

PROCESSO - A. I. Nº 269140.0200/07-7
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (GOMES DISTRIBUIDOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0356-03/08
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 04/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/10

EMENTA: ICMS. 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 presume 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 arguição de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JJF n. 0356-03.08, julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado, em 28/09/2007, para exigir ICMS no valor total de R\$282.558,55, e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$108.916,60.

Cinge-se o Recurso Voluntário à análise e apreciação da infração 4, assim descrita no Auto de Infração:

“Infração 4 – 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%.”

Após apresentação de peça defensiva por parte do autuado (fls. 594 a 612) e informação fiscal por parte do autuante (fls. 640 a 643), a 3ª JJF deliberou, em pauta su[processo em diligência (fl. 649), a fim de que os autuantes assis[levantamento fiscal anexados ao processo e elaborassem demonst

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.

Em cumprimento à Diligência (fls. 653 e 654), reproduziram os autuantes parte do teor da informação fiscal e aduziram 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*”. Afirmaram que a matéria já foi objeto de julgamento pela 2ª JJF, que decidiu pela procedência do Auto de Infração nº 206830.0004/07-9.

Anexaram, 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 INFAZ 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.

Após nova manifestação do contribuinte (fls. 678 a 690) e colação aos fôlios processuais de extratos do SIGAT/SEFAZ com parcelamento de montantes integrantes do débito lançado de ofício, no valor principal de R\$345.557,49 (fls. 645 a 647), a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, por unanimidade, pela procedência do Auto de Infração (fls. 794 a 802), nos seguintes termos:

“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.

(...)

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 infração, apenas insurgiu-se contra os cálculos realizados pelo Fisco n Normativa nº 56/2007, ou seja, o Fisco apurou o percentual de saídas tril

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 arguiu, 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 cumpra 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, conside
contribuinte nos dois exercícios objeto da imputação 04, em foco. Apenas a
fiscal, e apurada a base tributável, foi utilizado o critério da proporcionalidade
como explicitado pelos autuantes em sua informação fiscal, cuja cópia també

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”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário (fls. 815 a 840), através do qual, inicialmente, suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração, em face da ausência de fundamentação da Decisão recorrida. Diz que o julgado apresenta-se bastante singelo, lacônico e anêmico em suas considerações, raiando as margens da simples chancela do lançamento, sem, contudo, qualquer amparo ou sustentação legal ou probatória, o que é inadmissível no ordenamento jurídico pátrio. Frisa que foram desconsiderados todos os argumentos defensivos do autuado, optando a 3ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF por acolher o trabalho fazendário com base nas informações da autoridade autuante, sem explicitar as razões de seu convencimento. Além disso, prossegue, “*incorre em expressa negativa de prestação jurisdicional, sob a falácia de que seria incompetente para avaliar a constitucionalidade de normas.*” Alega que o *a quo* falhou ao deixar de apreciar questões ínsitas à Lei Maior, transcrevendo escólio de Ruy Barbosa Nogueira para assinalar que o aludido órgão confundiu seu mister com o de agente fiscal, razão pela qual o ato administrativo de julgamento tributário tornou-se simples chancela do trabalho fiscal. Assevera, por conseguinte, que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, “*à míngua de observância ao princípio da fundamentação das decisões.*”

No que se refere ao mérito, argumenta 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 Instrução Normativa nº 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.

Aduz que os fiscais teriam cometido desacerto ao desconsiderarem os montantes relativos às reduções de base de cálculo concedidas a partir da assinatura do

Diz que o Fisco usa dois pesos e duas medidas quando de um lado às reduções sejam considerados quando da escrituração do Livro de

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 fls. 825 e 826. Ressalta 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. 825 e 826 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. 827 e 828, 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.

Salienta 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”*.

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. 834 e 835.

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.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Leila Ramalho, emite da matéria (fls. 863 a 866), através do qual opina pelo improvin interposto.

Inicialmente, quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, entende ser descabida tal arguição, uma vez que o Acórdão recorrido não padece de ausência de fundamentação, tendo exposto com precisão e clareza as suas razões de decidir. Assevera que a impossibilidade de o órgão administrativo de julgamento fiscal apreciar arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual decorre no quanto estatuído no próprio COTEB, cujo art. 125, I, enuncia não se incluir na competência dos órgãos julgadores a “*declaração de inconstitucionalidade*”.

Quanto ao mérito, assinala que melhor sorte não assiste ao recorrente. Isso porque, prossegue, consoante se observa às fls. 653/668, através de diligência fiscal foram acostados aos fólios processuais os demonstrativos analíticos dos referidos percentuais e deles teve vista o autuado, manifestando-se especificamente às fls. 678/690. Outrossim, percebe-se ter constado, dos aludidos demonstrativos, a indicação dos documentos que embasaram a sua elaboração.

Quanto à alegação do recorrente de que a proporcionalidade instituída pela Instrução Normativa n. 56/2007 é uma “*inovação ao ordenamento jurídico que não encontra respaldo no RICMSD/BA*”, após transcrever trechos da Decisão recorrida, assinala que o critério da proporcionalidade não foi instituído em desfavor do contribuinte, militando em seu benefício, uma vez que, na sua ausência, somente restaria aplicar, pura e simplesmente, a letra fria do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei n. 7.014/96.

Afasta a tese recursal quanto às reduções da base de cálculo concedidas ao recorrente por meio de Termo de Acordo de Atacadista, transcrevendo, no particular, parte do voto exarado em *primo* grau. Afirma, ainda, que improcedem as considerações formuladas pelo recorrente em torno da falta de demonstração efetiva de pagamentos não registrados e, assim, do descabimento da presunção de omissão de saídas, já que a documentação constante dos autos, em especial as notas fiscais oriundas do SINTEGRA e do CFAMT, evidenciam a ocorrência das operações cujos pagamentos não foram lançados pelo contribuinte.

Por fim, quanto à multa, assevera que a mesma corresponde exatamente àquela prevista na lei estadual (inciso III, do art. 42, da Lei n. 7.014/96) para os casos em que presumida a omissão de saídas de mercadorias tributáveis por força de pagamento não contabilizados, não tendo havido qualquer excesso ou distorção na sua aplicação.

À fl. 867, o ilustre procurador assistente profere Despacho ratificando e acolhendo, em todos os seus termos, o Parecer acima referido.

VOTO

Inicialmente, passo a enfrentar a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, suscitada pelo recorrente.

Da análise do Acórdão de fls. 794/802, denota-se, com clareza meridiana, que o mesmo não padece de ausência de fundamentação, tendo sido elaborado com precisão e clareza ímpares, elencando, por completo, as suas razões de decidir.

Rejeito, portanto, a referida preliminar.

No tocante à alegação recursal de possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das normas tributárias estaduais, é de corriqueira sabença que o órgão administrativo de julgamento fiscal não pode apreciar questões deste jaez, à luz do quanto disposto no art. 125, I, do COTEB c/c o art. 167, I, do RPAF. Assim, tratando-se de limite imposto por expressa disposição legal, não há que se cogitar, como pretende o recorrente, de indevida negativa de prestação jurisdicional.

Ingressando na seara de apreciação do *meritum causae*, não há como prosperar, de igual forma, a tese recursal.

Restou demonstrado às fls. 653/668 dos autos, após a realização autuantes, que os demonstrativos analíticos dos percentuais de saíd

autuação foram apresentados, tendo o recorrente, inclusive, se manifestado sobre aqueles às fls. 678/690, sem prejuízo do fato de que constou, dos aludidos demonstrativos, a indicação dos documentos que embasaram a sua elaboração.

Ademais, rasa em fundamentação válida a arguição de que a adoção da proporcionalidade instituída pela Instrução Normativa n. 56/2007 “*é uma inovação ao ordenamento jurídico que não encontra respaldo no RICMS/BA*”.

Primeiramente porque, como corretamente salientado na Decisão recorrida, a 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.*”

Segundo, em razão do critério da proporcionalidade não ter sido instituído em desfavor do contribuinte, como faz crer o recorrente, militando, ao contrário, em seu favor, já que, na sua ausência, somente restaria aplicar, tão-somente, a letra fria do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei n. 7.014/96, considerando como tributadas todas as saídas cuja omissão restasse presumida, o que, obviamente, lhe é prejudicial.

De referência à alegação de que teriam que ser levadas em consideração as reduções de base de cálculo concedidas ao recorrente através do Termo de Acordo de Atacadista celebrado com a SEFAZ/BA, invoca-se, novamente, as ponderações constantes do Acórdão invecivado, no sentido de que se trata de “*um benefício fiscal, pelo que está condicionado ao correto cumprimento das obrigações tributárias pelo beneficiado*”, razão pela qual “*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 cumpra 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*”.

Improcedem, de igual forma, as alegações recursais no que se refere à falta de demonstração efetiva de pagamentos não registrados, e, assim, do descabimento da presunção de omissão de saídas. Isso porque a documentação constante dos autos, em especial as notas fiscais oriundas do SINTEGRA e do CFAMT, evidenciam a ocorrência das operações cujos pagamentos não foram lançados pelo contribuinte.

Ora, tais operações se encontram consubstanciadas em documentos revestidos de todas as formalidades legais, tendo sido emitidos por empresas com existência regular e materializam operações com produtos pertinentes ao ramo de atividade do recorrente. Assim, uma vez que tais documentos apontam como destinatário o contribuinte, a presunção de sua efetiva ocorrência se impõe, salvo se elidida por prova em contrário, que, todavia, no presente caso, não restou produzida.

Por fim, no que tange à multa incidente sobre a infração 4, objeto do Recurso Voluntário, deflui-se que a mesma encontra guarida no inciso III, do art. 42, da Lei n. 7.014/96, atinente à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis por força de pagamentos não contabilizados, não tendo havido qualquer excesso ou distorção na sua aplicação.

Outrossim, com relação à assertiva de que tal norma estadual não se harmoniza com os princípios constitucionais do não-confisco e do direito de propriedade, esbarraria, de qualquer sorte, no óbice erigido pelo já mencionado art. 125, I, do COTEB, segundo o qual não se inclui na competência do pretório administrativo a declaração de incons aplicável.

Ressalte-se, por derradeiro, que, quanto ao parcelamento das demais infrações consubstanciadas na autuação, enquanto perdurar o pagamento regular das parcelas em questão, permanecerá suspensa, na forma da lei, a exigibilidade do crédito tributário a elas correspondente.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0200/07-7**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (GOMES DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o recorrente 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 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, com os 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, 14 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS