	100%		79.845,12
2	31/10/02	09/11/02	286.122,35	17%	100%		48.640,80
2	30/11/02	09/12/02	220.591,24	17%	100%		37.500,51
2	31/12/02	09/01/03	251.706,76	17%	100%		42.790,15
2	31/01/03	09/02/03	439.683,47	17%	100%		74.746,19
2	28/02/03	09/03/03	190.729,59	17%	100%		32.424,03
3	31/01/03	09/02/03	7.506,71	17%	60%		1.276,14
3	28/02/03	09/03/03	20.071,76	17%	60%		3.412,20
3	31/03/03	09/04/03	1.080,06	17%	60%		183,61
4	30/09/03	30/09/03	0,00			1.750,00	1.750,00
TOTAL DO DÉBITO							470.844,75

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293259.0803/03-0, lavrado contra **REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOJÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$469.094,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$94.930,56 e 100% sobre R\$374.164,19, previstas no art. 42, II, “b” e “d” e IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$1.750,00**, prevista no artigo 42, XX, da citada Lei.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR