

PROCESSO - A. I. Nº 206766.0010/03-0
RECORRENTE - MAX SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0232-03/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 03/06/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0156-11/05

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIFERENÇA APURADA NO COTEJO ENTRE A RECEITA DE VENDAS DE MERCADORIAS DECLARADA NOS LIVROS FISCAIS E NAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Restou demonstrado que o contribuinte deixou de oferecer à tributação, receitas de vendas de mercadorias, em decorrência do confronto entre o escriturado nos livros fiscais e os arquivos constantes em *Hard Disk* apreendido por ordem judicial. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Consoante o disposto no art. 195 do CTN é obrigatório a apresentação de documentos relacionados à irregularidade sob investigação. Não acatado o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração decorrente das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através do cotejo entre os valores informados no livro Registro de Saídas e os informados no relatório “Razão Analítico”, decorrente de uso irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);
2. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em virtude de ter aplicado a alíquota de 12% quando deveria ter utilizado 17%, nas saídas registradas no ECF 2, no período de 21/09/2002 a 15/10/2002.
3. Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. A declaração de IRPJ 2002-2003, intimação de fl. 17, e diversos comprovantes relativos ao Contrato de franquia, conforme intimação de 11/09/2003 à fl. 23.

Sustenta a Decisão recorrida que:

- nega o pedido de diligência formulado pelo contribuinte, haja vista que se encontram nos autos, todos os elementos necessários à formação de sua convicção como julgadora, a teor do que dispõe o art. 147, inciso I do RPAF/99;
- quanto ao argumento preliminar de que o sujeito passivo não teria tomado conhecimento da acusação, em sua inteireza, por não lhe ter sido fornecido cópia dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por se tratar de matéria de estrita legalidade, esta 3ª JF deliberou que os autos fossem remetidos em diligência à Inspetoria de origem, para que fossem fornecidas ao autuado, todas as cópias dos documentos que lhe interessassem, com a

conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 dias, a fim de salvaguardar o sagrado princípio do contraditório e o da ampla defesa;

- em consonância com o § 2º do artigo 18 do RPAF/99 não há razão para a declaração de nulidade da autuação;
- no mérito, na infração 1 foi detectada omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através do cotejo entre os valores informados no livro Registro de Saídas e os informados no relatório “razão Analítico”, decorrente de uso irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal –ECF.
- cabe ressaltar que, a ação fiscal teve como ponto de partida a apreensão judicial de diversos documentos, inclusive um *Hard Disk*, encontrados na empresa Rondelli & Rondelli Ltda., (localizada na cidade de Eunápolis), empresa que centraliza o controle administrativo-financeiro de todos os estabelecimentos do Grupo Rondelli, assim como do estabelecimento do autuado.
- o autuante salientou, em sua informação fiscal, que a omissão de receita detectada, está comprovada pela farta documentação juntada ao PAF, como pode ser verificado: a) nos Demonstrativos dos Razões Auxiliares elaborados com base nos dados extraídos da imagem do *Hard Disk* apreendido pela Justiça, e confirmados pelos dados constantes nos Razões Analíticos impressos (fls. 63 a 602), cópias dos Mapas Resumo de Equipamento de Controle Fiscal (fls. 603 a 766), cópias dos livros Registros de Saídas (fls. 767 a 815), cópias das leituras X apreendidas sem registro (fls. 816 a 941) e leitura de memória Final dos ECFs (fls. 942 a 944).
- coaduna com a posição do preposto fiscal, pois o contribuinte, não apontou especificamente, nem apresentou as provas de que foram considerados, no levantamento fiscal, empréstimos ou financiamentos, receitas oriundas de vendas de bens imóveis, veículos ou outros bens ou receitas oriundas de locação de imóveis ou pagamentos de vales tomados por funcionários, como mencionado na peça defensiva.
- como o sujeito passivo não trouxe aos autos, e como lhe cabe o ônus, as provas do montante de saídas de mercadorias isentas, ou com tributação antecipada, no período fiscalizado, não há como efetuar a sua dedução.
- não há como acatar a alegação do contribuinte, 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.
- ficou demonstrado que as receitas omitidas foram oriundas de vendas de mercadorias, que supostamente foram registradas em equipamentos emissores de cupom fiscal (ECFs), mas como o contribuinte não apresentou os arquivos magnéticos com os Registros 54 e 60 R, o que dificultou a ação fiscal, torna-se impossível a determinação de quais os itens que efetivamente saíram de seu estabelecimento, razão pela qual foi aplicada a alíquota de 17% sobre o total da receita omitida.
- as decisões trazidas pelo autuado, proferidas por Tribunais Administrativos de outros Estados e da Bahia, não podem ser aplicadas ao presente lançamento, pois são casos concretos diferenciados do presente.
- cabe a aplicação do art. do 143 do RPAF/99: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

- como o contribuinte não procedeu à juntada dos documentos fiscais, por ocasião de sua defesa, não há como não aplicar a alíquota de 17% para as saídas cujo imposto de circulação de mercadorias não foi oferecido à tributação, sendo legítima a exigência fiscal.
- na infração 2 o sujeito passivo, mais uma vez, deixou de acostar aos autos as provas da veracidade de suas alegações, limitando-se a requerer a realização de “perícia” para comprovar suas assertivas. Ocorre que tais provas deveriam ter sido apresentadas pelo autuado, pois é quem detém os livros e documentos fiscais de sua escrituração, até mesmo para fundamentar seu pedido de realização de diligência, como determina o artigo 145, do RPAF/99, razão pela qual, inclusive, foi indeferida a solicitação de diligência.

Deste modo, o cometimento da infração restou comprovado, e deve ser mantida a exigência fiscal relativa a este item.

- na infração 3, o autuante detectou o descumprimento de obrigação acessória, em razão da falta de apresentação de diversos documentos, tais como: Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, do Contrato de Franquia, dos comprovantes de pagamento dos Royalties, da Taxa de Franquia, dos Seguros de Franquia, conforme intimação de 11/09/2003, às fl. 23.
- o contribuinte lança mão do argumento de que os documentos solicitados não são documentos obrigatórios, nem previsto no RICMS nem no Código Comercial, assim não poderá ser apenado por falta de previsão legal, no que discorda haja vista a advertência contida no artigo 195 do CTN.
- face ao poder-dever que dispõe a autoridade fazendária, no exercício de sua competência funcional, é legítima a intimação para apresentação dos documentos relativos a esta infração, cabendo a aplicação da multa pelo seu não atendimento.

Conclui pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente apresentou Recurso Voluntário no qual alega:

- descabimento do indeferimento da diligência fiscal pela JJF e a improcedência da autuação em face do resultado do laudo pericial emitido pela Coordenação de Fraudes em Informática, acostado ao PAF às fls. 1307 a 1312;
- inexistência de omissão de saídas de mercadorias, em virtude do resultado do laudo pericial atestando a originalidade dos softwares e a inexistência de ligações não autorizadas;
- a tributação indiscriminada de mercadorias isentas ou não tributadas.

Remetidos os autos para a PGE/PROFIS para análise e Parecer, esta, sustenta que estão ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido. O contribuinte não apresenta nenhum argumento ou documento capaz de descaracterizar o acerto do procedimento fiscal, fulcrado nos termos da legislação tributária vigente.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe destacar que procede o indeferimento do pedido de diligência formulado pelo recorrente, uma vez que se encontram nos autos elementos necessários a minha convicção.

No mérito, verifico que a infração 1 está embasada na constatação de omissão de saídas de mercadorias apuradas através do cotejo entre os valores informados no Livros Registro de Saídas e os registrados no relatório denominado “Razão Analítico”, obtido das informações constantes nos arquivos encontrados no “HARD DISK - HD” apreendido por ordem judicial a pedido do Ministério Público.

O recorrente traz ao processo parte do laudo técnico referente ao equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), periciado pela polícia técnica, visando demonstrar que as conclusões deste referido laudo elidem a infração imputada pela fiscalização, já que não foi apurada pelos peritos qualquer violação ou adulteração do equipamento. Ocorre que os elementos probatórios em que se fundamenta a autuação não se restringem ao uso irregular do ECF apreendido, mas na grande quantidade de documentos coletados por determinação judicial.

Disso resulta que os laudos que atestam a idoneidade do ECF em nada interessam à lide, já que o cerne da acusação é a diferença apurada nas escritas apreendidas pelo fisco e a declarada pelo sujeito passivo, não havendo qualquer vinculação desse fato à fraude nos lacres ou na memória do ECF.

Da mesma forma, não há como se acolher os argumentos defensivos de que parte da receita apurada pelo fisco se refere a operações de empréstimos, financiamentos, vendas de imóveis, veículos e outros bens, receitas de locações e vales tomados por funcionários, pois o recorrente não apresentou provas documentais que evidenciassem as suas alegações.

Quanto à infração 2, constato que o recorrente não acostou aos autos as provas da veracidade de suas alegações, limitando-se a requerer a realização de “perícia” para comprovar suas assertivas. Dessa forma, o cometimento da infração restou comprovado, devendo, portanto, ser mantida a exigência fiscal relativa a este item.

Por fim, no que diz respeito à infração 3, observo que o autuante detectou o descumprimento de obrigação acessória, em razão da falta de apresentação de diversos documentos, tais como: Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, do Contrato de Franquia, dos comprovantes de pagamento dos Royalties, da Taxa de Franquia, dos Seguros de Franquia, conforme intimação de 11/09/2003, às fl. 23, devendo, portanto, ser mantida a multa.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206766.0010/03-0**, lavrado contra **MAX SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.383,83**, acrescido da multa de 100% sobre R\$31.183,16 e 60% sobre R\$200,67, previstas no art. 42, IV, “h”, II, a da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$90,00**, prevista no art. 42, XX, “a”, da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS