

PROCESSO - A. I. Nº 206896.0214/09-7
RECORRENTE - S.M. MACHADO E CIA. LTDA. (MARTHA PAIVA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0391-01/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0225-11/11

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. A exclusão de valores anteriormente exigidos em outra ação fiscal, resulta na redução do montante do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade e indeferido o pleito pela redução ou dispensa da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/09/2009 no valor total de R\$238.552,54, por imputar ao contribuinte cometimento de três infrações, sendo objeto da súplica recursal a seguinte:

“01 – deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, nos meses de janeiro de 2006 a junho de 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$238.064,49, acrescido da multa de 70%, conforme demonstrativos que comparam as vendas através de notas fiscais e os valores informados (TEF), dados contidos nas planilhas analíticas e sintéticas gravadas e identificadas eletronicamente mediante impressão digital do arquivo, em CD-ROM entregue ao contribuinte mediante recibo.”

Consta na “Descrição dos Fatos” que de forma contrária ao que determina a legislação, o contribuinte não possui equipamento emissor de cupom fiscal – ECF, utilizando apenas notas fiscais, as quais foram digitadas e cotejadas individualmente por data e valor;

A 1ª JF proferiu a seguinte decisão acerca da lide fundamentando-a nestes termos, “*verbis*”:

“Inicialmente, afasto a nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de que os procedimentos adotados pela fiscalização são imprecisos e equivocados. Isto porque, uma análise dos elementos juntados aos autos, que se referem precisamente às DMAs (declarações e apurações mensais do ICMS), aos Relatórios Diários de Operações TEF, além dos dados relativos às notas fiscais emitidas pelo impugnante, me convencem quanto ao acerto do método de apuração adotado pela fiscalização, que se referiu ao Roteiro de Levantamento de Usuários de ECF (equipamento emissor de cupom fiscal).

Deste modo, não tem nenhuma pertinência a argumentação de que faltaria certeza nos resultados apurados pelo fisco, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando o lançamento tributário cercado de segurança e certeza, preenchendo todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da tipicidade cerrada, do devido processo legal, da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, considerando, ademais, que a infração se encontra devidamente fundamentada em demonstrativos e documentos fiscais, atendendo aos comandos insertos no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de nulidade, sob a assertiva de que teria existido insegurança na autuação, em razão da divergência de procedimento em duas ações fiscais distintas, ressalto descaber tal pleito, uma vez que na presente situação foi seguido o roteiro previsto para a situação que se apresentou à fiscalização. Ademais, o resultado da apuração verificado no levantamento anterior foi posteriormente considerado pelo autuante, que efetuou os pertinentes ajustes.

Não acato, de igual forma, a argumentação que a fiscalização estadual não poderia se utilizar das informações fornecidas por instituições financeiras e operadoras de cartão de crédito e de débito, visando apurar débitos atinentes ao ICMS, desde quando tais dados estão relacionados com as operações de venda de mercadorias, situações nas quais há incidência do tributo de competência estadual. Ademais, conforme ressaltarei quando tratar a respeito do mérito, a apuração dos valores concernentes ao débito do ICMS, conforme realizado pela fiscalização, de forma diversa daquela aventada pela defesa, tem previsão na legislação tributária pertinente e em vigor no Estado da Bahia, que para o caso em questão prevê a utilização da figura da presunção, não tendo pertinência a sua alegação quanto à ilegalidade da prática adotada pelo autuante.

No mérito, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em razão da apuração de três irregularidades, dentre as quais o autuado reconheceu expressamente as infrações 02 e 03, tendo, inclusive, afirmado que efetuaría o recolhimento dos valores dos débitos correspondentes. Como constatei que os valores apurados se encontram devidamente indicados nos demonstrativos próprios e não há lide a respeito das imputações, mantenho integralmente as citadas infrações.

A infração 01 se referiu à falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos efetuados através de cartões de crédito ou de débito em valores inferiores àqueles fornecidos por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões.

Não faz nenhum sentido a alegação defensiva de que o autuante não teria considerado todas as suas operações comerciais, bem como que não observara que o total das vendas do período compreendido pela autuação fora superior aos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões. Ressalto que de acordo com as correspondentes planilhas e com os demais elementos acostados aos autos, a diferença apurada resultou do comparativo entre os valores repassados à Secretaria da Fazenda pelas mencionadas instituições e os montantes declarados pelo contribuinte nas DMAs, além de terem sido consideradas as notas fiscais de venda. Ocorre que o autuante, de forma acertada, não considerou todas as notas fiscais, porém tão somente aquelas que guardavam correlação, em termos de datas e de valores, com os dados constantes dos relatórios recebidos pela SEFAZ.

Constato que tendo em vista o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos e que transcrevo abaixo. Assim, ao atender o que determina o mencionado dispositivo legal, foram confrontados os dados relativos às vendas declaradas pelo contribuinte constantes nas DMAs e nas notas fiscais emitidas, com os valores informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras. Tendo sido verificada a existência de divergências entre os referidos dados, foi exigido o imposto concernente à diferença apurada.

“Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Nos termos dos artigos 824-B, caput, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF. O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite nota fiscal de venda a consumidor, série D-1 e nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes.

Conforme concluo da leitura desses dispositivos, no caso de emissão desses documentos fiscais, quando houver solicitação do cliente, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número sequencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Observo que tendo em vista que no presente caso estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista no dispositivo acima transcrito, cabe ao contribuinte o ônus da prova, mediante a apresentação dos elementos necessários à desconstituição dos fatos presumidos, o que efetivamente não ocorreu.

Registro que as seguintes alegações defensivas não podem ser acatadas, pois desacobertas da correspondente comprovação documental: que ao final do dia emitia notas fiscais relativas às vendas diárias correspondentes a diversos boletos; que não haviam sido consideradas as vendas “fatiadas”, que se referiam à realização de operações nas quais parte do valor era pago por meio de cartão e parte em dinheiro ou cheque; que às vezes o cliente realizava a compra em uma data, quando era emitido o boleto, porém como a retirada das mercadorias só ocorria em data posterior, o valor das vendas em cartão em determinada data não coincidia com o valor das notas fiscais D-1 emitidas; e o uso de “caderneta”, através da qual o cliente retirava as mercadorias com a nota fiscal D-1 emitida, porém pagando ao longo do tempo com cartão de crédito.

Consigno que para atender o pleito do contribuinte quanto à apuração da proporcionalidade, por operar também com mercadorias sujeitas à antecipação tributária, e tendo em vista que nos respectivos demonstrativos não constava que esse procedimento tivesse sido adotado pelo autuante; bem como visando apurar a argumentação do autuado de que ocorreram vendas com pagamentos efetuados de forma parcelada, para as quais as administradoras teriam repassado as informações relativas aos valores das parcelas e não dos montantes integrais das vendas, porém que as notas fiscais teriam sido emitidas com base nos valores totais das operações, esta 1ª JF diligenciou o processo, para que o autuante efetuasse os ajustes pertinentes.

Observo que, no entanto, apesar de regularmente intimado para apresentar os elementos comprobatórios de suas alegações, inclusive disponibilizando os elementos necessários à apuração da proporcionalidade nos percentuais sugeridos, nenhum documento foi apresentado pelo contribuinte. Apesar disso, o autuante elaborou novas planilhas (fls. 223 a 307), nas quais comprovou que, efetivamente, houvera adotado o critério da proporcionalidade, com base nos dados disponíveis nas DMAs. Constatado que, além disso, foram deduzidos os valores das parcelas de ICMS pagas em decorrência do Auto de Infração lavrado anteriormente, quando fora constatada omissão do imposto nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2006.

Quanto aos Acórdãos oriundos deste Conselho de Fazenda mencionados pela defesa, observo que não guardam correspondência com o caso aqui sob discussão, haja vista que enquanto nas autuações ali tratadas o roteiro fiscal foi considerado inadequado em razão de os produtos se encontrarem todos eles submetidos ao regime de substituição tributária, no presente lançamento foi aplicada a proporcionalidade, para se exigir o tributo apenas no percentual correspondente às mercadorias normalmente tributáveis.

Deste modo, a infração 01 fica mantida de forma parcial, no montante de R\$233.090,69, em conformidade com o demonstrativo de fl. 224. Acrescento que apesar de cientificado quanto aos resultados trazidos através da diligência, o autuado não se manifestou a respeito, o que considero como uma aceitação tácita dos montantes apontados.

No que se refere ao argumento de que a multa sugerida é desproporcional, confiscatória e que representaria enriquecimento ilícito por parte do erário estadual, contrariando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, esclareço que o percentual da multa estipulada se adequa perfeitamente ao presente caso, estando previsto no art. 42, inciso III da Lei nº. 7.014/96, sendo, portanto, legal.

Por esta razão, rejeito o pedido relativo à sua redução ou dispensa, pois a penalidade indicada tem previsão na Lei nº 7.014/96 e esta instância administrativa não tem alçada para apreciar tal pedido, uma vez que a multa decorreu da falta de cumprimento de obrigação principal, constituindo-se em competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante os artigos 159 e 169, § 1º do RPAF/BA.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.”

O sujeito passivo, inconformado, em sede de Recurso Voluntário, apresentou, através de advogado constituído, suas razões às fls. 363/381, acompanhadas de documentação de fls. 383/504, entre elas, diversas notas fiscais de saída por si emitidas, notas fiscais de saídas emitidas por terceiros relativas à aquisição de mercadorias, mais especificamente calçados e bolsas, o livro de Registro de Saídas do período fiscalizado – janeiro 2006 à junho/2008 -, para serem comercializadas no seu estabelecimento.

De início, reportou-se que durante a diligência requerida à JF acostou ao PAF mais de 100 páginas de documentação, e que o autuante levou mais de 40 dias para se manifestar o que considerou tempo excessivo diante do corpo funcional da SEFAZ e que a lume da Carta Magna as partes têm direito a tratamento igualitário. Entendeu que caberia ao autuante debruçar-se sobre cada argumento por si invocado em sua defesa, e que por isso desobedeceu ao comando do art. 127§ 6º, tendo apenas emitido juízo de valor sobre tais alegações defensivas, o que entendeu que não caberia fazê-lo.

Prosseguiu que o fisco desconsiderou inúmeras vendas por si realizadas e que em sua impugnação demonstrou através das DMAs que as declarações mensais de ICMS totalizaram valores superiores ao constante nas informações oriundas das administradoras de cartão de

crédito/débito. Mas que o autuante elaborou planilha apenas considerando os documentos com data e valor iguais àqueles fornecidos por essas administradoras, tomando, assim, uma base de cálculo equivocada, sem amparo na legislação, já que a exegese do § 4, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 impõe que a exigência do ICMS por presunção legal seja declarada com base na totalidade de suas operações comerciais, daí que o “*quantum*” está em desconformidade com a legislação vigente, o que torna o lançamento indevido a teor do art. 18, IV, “a” do RPAF.

Argumentou que é preciso considerar todas as operações comerciais por si realizadas e que não é necessário corresponder exatamente a data emitida pela nota fiscal D1 e os cupons fiscais, pois as nota fiscal concernentes a vendas diárias são emitidas ao final do dia e correspondem a diversas operações de venda diárias emitidas ao final do dia correspondentes a diversas operações de venda, as quais muitas são realizadas, em parte, através de cartão de crédito e em outra, em espécie, além do que muitos dos seus clientes utilizam compras por meio de “cadernetas”, solicitando muitas vezes que a mercadoria em uma data e realizam o pagamento em outra.

E que por tal motivo não há sempre a coincidência entre o valor da nota fiscal emitida no dia com o levantamento do cartão de crédito e que deste modo não é possível considerar apenas as nota fiscal que guardam correlação perfeita em data e valores com os dados constantes dos relatórios recebidos pela SEFAZ.

Com tais fundamentos, entendeu que produziu prova em contrário, além do que significativa parcela do que comercializa refere-se a produtos sujeitos à substituição tributária, não podendo o ICMS ser exigido duplamente.

Aduziu que conquanto tenha o autuante dito que adotou o critério da proporcionalidade para elaboração da planilha com finalidade de exigir somente aquilo que não se sujeita à fase de tributação encerrada, constata-se que tal planilha não exauriu com exatidão a exclusão dos valores de mercadorias sujeitas ao regime da ST, caso dos calçados que comercializa, a par do que não foi utilizado o total das vendas realizadas, pois muitas delas inclui essas mercadorias.

Considerou relevante para provas sua tese defensiva que seja realizado uma diligência “*in loco*” para que se proceda ao levantamento concreto da quantidade de mercadoria comercializada com fase de tributação encerrada.

Exposto isto, argüiu preliminar de nulidade em face da inexistência de previsão legal, transcrevendo o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Acrescentou que o fiscal não observou que o total de suas vendas é bastante superior aos valores informados pelas administradoras referidas bastando cotejar o DMA dos períodos de janeiro/2006 a junho/2008 registrado na SEFAZ no sistema INC com as tais informações, o qual para o exercício de 2006 informa o total de vendas de R\$ 2.129.000,50, enquanto o documento oriundo das administradoras informa o importe total de R\$ 2.054.678,40. E, quanto ao exercício de 2007, o total das vendas foi de R\$ 2.334.031,70, tendo o montante informado pelas administradoras sido de R\$ 2.141.006,90, e no exercício de 2008, o mesmo ocorreu, sendo R\$ 1324015,60 e R\$ 1.049.301,10, respectivamente, arrematando, nessa esteira, que não há diferenças de ICMS.

Em seguida, argüiu a nulidade pela ausência de descrição precisa da autuação transcrevendo o art. 39, do RPAF/BA.

Prosseguiu que houve alteração na Lei nº 7.014 através da Lei nº 11.899/10 que inseriu o inciso VIII suprimindo a obscuridade do texto anterior, tendo retirado a frase de que a declaração de vendas pelo contribuinte em valor inferior àquelas informadas pelas administradoras de cartão de crédito, substituindo-a por “*valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores ao informado pelas respectivas administradoras*”, passando a transcrever o dispositivo.

Alegou que em havendo dúvida, á luz do art. 112, I, do CTN deve prevalecer o princípio do in dúbio pro reo.

Passou a reportar-se sobre a multa de 70% que não pode ser aplicada á vista do disposto no art. 106, I, do CTN. Alegou os princípios da legalidade cerrada e da retroatividade benigna e ainda o princípio da retroatividade de lei interpretativa com dispensa de penalidade.

Adentrando o que denominou de parte meritória, referiu-se aos produtos enquadrados no regime de substituição tributária mencionando a LC 87/96 que disse ter sido incorporada na lei baiana no art. 353 item 32.

Seguidamente, teceu comentários sobre a presunção e que em relação ao Auto de Infração admite prova em contrário ou fatos modificativos ou extintivos de direito previsto em lei, por força do que disciplina o art. 333, do CPC c/c art. 108, III, do CTN c/c art. 2º, § 3º, inciso IV e 60, I, do RICMS.

Comentou acerca do acórdão proferido pela 3ª JFJ transcrevendo a parte que trata do regime de substituição tributária.

Nessa senda, transcreveu acórdão da 2ª CJF que entendeu que o julgamento foi reconhecendo que o método de apuração do imposto pelo fisco foi inadequado dentro de regime de ST.

Argumentou, também, sobre os equívocos incorridos pelo autuante repetindo os argumentos aduzidos no início da súmula recursal.

Adiante, afirmou que a multa a si imposta tem caráter confiscatório o que é vedado como já decidido pelo STF nos termos do acórdão ali transcrito proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 91.707.

Findou, pugnando pelo acolhimento da nulidade e, no mérito, pela improcedência da autuação, vez que seja reconhecida a inaplicabilidade do regime de apuração com base na presunção legal “*júris tantum*” tendo em vista que as mercadorias estão com fase de tributação encerrada, como a anexa documentação por si colacionada, por amostragem, evidencia a inexistência dessa omissão de saída. E ainda, por que não foi considerado pelo fisco os valores correspondentes às vendas “fatiadas”, devendo prevalecer a verdade material.

Postulou, em derradeiro, pela redução ou cancelamento da multa e, ainda, pela revisão fiscal por fiscal estranho ao feito.

A PGE/PROFIS às fls. 511/514 afirmou que as razões recursais repetem o que foi argüido em sede de impugnação inicial o que tudo já foi devidamente apreciado e decidido, tendo ainda sido requerida a realização de diligência fiscal para fins de aplicação do critério da proporcionalidade das saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Dito isto, rechaçou as preliminares de nulidade considerando que a autuação encontra-se a salvo de falhas, e com correta descrição fática conforme a respectiva capitulação legal, rechaçando, ainda, a argüição de inconstitucionalidade por faltar a este CONSEF competência para declará-la a teor do art.167 do RPAF, acrescentando estar a multa em consonância com a Lei nº 7.014/96, ressaltando que o princípio do não confisco refere-se aos tributos e não às penalidades, que têm caráter educativo e sancionador.

Quanto ao mérito, disse que a autuação está alicerçada no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 que autoriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS sempre que as declarações de venda pelo contribuinte forem em valor inferior àquele informado pela instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

Mencionou que o trabalho do autuante foi lastreado em roteiro de fiscalização mediante o confronto do que foi declarado pelo recorrente com as DMAs e com os valores das notas fiscais de vendas declarados por tais instituições. E que por isto, o levantamento fiscal levado a efeito nestes autos comprovam que houve a omissão presumida, não tendo o sujeito passivo produzido prova em contrário, embora tenha sido intimado para apresentar os documentos fiscais indispensáveis à apuração do critério da proporcionalidade, quedando-se inerte. Mas que, a despeito disso, o critério da proporcionalidade foi aplicado tomando como base os dados disponibilizados nas DMAs.

Cuidou de salientar que o órgão competente para dispensar ou reduzir a multa de obrigação principal é a Câmara Superior do CONSEF à luz do que dispõe o art. 159, do RPAF/BA para quem deve ser encaminhado o pedido.

Por fim, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Cuidam os autos do reexame, por este Colegiado, de imputação ao contribuinte de ter omitido saídas de mercadoria tributada, realizada por cartão de crédito/débito, no período de janeiro/2006 a junho/2008, em decorrência dos valores nas Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte serem inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito, a lume do que preceitua o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Com efeito, como se extrai desses dispositivos legais há um expresse permissivo legislativo de, nessas circunstâncias fático-jurídicas descritas no lançamento para a infração 1, de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabendo ao sujeito passivo elidi-la mediante a apresentação, ao fisco, da sua escrituração contábil-fiscal correspondente, “*in casu*”, a via dos boletos das vendas com cartão de crédito/débito vinculadas aos cupons fiscais, ou mesmo as notas fiscais correspondentes, para se proceder a indispensável correlação.

Logo, em que pese à vasta documentação juntada pelo recorrente sobre a qual nos debruçamos, atentamente, extraímos dessa análise que não houve, em verdade, a exibição de documentos efetivamente capazes de socorrer as alegações defensivas para dar-lhes suporte.

Muito ao reverso. Em diversas laudas constam notas fiscais cujo boleto refere-se a período diverso, ou seja, nota fiscal emitida em janeiro de 2006 com boleto emitido em 2005, a exemplo dos documentos de fls. 395, 397, 407 e 408, entre outras.

Se isto não bastasse, em outras laudas constatamos que os boletos que poderiam se correlacionar com as notas fiscais estão completamente ilegíveis, a exemplo das fls. 396, 398, 400, 401, 403, 406, 408, 409, 410, 411, 414 e 415, entre outras. Constam, ainda, notas fiscais rasuradas, como a de fl. 400.

A par disso, o recorrente deixou de observar que no demonstrativo cuidadosamente feito pelo autuante, preciso e detalhado, de fls. 224/307, já constam às notas fiscais de saídas juntadas pelo recorrente em seu Recurso Voluntário, como as de fls. 424, 425, 426, 427, entre outras.

Atentamos, ainda, que na revisão fiscal de fls. 221/222, mais especificamente, a de fl. 223, foi esclarecida pelo autuante a forma de aplicação do critério de proporcionalidade durante todo o período fiscalizado, computando-se o montante das vendas em conformidade com as DMAs.

E não poderia ser por outro modo, já que houve a recusa reiterada do contribuinte de apresentar, em sua própria defesa, os documentos efetivamente comprobatórios de suas alegações como acima explicitamos, não tendo sequer apresentando, como era esperado, um demonstrativo claro e objetivo de quais as notas fiscais cujos valores entendeu não terem sido deduzidos pelo autuante.

Do mesmo modo, nessa revisão fiscal o fisco contemplou as mercadorias sujeitas à substituição tributária, caso dos calçados, excluindo-as por meio do critério da proporcionalidade, sem assistir, por conseguinte, razão ao recorrente.

Concluimos, destarte, pelo acerto da decisão de primeiro grau que reduziu a infração 1 para R\$233.090,69, justamente por força do teor do demonstrativo de fl. 224, oriundo da dita revisão fiscal, sobre o que o recorrente foi intimado, mas não se manifestou, aquiescendo, portanto, ao seu resultado, aspecto relevante que não é possível ao julgador perder de vista por configurar preclusão lógica.

No tocante à alegação de que a penalidade estaria desproporcional e confiscatória e, assim, estaria por contrariar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e a gerar

enriquecimento ao erário, tal arguição não merece acolhida, pois a multa imposta encontra-se estribada no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Além do que, ressaltamos, para reduzi-la ou cancelá-la, se fosse o caso, falta a esta Câmara competência material, em face da penalidade derivar da falta de cumprimento de obrigação principal, recaiando exclusiva competência, nos termos dos artigos 159 e 169, § 1º, do RPAF/BA, à Câmara Superior deste CONSEF.

Destacamos, por fim, que, à míngua de prova, não há como elidir a presunção legal que ensejou a lavratura do auto infracional, sendo, portanto, subsistente a infração 1 nos termos da revisão fiscal realizada pelo autuante e anuída pelo recorrente, embora tacitamente.

Considerando, por fim, os argumentos declinados no memorial apresentado na assentada deste julgamento, observamos que não trouxe fundamento novo algum e, quanto aos documentos que acostou, apuramos que, mais uma vez, o recorrente juntou notas fiscais com os respectivos boletos de cartão de crédito totalmente ilegíveis, obstando o esclarecimento da verdade material. Demais disso, verificamos, também, que foram apresentadas notas fiscais – como as de nºs 9190, 9190 e 9024, já consideradas e incluídas na revisão fiscal, consoante o pormenorizado demonstrativo elaborado pelo autuante, não tendo, realmente, como dar acolhimento à tese recursal por inércia do próprio contribuinte que, a despeito de recair sobre si o ônus probatório de elisão da presunção legal de omissão de mercadorias tributáveis, disso não se desincumbiu.

Por derradeiro, salientamos que, se porventura o recorrente entende que tem documentos capazes de alterar este entendimento de subsistência da infração 1, mas que ainda não foram exibidos nem mesmo nesta fase recursal como poderia, que encaminhe pedido à PGE/PROFIS para que esta, no controle da legalidade, possa apresentar Representação a este CONSEF.

Do exposto, o voto ora manifestado é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo na íntegra a Decisão recorrida, pois escorreita e condizente com a vigente legislação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.0214/09-7**, lavrado contra **S.M. MACHADO E CIA. LTDA. (MARTHA PAIVA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$233.118,74**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, alínea “b” do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS