

A. I. N.º - 269140.0200/07-7

AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.

AUTUANTES – LUÍS CARLOS BRITO REIS NABUCO e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA

ORIGEM - IFEP NORTE

INTERNET - 10/12/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0356-03/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. SAÍDAS POSTERIORES COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **b.1)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo, e objeto de parcelamento. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. A alínea “i” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 prevê multa de 5% do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo que, em qualquer caso, a multa não pode ser superior a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas em cada período, quando for o caso. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. O parcelamento integral do débito lançado implica em desistência da defesa, com a consequente extinção do processo administrativo fiscal, nos termos do inciso IV do artigo 122 do RPAF/99. Assim, fica extinta a lide em relação às imputações 01 a 03, e 05 a 08, integralmente reconhecidas pelo sujeito passivo. 4. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Quando contribuinte do imposto efetua pagamentos mas não os contabiliza, esse fato denuncia que os pagamentos foram efetuados com recursos que não constam na contabilidade, ou seja, com receitas de origem não conhecida, e a lei autoriza que, em tal situação, se presuma que os recursos se referem a vendas de mercadorias anteriormente efetuadas e também não contabilizadas por ter, a empresa, vendido mercadorias sem a emissão de Notas

Fiscais e, por conseguinte, sem pagamento do imposto. Essa presunção tem fundamento no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Na determinação da base de cálculo foi utilizado o critério da proporcionalidade nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007. Imputação caracterizada, e parcialmente reconhecida. Rejeitada a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, reclama ICMS no valor total de R\$282.558,55, e aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$108.916,60, pelas infrações descritas a seguir:

Infração 01 – Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. ICMS no valor de R\$84.326,23, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS no valor de R\$5.038,22, acrescido da multa de 60%.

Infração 03 - Utilização indevida de crédito fiscal referente a imposto não destacado em documento fiscal. ICMS no valor de R\$1.781,40, acrescido da multa de 60%.

Infração 04 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados. Consta, na descrição dos fatos, que, “Conforme demonstrativos e cópias anexados ao Processo onde constam diversas notas arrecadadas através de circularização com Fornecedores de outros Estados e detectadas através dos arquivos SINTEGRA, além de Notas arrecadadas pelos postos fiscais da SEFAZ pelo sistema CFAMT. O total de pagamentos no ano de 2005 somou R\$502.900,23 e em 2006 R\$468.153,60. A base de cálculo da presente omissão foi calculada de acordo com a Instrução Normativa nº 56/07 que determina o cálculo da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributadas e não tributadas. Os demonstrativos de nº 09 e 10 demonstraram a proporção de 82,50% de saídas tributadas em 2005 e 83,26% em 2006. Deste modo a base de cálculo em 2005 totalizou R\$414.892,69 e de 2006 R\$389.784,69 com ICMS devido nas quantias de R\$70.531,76 em 2005 e R\$66.263,40 em 2006.” ICMS no valor total de R\$136.795,13, acrescido da multa de 70%.

Infração 05 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$56.663,30, acrescido da multa de 60%.

Infração 06 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$1.954,27, acrescido da multa de 60%.

Infração 07 – Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações, ou prestações. Multa no valor de R\$48.618,30.

Infração 08 – Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações, ou prestações, ficando o

valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento, em cada período. Multa no valor de R\$60.298,30.

O autuado apresenta impugnação às fls. 594 a 612 (volume II), na qual inicialmente reproduz os termos da autuação e os artigos da legislação indicados no Auto de Infração, e a seguir expõe que o Fisco apurou falta de recolhimento de ICMS, que corresponderia a saídas omitidas, por meio de levantamento para apurar a base de cálculo de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007, e transcreve o item 01 da citada Instrução Normativa. Diz que não há, no PAF, documento, nem demonstrativo analítico, que embase o cálculo dos percentuais de proporcionalidade utilizados pelo Fisco, de 82,50% e de 83,26%. Aduz que a IN 56/2007 não tem respaldo jurídico, e que inova em relação à sistemática da não-cumulatividade. Que se trata de método de apuração de ICMS não previsto em Lei, baseado em proporção de saídas tributadas arbitrariamente auferida. Que, com isto, se demonstra a ação persecutória do Fisco. Transcreve o artigo 936 do RICMS/BA acerca da apuração do valor real tributável, e diz que a autuação é nula, por não ter suporte em fatos consistentes.

Em seguida diz que não faz sentido a exigência dos débitos tributários em questão, tendo em vista que optou pelo pagamento dos mesmos de forma parcelada, nos termos do Decreto nº 8.047/01, o que afirma que implica em suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151, inciso VI, do CTN. Transcreve jurisprudência a respeito, às fls. 607 e 608.

Passa a pronunciar-se acerca das multas aplicadas no Auto de Infração, que diz serem exorbitantes e não se coadunarem com as previsões constitucionais.

Conclui pedindo pela nulidade da autuação e, sucessivamente, por sua improcedência. Que, se for julgado procedente, requer que seja retificado o lançamento, afastando-se os valores apontados como exorbitantes.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 640 a 643, aduzindo que o contribuinte reconheceu integralmente o cometimento das infrações 01, 02, 03, 05, 06, 07 e 08, e reconheceu parcialmente o cometimento da imputação 04, tendo efetuado o parcelamento do débito. Em seguida, descrevem as alegações defensivas e dizem que não procede a argüição de falta de clareza da autuação, que foi baseada nos demonstrativos anexados ao processo às fls. 65 a 73.

Afirmam que o Auto de Infração foi lavrado com total observância ao RPAF/99, notadamente o disposto em seus artigos 39 e 41, possuindo todos os requisitos necessários à sua validade. Em seguida, informam que o contribuinte tem como atividade econômica o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral. Que possui Termo de Acordo, com base no Decreto nº 7.799/2000, cujo artigo 1º possibilita a redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, nas operações internas de saídas de mercadorias para contribuintes inscritos no cadastro do Estado da Bahia. Que a infração 04 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados (artigo 2º, §3º, do RICMS/BA), constando nos demonstrativos fiscais a discriminação de inúmeras notas fiscais cujos pagamentos não foram registrados, e que somaram R\$500.900,23, de valor contábil, em 2005, e R\$468.153,60 em 2006. Que a base de cálculo foi determinada nos termos da IN 56/2007, cujo item 1 reproduzem, cálculo demonstrado às fl. 65 e 66 do PAF, tendo sido encontrados os percentuais de 82,50% de mercadorias tributáveis em 2005, e de 83,26% de mercadorias tributáveis em 2006. Que os valores totais da movimentação contábil do contribuinte, conforme DMAs anexadas ao processo, foram de R\$72.365.907,61 em 2005, e de R\$84.015.983,25 em 2006, valores estes que foram utilizados no cálculo da proporcionalidade (fls. 65 e 66). Que nos demonstrativos anexados foi calculado o somatório dos valores dos produtos cujas saídas saíram sem tributação e não geraram pagamento de ICMS, inclusive as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e que também foram considerados os valores de produtos cujas saídas foram tributadas, gerando pagamento de ICMS. Que em seguida calculou-se o percentual de mercadorias tributadas

vendidas em cada ano. Que, assim, a base de cálculo da omissão foi reduzida em 17,5% em 2005, e em 16,74% em 2006.

Asseveram que a IN 56/2007, ao contrário do que afirma o contribuinte, veio a beneficiá-lo, reduzindo a base de cálculo da omissão originalmente encontrada, omissão esta que foi levantada de acordo com o RICMS/BA, não havendo, deste modo, inovação à sistemática da não-cumulatividade.

Os autuantes ressaltam que a divergência entre os cálculos do contribuinte e os do Fisco consiste no fato de a empresa considerar como isentas as importâncias relativas à redução da base de cálculo, principalmente a redução de base de cálculo prevista através de Termo de Acordo de Atacadista firmado com a SEFAZ, alocando a parcela de 41,176% como se fosse relativo a mercadorias isentas, além de outras mercadorias que possuem redução de base de cálculo.

Os prepostos do Fisco expõem que aceitar os cálculos do autuado seria conformar-se com uma distorção que permitiria a aplicação do Termo de Acordo, firmado entre o contribuinte e a SEFAZ, às receitas omitidas. Que isto seria uma verdadeira extrapolação do que pretendeu o CONSEF quando julgou os processos permitindo o cálculo da proporcionalidade, para que se praticasse a justiça, excluindo as mercadorias isentas, não tributadas e outras, da base de cálculo da presunção.

Os autuantes fazem tabela comparativa expondo que considerar os cálculos, na apuração de receita omitida, como pretende o autuado, geraria diferença de tratamento entre contribuinte que possua o Termo de Acordo e outro que não o possua, duplicando “o benefício fiscal, que, salvo melhor juízo, não foi o objetivo da Instrução Normativa.”

Prosseguem asseverando que o Termo de Acordo firmado pelo contribuinte, com base no Decreto nº 7.799/2000, prevê que o contribuinte perderá o direito ao benefício na hipótese de constatação de infração que resulte na falta de pagamento do ICMS e que o artigo 13, parágrafo único, do RICMS/BA, prevê a perda do benefício pelo contribuinte que promover a circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal exigível, ou que deixar de proceder à escrituração fiscal a que esteja submetido, salvo se houver dispensa autorizada em ato normativo específico.

Aduzem que consideram justa a exclusão apenas das mercadorias isentas, não tributadas e outras, propriamente ditas, com vistas a evitar a tributação (proporcional) dessas mercadorias, não devendo ser estendida esta exclusão às mercadorias tributadas, cuja base de cálculo foi reduzida tendo, como condição indispensável à redução, o seu oferecimento à tributação. Concluem ratificando a ação fiscal e pedindo o julgamento pela sua procedência.

À fl. 649, esta 3^a JJF deliberou, em pauta suplementar, em conversão do processo em diligência para que os autuantes assinassem os demonstrativos de levantamento fiscal anexados ao processo, e elaborassem demonstrativo analítico do cálculo da proporcionalidade, anexando-o ao processo, com a indicação dos dados dos documentos, ou livros fiscais, utilizados para apuração dos valores e percentuais lançados na planilha de fls. 65 e 66, elaborando novas planilhas, caso ocorresse alteração de valores a serem lançados de ofício. Determinou ainda a entrega, ao contribuinte, das planilhas de fls. 65 a 71, das notas fiscais de fls. 382 a 459, e dos novos demonstrativos acostados em atendimento àquela Diligência.

Os autuantes cumprem a Diligência às fls. 653 e 654, reproduzindo parte do teor da informação fiscal e aduzindo que, ao examinar a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA “constante à fl. 89 do PAF, verifica-se que as entradas de mercadorias isentas e não tributadas propriamente ditas importaram R\$3.756.214,19 no exercício, enquanto as saídas dessas mercadorias corresponderam a R\$12.313.647,65, em razão dos lançamentos da redução da base de cálculo na

coluna de saídas isentas do livro fiscal”. Afirman que a matéria já foi objeto de julgamento pela 2^a JJF, que decidiu pela procedência do Auto de Infração nº 206830.0004/07-9.

Anexam, às fls. 655 e 656, cópias dos demonstrativos já acostados às fls. 65 e 66, demonstrativos analíticos às fls. 657 a 668, e mídia CD à fl. 670.

À fl. 674, com base no artigo 149-A, combinado com o §1º do artigo 18, e o disposto no artigo 23, todos do RPAF/99, a INFRAZ Juazeiro intimou o autuado a receber a documentação acostada em atendimento à Diligência requerida, e o contribuinte acusou o recebimento, inclusive da mídia CD contendo os demonstrativos anexados pelo Fisco.

O sujeito passivo voltou a pronunciar-se às fls. 678 a 690, repetindo parte das alegações defensivas iniciais, analisando a forma de cálculo realizada pelos autuantes para a imputação 04 e aduzindo que os fiscais teriam cometido desacerto ao desconsiderarem os montantes relativos às reduções de base de cálculo concedidas a partir da assinatura do Termo de Acordo Atacadista. Diz que o Fisco usa dois pesos e duas medidas quando de um lado exige que os valores relativos às reduções sejam considerados quando da escrituração do Livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP e, por outro, exclui aqueles valores quando da apuração do ICMS decorrente da omissão de saídas, a fim de obter uma base de cálculo irreal, da qual resultaria gravame a ser suportado por ele, autuado. Em seguida, diz não terem sentido as razões do Fisco para desconsiderar as importâncias relativas às reduções, porque não se está diante de omissão de receita. Que os cálculos da Fiscalização retratariam presunção distorcida, divorciada da verdade. Que o §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 prevê que a presunção pode ser elidida. Que para provar a improcedência da presunção colaciona planilha às fl. 681 e 682. Fala que os percentuais de mercadorias tributáveis encontrados pelo autuantes (82,50% para 2005 e 83,26% para 2006) são inverossímeis, e devem ceder passo ao encontrados por ele, contribuinte (68,30% para 2005, e 51,63% para 2006), porque estes estariam em conformidade com sua realidade contábil.

O contribuinte prossegue expondo que o raciocínio da média que utilizou para a elaboração do demonstrativo de fls. 681 e 682 estaria conforme a IN 56/2007, e que é igual ao empregado para apropriação de créditos e ICMS relativamente aos ativos imobilizados adquiridos após a LC 102/2000 (CIAP). Elabora tabela às fls. 682 e 683, ilustrando os cálculos relativos ao CIAP. Relata os cálculos relativos ao CIAP e diz que as reduções na base de cálculo mitigam o aspecto quantitativo da regra-matriz de incidência tributária. Diz que se não for realizada tal dedução haveria injustiça fiscal, que é o que afirma ocorrer na ação fiscal em lide. Afirma que a adoção de critérios diferentes para cálculo da proporcionalidade para fim de escrituração do CIAP e para cálculo do ICMS ora lançado de ofício teria como consequência a iliquidez do Auto de Infração, acarretando sua nulidade. Fala que a acusação fiscal é de omissão de saídas tributáveis decorrente de pagamentos não registrados e cruzamento de “SINTEGRAS”, e que a legislação estadual presume haver este estouro de caixa em casos de aquisições não escrituradas, mas que se não houve estas escriturações é porque as operações nunca teriam sido realizadas. Que diligenciou junto aos fornecedores, de boa-fé, instando-os a comprovarem a realização das operações, mas que não houve resposta à maioria das missivas, “o que denota a falta de certeza dos fornecedores quanto às vendas efetuadas à Autuada.” Diz que há documento relativo a vendas canceladas por não cumprimento da ordem de entrega pelo transportador. Que tentou elidir a imputação, mas que as provas que lhe são exigidas são inexequíveis, cabendo ao Fisco provar sua acusação. Cita Maria Helena Diniz, Ives Gandra da Silva Martins, e Roque Antonio Carrazza, a respeito da produção da prova negativa, e tece comentários a respeito. Cita o artigo 5º, incisos LV e LIV, da Constituição da República. Transcreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e textos de Ricardo Mariz de Oliveira, Geraldo Ataliba e James Marins. Discorre sobre o processo administrativo. Transcreve Ementas de Julgados administrativos e judiciais. Tece considerações acerca de presunção legal. Aduz que, no caso em tela, o Fisco presumiu uma omissão de saídas com base na presunção de que houve a aquisição de mercadoria

sem escrituração fiscal. Assevera que o Auto de Infração seria nulo, por se basear em interpretações, havendo “vício de motivação do ato administrativo veiculado no Auto de Infração”. Conclui pedindo a juntada de sua manifestação aos autos.

Consta, às fls. 645 a 647, extrato SIGAT/SEFAZ com parcelamento de montantes integrantes do débito lançado de ofício, no valor principal de R\$345.557,49.

VOTO

Preliminarmente, em relação à alegação do sujeito passivo no sentido de que seria nula a autuação em função da utilização do critério da proporcionalidade na apuração da base de cálculo da imputação 04, porque tal critério seria uma inovação ao ordenamento jurídico, observo que a utilização do critério da proporcionalidade estava já prevista na redação original do §2º do artigo 22 da Lei nº 7.014, promulgada em 04/12/1996, como uma das formas de determinação da base de cálculo. Ademais, nos termos do artigo 25 do RPAF/99, em redação vigente a partir de 06/01/2004, portanto instituto normativo também aplicável a todo o período objeto da fiscalização em foco – 01/01/2005 a 31/12/2006 - a interpretação normativa da legislação tributária estadual é feita por meio de Portarias do Secretário da Fazenda, e de orientações do Superintendente da Administração Tributária, através de Instruções Normativas. Não tendo sido criados novos encargos, ou obrigações, para o contribuinte mas, pelo contrário, sendo o mesmo beneficiado com a redução da base tributável, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, foi também respeitado o teor do artigo 982 do RICMS/BA.

Portanto, a mencionada Instrução Normativa, aplicável quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do §3º do artigo 2º do RICMS/97, com matriz no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, tem respaldo legal, pelo que não acolho esta preliminar de nulidade. Em relação ao que é a base tributável das operações objeto da imputação 04, tal tópico será apreciado na análise de mérito.

Pelo exposto, e compulsando os demais documentos acostados aos autos, verifico que encontram-se no processo os seus pressupostos de validade, tendo sido indicados o autuado, o montante e o fato gerador do débito exigido, tendo sido acostados, às fls. 14 a 475, as intimações, documentos e demonstrativos fiscais que embasam as imputações, e entregues ao contribuinte todos os demonstrativos do levantamento fiscal, possibilitando-lhe a compreensão do quando lhe foi imputado, conforme demonstra o teor de suas manifestações neste processo, inclusive às fls. 678 e 679, em que detalha a forma de apuração da base de cálculo da imputação 04, parcialmente contestada, não estando o Auto de Infração, e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, o Auto de Infração em lide reclama ICMS e aplica multas por descumprimento de obrigações acessórias, pelas infrações descritas no Relatório que antecede este voto.

No que tange às infrações 01 a 03, e 05 a 08, objeto de pedido de parcelamento realizado pelo autuado, conforme documentado no extrato SIGAT/SEFAZ às fls. 645 a 647, tal como mencionado pelo contribuinte em sua impugnação parcial ao lançamento de ofício, assinalo que o autuado, ao ingressar com pedido de parcelamento integral do débito apurado nestas infrações, reconheceu o seu cometimento, nos termos do artigo 1º, §1º, inciso I, do Decreto nº 8.047/01, com a consequente desistência formal de interposição de contestação. Em consequência do exposto, fica extinta a lide em relação às mesmas, nos termos do artigo 122, inciso IV, do RPAF/99. Assim, tendo o contribuinte reconhecido estas imputações, são as mesmas procedentes, inexistindo controvérsias.

Em relação à infração 04, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, assinalo que o autuado requereu parcelamento de R\$86,236,30, correspondente a parte do débito tributário objeto desta imputação, no valor total de R\$136.795,13,

tendo, por conseguinte, nos termos do já citado artigo 1º, §1º, inciso I, do Decreto nº 8.047/01, de forma expressa reconhecido o cometimento parcial da infração.

Observo que em sua impugnação inicial, às fls. 594 a 612, o sujeito passivo não questionou o cometimento da infração, apenas insurgiu-se contra os cálculos realizados pelo Fisco na aplicação do teor da instrução Normativa nº 56/2007, ou seja, o Fisco apurou o percentual de saídas tributadas de 82,50% no exercício de 2005, e de 83,26% de saídas tributadas em 2006, conforme explicitado no corpo do Auto de Infração, e nos demonstrativos de fls. 65 e 66, e 665 a 668, todos entregues ao contribuinte; e o sujeito passivo argüiu, na mencionada primeira impugnação, que os percentuais seriam de 68,30% de saídas tributadas em 2005, e de 51,62% em 2006, em tabela que acostou ao processo à fl. 633, e reprisou à fl. 681, em sua segunda manifestação no processo.

Contudo, em sua segunda manifestação, às fls. 678 a 690, embora anteriormente não tendo contestado o cometimento da irregularidade e, pelo contrário, já tendo confessado existir crédito tributário não recolhido em relação a esta infração 04, inclusive formalizando pedido de parcelamento de parte do débito lançado na mesma, veio a alegar, sem apresentar provas do afirmado, que não teria ocorrido aquisição sem escrituração fiscal, e que não teria havido saídas omitidas.

O contribuinte, nestes autos, não comprovou que os dados que o mesmo, e seus fornecedores, informaram à SEFAZ, em seus arquivos magnéticos SINTEGRA, estariam equivocados. Também não comprovou que não adquiriu as mercadorias cujas operações de entradas foram objeto do levantamento fiscal. Não tendo comprovado tais alegações, trata-se de mera negativa do cometimento da infração, nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/99. Tendo adquirido mercadorias, deveria ter contabilizado os correspondentes pagamentos efetuados, e também não prova este fato. Cumpre esclarecer que a falta de contabilização de pagamentos efetuados indica que o sujeito passivo utilizou recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas o que, nos termos do §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, sendo ressalvada, ao contribuinte, a prova da improcedência da presunção, o que não foi realizado, conforme já exposto.

Não tendo sido elidida a presunção, ainda na mencionada segunda impugnação, às fls. 678 a 690, o contribuinte reprisa a alegação de que os percentuais encontrados pelo Fisco, nos termos da IN 56/2007, estariam equivocados, porque não foram excluídos os montantes relativos à redução de base de cálculo, conforme o Termo de Acordo de Atacadista que firmara com a SEFAZ. De pronto, esclareço que a redução aplica-se sobre base de cálculo de mercadoria tributável, e que esta redução é um benefício fiscal, pelo que está condicionado ao correto cumprimento das obrigações tributárias pelo beneficiado. Ainda que o contribuinte permaneça, enquanto vigente seu Termo de Acordo, submetido às regras de redução de base de cálculo para as operações em que regularmente compra a legislação tributária, está concomitantemente submetido às mesmas regras aplicáveis para os contribuintes que não usufruam de benefício fiscal, quando o Fisco apura o cometimento de infração. Se assim não fosse, a legislação tributária estaria a beneficiar, indevidamente, um contribuinte em detrimento de outros, dispensando-lhe tratamento desigual, privilegiado, em situação idêntica à dos demais investigados pelo Fisco, qual seja, a apuração de evasão de receita tributária. Não há, no Decreto nº 7.799/2000, invocado pelo contribuinte, dispositivo que autorize este tratamento desigual, que também não encontra amparo na legislação tributária em vigor.

Em relação à argumentação do impugnante de que se deveria aplicar, no cálculo da proporcionalidade, o quanto disposto em relação ao CIAP, observo que determina o CTN:

CTN:

art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;
II – outorga de isenção;

Assim, tratando-se, no caso presente, de pedido para redução de crédito tributário apurado em ação fiscal, e inexistindo previsão legal para que se aplique, por analogia, disposições relativas a apropriações de créditos de ICMS relativos ao ativo imobilizado, aquelas disposições são inaplicáveis à situação presente, uma vez que o §6º do artigo 29 da Lei nº 7.014/96 não expande a sua abrangência à mesma.

Em relação ao movimento real tributável dispõe o artigo 936 do RICMS/BA:

RICMS/BA:

art. 936. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final, os serviços tomados ou, conforme o caso, prestados pelo estabelecimento, as despesas e encargos do contribuinte, o lucro auferido, e outros elementos, dados ou informações concernentes às atividades do contribuinte ou responsável.

Verifico que tal regra foi respeitada na ação fiscal em lide, tendo sido realizado levantamento fiscal, consoante demonstrativos anexados ao PAF e entregues ao sujeito passivo, considerando o movimento realizado pelo contribuinte nos dois exercícios objeto da imputação 04, em foco. Apenas depois de realizado o levantamento fiscal, e apurada a base tributável, foi utilizado o critério da proporcionalidade previsto na IN 56/2007, tal como explicitado pelos autuantes em sua informação fiscal, cuja cópia também foi entregue ao autuado.

Observo que o contribuinte não contesta a informação fiscal no que tange a que ele, autuado, conforme o Termo de Acordo que celebrou com o Estado da Bahia, perderá o direito ao benefício da redução da base de cálculo, na hipótese de constatação de infração que resulte na falta de pagamento do ICMS.

Por tudo quanto aqui exposto, considero procedente a infração 04, parcialmente admitida pelo contribuinte, que não elidiu a presunção que lhe é o objeto, nem comprovou qualquer incorreção nos cálculos realizados pelo Fisco.

Em relação às multas indicadas no Auto de Infração, estão previstas no artigo 42 da lei nº 7.014/96, e são as aplicáveis às imputações. Ademais, não se inclui na competência deste órgão julgador, nos termos do artigo 125, inciso I, do Código tributário do Estado da Bahia – COTEB, a declaração de inconstitucionalidade.

Em relação à dispensa, ou redução, das multas por infração de obrigação principal, tal pedido poderá ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99. Quanto às multas por descumprimento de obrigação acessória relativas às infrações 07 e 08, não está provado, nos autos, que estão preenchidos os requisitos do artigo 158 do mesmo Regulamento, pelo que estão mantidas no montante indicado no Auto de Infração.

Modifico, de ofício, a indicação da alínea “f” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, mencionada nas infrações 07 e 08 do Auto de Infração, para alínea “i” do mesmo inciso, sem alterar os percentuais de 5% e de 1% respectivamente indicados, em razão da modificação da redação do mencionado inciso XIII, com a alteração promovida pela Lei nº 8.542, vigente a partir de 28/12/2008, ressaltando que tal modificação de redação, no caso presente, não agrava, ou diminui, a penalidade pelas infrações.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser verificada a regularidade da quitação do débito parcelado, conforme extrato SIGAT às fls. 645 a 647, pela repartição fazendária responsável, para a posterior homologação do valor que venha a ser efetivamente recolhido, e demais providências cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269140.0200/07-7, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$282.558,55**, acrescido das multas de 60% sobre R\$145.763,42, e de 70% sobre R\$136.795,13, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f”, III, VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total **R\$108.916,60**, previstas no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, com a redação da citada Lei em vigor à data da autuação, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser verificada a regularidade da quitação do débito parcelado, pela repartição fazendária responsável, para a posterior homologação do valor que venha a ser efetivamente recolhido, e demais providências cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR