

**PROCESSO** - A. I. N° 207668.0006/09-6  
**RECORRENTE** - MALBEC COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS LTDA. (CASA MALBEC)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3 JJF n° 0111-03/11  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 04/07/2012

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0171-11/12

**EMENTA:** ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO N° 7.799/00. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ocorrência de saídas de mercadorias para não contribuintes e para contribuintes com inscrição cancelada ou baixada, além de saídas para outros Estados. Demonstrado não ter, em janeiro de 2008, alcançado o percentual mínimo de saídas para contribuintes. A redução de base de cálculo prevista no “caput” do art. 1º do Decreto n° 7.799/00 se aplica nas operações de “saídas internas” [de mercadorias] “destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos percentuais de faturamento indicados no art. 1º do aludido decreto. Infração julgada procedente em parte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO. Infração não elidida. Mantido o lançamento. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. Omissão de entradas de mercadorias implica na presunção de ter sido o pagamento dessas entradas efetuado com recursos decorrentes de operações (vendas, saídas de mercadorias) anteriormente realizadas e também não declaradas (§ 4º do art. 4º da Lei n° 7.014/96). Mantido o lançamento. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 3<sup>a</sup> JJF, a qual, no Acórdão n°. 0111-03/11, considerou Procedente em Parte a autuação, exigindo ICMS no valor de R\$71.105,89, acrescido de multas, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto n° 7.799/00, por efetuar saídas de mercadorias para não contribuintes, para contribuintes com inscrição cancelada ou baixada e

para outros Estados, e por não alcançar o percentual mínimo nas saídas para contribuintes, ultrapassando o percentual máximo nas saídas para não contribuintes, sendo lançado imposto no valor de R\$64.464,20, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - falta de retenção de ICMS, na qualidade se sujeito passivo por substituição, nas vendas de mercadorias para contribuintes localizados neste Estado, que se encontravam “inaptos”, sendo lançado imposto no valor de R\$1.287,02, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias efetuadas sem emissão de documentos fiscais, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas”, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008), tomando-se por base de cálculo a diferença de maior valor monetário, a de saídas, sendo lançado imposto no valor de R\$4.235,46, com multa de 70%;

INFRAÇÃO 4 - falta de recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias, tendo sido constatada falta de registro de entradas, lançando-se o imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2007), sendo lançado imposto no valor de R\$1.119,21, com multa de 70%.

O autuado, às fls. 187 a 193, apresentou, tempestivamente, impugnação, tendo, em seguida, a autuante prestado a informação fiscal de praxe (fls. 213/216). Prosseguindo a tramitação, o PAF foi objeto de duas diligências para a repartição de origem, ocorrendo, após o atendimento de ambas as solicitações, as manifestações por parte do autuado.

Dando sequência, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

*“Este Auto de Infração compõe-se de quatro lançamentos.*

*O 1º lançamento diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, em virtude de o autuado:*

- a) efetuar saídas de mercadorias para não contribuintes;*
- b) efetuar saídas de mercadorias para contribuintes com inscrição cancelada ou baixada;*
- c) efetuar saídas de mercadorias para outros Estados;*
- d) não alcançar o percentual mínimo nas saídas para contribuintes, ultrapassando o percentual máximo nas saídas para não contribuintes.*

*O contribuinte pede em preliminar a nulidade deste lançamento com arrimo no art. 18, IV, do RPAF, alegando que a descrição do fato apresenta acentuada dificuldade de se identificar o teor da acusação, por envolver 4 imputações, não sendo esclarecido por que em tais situações teria havido infração.*

*Não é razoável tal reclamação. Consta na descrição do cometimento que foram constatadas quatro irregularidades na fruição do benefício em questão. Foram explicitadas as quatro irregularidades, que no corpo do Auto são especificadas em dois tópicos: três no primeiro tópico, e uma no segundo. Na descrição dos fatos foi apontado o Decreto nº 7.799/00, com menção expressa ao termo de acordo firmado por esse contribuinte com o fisco estadual. Tal termo de acordo é celebrado para pontuar os regramentos previstos naquele decreto. O “caput” do art. 1º do Decreto nº 7.799/00 prevê que a redução de base de cálculo ali estipulada se aplica nas operações de “saídas internas” [de mercadorias] “destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”, desde que o valor global das saídas [de mercadorias] destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos percentuais de faturamento indicados no art. 1º do aludido decreto.*

*Na verdade, se há dificuldade de compreensão de conceitos, isso decorre não da forma como os fatos foram narrados no Auto, mas sim da forma como o decreto foi redigido e das concepções que estão por trás de seus enunciados. De fato, é muito difícil para o autuado – como de resto para qualquer pessoa – compreender que um cliente seu, embora se encontre inscrito no “cadastro de contribuintes”, não seja “contribuinte”. O raciocínio lógico é este: se não é contribuinte, por que está inscrito no “cadastro de contribuintes”? Tal é o*

caso das empresas inscritas na condição de “contribuinte especial”. Em vernáculo, “especial” é o qualificativo de algo relativo a uma espécie, significando próprio, peculiar, específico, ótimo, excelente.

No lançamento em apreço, os clientes do autuado inscritos no cadastro de contribuintes na condição de “especial” são cinco:

- a) Ceema Construções e Meio Ambiente Ltda., inscrição nº 42.028.842, que tem como atividade principal a construção de edifícios;
- b) Salvador Toldos Eventos Ltda., inscrição nº 45.287.833, que explora o ramo de aluguel de palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário;
- c) Agra Empreendimentos Imobiliários S.A., inscrição nº 74.438.819, que é uma incorporadora imobiliária;
- d) Todavia Construções e Locação de Equipamentos Ltda., inscrição nº 63.363.435, que efetua obras de terraplenagem;
- e) Village Resorts do Brasil Ltda., inscrição nº 78.081.974, que se dedica ao ramo de hotelaria.

Embora considere absurdo exigir-se que os comerciantes e seus prepostos tenham obrigação de saber interpretar um dispositivo de decreto com tal nível de dificuldade, o certo é que, na condição de julgador, não posso deixar de pontuar que, por exemplo, uma incorporadora de empreendimentos imobiliários ou uma empresa que se dedica ao aluguel de palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário não são contribuintes do ICMS, e o fato de o Estado ter inscrito tais empresas no cadastro de contribuintes não as torna, só por isso, contribuintes do imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços.

Já no caso de clientes com inscrição cancelada ou baixada, é evidente que se à época dos fatos os registros no cadastro se encontravam cancelados ou baixados tais pessoas realmente não estavam inscritas. O único problema é atribuir-se ao autuado a obrigação de fazer o papel de “fiscal do Estado”, tendo de verificar se seus clientes se encontram em situação regular perante o Estado. Quem tem o dever de fiscalizar é o próprio Estado, através de seus órgãos e das autoridades fiscais competentes. É o Estado que detém o chamado poder de polícia, e esse poder-dever é indelegável aos particulares.

Porém curvo-me à letra do decreto em apreço, cujo art. 1º prevê que o benefício ali estipulado se aplica nas operações de “saídas internas” [de mercadorias] destinadas a “contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia”.

No que concerne às saídas de mercadorias para outros Estados, não há dúvida quanto ao acerto do procedimento fiscal, pois o dispositivo do decreto se refere expressamente às operações de “saídas internas” [de mercadorias, evidentemente], e por saídas internas entendem-se aquelas em que o vendedor e o comprador estão situadas no território estadual.

Ultrapasso a preliminar quanto à alegada falta de clareza.

Quanto ao fato de em janeiro de 2008 o autuado não haver alcançado o percentual mínimo nas saídas para contribuintes, que constitui um dos requisitos do multicitado art. 1º do Decreto nº 7.799/00, o autuado alegou também em preliminar que não teria recebido nenhum demonstrativo indicando que não foi alcançado o percentual previsto no termo de acordo.

Essa alegação de não ter recebido demonstrativos ou relatórios fiscais repete-se na impugnação dos demais itens. Na fase de instrução destes autos, foi observado que nos demonstrativos às fls. 10/22 consta na última folha a assinatura de Jailton Alves Bonfim, que foi a mesma pessoa que tomou ciência do Auto, à fl. 3. O mesmo ocorre com os demonstrativos às fls. 23/60, 61/65, 66/67 e 68/84. Porém, no caso dos demonstrativos às fls. 85/86, 96/97 e 149/150, não consta neles a assinatura do representante da empresa. Em virtude disso, foi determinada a remessa dos autos em diligência à repartição de origem para que fossem fornecidas ao autuado cópias das peças às fls. 85/86, 96/97 e 149/150, reabrindo-se o prazo de defesa. Em face disso, está sanado o vício assinalado.

Superadas as preliminares suscitadas relativamente ao item 1º, passo ao exame da matéria de fundo.

O autuado anexou à defesa consultas públicas relativas à situação cadastral de seus clientes, para provar que a as empresas compradoras são contribuintes do imposto, conforme se encontra consignado nos elementos da consulta. No tocante ao percentual mínimo nas saídas de mercadorias para contribuintes em relação ao montante para não contribuintes, alega que, de acordo com os demonstrativos apresentados, a proporção das vendas indica 88,27% para contribuintes e 11,73% para não contribuintes, estando assim a proporção enquadrada no termo de acordo.

A divergência entre os dados do levantamento fiscal e os da defesa resultam dos critérios adotados. O que importa nas referidas “consultas públicas” não é a situação presente dos contribuintes, e sim sua situação à época dos fatos. Foi determinada diligência para que, dentre outras providências, a auditora anexasse extratos com os históricos da situação cadastral de cada cliente, provando sua situação irregular à época dos fatos. A diligência foi cumprida. No tocante ao mês de janeiro de 2008, foi demonstrado que naquele mês o valor global

*das saídas de mercadorias destinadas a contribuintes do ICMS não alcançou o percentual mínimo estipulado no art. 1º, I, do Decreto nº 7.799/00, e por essa razão a autuação fiscal englobou todas as saídas efetuadas naquele mês, tanto para contribuintes quanto para não contribuintes.*

*A infração está portanto caracterizada. Há, contudo, uma questão legal que como julgador tenho o dever de suscitar de ofício. Na fase de instrução destes autos foi assinalado que o demonstrativo às fls. 66-67 indica imposto no valor de R\$ 648,39, valor este que comprehende o imposto relativo aos meses de janeiro, março, abril, maio, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008, porém o total relativo a todos esses meses foi lançado no Auto de Infração tendo como “Data de Ocorrência” o dia 30.12.08, com vencimento em 9.1.09 (fl. 2). Em diligência determinada por esta Junta, foi solicitado que a autoridade fiscal prestasse informação quanto a esse aspecto. Em resposta, a auditora ponderou que, no seu entendimento, não deve ser feita separação mês a mês dos valores, por se tratar de pequenas quantias mensais, tendo sido essa a razão pela qual ela optou pela utilização da totalização final do exercício.*

*O CTN, no art. 144, prescreve: o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação.*

*Somente se admite imputar como data da ocorrência do fato o último dia do exercício quando é impossível saber a data efetiva de sua ocorrência, como, por exemplo, em se tratando de arbitramento e nos casos de levantamento quantitativo de estoque.*

*Neste caso, não posso, no julgamento, corrigir o vínculo em apreço, distribuindo o valor lançado de acordo com os meses de competência, pois, se assim fizesse, estaria o Órgão Julgador efetuando o lançamento, e não julgando. Quem tem competência para efetuar o lançamento tributário é a fiscalização, mediante seus órgãos e autoridades competentes.*

*Impõe-se, portanto, a nulidade da parcela de R\$ 648,39, relativa a 30.12.08, do item 1º deste Auto. Valor remanescente do item 1º: R\$ 63.815,81.*

*Cumpre ao órgão competente, segundo as praxes da fiscalização, determinar a renovação do procedimento fiscal relativamente à referida parcela de R\$ 648,39. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar tal irregularidade, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.*

*O 2º lançamento refere-se à falta de retenção de ICMS, na qualidade se sujeito passivo por substituição, nas vendas de mercadorias para contribuintes localizados neste Estado que se encontravam “inaptos”. Foram entregues ao contribuinte cópias dos demonstrativos fiscais.*

*O autuado alega que esse fato está conectado ao do item 1º, por extensão, e portanto o lançamento também deve ser declarado nulo, haja vista que o acessório acompanha o principal.*

*Prevê o art. 353, I, do RICMS que é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, sempre que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes. O entendimento do fisco é de que contribuintes que se encontrem na condição de “inaptos” consideram-se não inscritos no cadastro estadual. A jurisprudência deste Conselho encaminha-se nesse mesmo sentido.*

*Considero inadequado atribuir-se ao autuado a obrigação de fazer o papel de “fiscal do Estado”, tendo de verificar se seus clientes estão “inaptos” no cadastro de contribuintes. Quem tem o dever de fiscalizar é o próprio Estado, através de seus órgãos e das autoridades fiscais competentes. O poder de polícia é indelegável aos particulares. O art. 171 do RICMS especifica os casos que implicam a inaptidão da inscrição. A rigor, no caso de um contribuinte que se encontre em plena atividade, inclusive pagando seus impostos em dia, mas que deixe de cumprir alguma obrigação dita acessória, como por exemplo a falta de comunicação da mudança de endereço, a falta de apresentação de informações econômico-fiscais, ou a falta de atendimento a intimação fiscal, o que se pode afirmar é que ele descumpriu obrigações acessórias, tornando-se passível de pena por tal fato, mas não que ele não esteja inscrito. No entanto, seguindo a jurisprudência dominante neste Conselho, mantenho o lançamento do item 2º deste Auto.*

*Quanto aos itens 3º e 4º, os valores lançados foram apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados, a saber: item 3º, exercício de 2008; item 4º, exercício de 2007. No caso do item 3º foram apuradas diferenças tanto de entradas quanto de saídas, e o lançamento foi efetuado com base na diferença de maior expressão monetária, a das saídas. E no caso do item 4º foi apurada apenas diferença de entradas, e o lançamento do imposto foi efetuado com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.*

*O autuado alegou que nenhum relatório ou demonstrativo lhe foi apresentado. Na fase de instrução destes autos, conforme já foi observado, esta Junta determinou a remessa dos autos em diligência à repartição de origem para que fossem fornecidas ao autuado cópias das peças em relação às quais não havia prova de que o contribuinte as tivesse recebido, e reabriu-se o prazo de defesa. Em face disso, está sanado o vínculo assinalado.*

*Quanto ao mérito, o autuado alega que não teria sido observada a orientação da Portaria nº 445/98, segundo a qual, sendo constatadas tanto omissões de entradas quanto de saídas, deve ser cobrado o imposto sobre o maior dos valores encontrados.*

*Essa alegação é descabida. No exercício de 2008 (item 3º) houve diferenças tanto de entradas quanto de saídas, e o lançamento tomou por base apenas a diferença de saídas, por ser a de maior valor. Por sua vez, no exercício de 2007 (item 4º) houve apenas diferença de entradas, e foi essa diferença que serviu de base de cálculo. O critério questionado pela defesa só se aplica em omissões de entradas e de saídas encontradas no mesmo exercício.*

*Não foi apontada a ocorrência de erros quanto aos valores numéricos.*

*A autuação por omissão de saídas (item 3º) tem como fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo (art. 4º, I, da Lei nº 7.014/96).*

*Por outro lado, quando o contribuinte omite entradas de mercadorias (item 4º), a lei autoriza a presunção de que o pagamento dessas entradas foi feito com Recursos decorrentes de operações (vendas, saídas de mercadorias) anteriormente realizadas e também não contabilizadas (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96).*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 338/342), objetivando a reforma do julgado.

Assim é que, na peça recursal, após sucinta descrição dos fatos, o recorrente arguiu a nulidade do julgamento de primeira instância, sustentando que: “*O julgamento inicial deixou de enfrentar as questões colocadas pelo recorrente, quais sejam: Tendo havido o debitamento do imposto nas saídas de mercadorias qual a irregularidade cometida por ter havido saída para não contribuintes, para contribuintes com inscrição cancelada ou baixada (cujo controle é feito exclusivamente pela SEFAZ) e por promover saída de mercadorias para outra unidade da Federação.*

Aduziu que deveria “...o processo “andar para trás” a fim de que haja o enfrentamento das questões e em seguida seja devolvido o amplo direito de defesa.”

Prosseguindo, reiterou o pedido de nulidade do Auto de Infração, asseverando que: “... a peça acusatória é nula, haja vista que não está esclarecida qual a irregularidade por se promover saída de mercadorias com o devido debitamento do imposto ainda que os destinatários não “atendam” as exigências do Estado.”

Adentrando ao mérito, o recorrente assegurou que nenhum valor era devido, havendo duas questões para serem apreciadas sob este ângulo:

1. “*Redução indevida da base de cálculo nas saídas de mercadorias, por falta de alcance do percentual estabelecido quando da concessão do benefício (Decreto 7.799/00): Ao se verificar os destinatários das mercadorias cujas notas fiscais de saída encontram-se na empresa, à disposição da fiscalização e que não foram anexadas em função do grande volume, constata-se que o percentual estabelecido quando da concessão do benefício fiscal foi respeitado, pelo que descebe qualquer exigência de imposto.*
2. “*Suposta omissão de Saída de Mercadorias, identificada através do levantamento quantitativo de estoques: De acordo com a ação fiscal, os exames tiveram como lapso de tempo o ano de 2007 e 2008. Não houve exame de documentos (notas fiscais de entrada e saída), mas, tão somente os arquivos magnéticos da Secretaria da Fazenda. Dessa maneira, se as notas fiscais não evidenciam irregularidade o cabimento é de, apenas, multa formal. E, também, o exercício a ser considerado deverá ser 01/01/2007 a 31/12/2008 levando em consideração a portaria 445/98 que determina que havendo no exercício a omissão de entrada e saída de mercadorias deve ser cobrado o de maior expressão monetária: a omissão de entrada ou a omissão de saída, não as duas “coisas”.*

Concluiu reafirmando a nulidade do julgamento desde o seu nascêdo, por não ter enfrentado as questões propostas, bem como, em face da obscuridade, e improcedente quanto ao imposto exigido, por carecer de comprovação do ilícito.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 348/349, da lavra da douta procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, considerando que as razões recursais não se apresentavam capazes de modificar a Decisão recorrida.

Asseverou, reportando-se à nulidade da Decisão suscitada, que ao revés do asseverado, o julgador *a quo* analisou todas as infrações apuradas, proferindo julgamento itemizado e motivado.

Rejeitou, também, a pretensa nulidade do Auto de Infração por obscuridade, uma vez que o lançamento de ofício encontrava-se revestido de todas as formalidades legais, aduzindo que inexistia qualquer mácula capaz de ensejar as hipóteses de nulidade contempladas no artigo 18 do RPAF.

No mérito, afirmou que o Recurso Voluntário não trazia prova nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgamento de primeira instância.

## VOTO

Do exame atencioso do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário manejado pelo contribuinte suscita duas preliminares de nulidade e, no mérito, insurge-se de maneira vaga, genérica e inespecífica, apresentando duas teses para aduzir que nenhum valor é devido.

A 3<sup>a</sup> JJF julgou procedente em parte a ação fiscal, tendo o recorrente, nas suas razões, além da preliminar de nulidade da Decisão de piso, sustentado idênticas teses da peça impugnatória, sem trazer à apreciação qualquer fato novo ou prova documental capaz de promover alguma alteração no julgamento do feito.

Quanto à prefacial de nulidade da Decisão, por falta de enfrentamento de questões colocadas na impugnação, inassiste razão ao contribuinte, porquanto, conforme destacado pela PGE/PROFIS, o julgador foi por demais detalhista e bastante didático, abordando item por item as argumentações levantadas na peça impugnatória, atinente a cada uma das imputações.

Com efeito, a arguição de que: “*Tendo havido o debitamento do imposto nas saídas de mercadorias qual a irregularidade cometida...*” não teria sido analisada, basta uma simples leitura dos primeiros parágrafos da Decisão, para se constatar, sem margem à dúvida, quais, e não apenas uma como quer fazer crer o recorrente, as irregularidades cometidas, valendo rememorar a Decisão, no específico:

“*Este Auto de Infração compõe-se de quatro lançamentos.*

*O 1º lançamento diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, em virtude de o autuado:*

- a) efetuar saídas de mercadorias para não contribuintes;*
- b) efetuar saídas de mercadorias para contribuintes com inscrição cancelada ou baixada;*
- c) efetuar saídas de mercadorias para outros Estados;*
- d) não alcançar o percentual mínimo nas saídas para contribuintes, ultrapassando o percentual máximo nas saídas para não contribuintes.”*

Nesse contexto, não pode prosperar a tese da nulidade da Decisão, porquanto sem viabilidade a argumentação apresentada.

De igual sorte, não se pode acolher a questão prévia de nulidade por obscuridade, em face de não se encontrar esclarecido qual a irregularidade cometida, posto que o lançamento de ofício atendeu a todas as formalidades legais, estando as quatro imputações explicitadas, acompanhadas de demonstrativos de débito elaborados pela autuante, destacando, na descrição dos fatos, o uso indevido dos benefícios do termo de acordo firmado pelo sujeito passivo, com base no Decreto nº 7.799/00, valendo frisar ter sido o contribuinte intimado de todos os atos processuais, tanto no início como durante a instrução do PAF, inclusive em relação às diligências requeridas pela Junta, exercendo, em todas as oportunidades, o seu direito de se manifestar, previsionado no RPAF/BA.

Na seara meritória, a primeira tese recursal, na qual sustenta o recorrente o descabimento de qualquer exigência de imposto, sob o fundamento de que o percentual estabelecido na concessão do benefício foi respeitado, não pode prosperar, porquanto a simples assertiva de que a

verificação das notas fiscais de saídas, que se encontravam à disposição da fiscalização no estabelecimento, conduziria a tal conclusão, sem, contudo, juntar qualquer elemento probante, não tem o condão de elidir a imputação.

Tangente à segunda questão meritória, na linha de que não houve exame de documentos (notas fiscais de entrada e saída), mas apenas arquivos magnéticos, além de inobservada a orientação da Portaria nº 445/98, essas sustentações, consoante explicitado na Decisão de base, são descabidas, a uma, porque o levantamento quantitativo de estoque está completamente identificado nos elementos anexados pela autuante no Auto de Infração (vide documentos de fls. 93 a 180), a duas, porquanto constatadas tanto omissões de entradas quanto de saídas, deve ser cobrado o imposto sobre o maior dos valores encontrados, dentro de cada exercício, exatamente como foi procedido no caso concreto versado.

Oportuna a rememoração do posicionamento da JJF, no ponto, com o qual concordo integralmente: “*No exercício de 2008 (item 3º) houve diferenças tanto de entradas quanto de saídas, e o lançamento tomou por base apenas a diferença de saídas, por ser a de maior valor. Por sua vez, no exercício de 2007 (item 4º) houve apenas diferença de entradas, e foi essa diferença que serviu de base de cálculo. O critério questionado pela defesa só se aplica em omissões de entradas e de saídas encontradas no mesmo exercício.*”

*Não foi apontada a ocorrência de erros quanto aos valores numéricos.”*

Outrossim, a legislação do contencioso administrativo do Estado da Bahia, RPAF/BA, precisamente no art. 123, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com arrimo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

Ocorre que, no caso presente, inexiste tal procedimento, configurando-se a presunção de veracidade da imputação, pois a mera negativa do cometimento da infração ou alegações desacompanhadas de provas documentais se apresentam como insuficientes para desautorizar a legitimidade da autuação fiscal, segundo estabelece o art. 143 do RPAF/BA, nesse diapasão não desonerando o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Do quanto exposto e com supedâneo nos elementos informativos residentes nos autos, repita-se, incapazes de dar amparo às teses apresentadas pelo recorrente objetivando elidir a imputação fiscal, alternativa não resta senão a de manter, na íntegra, a Decisão proferida pela 3ª JJF.

Concludentemente, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## 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. 207668.0006/09-6, lavrado contra **MALBEC COMÉRCIO ATACADISTA DE BEBIDAS LTDA. (CASA MALBEC)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$70.457,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$65.102,83 e 70% sobre R\$5.354,67, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTAS - REPR. DA PGE/PROFIS