

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 - 12/04/2005

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0099-03/05

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIAS ENTRE AS VIAS DO MESMO DOCUMENTO FISCAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. **b)** DIFERENÇAS ENTRE OS VALORES LANÇADOS NAS ESCRITAS FISCAL E A CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatou-se que as receitas de vendas declaradas no Balanço Patrimonial divergem das que foram informadas ao Fisco Estadual. Infração subsistente. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO NAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS 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. 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/05/2003, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$1.247.496,48, acrescido das multas de 60%, 70% e de 150%, em decorrência:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, por divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais. Consta na descrição dos fatos que “o contribuinte praticou, de forma contumaz, o calçamento de notas fiscais. A infração foi detectada relativamente aos meses de agosto e setembro de 2002, pois, somente para estes meses, o fisco teve acesso às vias que mostram a divergência”. Os documentos foram obtidos por meio de ação do fisco estadual juntamente com a Secretaria de Segurança Pública, por autorização judicial de Busca e

Apreensão, no estabelecimento do contribuinte. Valor do débito: R\$87.514,98;

2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas. Consta na descrição dos fatos que “o contribuinte adquiriu mercadorias diversas utilizando 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). Valor do débito: R\$495.661,20;
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88: charque, açúcar e farinha de trigo (exercícios de 1999, 2000 e 2002). Valor do débito: 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). Valor do débito: R\$601.515,30.

O autuado, em sua impugnação (fls. 2075/2087), suscita preliminar de nulidade alegando cerceamento do direito 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. Disse que os documentos que integraram o presente Auto de Infração somente lhe foram fornecidos após a intimação, quando se dirigiu à repartição fazendária. Sendo assim, argumenta que foi impedido 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, alegando que houve perda da 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 para nulidade da ação fiscal, o defendente apontou a ausência de prorrogação da Ordem de Serviço nº 532174/02, bem como a ausência de nova intimação ou termo apropriado. Entendeu que foi descumprido art. 28, § 1º, RPAF/BA, implicando nulidade do lançamento, bem como a reabertura do prazo para denúncia espontânea até que fosse concluído novo procedimento fiscal.

No mérito, em relação à primeira infração (calçamento de notas fiscais), confirmou que as notas fiscais apreendidas apresentam divergências entre as suas vias. Contudo, entende que, como declararam os próprios autuantes, elas foram apreendidas no seu estabelecimento, e não restou provado que as mesmas teriam circulado ou se prestado para acobertar o trânsito de mercadorias. Observou que nesses documentos fiscais 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. Apresentou o entendimento de que, 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”. Requer a conversão da infração apontada em multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97.

Infração 02: em relação aos exercícios de 1999 e 2000 alega que a forma como foi apurada,

representa “um exercício de ilógicas suposições, constituindo-se apenas numa presunção não prevista em lei, haja vista não contemplada no § 3º, do artigo 2º do RICMS”. Afirma que os prepostos fiscais presumiram que foram adquiridas mercadorias com a inscrição de outros contribuintes, “somente pelo fato de que outro contribuinte localizado em uma região próxima também teria comprando em algumas oportunidades, as mesmas mercadorias”. O autuado ressaltou que as notas fiscais que instruem o PAF foram obtidas diretamente do fornecedor, inexistindo qualquer comprovação de que as mesmas tivessem circulado nas dependências do seu estabelecimento. Disse que os autuantes 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 de as mercadorias adquiridas pela empresa terem dividido o veículo transportador com terceiros. Argumentou, ainda, que “à luz dos elementos fornecidos pelos autuantes, não existe qualquer documento que comprove a presunção” da fiscalização, “carecendo este item de qualquer caracterização como ilícito fiscal”.

Quanto ao exercício de 2002, impugnou o lançamento com base nos demonstrativos elaborados pelos autuantes alegando:

- 1) Demonstrativo A: disse que embora os autuantes tenham informado que as notas fiscais não foram escrituradas, não anexaram aos autos 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, alega que não existe prova da origem dos documentos acostados ao PAF.
- 2) Demonstrativo B: foram anexadas aos autos algumas duplicatas pagas pelas empresas ROCHA E FRANÇA e M X COMÉRCIO DE ESTIVAS. O contribuinte alega que não constam, nos autos, quaisquer elementos que comprovem que estas duplicatas foram pagas por ele, tais como cópia de cheques ou lançamentos contábeis ou bancários. Entende que a autuação partiu de uma suposição, carecendo de elementos comprobatórios. Afirma que o fato de algum documento de terceiros encontrar-se na sua posse, este fato não caracteriza qualquer irregularidade fiscal, não encontrando respaldo legal este tipo de presunção, que, “não constam quaisquer registros, sejam eles bancários, fiscais ou contábeis, de que as referidas promissórias tivessem sido pagas pelo autuado”.
- 3) Demonstrativo C: ressalta que os autuantes afirmaram que “o método utilizado pelo autuado consistia na baixa fraudulenta de passes fiscais e autorizações de carregamento em nome da A & P”. Disse que desconhece qualquer autorização de carregamento e que aquelas acostadas ao presente processo não possuem a assinatura de preposto da empresa, podendo ser considerado um documento inidôneo e imprestável. Com relação aos passes fiscais, afirma que “os mesmos dizem respeito unicamente à Fazenda Estadual e à 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.
- 4) Demonstrativo D: afirma que os autuantes utilizaram como elementos de prova, as autorizações de carregamento sem a assinatura de representante seu, e “tais documentos não representavam qualquer ato da empresa”, pois não possuem elementos que comprovem sua origem e autoria. Entende que “as declarações poderiam até ser aventadas 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, entende que não possuem qualquer relação específica com os pagamentos efetuados pela empresa.
- 5) Demonstrativo E: alega que neste demonstrativo não restou provado 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, entende que não existe a caracterização de qualquer irregularidade, e inexistindo fato tipificador da infração, não poderia haver cobrança de qualquer importância a título de omissão de saídas.

6) Demonstrativo F: da mesma forma como apontado no Demonstrativo C, argumenta que nunca adquiriu “farinha de trigo” através da inscrição de terceiros, conforme poderia ser verificado pela simples análise dos documentos acostados aos autos, que não guardam qualquer relação com as operações realizadas pela empresa. Em relação à baixa irregular do passe fiscal, afirma que caberia à própria Secretaria da Fazenda adotar as devidas providências junto aos envolvidos (empresa remetente e destinatária), “jamais contra o autuado, que não possui qualquer envolvimento com os fatos”. O autuado protestou, ainda, pelo fato de o estarem envolvendo com documentos pertencentes a terceiros, “com os quais não guarda qualquer nexo de autoria”. Ao mesmo tempo solicita que somente “sejam acatados documentos que tenham a devida ciência de seus representantes”, sob pena de gerar um levantamento fictício.

7) Demonstrativo G:- disse que, neste demonstrativo foi relacionado, de forma absurda e surreal, o pagamento de significativa quantia a uma única empresa referente à aquisição de material de embalagem, mas, “não consta nos autos qualquer cópia de depósito bancário realizado pelo autuado, e pior ainda, alegam os autuantes que tais depósitos teriam sido feitos com cheques de terceiros”, fato que os autuantes informam ter sido constatado nos computadores do autuado. Argumenta que não foi anexada ao presente processo a criptografia dos dados registrados no equipamento, por isso o defendente entende que inexistente qualquer elemento comprobatório. Observa que na relação apresentada não indicava o número do cheque, o banco emitente, e nem o recibo de depósito. Disse que considera totalmente nula a infração, não guardando qualquer caracterização do fato gerador do ICMS.

8) Demonstrativo H: o autuado disse que desconhece as notas fiscais relacionadas pelos autuantes, acreditando terem sido provenientes da aquisição de mercadorias por terceiros, sem o seu conhecimento. Lembra que “deste golpe” não poderia ser punido, por ter sido vítima, e espera que a Secretaria da Fazenda adote as devidas providências junto aos verdadeiros culpados.

Infração 03: o autuado alega que em relação a esta infração, cabem os mesmos argumentos expostos quando da análise dos demonstrativos A 99/2000, C 1 e F 1, em que não restou comprovada qualquer relação sua com as operações realizadas pelas empresas envolvidas. Disse que as autorizações constantes naqueles demonstrativos não possuem qualquer assinatura sua, nem estão respaldados com qualquer elemento que com elas o vinculasse, o mesmo em relação aos Passes Fiscais, que com eles não guardam qualquer relação, cabendo a sua declaração formal de inidoneidade.

Infração 04: apresentou o entendimento de que essa infração demonstra “a natureza superficial do levantamento realizado”, que gerou o crédito reclamado. Disse que os autuantes apuraram uma suposta omissão de saídas de mercadorias em decorrência do não lançamento de documento fiscal em livros fiscais próprios, 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). Afirma que tais documentos foram obtidos pelo fisco através de busca e apreensão autorizadas em ordem judicial. Prossegue dizendo que “tais documentos não possuem relação de legitimidade, podendo ser traduzidos como falsos, pois não apresentam a assinatura dos responsáveis pela empresa autuada (no caso a Senhora Neudjane Freitas Novaes), e nem foram assinados pelo seu contador”. Disse que se poderia verificar pela análise do citado documento que a assinatura imputada ao Sr. Luciano Silva Chaves “está falsificada, bem como o CRC indicado, que não é o do titular imputado”. Informou que, 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 fim, o defendente requer a revisão do presente lançamento, sua nulidade ou improcedência.

Os autuantes prestaram informação (fls. 2089/2107), contestando inicialmente, as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, com os seguintes argumentos: quanto à primeira alegação, reconheceram que, de fato, os demonstrativos foram entregues dias após a ciência do Auto de Infração. Entretanto, entendem que não assiste razão ao autuado, 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 isso, argumentam que 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. Ressaltaram que o processo permaneceu durante trinta dias na Repartição Fiscal, seguindo todos os trâmites determinados no art. 124 do RPAF/99, e a entrega dos demonstrativos consistiu numa gentileza prestada pelos autuantes, e apesar de o defendente ter alegado cerceamento do direito de defesa, por redução do prazo, protocolou sua petição faltando 3 dias para o advento do termo final, o que demonstra não ter havido qualquer prejuízo ao sujeito passivo.

Em relação à 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 as infrações apuradas. Lembraram que, consoante o disposto no 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 necessário confronto dos seus números chave com os números chave que se encontram no Recibo de Arquivos Eletrônicos (fl. 15), e dessa forma, 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, e o autuado faz apenas alegações, não apresentando nada, além das palavras.

Os autuantes disseram que estranharam o quarto argumento de nulidade, haja vista que, conforme consta à fl. 10 do PAF, houve a prorrogação da Ordem de Serviço.

No mérito, em relação à primeira infração, disseram que a exigência fiscal está embasada na documentação da empresa (fls.146/1567), sendo constatada divergência 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 defendente 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, o autuado não explicou a existência de vias dos mesmos documentos fiscais em seu estabelecimento com valores "calçados". 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 retornariam à empresa autuada para seu controle gerencial. Prosseguem dizendo que a documentação apreendida comprova as freqüentes denúncias contra o autuado, 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, é provável que esta irregularidade tenha ocorrido em outros períodos não constantes da apuração da infração. Disseram que é importante observar a fl. 147 do PAF, que se trata de uma folha de papel, reiteradamente utilizada para o calçamento dos documentos fiscais.

Infração 2: consideram que está suficientemente comprovada a irregularidade apurada, de acordo com os papéis e documentos acostados ao presente 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, e que, apesar da recente previsão 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, fizeram comentários em relação a cada um dos demonstrativos:

1) Demonstrativo A: encontra-se apensada no PAF a cópia do livro Registro de Entradas (fls. 42/83), no qual se constata a falta de registro das notas fiscais, que tiveram as respectivas duplicatas 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. Por isso, foi inevitável relacionar no Termo de Apreensão os grupos de documentos em função de suas características comuns.

2) Demonstrativo B: afirmaram que não procedem as alegações defensivas, o autuado não justificou o motivo de estar na posse de duplicatas quitadas, tendo como destinatários empresas localizadas em municípios de regiões distintas da Inspeção de Jequié (Itabuna, Irecê e Ilhéus). Perguntaram: Por que as autenticações dos pagamentos das mesmas eram sempre de agência bancária de Jequié, na qual o autuado é correntista? Por que 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.

3) Demonstrativo C: disseram que foram 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. 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.
- 4) Demonstrativo D: informaram que, para cada autorização de carregamento expedida pelo autuado em nome de firma localizada em outro estado, existe a correspondente planilha de despesas do respectivo veículo (obtido nos arquivos magnéticos apreendidos), em que se constata, 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) corroboram os fatos, haja vista não haver registro na escrituração do autuado de nenhuma aquisição daquele produto junto à Usina Cupim e à Usina Galo Bravo, em qualquer período.
- 5) 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 fornecedor na escrita fiscal do autuado, no mesmo período, evidenciam o grau de evasão de ICMS. Quanto à alegação de que os depósitos bancários poderiam ser de débitos mais antigos, os autuantes entendem que tal alegação complica ainda mais a situação do autuado, tendo em vista que, além de não haver comprovação do fato em seus registros fiscais, de exercícios anteriores, não estão lançados documentos fiscais emitidos pelo fornecedor em volume compatível com os pagamentos efetuados, e não seria razoável supor que empresas mantenham suas transações com clientes inadimplentes e continuem fornecendo normalmente seus produtos.
- 6) Demonstrativo F: da mesma forma explicada no Demonstrativo C, permanecem as constatações simultâneas 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.
- 7) 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, estão devidamente criptografados e encontram-se à disposição deste órgão julgador. Ressaltaram que os valores levantados refletem 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, presume-se a ocorrência de omissão de entradas de embalagem, o que, infelizmente, não pode ser reclamada pelo fisco em sua totalidade.

8) 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 no próprio estabelecimento autuado?

Infração 03: informaram que essa infração é decorrente da anterior e contempla aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à antecipação tributária (fls. 2023/2029).

Infração 04 - disseram que a infração foi constatada e provada através do confronto entre a demonstração contábil espelhada na DRE (Demonstração de Resultado do Exercício – fl. 2039) do sujeito passivo e os valores declarados pelo mesmo ao fisco estadual através das DMA's. (fls. 2041 a 2053). Observaram que o documento contábil que serviu para apurar a infração foi e é de conhecimento do autuado, 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. Acrescentaram, ainda, que se deve observar o demonstrativo encontrado em posse do autuado quando da ação de busca e apreensão (fl. 2040), o qual corrobora os números apresentados na mencionada DRE. Ressaltaram que este demonstrativo fazia parte do conteúdo dos arquivos magnéticos apreendidos. Concluíram requerendo a total procedência do presente lançamento.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu converter os autos em diligência à Infaz Jequié (fl. 2109) para que o autuado fosse intimado, comunicando-lhe a reabertura de prazo de defesa de 30 dias para, que pudesse apresentar novas razões de defesa, querendo, uma 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 defendente se dirigiu à Repartição Fiscal. Esta solicitação foi cumprida (fls. 2112/2113), e o autuado tomou conhecimento, mas não se manifestou.

Em 08/03/2004 o PAF foi convertido em nova diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 2117/2118) para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

Em relação à segunda infração, e quanto ao Demonstrativo A-99/2000, em que os autuantes tomaram como base as notas fiscais emitidas em nome da empresa Deoclécio de Oliveira, verificasse no Auto de Infração nº 269094.0081/00-2, se as notas fiscais relacionadas no mencionado Auto de Infração foram 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, 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, confrontando-os 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.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 0128/2004 (fls. 2120/2122), foi informado pelo diligente que em relação à infração 2 foram excluídas da presente autuação as notas fiscais 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 foi possível atender ao pedido uma vez que o autuado, embora intimado, não apresentou seus livros contábeis.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC 0218/2004, o impugnante não se manifestou (fl. 2228), e 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. Apresentaram o entendimento de que restou provado que o autuado foi o real adquirente das mercadorias acobertadas pela documentação fiscal relacionada nos demonstrativos acostados aos autos, sendo esse um dos fatores determinantes da autorização judicial de busca e apreensão dos documentos. Como houve duplicidade de exigência do tributo pelo mesmo fato gerador, entendem que por imposição legal, um deles deveria ser excluído, mas, por questão de justiça, afirmaram que a empresa Deoclécio de Oliveira deveria ser beneficiada com a exclusão do débito, e não o autuado.

O presente Auto de Infração foi julgado procedente em parte pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão JF nº 0291-04/04, fls. 2334 a 2351.

Em 30/08/2004 o autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 2366 a 2383), suscitando preliminarmente a nulidade da decisão proferida pela 4ª JF, por entender que não foi observado o princípio do contraditório, alegando que foram elaborados novos demonstrativos, e não foi concedido o prazo para as partes se manifestarem. Quanto ao mérito, o defendente contestou as infrações apontadas e, finalmente, ratificou o pedido de nulidade do julgamento proferido pela 4ª JF, pedindo, ainda, que se ultrapassada a preliminar, que o presente lançamento seja considerado improcedente.

A representante da PGE/PROFIS exarou parecer às fls. 2387 e 2388, concluindo que “os argumentos trazidos pela recorrente são insuficientes a proporcionar a reforma da decisão guerreada”. Opinou pelo não provimento do recurso apresentado.

Conforme ACÓRDÃO CJF nº 0358-11/04, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu que, não tendo sido indicado o prazo para manifestação do autuado na intimação expedida pela Infaz de origem à fl. 2228, a respeito dos novos demonstrativos acostados aos autos quando da realização de diligência por preposto da ASTEC/CONSEF, implicou cerceamento ao direito de defesa, tornando nula a decisão recorrida. Por isso, foi dado provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, anulando a decisão proferida pela 4ª JF, tendo sido determinando o retorno do PAF à primeira instância para, após sanada a irregularidade processual que motivou a sua nulidade, ser novamente apreciado o mérito.

Em 04/10/2004, o autuado requereu a juntada aos autos de fotocópias dos seguintes livros e documentos (fls. 2398/2399): a) Livro Registro de Entradas de Mercadorias nº 06; b) Livro Registro de Saídas de Mercadorias nº 06; c) balanço patrimonial do exercício de 2001, d) fls. 85 a 90 do Livro Diário nº 07.

Considerando a decisão proferida no ACÓRDÃO CJF nº 0358-11/04 (fl. 2558), esta 3ª JF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para expedir nova intimação ao autuado com a entrega de cópias do PARECER ASTEC nº 0128/2004 (fls. 2120/2122), e respectivos demonstrativos acostados aos autos (fls. 2124 e 2127), mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento ao solicitado, foi expedida a intimação à fl. 2561, cujo recebimento está

comprovado por meio da assinatura da Sra. Neudjane Freitas Novais, em 14/02/2005, no próprio documento de intimação, constando que foram fornecidas cópias do Parecer ASTEC 0128/2004 e respectivos demonstrativos.

O autuado apresentou nova manifestação (fls. 2563 a 2566), comentando, inicialmente, sobre as questões levantadas no pedido de diligência encaminhado pela 1ª JJE, ressaltando que em relação à terceira infração, foi solicitado na diligência que, sendo identificada duplicidade de notas fiscais, que fossem excluídos do levantamento fiscal os valores relativos às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, oriundas de documentos já autuados anteriormente contra a empresa Deoclécio de Oliveira.

Referente à quarta infração, repete o que foi solicitado na diligência fiscal, ressaltando que a mencionada diligência busca esclarecer se as notas fiscais anexadas aos autos teriam sido objeto de exigência fiscal em dobro. Disse que o diligente constatou as irregularidades e apresentou as correções que entendeu necessárias. Não obstante isso, o defendente entende que não pode ser considerado o resultado da diligência fiscal, argumentando que não foram apreciados os livros e documentos que foram apresentados e posteriormente acostados aos autos, e a falta de apreciação desses documentos prejudica a formação de juízo técnico. Reafirmou que o balanço juntado ao PAF pelos autuantes não possui qualquer valor legal, sendo subscrito fraudulentamente, uma vez que a assinatura não confere com a verdadeira do subscritor.

Por fim, o autuado diz que, baseado na Teoria do ônus da prova e no Princípio da Boa Fé e da Segurança Jurídica, espera que este Consef decida pela improcedência do presente lançamento.

VOTO

Em relação às preliminares de nulidade suscitadas nas razões de defesa, ficam rejeitadas, pelos seguintes motivos:

- O primeiro argumento do autuado, é que não lhe foram fornecidas cópias de todos os demonstrativos do Auto de Infração, somente tendo conhecimento dos mesmos alguns dias depois da autuação. O fato foi confirmado pelos autuantes, situação que se persistisse haveria preterição do direito de defesa, pois ao contribuinte não foram fornecidos, na data de ciência da autuação, os levantamentos realizados. Entretanto, a falha foi sanada, haja vista que 1ª Junta de Julgamento Fiscal determinou a reabertura do prazo de defesa, sendo cumprida a solicitação, conforme intimação e respectivo “AR”, fls. 2112 e 2113.
- No segundo argumento de nulidade do lançamento, o defendente alegou que não lhe foi fornecida qualquer cópia dos registros criptográficos que compuseram o procedimento fiscal, em face da apreensão de dados constantes nos computadores da empresa. Disse que houve perda da capacidade probatória de quaisquer dados apresentados pelos prepostos fiscais, em face da possibilidade de adulteração. Entretanto, está consignado nos autos que os arquivos foram apreendidos conforme “Auto de Busca e Apreensão, Remoção e Depósito”, documento às fls. 13/14, constando que 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 de preposto da empresa.
- A terceira arguição de nulidade, é porque, segundo o defendente, houve cassação da ordem judicial de busca e apreensão, bem como a decisão judicial, no sentido de que

fossem devolvidos todos os documentos ilegalmente apreendidos. Entretanto, não foi trazida aos autos a prova do alegado, além disso, observo que o procedimento fiscal está embasado em documentos pertencentes ao próprio sujeito passivo e não foi constatado qualquer vício na apuração das irregularidades apontadas no presente lançamento. Houve lavratura do “Auto de Busca e Apreensão, Remoção e Depósito” (fls. 13/14) assinado por Oficiais de Justiça e pelo Supervisor da Secretaria da Fazenda, o qual tem validade jurídica.

- A quarta preliminar de nulidade da autuação refere-se à ausência da prorrogação da Ordem de Serviço nº 532174/02, e de nova intimação ou termo apropriado, estando em desacordo com as determinações do art. 28, § 1º, RPAF/99. Quanto à Ordem de Serviço, observo que este é um documento interno da Secretaria da Fazenda, e sua ausência no PAF não implica nulidade da autuação. Em relação ao Termo de Prorrogação de Fiscalização, o mencionado Termo encontra-se à fl. 10 do presente processo.

Dessa forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que o presente processo está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, por divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais, ou seja, o contribuinte praticou “calçamento de notas fiscais” nos meses de agosto e setembro de 2002.

O sujeito passivo não negou que as notas fiscais objeto da autuação apresentavam divergências entre as suas vias, documentos que foram apreendidos no estabelecimento autuado, sendo alegado pelo defendente que não houve circulação das mercadorias, por isso, entende que não houve ocorrência do fato gerador do imposto. Requeru que a infração fosse convertida em multa por falta de cumprimento de obrigação acessória prevista no art. 915, XXII, do RICMS/BA.

Observo que, de acordo com o Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Poder Judiciário, foram constatadas pela fiscalização inúmeras notas fiscais emitidas pela empresa autuada (fls.146/1567), sendo informado pelos autuantes que, efetivamente, há divergência 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 consignava que 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.

Ficou evidenciado nos autos que o contribuinte emitiu 685 notas fiscais com divergências entre as suas vias, e não obstante admitir a irregularidade, o defendente alega que as mercadorias não circularam, sustentando que os mencionados documentos foram cancelados. Entretanto, não se justifica um estabelecimento comercial emitir 685 notas fiscais em um período de dois meses, praticando grave ilícito fiscal, ao não demonstrar que as operações não foram realizadas, e não comprovar o alegado cancelamento dos documentos fiscais.

Vale ressaltar, que parte dos adquirentes é microempresa ou pessoa física, o que dificulta o controle da fiscalização em buscar as provas através dos destinatários, além da informação dos autuantes de que existiram freqüentes denúncias contra o procedimento costumeiro do autuado em entregar mercadorias a clientes concomitantemente com a retenção para si da respectiva nota fiscal. Assim, entendo que está caracterizada a infração apontada, não merecendo prosperar a alegação defensiva quanto à aplicação de multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, sendo devido o imposto apurado, no valor de R\$87.514,98.

A segunda infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas. Constando na descrição dos fatos que “o contribuinte

adquiriu mercadorias diversas utilizando 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).

Para o cálculo do imposto exigido nesta infração, os autuantes elaboraram diversos demonstrativos, de acordo com as situações constatadas, por isso, os fatos serão analisados neste voto na mesma ordem dos demonstrativos e respectivas ocorrências que caracterizaram as irregularidades apuradas e indicadas no presente Auto de Infração.

Quanto aos exercícios de 1999 e 2000 (demonstrativos às fls. 1570 e de 1573 a 1578), o levantamento fiscal se refere às aquisições de mercadorias com notas fiscais em nome de terceiros, considerando que a Inspetoria Fiscal recebeu denúncia do Sr. Deoclécio de Oliveira (fl. 41) de que sua inscrição estadual estava sendo utilizada fraudulentamente pelo autuado.

Foi realizado o levantamento das notas fiscais emitidas pelas empresas Frigorífico Sul Mineiro, Com. de Cereais Amarelo Ltda e Coop. Agropecuária de Jacinto Machado, mercadorias destinadas ao autuado e à empresa Deoclécio de Oliveira (fls. 1574/1578), sendo apurado o imposto exigido referente às notas fiscais relacionadas nos mencionados demonstrativos, de acordo com os cálculos às fls. 1570 e 1573, (Demonstrativo A-99-2000).

O sujeito passivo alegou que os autuantes presumiram que a empresa adquiriu mercadorias com a inscrição de outro contribuinte, somente pelo fato de ter adquirido, em algumas oportunidades, as mesmas mercadorias que ele comprava e de terem dividido o veículo transportador. Disse 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. Entende que, a luz dos elementos fornecidos pela fiscalização, não existe qualquer documento que comprove a acusação.

Observo que as alegações apresentadas pelo defendente não são suficientes para elidir a exigência fiscal, diante das provas acostadas aos autos e respectivos esclarecimentos prestados pelos autuantes:

- Na Nota Explicativa da fiscalização (fls. 1571/1572) foi informado que, ao checar a denúncia do Sr. Deoclécio, o Fisco apurou que se trata de uma “pessoa humilde e de poucas posses”; e pelo porte do seu estabelecimento, o mesmo jamais poderia ter adquirido o volume de mercadorias transacionadas através das notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT.
- Foram constatados 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 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.
- 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 notas fiscais, num montante de 460 mil reais.
- Consta, ainda, nos autos, uma declaração da empresa Frijel Frigorífico e Estivas Jequié Ltda (fls. 1579/1581) de que jamais havia adquirido qualquer mercadoria junto a empresa Frisul, e os autuantes informaram (fls. 1572) que solicitaram a esta última empresa, informações sobre as transações realizadas com a empresa Deoclécio de Oliveira, tendo sido atendido o pedido pela empresa mineira que 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 Jequié, inclusive através de cheque, onde o autuado possui conta corrente (fls. 1598/1608) e a empresa Deoclécio de Oliveira jamais movimentou conta bancária em Jequié.

Quanto ao fato de que a empresa Deoclécio de Oliveira já havia sido autuada anteriormente (AI nº 269094.0081/00-2) por saldo credor da conta “caixa” com base em notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT, conforme relato feito pelos fiscais à fl. 1571, no mesmo período fiscalizado, entendo que não deve haver exigência do imposto em duplicidade. Entretanto, não obstante a solicitação feita pela relatora da 1ª JF à ASTEC/CONSEF para que verificasse se houve a cobrança de imposto relativo às mesmas notas fiscais, a exclusão do débito deve ocorrer no Auto de Infração da empresa Deoclécio de Oliveira, por meio de requerimento do interessado após a decisão final do Auto de Infração em lide. Assim, concluo que não devem ser excluídos deste auto, os documentos fiscais que também compõem o da empresa Deoclécio de Oliveira, ficando mantidos os valores originalmente apurados.

Para o exercício de 2002, os autuantes apresentaram diversos demonstrativos, que também serão analisados a seguir:

DEMONSTRATIVOS A e A-1 (fls. 1707 a 1711) referentes à omissão de entradas de mercadorias apurada por meio de duplicatas pagas (fls. 1712 a 1793) cujas notas fiscais não foram escrituradas no livro Registro de Entradas (fls. 43 a 83).

Foi alegado pelo defendente que os autuantes não anexaram o livro Registro de Saídas para comprovar a irregularidade, e que, durante a ação fiscal todos os livros e documentos foram apreendidos pelo fisco estadual, não constando nos Autos de Busca e Apreensão a relação das duplicatas apreendidas, o que seria necessário para determinar a comprovação da origem dos documentos acostados ao PAF.

Entendo que no caso em exame, o autuado apenas nega o cometimento da infração, e não consegue descaracterizar a exigência fiscal, tendo afirmado que não foi anexada aos autos cópias do livro Registro de Saídas em vez de livro Registro de Entradas. Entretanto, ao contrário do que afirmou o defendente, consta no presente processo cópia do livro Registro de Entradas, que comprova que as notas fiscais de aquisições de mercadorias, cujos títulos foram pagos, não se encontram escrituradas.

A alegação de que nos Autos de Busca e Apreensão não constou a relação das duplicatas apreendidas, não pode ser acatada, haja vista que tal fato não justifica a falta de escrituração dos documentos fiscais objeto da autuação. Mantido integralmente o valor do ICMS apurado através deste demonstrativo.

DEMONSTRATIVOS B e B1 (fls. 1794 a 1797), referentes à omissão de entradas de mercadorias apurada por meio de duplicatas pagas em nome de terceiros (empresas MX Com Estivas, A&P Com. Alimentos, Rocha e França e Raimundo A. Silva) sendo indicados nos demonstrativos os números de cada NF/Duplicata, a data de emissão, o valor pago e os fornecedores, cujos documentos fiscais não foram escriturados.

Os autuantes informaram que essas 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. Outro fato apontado é relativo às duplicatas em nome das empresas Rocha & França, MX Com. Estivas e de Raimundo Alves da Silva, que consignam o mesmo endereço do autuado (fls. 1801, 1802,

1840, 1842, 1844, 1845, 1846, 1847 e 1848 dos autos). Segundo informação dos autuantes, a Secretaria da Fazenda, após essa constatação, providenciou o cancelamento das inscrições das referidas empresas, conforme extrato Sidat (fls. 1854/1856).

O autuado alegou que não constam nos autos quaisquer elementos que comprovem que tais duplicatas foram por ele quitadas, a exemplo de cópias de cheques ou lançamentos contábeis ou bancários. Entende que a autuação está baseada em suposições, carecendo de elementos probatórios.

Constato que o autuado não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, não explicou os motivos pelos quais foram encontradas as duplicatas em nome de terceiros em seu estabelecimento, e diante da documentação acostada aos autos, entendo que está caracterizada a infração apontada, relativamente à presunção de omissão de saídas em decorrência da falta de registro de entradas de mercadorias no estabelecimento autuado. Assim, fica mantido o total apurado nos citados demonstrativos.

DEMONSTRATIVOS C e C-1 (fls. 1857/1858): Omissão de entradas de açúcar, apurada mediante cruzamento entre os pedidos de faturamento em nome da A&P e passes fiscais baixados fraudulentamente, documentos apreendidos por meio do Mandado de Busca e Apreensão. Consta no demonstrativo à fl. 1858 que a empresa A&P indicada nas autorizações de carregamento e nos passes fiscais, estabelecida no Estado do Ceará encontra-se com a inscrição estadual cancelada, e o seu porte não possibilitava a aquisição de mercadorias no volume como os apontados nos 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 autuado alegou que desconhece qualquer autorização de carregamento de mercadoria em nome da A & P, e aquelas acostadas aos autos não possuem assinatura de qualquer preposto da empresa. Quanto aos passes fiscais, argumenta que a responsabilidade pela apuração da irregularidade cabe ao Fisco.

As autorizações de carregamento em comento foram apreendidas pelo fisco em conjunto com a Secretaria de Segurança Pública por autorização do Poder Judiciário nas dependências do estabelecimento autuado, e pela análise efetuada nos mencionados documentos e informações dos autuantes, observo que:

1. os Passes Fiscais baixados estavam na posse do autuado, sem qualquer explicação, ressaltando-se que são documentos fiscais relacionados ao fisco e ao transportador, inexistindo motivos para estar em mãos de outro estabelecimento alheio às operações realizadas.
2. as autorizações de carregamento foram expedidas pelo autuado para transporte de mercadorias constando a razão social da empresa A & P como destinatária, inclusive no respectivo Passe Fiscal, inexistindo divergência de dados com os mencionados 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. de acordo com a consulta realizada no sistema corporativo da Secretaria da Fazenda, restou provado que as mercadorias relacionadas nos passes não chegaram ao destino indicado na nota fiscal.
4. restou provado, pelo livro Registro de Entradas do autuado de janeiro a julho de 2002 que não existe qualquer aquisição de açúcar ao fornecedor Companhia Açucareira Usina Cupim, e

somente em julho de 2002 efetuou pagamento referente a compras de açúcar cristal (fls. 1938/1949).

Concluo que restou provada a irregularidade apontada nos demonstrativo em análise, sendo mantidos os valores exigidos.

DEMONSTRATIVOS D e D1 fls. (1891/1892 e documentos fls. 1894/1937), relativo a faturamento em nome de terceiros. Foi efetuado cruzamento entre os pedidos de faturamento em nome de terceiros e as planilha com a descrição das despesas do veículo e do motorista. Para cada autorização de carregamento expedida pelo autuado em nome da A & P, situada no Ceará, há uma correspondente planilha de despesas do respectivo veículo (obtido nos arquivos magnéticos apreendidos), em que se constata que a efetiva entrega foi feita em Jequié.

Os autuantes acostaram aos autos comprovantes bancários comprobatórios dos pagamentos realizados a dois fornecedores, que não forneceram qualquer mercadoria em nome do autuado no período fiscalizado (fls. 1938/ 1949).

O autuado alegou que os documentos referidos nesses demonstrativos não representam qualquer ato da empresa, não há elementos que comprovem a sua origem e autoria, as declarações poderiam ser tidos como indícios, jamais como elemento de prova, inexistindo qualquer relação entre os pagamentos realizados pela empresa com os depósitos bancários que consubstanciaram a apuração fiscal.

Observe que, a exemplo dos demonstrativos anteriores, a farta documentação acostada aos autos comprova a infração apontada. Mantido o valor apurado neste demonstrativo.

DEMONSTRATIVOS E e E-1 (fls. 1950/1951), referentes às aquisições de charque sem documentação fiscal ou sem o devido registro, apurado mediante cotejo entre os pagamentos efetuados e as notas fiscais lançadas. Os autuantes confrontaram os comprovantes de depósitos bancários em favor da empresa Frisul Frigorífico Sul-Mineiro Ltda efetuados pelo autuado (fls. 1952/1979) com o lançamento de notas fiscais emitidas pelo mencionado fornecedor na escrita fiscal do autuado no mesmo período.

O defendente alega que não restou provada a acusação fiscal de que os depósitos bancários diziam respeito ao pagamento de mercadorias não registradas. Entende que não existe fato tipificador da infração, por isso, não poderia haver cobrança de imposto a título de omissão de saídas.

Entendo que o autuado deveria trazer ao presente processo a prova do alegado, e como não o fez, não podem ser acatados os argumentos defensivos. Mantida a exigência fiscal.

DEMONSTRATIVO F (fl. 1980), referente à omissão de entradas de farinha de trigo. Consta no demonstrativo, que foram encontradas no estabelecimento autuado vias de Passes Fiscais dessas mercadorias destinadas à A&P, estabelecida no Estado do Ceará, e confrontando com as seguidas autorizações de carregamento efetuadas pelo autuado em nome da A&P, ficou configurada a omissão de entradas.

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 alegou que, a exemplo do demonstrativo C, jamais adquiriu farinha de trigo utilizando inscrição de terceiros, e em relação aos Passes Fiscais, cabe à Secretaria da Fazenda adotar as providencias cabíveis junto às empresas remetente e destinatárias.

Este demonstrativo também está embasado em documentos apreendidos pelo Fisco nas dependências do estabelecimento autuado em conjunto com a Secretaria de Segurança Pública, ficando comprovado que as vias de passes fiscais baixados estavam na 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). Assim, entendo que está comprovada a infração apontada neste demonstrativo.

DEMONSTRATIVO G (fls. 1987/1996) referente à aquisição de material de embalagem sem documentação fiscal ou sem seu registro. Consta, ainda, que os dados foram obtidos nos arquivos magnéticos do autuado, sendo efetuado o cotejo entre os pagamentos efetuados e as notas fiscais lançadas, nos meses de agosto e setembro de 2002.

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.

De acordo com a impugnação apresentada, o autuado alegou que não consta nos autos cópia do depósito bancário e não foi acostado aos autos qualquer documento comprobatório da acusação fiscal, que não guarda qualquer caracterização com o fato gerador do ICMS.

Constato que os autuantes acostaram aos autos a relação de pagamentos efetuados pelo contribuinte à empresa Artplásticos – Indústria de Artefatos Plásticos Ltda, dados apurados pelos arquivos magnéticos do autuado, e o autuado não trouxe ao presente processo qualquer comprovação de que os pagamentos por ele efetuados não se referem às aquisições de mercadorias, portanto, não acato os argumentos defensivos. Mantida a exigência fiscal.

DEMONSTRATIVO H (fls. 1997/1998), referente a notas fiscais de aquisição de mercadorias não registradas, nos meses de abril, julho e agosto de 2002, conforme notas fiscais acostadas aos autos (fls. 2000 a 2021), sendo alegado pelo defendente que desconhece as notas fiscais relacionadas no demonstrativo em análise, acreditando serem provenientes de mercadorias adquiridas por terceiros.

Entretanto, os documentos fiscais foram coletados no estabelecimento autuado, está comprovada a falta de escrituração desses documentos fiscais no livro Registro de Entradas, por isso, está devidamente caracterizada a infração apontada, sendo devido o imposto apurado pelos autuantes.

INFRAÇÃO 03 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente a charque, açúcar e farinha de trigo, mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, cujo levantamento fiscal foi realizado na segunda infração (fls. 2024/2029), sendo apresentadas pelo defendente as mesmas alegações da infração anterior, relativamente aos demonstrativos A 99/2000, C1 e F1, bem como em relação aos Passes Fiscais, argumentos que não são acatados, considerando que as provas acostadas aos autos foram colhidas no estabelecimento do autuado e não foram apresentados quaisquer documentos para contrapor o levantamento fiscal.

Observo que, a exemplo da infração anterior, foi constatado pela diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC/CONSEF que nesta autuação foram incluídas notas fiscais que também constam no Auto de Infração nº 269094.0081/00-2, lavrado contra a empresa Deoclécio de Oliveira. Concluo também, que nesta infração, a exclusão do débito deve ocorrer no Auto de Infração da empresa Deoclécio de Oliveira, por meio de requerimento do interessado após a decisão final do Auto de Infração em lide. Assim, fica mantida integralmente a autuação neste item.

A quarta infração trata da omissão de saídas de mercadorias 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 autuado alegou que os documentos que embasaram a autuação podem ser considerados falsos, porque não apresentam a assinatura dos responsáveis pela empresa e nem foi assinado pelo seu contador. Os autuantes ressaltaram que o documento contábil que serviu para apurar a infração foi e é de conhecimento do contribuinte, está assinado por seu contador, Luciano Silva Chaves, inscrito regularmente no CRC - Conselho Regional de Contabilidade, sob o nº 4881/P, RG 5658644-24, CPF 73419621515. Ademais, consta à fl. 2040 dos autos documento apreendido no estabelecimento do autuado, quando da Ação de Busca e Apreensão, que demonstra que o total das vendas realizadas no exercício de 2001 é igual ao consignado na Demonstração do Resultado do Exercício.

Os autuantes ressaltaram que este demonstrativo fazia parte do conteúdo dos arquivos magnéticos apreendidos, e que se deve confrontar os dados com o documento encontrado na posse do autuado quando da ação de busca e apreensão (fl. 2040), o qual corrobora os números apresentados na DRE.

Quanto à alegação defensiva de não atribuir legitimidade ao Balanço Patrimonial anexado aos autos (fls. 2036/2039), assinado pelo Sr. Luciano Silva Chaves, observo que, pelo Auto de Busca e Apreensão, Remoção e Depósito (fl. 13 dos autos) há indicação de que foi apreendida uma cópia do Balanço Patrimonial. Ademais, não se justifica que a empresa tivesse em seus arquivos um Balanço Patrimonial assinado por pessoa não autorizada, e como informaram os autuantes, o documento de fls. 2040, corrobora o valor indicado no Balanço Patrimonial, sendo igualmente apreendido no estabelecimento do autuado.

Vale ressaltar, que a primeira Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para que fossem identificados no livro Diário, ou na escrituração do livro Caixa da empresa os valores que foram, efetivamente, lançados como vendas os confrontando-os com os valores escriturados nos livros fiscais e nas DMAs. ou seja, foi solicitado que se identificasse a existência ou não de divergências entre os valores de vendas contabilizados e aqueles escriturados nos documentos que serviram para apuração do imposto devido.

Entretanto, embora o autuado tenha sido intimado, por duas vezes (fls. 2128/2129), a apresentar os livros Caixa e Razão, declarou à fl. 2123 que não possuía os livros solicitados tendo em vista que parte da documentação apreendida quando da busca e apreensão não foi devolvida. Assim, o trabalho não foi realizado pelo preposto da ASTEC, porque o autuado não exibiu os livros solicitados, ressaltando-se que, no Auto de Busca e Apreensão (fl. 13), não consta que foram apreendidos os livros Caixa e Razão da empresa do ano de 2001, sendo o único apreendido, o Diário do ano de 2000. Portanto, não pode ser acatado o argumento do autuado, e o diligente informou que na Inspeção de Jequié não existe qualquer livro fiscal e contábil do autuado.

Assim, constato que o autuado não apresentou elementos para comprovar as suas alegações, e de acordo com o art. 142, do RPAF/99, “a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Portanto, fica mantida e exigência fiscal deste item do presente Auto de Infração, observando que no cálculo do ICMS devido, os autuantes deduziram a parte deste imposto que já havia sido cobrado através de Autos de Infração anteriores, quitados e pendentes (fl. 2032).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, conforme demonstrativo elaborado pelos autuantes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** 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\$1.247.496,48**, sendo R\$81.259,03 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.213,63 e 70% sobre R\$78.045,40, previstas, respectivamente, no art. 42, , II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$1.166.237,45, acrescido das multas de 60% sobre R\$59.591,37 70% sobre R\$1.019.131,10 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR