

**PROCESSO** - A. I. Nº 293259.0802/03-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.  
**RECORRIDOS** - DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JF nº 0240-02/04  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 17/02/2005

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0007-12/05

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. Perda do benefício decorrente da prática de atos fraudulentos, conforme previsão legal. Exigência subsistente. Mantida a Decisão 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES COM DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA, NÃO ESCRITURADA NA ESCRITA FISCAL. Comprovada a existência de operações tributáveis através de documentos não fiscais (Pedido de Mercadoria c/ boletos bancários quitados), sem o recolhimento do imposto em sua totalidade. Infração caracterizada. Modificada a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JF Nº 0240-02/04 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração exige imposto, no valor total de R\$ 2.313.779,47, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, no montante de R\$39.709,22, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2001 e 2002, consoante Auditoria Conta Corrente, às fls. 39 e 66 dos autos.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$430.323,94, referente aos exercícios de 2001 e 2002, decorrente da saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em virtude da prática fraudulenta de realizar operações de vendas sem emissão de documento fiscal ou com documento inidôneo, conforme autorização legal expressa no §1º da cláusula quinta do Termo de Acordo, firmado com base no Decreto 7.799/2000, consoante demonstrativos às fls. 320 a 673 dos autos.
3. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.675.181,42, referente aos exercícios de 2000 a 2002, decorrente da omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo, apurado mediante cotejo entre os valores informados no Livro de Registro de Saída e os registrados no Arquivo Eletrônico, denominado “Cadastro de Títulos Liquidados – CRADTLIQ.DBF” (o qual contém registro de todas as operações de vendas realizadas diariamente, registradas ou não na escrita fiscal), apreendido judicialmente no estabelecimento da empresa Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda, conforme comprovação através dos seguintes documentos: 1) Boleto Bancário – documento emitido

- em função da venda de mercadoria; 2) Nota de Pedido de Mercadoria – Documento de Controle interno da empresa, nos quais constam os dados da operação de venda, tais como: descrição da mercadoria, quantidade, valor, identificação do adquirente, identificação da forma de pagamento, etc; 3) Livro Registro de Saídas. Tudo consoante documentos às fls. 675 a 1.192 dos autos.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$118.505,73, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS, relativas aos exercícios de 2001 e 2002, inerentes às notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas e nem apresentadas à fiscalização, obtidas mediante controle nos postos fiscais e pelo SINTEGRA, consoante documentos às fls. 97 a 162 dos autos.
  5. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$25.156,42, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS, relativas ao exercício de 2002, inerentes as notas fiscais de entradas de mercadorias registradas, consoante documentos às fls. 163 a 300 dos autos.
  6. Entrada de mercadorias sujeitas à tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Foi exigida multa, no valor de R\$5.544,81, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, consoante fls. 301 a 312 dos autos.
  7. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$19.267,93, decorrente da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, relativo ao mês de março/2002, conforme fl. 36 do PAF.
  8. Deixar de exibido os livros e documentos fiscais ao fisco, quando regularmente intimado. Foi aplicada multa no valor de R\$ 90,00.

O autuado, por meio de seu sócio gerente, às fls. 1.234 a 1.260, apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que houve cerceamento de defesa, pois falta uma descrição “cumprida” dos valores encontrados no *hard disk* (HD) apreendido. Diz que os dados registrados em meio magnético não guardam idoneidade como meio de prova. Alega que não lhe foram fornecidas cópias dos documentos apreendidos, o que impossibilitou uma defesa efetiva, no prazo legal. Aduz que teve conhecimento da autuação por meio de seu contador, que recebeu cópia dos autos de terceiros, há mais de vinte dias da notificação. Cita farta jurisprudência, para embasar suas alegações.

Afirma que a desclassificação da sua escrita é uma ilegalidade e que foi realizada uma espécie de arbitramento sem razão de ser. Diz que não houve qualquer omissão de venda de mercadorias, mas apenas irregularidades formais na escrituração dos livros fiscais e contábeis, já que todos os seus valores foram devidamente escriturados. Argumenta que os boletos bancários também se referem a mercadorias isentas e tributadas por antecipação, as quais representam parcela significativa do faturamento da empresa. Diz que o autuante considerou os pedidos de mercadorias como sendo operações de vendas realizadas, contudo as vendas referentes a tais pedidos nem sempre eram concretizadas. Cita farta jurisprudência em apoio a seus argumentos.

Também em preliminar, alega que houve uma tentativa de vincular a empresa autuada com terceiros que não fazem parte do seu quadro societário e que são vinculados a Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda. Diz que esse fato induz o entendimento de que o autuado é uma “empresa laranja”.

Adentrando no mérito, aduz que foram ilegais a desclassificação da escrita e a exclusão de benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799 de 09/05/2000. Diz que, com a celebração do Termo de Acordo, ficou evidente que a empresa achava-se em situação

regular com a SEFAZ, não podendo ser desenquadrada pelo auditor, salvo nos termos previstos no art. 7-A, do Decreto nº 8.409 de 26/12/2002. Frisa que apenas as operações posteriores ao referido desenquadramento estariam fora do benefício, pois a lei não pode retroagir para prejudicar.

Reafirma que a exigência relativa à diferença entre os valores registrados no HD e os lançados na escrita fiscal é indevida, pois nem todos os recursos lançados são decorrentes de venda de mercadorias tributadas. Explica que, por operar no ramo de supermercado, comercializa também com produtos isentos ou tributados antecipadamente. Alega que deveriam ser deduzidos os créditos fiscais dos valores autuados, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do imposto, o que implica nulidade do arbitramento.

Quanto à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, referente a mercadorias constantes de notas fiscais retidas pelo sistema CFAMT, aduz que o fisco deveria comprovar a efetiva entrada das mercadorias. Solicita revisão fiscal e a improcedência do Auto de Infração.

Tempestivamente, às fls. 1.262 a 1.268 dos autos, os litisconsortes ADRYANA GUIMARÃES RONDELLI, FRANCISCO LUIZ RONDELLI, OLGA ROSANA GOMES MARTINELI RONDELLI, CARLOS ROBERTO GUIMARÃES RONDELLI, ALÉCIO LEANDRO RONDELLI JÚNIOR, LEILA CRISTINA CAMPOS RONDELLI e ALEXANDRE WALACE RONDELLI, citados, às fls. 1.217 a 1.230 dos autos, como responsáveis diretos pelo pagamento do Auto de Infração, apresentam impugnação ao presente lançamento, alegando que não são sócios e nem detêm qualquer vínculo com a empresa autuada, não podendo figurar na condição de responsável tributário, já que não têm legitimidade para figurar no pólo passivo da presente relação jurídica tributária. Citam o art. 18, IV, “b”, do RPAF/99, Dizem que não é possível a despersonalização da pessoa jurídica, “*in casu*”. Requerem a sua exclusão da imposição, que dizem ser injusta, ilegal e abusiva.

Na informação fiscal, o autuante afirma que não houve cerceamento de defesa, pois a totalidade das vendas de mercadorias encontra-se registrada no arquivo CRADTLIQ.DBF, do computador apreendido no estabelecimento da empresa REDE SUL DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA. Diz que o referido arquivo foi copiado pela Secretaria da Fazenda com autorização judicial (Processo nº 296/03 - fls. 1.193 a 1.214 – vol. 5) e que os recibos de Recepção de Arquivos Eletrônicos estão anexados às fls. 1.207 a 1.210. Enfatiza que os dados registrados em meios magnéticos são válidos como prova, tendo em vista que eles retratam os valores expressos em documentos fiscais e não fiscais que acobertaram vendas de mercadorias e que não foram registrados nos livros fiscais próprios, conforme demonstrado às fls. 1.030 a 1.192 (documentos fiscais registrados tanto no arquivo eletrônico quanto na escrita fiscal) e às fls. 750 a 795 (documentos não fiscais registrados apenas no arquivo eletrônico). Ressalta que o contribuinte foi notificado, em 25/11/2003, consoante intimações encaminhadas para o endereço do autuado (fls. 1.231 e 1.232).

Afirma que as pessoas sem vínculos com o autuado são as sócias da empresa Rondelli & Rondelli Ltda, contra a qual existe o Processo nº 296/03, sendo elas diretamente responsáveis pela administração dos negócios da empresa, conforme provam os documentos anexados às fls. 1.213 (procuração tendo como outorgante a empresa autuada e como outorgado o Sr. Francisco Luiz Rondelli) e 1.214 (procuração na qual o autuado está sendo representado pela Sr.<sup>a</sup> Adryana Guimarães Rondelli e outorga poderes ao Sr. João Carlos Tourinho Álvares e Outros, para exercer as atividades previstas no Regulamento Aduaneiro).

Aduz que todas as operações realizadas e lançadas na sua escrita fiscal foram auditadas e consideradas, tendo sido os valores lançados confrontados com as vendas registradas nos arquivos eletrônicos, do que resultou o montante das operações de vendas sonegadas.

Assevera que para os pedidos arrolados na autuação foram expedidos boletos bancários, emitidos e processados pelo Sistema de Cobrança Bancária da Caixa Econômica Federal, todos visados pelos adquirentes das mercadorias e efetivamente pagos. Anexa às fls. 1.310/1.601 o resultado da auditoria realizada nos boletos bancários listados no relatório Extrato de Movimentação de Títulos – CEF, para demonstrar que dos 3.382 boletos arrolados, existem 1.367 que não possuem a

correspondente nota fiscal. Elabora novos demonstrativos de débito (fls. 1.292/1.294) para estabelecer, por proporção e em função da espécie da mercadoria e da alíquota, o montante do ICMS no valor de R\$903.500,83, devido sobre a receita sonegada relativa à infração 03.

Quanto à infração 2, o autuante esclarece que o Termo de Acordo já estava cassado de ofício pela autoridade competente, conforme documento às fls. 1.295 e 1.296. Diz que a autuação por fatos anteriores ao desenquadramento está prevista no §1º do inciso I da cláusula quinta do Termo de Acordo, que prevê que “o imposto incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do presente Termo de Acordo será considerado integralmente devido, desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício da redução nele prevista”.

No tocante às infrações 4 e 6, ressalta que as notas fiscais não registradas foram coletadas pelo CFAMT e pelo SINTEGRA. Diz que as notas fiscais foram emitidas por fornecedores do autuado.

Opina pelo indeferimento do pedido de diligência, pois entende que os elementos que provam as acusações estão nos autos. Diz que o contribuinte não se defendeu das infrações 1, 7 e 8. Requer a procedência parcial do Auto de Infração, em virtude da retificação do débito da infração 3.

Em 30/01/04, conforme documento à fl. 1.627 do PAF, o contribuinte recebeu cópia do Demonstrativo de Débito de fls. 1.288/1.291, do Levantamento Fiscal de fls. 1.292/1.294, da Tabela de fls. 1.310/1.419 e da Cópia do Relatório Extrato de Movimentação de Títulos de fls. 1.420/1.601. Todavia, o contribuinte não se manifestou sobre as cópias dos referidos documentos.

Considerando que no Termo de Entrega de Documentos de fl. 1.627 não ficou consignado que o sujeito passivo teria o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, o PAF foi enviado à INFAZ Eunápolis para que fosse dada ao autuado ciência do referido prazo. Novamente, o contribuinte não se manifestou no prazo regulamentar.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0240-02/04, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte.

A solicitação de diligência foi indeferida, pois a Junta de Julgamento considerou que as provas existentes nos autos eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

A Junta de Julgamento Fiscal afastou as preliminares de nulidade da seguinte forma:

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

Ao adentrar no mérito, o ilustre relator manteve as infrações 1, 5, 7 e 8, uma vez que o autuado não se defendeu dessas acusações.

A infração 2 foi julgada procedente, tendo o relator assim fundamentado a sua Decisão:

*Infração 02 – exige o imposto no valor de R\$430.323,94, inerente aos exercícios de 2001 e 2002, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, em virtude da prática fraudulenta de realizar operações de vendas sem emissão de documento fiscal ou com documento inidôneo, conforme autorização legal expressa no §1º da*

*cláusula quinta do Termo de Acordo, firmado com base no Decreto 7.799/2000, consoante demonstrativos às fls. 320 a 673 dos autos.*

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

A infração 3 foi julgada procedente em parte. O débito tributário foi reduzido de R\$ 1.675.181,42 para R\$ 903.500,83, tendo o ilustre relator decidido a questão com a seguinte fundamentação:

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

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

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

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

Por seu turno, as infrações 4, 5 e 6 foram julgadas procedentes pela Primeira Instância.

Considerando o valor da desoneração do sujeito passivo, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o autuado apresentou Recurso Voluntário, onde alegou que não houve a devida apreciação dos argumentos contidos na defesa apresentada.

Quanto à infração 2, o recorrente alega que houve ilegalidade no procedimento do autuante. Diz que, uma vez firmado o Termo de Acordo previsto no art. 7º do Decreto nº 7.799/00, a empresa estava em situação regular e, portanto, o fiscal não poderia efetuar, por conta própria, o desenquadramento. Frisa que o art. 7º-A do Decreto nº 7.799/00, cujo teor transcreveu, prevê que o desenquadramento só pode ocorrer com a prévia denúncia do Termo de Acordo, portanto, mesmo em caso de descumprimento de qualquer cláusula do citado Termo a empresa não poderia ser autuada antes de cientificada da denúncia do Termo de Acordo. Aduz que a autoridade competente para efetuar a citada denúncia é o Chefe da Região Fiscal.

Alega que somente as operações posteriores ao desenquadramento estariam fora do benefício, pois a lei não pode retroagir para prejudicar. Ressalta que só teve ciência da “cassação” quando impetrou o presente Recurso Voluntário, pois só veio a ser juntada aos autos após a impugnação do procedimento do autuante, como fica evidenciado pela numeração das folhas do processo. Transcreve artigos do Código Tributário Nacional para embasar sua alegação.

Referindo-se à infração 3, o recorrente afirma que não houve omissão de saída de mercadorias tributáveis, pois a existência de boletos bancários e de notas de pedidos de mercadorias não comprovam a efetiva saída de mercadorias. Diz que o autuante deveria ter comprovado que para cada boleto bancário ou nota de pedido houve a saída da mercadoria correspondente. Frisa que quando a presunção está prevista na lei cabe ao contribuinte comprovar a inexistência da infração, porém quando a presunção não tem previsão legal o fisco é que deve provar a sua suspeita. Solicita a improcedência da infração, pois a exigência fiscal baseada em presunção que não tem respaldo na legislação tributária estadual.

Assevera que a multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7014/96, está equivocada, pois tal pena só é cabível para as operações realizadas sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo. Menciona que para as infrações decorrentes de levantamento fiscal é admissível a multa de 70%, capitulada no art. 42, III, da citada Lei. Em seguida, discorre sobre presunção e, ao final, solicita a nulidade ou improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, às fls. 1.677 e 1.678, emitiu Parecer, afirmando que, em relação à infração 2, a cláusula 5ª do Termo de Acordo para a fruição da redução da base de cálculo prevê que, no caso de utilização de documentos inidôneos ou de falta de emissão de nota fiscal, o benefício fiscal será suspenso. Aduz que, às fls. 1.295 e 1.296, resta demonstrado que o benefício fiscal foi denunciado pelo fisco, devendo o imposto ser apurado sem o benefício fiscal, nos termos do art. 38 da Lei nº 7.014/96.

Quanto à infração 3, diz que, na busca e apreensão judicial realizada na empresa Rede Sul de Dist. e Logística Ltda., foram encontrados inúmeros boletos bancários visados e pagos pelos adquirentes das mercadorias, sem que houvesse a emissão da correspondente nota fiscal. Diz que esse fato, no seu entendimento, demonstra sem sombra de dúvida que o recorrente efetuou venda de mercadoria desacompanhada de nota fiscal.

Afirma que a multa de 100% foi aplicada corretamente, pois não se apurou a falta de emissão de nota fiscal por presunção, como na hipótese do art. 42, III, da Lei 7014/96. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

De acordo com os despachos à fls. 1.679 e 1.288/89, o Parecer foi ratificado pela Procuradora Assistente e pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS. Também nesses despachos foi solicitada a juntada aos autos de cópia da intimação que cientificou o autuado do cancelamento do Termo de Acordo celebrado entre o contribuinte e a SEFAZ.

Às fls. 1.694 a 1.710 e 1.712 a 1.718, foram acostadas ao processo fotocópias de documentos referentes ao Regime Especial concedido ao recorrente para recolher o ICMS devido por antecipação tributária sobre as mercadorias elencadas na Portaria nº 270/93.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ Eunápolis para que o pedido da PGE/PROFIS fosse atendido conforme foi solicitado, isso é, juntando ao processo cópia da intimação que cientificou o recorrente do cancelamento do Termo de Acordo previsto no art. 7º do Decreto nº 7.799/00. A diligência foi atendida e, às fls. 1.724 a 1.725, os documentos solicitados foram anexados ao processo.

Encaminhado à PGE/PROFIS, a Procuradora do Estado, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, reiterou o Parecer de fls. 1.677 e 1.678.

## VOTO

Ao iniciar a análise do Recurso Voluntário, o qual trata das infrações 2 e 3 observo que as preliminares de nulidade foram devidamente afastadas pelo relator da Decisão recorrida, contudo, antes de adentrar no mérito da lide, passo a apreciá-las, uma vez que o recorrente volta a abordar as mesmas questões no Recurso interposto.

A presente ação fiscal foi iniciada com o Mandado de Busca e Apreensão expedido contra a Rede Sul de Distribuição e Logística Ltda., conforme o Processo nº 0296/03. Nessa operação, foram apreendidos diversos documentos e um *hard disk*, onde estavam registradas operações de saídas de mercadorias efetuadas pelo estabelecimento autuado sem lançamento na escrita fiscal. Os dados registrados em meio magnético são válidos e servem como meio de prova e, além disso, o recorrente não trouxe ao processo provas de que os dados constantes no *hard disk* apreendido e copiado pela fiscalização não correspondiam às operações realizadas pelo seu estabelecimento. Do mesmo modo, não acato a alegação de que houve arbitramento da base de cálculo do imposto, pois tal fato não restou comprovado nos autos.

Foram entregues ao Sr. Rogério Teodoro dos Santos, contador e sócio gerente do estabelecimento autuado, cópia dos demonstrativos e levantamentos que instruem o processo (fls. 30 e 1.627). Mediante diligência saneadora, foram entregues ao recorrente cópia dos demonstrativos e documentos acostados ao processo quando da informação fiscal, tendo sido concedido ao sujeito passivo o prazo de lei para manifestação.

Por fim, verifico que o lançamento encontra-se embasado em demonstrativos e em cópia de livros e documentos fiscais acostados ao PAF. As infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos, e o recorrente se defendeu abordando todos os fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório.

Pelo acima exposto, deixo de acatar as preliminares de nulidade levantadas pelo recorrente.

Adentrando no mérito, constato que, em relação à infração 2, o recorrente alega que os argumentos contidos na defesa não foram apreciados pela Junta de Julgamento Fiscal. Todavia, tal fato não ocorreu, uma vez que o relator da Decisão recorrida rebateu os argumentos defensivos quando fundamentou a sua Decisão na Cláusula quinta, § 1º do inciso I do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, bem como no art. 38 da Lei nº 7014/96.

A utilização da redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00 é condicionada à celebração de Termo de Acordo firmado entre a SEFAZ e o interessado. No caso

em tela, o Termo de Acordo foi celebrado e, posteriormente, foi denunciado pela SEFAZ, tendo sido o recorrente cientificado da denúncia em 26/12/02, conforme documentos às fls. 1.724 e 1.725.

Para o deslinde dessa questão, é importante observar qual a legislação que vigia à época dos fatos geradores, pois o art. 7º-A citado pelo recorrente só foi acrescentado ao Decreto nº 7.799/00 em 26/12/02, por meio do Decreto nº 8.409, publicado no DOE de 27/12/02, com efeitos a partir de 27/12/02. No Decreto nº 7.799/00 vigente à época não existia o referido artigo 7º-A. Portanto, a legislação então vigente não exigia a prévia comunicação ao contribuinte da denúncia do Termo de Acordo. A prévia comunicação só passou a ser exigida a partir de 27/12/02 e, coerentemente, o autuante não exigiu imposto a partir do mês de dezembro de 2002. Além disso, é importante frisar que a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 é um benefício fiscal condicionado e, portanto, a interpretação da legislação pertinente deve ser feita de forma literal.

De acordo com a legislação vigente à época, a perda do benefício fiscal estava regida pela Cláusula quinta do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/00, cujo teor transcrevo a seguir, para melhor entendimento da questão.

*Cláusula quinta – Implicará na imediata suspensão do direito de fruição do benefício a que se refere o presente Termo de Acordo o cometimento das infrações tipificadas a seguir, decorrentes de atos praticados pela ACORDANTE após a data de vigência deste Termo:*

*a) realização de operação ou prestação sem documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;*

*b) entrega de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal;*  
[...]

*f) adulteração ou falsificação de documentos e livros fiscais ou contábeis;*  
[...]

*Parágrafo primeiro – Tendo sido julgado procedente, em Decisão definitiva no âmbito administrativo, o lançamento de ofício correspondente a uma ou mais infrações previstas no “caput” desta cláusula:*

*I – o imposto incidente nas operações ocorridas a partir da assinatura do presente Termo de Acordo será considerado integralmente devido, desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício da redução nele prevista.*

Tendo em vista que o autuado comprovadamente cometeu as infrações citadas nas alíneas “a”, “b”, e “f” acima, conforme provam os documentos às fls. 1.297 a 1.306, a fruição da redução da base de cálculo fica suspensa e o imposto deve ser exigido, desde a ocorrência dos respectivos fatos geradores, sem o benefício previsto no citado Termo de Acordo, como manda a legislação vigente à época.

Nos autos não há prova que a exigência fiscal tenha incidido em ilegalidade, assim como não há a impossibilidade da autuação por fatos anteriores a denúncia do citado Termo de Acordo, como alega o recorrente.

Considero, portanto, que está comprovada a indevida redução da base de cálculo e, em consequência, a infração 2 está caracterizada, sendo devidos os valores nela exigidos, conforme decidiu a 2ª JF.

Quanto à infração 3, ressalto que a exigência fiscal não está baseada em presunção, e sim, no confronto entre os dados consignados no *hard disk*, nos boletos e nos pedidos de mercadorias com os registrados nos livros fiscais. Os dados das operações de saídas obtidos mediante o mandado de busca e apreensão (*hard disk*, boletos e pedidos) são válidos e constituem provas das operações ali registradas.



Saliento que não há nenhuma necessidade da realização de levantamento quantitativo de estoque para caracterizar a infração que está sendo imputada ao recorrente. Os documentos apreendidos e acostados ao processo comprovam a omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Quanto à alegação recursal de que dentre as operações de saídas omitidas havia saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por antecipação, entendo que tal fato não restou comprovado nos autos, pois o recorrente não trouxe provas dessa sua alegação.

No que tange à multa aplica, no percentual de 100%, a mesma está correta e não merece reparo, pois é a prevista no art. 42, inc. IV, al. “h”, da Lei nº 7014/96, para a irregularidade apurada, uma vez que está comprovada a fraude fiscal. Não se pode aplicar a multa prevista no inciso III do citado artigo, porque a irregularidade não foi apurada mediante levantamento fiscal e nem se enquadra nos demais casos previstos no referido inciso.

Em face do acima exposto, considero que a infração está caracterizada e que é cabível a multa indicada na autuação. Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

No que tange ao Recurso de Ofício, o qual trata da infração 3, que foi julgada procedente em parte, passando o débito tributário de R\$ 1.675.181,42 para R\$ 903.500,83, o meu posicionamento é o seguinte.

Na infração em tela, o recorrido está sendo acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributadas, tendo sido a irregularidade constatada mediante o cotejo dos valores informados nos livros Registro de Saídas e os constantes no Arquivo Eletrônico denominado de “*Cadastro de Títulos Liquidados – CRADTLIQ. BDF*”, apreendido judicialmente.

As provas carreadas ao processo atestam, de forma cabal, a acusação imputada ao recorrente, fato que foi acertadamente reconhecido pelo ilustre relator da Decisão recorrida. Ressalto que, originalmente, o autuante considerou todas as operações sonegadas como sendo tributáveis, bem como aplicou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo do imposto exigido no lançamento.

A apuração do imposto foi refeita pelo próprio autuante quando prestou a informação fiscal, por entender que deveria considerar as operações sonegadas proporcionalmente às prestações isentas, sujeitas à substituição tributária e as alíquotas utilizadas pelo recorrido. O cálculo do imposto foi refeito (fls. 1.292 a 1.294) e o débito tributário passou de R\$ 1.675.181,42 para R\$ 903.500,83. Essa redução do imposto devido foi acatada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Analisando o processo, especialmente o novo demonstrativo de apuração do imposto devido, considero, com o devido respeito, que os ilustres autuante e relator da 1ª Instância laboraram em equívoco ao considerarem as operações de saídas omitidas proporcionalmente às operações não tributadas, bem como quando utilizaram como alíquotas percentuais variáveis e não previstos na legislação tributária estadual.

A princípio, caberia ao recorrido comprovar qual o percentual das operações omitidas era referente a mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição tributária, uma vez que foi ele quem adotou o procedimento irregular de dar saída a mercadorias desacompanhadas da devida documentação fiscal. Contudo, o recorrido não trouxe aos autos elementos suficientes para comprovar o montante das saídas que, supostamente, não incidiriam mais tributação, dentre aquelas omitidas.

O autuante, por sua vez, considerou as omissões proporcionalmente, porém não trouxe ao processo elementos que comprovassem quais as mercadorias cujas saídas foram omitidas e, em consequência, qual o percentual que correspondia às mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição tributária. Essa impossibilidade de comprovar esse percentual decorre do fato de que as mercadorias foram vendidas desacompanhadas de documentação fiscal.

Quanto os percentuais que foram utilizados como alíquotas pelo autuante na informação fiscal, entendo que o critério utilizado não possui qualquer respaldo legal. As operações arroladas na autuação foram efetuadas sem notas fiscais e, portanto, foram operações irregulares. Nessa situação, deve ser aplicada a alíquota interna de 17%.

Efetivamente, os boletos e os pedidos de mercadorias acostados às fls. 753 a 795 dos autos são, em parte, referentes a mercadorias com o imposto pago por substituição tributária. Todavia, esses documentos não servem para comprovar que as operações omitidas e arroladas na autuação foram do mesmo tipo, pois eles são pertinentes ao período de 15/08/2002 a 19/09/2002, ao passo que a autuação cuida de operações ocorridas no período de setembro de 2.000 até julho de 2002.

Considerando que nem o recorrente e nem o autuante comprovaram qual o percentual das mercadorias isentas, não tributadas e com o imposto pago por substituição tributária, o imposto deve ser apurado sobre o total das saídas omitidas – não é sensato admitir que alguém omita operações de mercadorias não tributadas – e com a aplicação da alíquota interna de 17%, uma vez que as saídas foram efetuadas de forma irregular. Ademais, dentre os regimes de apuração do imposto, a legislação tributária estadual não prevê a apuração com base em médias aritméticas.

Em face do exposto acima, considero que a infração está caracterizada, sendo devido o valor originalmente exigido na infração em tela, no valor de R\$ 1.675.181,42.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para restabelecer o valor do débito tributário originalmente exigido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293259.0802/03-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.308.144,66**, sendo R\$166.463,19, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$2.141.681,47, acrescido das multas de 50% sobre R\$39.709,22; 60% sobre R\$593.254,02 e 100% sobre R\$1.508.718,23, previstas, respectivamente, no art. 42, I, “a”; II, “a” e “d”, VII, “a” e IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$5.544,81** com os devidos acréscimos legais, e **R\$90,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, IX e XX, “a”, da referida lei, com redação dada pela Lei nº 8.534/02.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, José Carlos Barros Rodeiro e Fauze Midlej.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS