

PROCESSO - A. I. Nº 232845.0515/11-7
RECORRENTE - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0259-03/12
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 31.10.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0417-13/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo de estoque, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos da apreciação do Recurso Voluntário em relação à Decisão relativa ao Auto de Infração lavrado em 09/12/2011, exigindo o ICMS no valor de R\$49.984,62 acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento deste imposto constatado pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis no exercício de 2006.

Em sua impugnação argui preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa. Cita e transcreve o artigo 5º inciso LV da CF /88 e o art. 2º do RPAF/BA. Cita a doutrina acerca da garantia da ampla defesa e do contraditório.

A I. 3ª JF baixou os autos em diligência, fl. 104, no sentido de que a Inspeção fizesse a entrega de novo CD, mediante recibo, especificando que em seu conteúdo estavam todos os demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de estoques que deram origem ao Auto de Infração, bem como, cópia do despacho da diligência concedendo-lhe um prazo de 30(trinta) dias, (reabertura do prazo de defesa), para que ele, querendo, se manifestasse.

Após cumprimento da diligência, fls. 106/107, o impugnante voltou a se manifestar, fls. 111/115. Aventando que os arquivos apresentados pela INFAZ de origem, demonstram que o Auto de Infração deverá ser anulado, pois a especificação de cada nota fiscal está discriminada nos seus arquivos magnéticos, conforme provam as planilhas existentes no CD fornecido pelo fisco.

Firma que em sua informação consta cada número da nota fiscal correspondente a mercadoria, o que possibilita realizar a fiscalização, entretanto a recíproca não é verdadeira. E que desta forma não consegue identificar no levantamento fiscal, a quantidade de mercadorias à qual nota fiscal está associada, o que restringe o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, consagrados no art. 5º LV da Constituição Federal.

Na Decisão, o i. Relator da i. 3ª. JJF assim se manifesta:

“Analisando a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente, constato que o Auto de Infração foi lavrado na forma regulamentar. O imposto e sua base de cálculo foram apurados consoantes os levantamentos fiscais entregues ao contribuinte e em conformidade com a legislação vigente.

O impugnante alegou em peça defensiva que não conseguiu identificar dados imprescindíveis na planilha do autuante para exercer a ampla defesa e o contraditório, pois não entendeu exatamente qual o período autuado, a base de cálculo para se estabelecer o preço médio, as datas das saídas das mercadorias. Não teve como identificar como foi considerado o faturamento quando das vendas para entrega futura e pelo levantamento fiscal, não conseguiu ler o produto ou a marca da mercadoria que supostamente saiu sem nota.

Em fase instrutória foi verificado que constava da mídia eletrônica de dados – CD anexado à fl. 41, todos os levantamentos fiscais necessários à caracterização da infração e à compreensão pelo contribuinte sobre o que lhe estava sendo imputado, conforme declarado pelo autuante: o levantamento das entradas, das saídas, do preço médio e demonstrativo das omissões. Entretanto, estas informações não estavam registradas de forma clara no documento que formalizou a entrega do citado CD ao autuado.

Esta 3ª JJF baixou os autos em diligência, fl.104, para que a Inspeção intimasse o contribuinte para fazer entrega de novo CD, mediante recibo, especificando que em seu conteúdo estavam todos os demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de estoques que deram origem ao Auto de Infração, bem como, cópia do despacho da diligência concedendo-lhe um prazo de 30(trinta) dias, (reabertura do prazo de defesa), para que ele querendo, se manifestasse, o que foi feito conforme nova manifestação do sujeito passivo, folhas 111/115. Em sendo assim, o contribuinte recebeu todos os demonstrativos onde constam de forma clara e precisa os dados completos do levantamento fiscal que deu origem a presente autuação, sendo inclusive devolvido seu prazo de defesa.

Assim, constato que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Indefiro a diligência requerida, pois o defendente não comprovou sua necessidade, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao defendente, mediante recibo, não foi apresentada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação, com base no art. 147, inciso II do RPAF/99.

Quanto ao mérito, embora conste na descrição dos fatos que a infração é decorrente da apuração de omissão tanto de entradas como de saídas de mercadorias, e que o valor de maior expressão monetária apurado foi o das saídas omitidas, pelo levantamento fiscal, resta claro que o valor de maior expressão foi o efetivamente cobrado no Auto de Infração, o das entradas. Esse aspecto não trouxe qualquer repercussão no cálculo do imposto devido, salientando que o autuado tomou ciência dos mencionados demonstrativos, entendeu a infração que lhe foi imputada e produziu sua defesa rebatendo a omissão constatada não trazendo qualquer questionamento sobre esta questão.

Este roteiro de auditoria constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como ponto de referencia os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

O art. 60, § 1º, do RICMS/97 determina que na apuração da base de cálculo, quando forem constatadas, simultaneamente, entradas e saídas de mercadorias, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário já que as demais nela estão incluídas. Estas determinações foram absorvidas pela Portaria nº 455/98.

Em fase defensiva, o autuado alegou que a fiscalização não observou o decreto nº 7.799/00 que trata do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, com relação à venda de aparelhos celulares e Sim Cards.

Em informação fiscal, o autuante esclarece que tal benefício foi devidamente considerado no levantamento fiscal. Elucida que para apuração da base de cálculo do lançamento em discussão, tomou como base as notas fiscais de saídas do próprio autuado, que já registravam o preço de venda com a redução a que faz jus, em função do benefício estabelecido no citado decreto.

O impugnante requer a compensação do ICMS pago por antecipação parcial com os valores exigidos neste lançamento fiscal. Observo que os valores comprovadamente pagos, a título de ICMS antecipação parcial, podem ser lançados normalmente no seu livro registro de Apuração de ICMS, na coluna outros créditos, nos termos da legislação vigente.

Constato que a exigência fiscal está caracterizada conforme demonstrativo das omissões – fls. 25/35, e o levantamento fiscal teve por base o livro de Inventário apresentados pelo autuado, cujas cópias se encontram acostadas aos autos, fls. 8/24. À fl. 107, vejo comprovante de que o impugnante recebeu novo CD contendo o

resumo das omissões – entradas e saídas, levantamento de entradas e saídas e o levantamento do preço médio, devidamente assinado por preposto da empresa legalmente identificado.

Da análise da peça defensiva, observo que o impugnante não aponta concretamente equívocos por acaso detectados no levantamento fiscal. Entendo que ao receber as planilhas demonstrativas onde constam todas as notas fiscais alvo da exigência, com a perfeita identificação das mercadorias, tanto de entradas como de saídas, com número, data de emissão, quantidades e valor monetário associado a cada produto, além do demonstrativo do preço médio utilizado para apuração da base de cálculo do lançamento fiscal, o contribuinte teve a oportunidade de exercer a ampla defesa, apontando objetivamente o que alega ter identificado como falhas vislumbradas na fiscalização e não o fez.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração restou caracterizada.”

Julga pela Procedência da autuação.

O Recurso Voluntário apresentado tempestivamente por preposto do autuado, ao início enfrentando o fato de que a impugnação apresentada foi julgada improcedente, prevalecendo a autuação realizada, contudo, aduz, conforme fatos e fundamentos que serão expostos, a presente autuação não poderá prosperar, devendo ser reformulada a Decisão proferida pela junta de julgamento.

Informa que não foi efetuado nenhum pagamento referente ao auto em epígrafe em razão da autuação ser totalmente indevida.

Aventa a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa e a falta de requisitos constantes do Decreto Estadual nº 7629/99, tendo o presente Auto de Infração sido lavrado sem assegurar ao recorrente a possibilidade de exercer seu direito de defesa, prejudicando seu contraditório.

Com esse fito, transcreve Acórdão da Junta de Julgamento Fiscal do Estado da Bahia, o qual julgou Nulo o Auto de Infração nº 232845.0513/11-4 (Acórdão 2530412) lavrado contra o recorrente.

Citando a garantia constitucional do direito de defesa, transcreve o Artigo 5º inciso LV da CF, e em consonância, o RPAF/99, art. 2º.

Transcreve texto do i. Liebman sobre o princípio do contraditório, e aduz que a visão constitucional do processo originou-se dos estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho e nas lições de Ítalo Andolina, de conformidade aos ensinamentos transcritos de Rosemiro Pereira Leal.

Ainda na introdução desse tema, cita mais Aroldo Plínio, dizendo necessário a fim de demonstrar a nulidade em que se encontra o Auto de Infração lavrado, por nítida afronta às garantias do contraditório, da **ampla defesa** e da isonomia.

Diz da Nulidade do Auto de Infração em comento, conforme art. 18, inciso II do Decreto Estadual que regula a lavratura, o qual prevê que o mesmo será nulo quando for emitido em **preterição do direito de defesa**.

Para firmar essa preterição, de forma mais específica são apresentadas situações meramente exemplificativas, mas que demonstram a impossibilidade do exercício do direito de defesa:

- apresenta-se grande volume de mercadorias sem especificar quais notas fiscais estão sendo objeto da análise, o que é imprescindível na identificação de períodos, base de cálculo para se estabelecer o preço médio constante da planilha, as datas das saídas (entradas) dessas mercadorias.

Questiona como identificar faturamento para entrega futura.

Também como explicar a venda em 31 de dezembro quando a retirada da mercadoria ocorre posteriormente, já no exercício seguinte, com estoque fechado.

Aponta o recorrente que a identificação perfeita de cada documento fiscal, do qual foi feita a média total, é essencial para a perfeita elucidação dos trabalhos.

Cita que não é concedido o direito ao contribuinte, identificar se as mercadorias constantes na acusação estão efetivamente relacionadas.

Exemplificando a deficiência de elementos para a apresentação da defesa, aponta que pelas planilhas não se consegue saber as especificações do produto, pois se tem apenas a indicação de Circulador..(qual a marca? Modelo?), Televisor...(LG 21, LED? LCD?), seja, não há como se identificar precisamente a mercadoria que supostamente saiu sem nota fiscal.

Alude que o cenário é o de que o mercado por si só não compra sem nota, como também não vende sem a respectiva nota fiscal, pois não ocorre consumidor adquirir eletroeletrônicos sem o documento fiscal.

Os fatos ora arrolados, cita não serem meros erros, mas situação que impede o recorrente realizar trabalho efetivo, no sentido de averiguar a natureza da autuação, e que impedem a efetiva utilização do direito de ampla defesa.

Afiança que as mencionadas situações impõem a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a ofensa direta ao direito de ampla defesa garantido ao recorrente.

Diz que deve-se anular o Auto de Infração determinando que o recorrente apresente de forma certa, OS DOCUMENTOS FISCAIS QUE EMBASARAM O QUANTITATIVO, BEM COMO, OS NÚMEROS DAS NOTAS FISCAIS E, AINDA, AS MERCADORIAS TOMADAS EM CONSIDERAÇÃO PARA O LEVANTAMENTO, por serem itens essenciais para elaboração da defesa.

Aborda a presunção legal, transcrevendo o art. 142, parágrafo único do CTN, comentando que da leitura do mesmo, e do art. 2º da Lei de Execuções Fiscais é possível concluir que a atividade administrativa de constituição do crédito tributário é vinculada, não podendo prosperar motivações de conveniência ou de comodidade para o fisco.

Transcreve o art. 5º, LIV e LV citando que a Administração Pública há de buscar a verdade material, especialmente quando se trata de imposição tributária porque esta não pode prevalecer à base de meras presunções.

Portanto, aduz, o crédito fiscal constituído mediante presunção, sem buscar a verdade material que deve dar substância ao lançamento, além de violação do princípio da reserva legal, constitui afronta às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e não se onera referida Administração do ônus *probandi*, sendo este um encargo inconfundível.

Reprisa o princípio do norteador contraditório, citando as palavras de Liebman.

Argui o recorrente sobre como efetuar uma defesa, tendo por base amostragem na qual os documentos juntados não representam, sequer 40% do valor do Auto de Infração lavrado.

Aponta que esta indagação não foi nem respondida e nem reafirmada de forma geral, portanto sem dar resposta e atender ao posto e demonstrado pela defesa.

Encerrando as preliminares, o recorrente indica que ante a violação do princípio da reserva legal, ampla defesa, contraditório e devido processo legal, deverá, o presente Auto de Infração ser anulado.

Adentrando ao mérito, o recorrente firma que a presente autuação é NULA por se fazer com base em mera presunção.

Diz que a referida presunção impede até mesmo o direito de defesa, já que o recorrente teria que provar que não recebeu as aludidas mercadorias, e esse ônus não lhe cabe, conforme entendimento do STJ, REsp 48516/SP Não Conhecido, e REC.ESPECIAL 1994/0014785-6, o qual transcreve.

Comenta que ademais, em momento algum nos autos se encontra o cálculo de apuração do CMV (custo da mercadoria vendida) para aplicabilidade da metodologia do arbitramento da base de

cálculo do ICMS, qual seja $CMV = EI + C - EF$. E sem determinação dessa base de cálculo, é impossível saber de fato como se chegou ao valor do ICMS apurado.

Alega não existir prova qualquer de efetiva entrada das notas fiscais, como mercadorias ingressadas no estabelecimento do recorrente, pois a simples emissão de nota fiscal de terceiro não pode gerar a presunção de entrada, nem mesmo a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Em reforço à sua alegação, transcreve o art. 148 do CTN, para concluir que o arbitramento previsto no artigo acima somente terá aplicabilidade ante a inexistência de documentos ou declarações do recorrente, ou existindo não mereçam fé, diferentemente da situação posta, já que o recorrente possui os livros de entrada e saída devidamente escriturados, cabendo ao fisco consultá-los antes de lançar a sujeição passiva.

E nesse sentido, transcreve ensinamentos de Alberto Xavier, e do professor Sacha Calmon Navarro.

Conclui que com base em todo o exposto, deverá a infração 3 ser julgada totalmente improcedente.

Insurge-se em seu recurso quanto ao valor arbitrado de quase 70% (setenta por cento) a título de multa, sob o imposto supostamente devido, tem nítido o caráter confiscatório.

Assevera que essa prática é vedada pela Constituição Federal, de acordo com o art. 150, IV que dispõe ser vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, utilizar tributo com efeito de confisco.

Assenta que multas excessivamente onerosas, em virtude de, e apesar de não estarem incluídas no artigo 150, inciso IV, da CF, não só ferem o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), mas sobretudo o Princípio da Proporcionalidade. Transcreve EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, sobre essa questão.

Finalizando seu recurso, cita que a multa arbitrada, possui nítido e ostensivo caráter de confiscar a propriedade privada (Arts. 5, XX, XXII, 170 -II e III da CF/88). A mesma só pode ter lugar, quando em processo judicial normal e regular, ficar provada a origem em crimes, sendo, pois adquirida com produto do delito, e ainda assim, albergada sob a garantia do Artigo 5º, LV, LIV e LVII da mesma Constituição, nos estritos limites que derivem do ilícito penal.

Conclui pelo exposto, que a multa arbitrada em comento deverá ser diminuída, ante a violação do princípio de não confisco.

Em seu pedido, o recorrente espera que as preliminares argüidas sejam acatadas para decretar a anulação do Auto de Infração, e caso superadas, que seja conhecido o presente recurso, e no mérito declarada a improcedência da ação fiscal, e a insubsistência do Auto de Infração de n.º 232845.0515/11-7.

Requer que as intimações sejam realizadas em nome do procurador do recorrente, Leonardo de Liam Naves, OAB/MG 91.166, com endereço físico na Rua Sergipe nº. 925, 3º andar, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/Minas Gerais, CEP: 30.130-171, Telefone: (31)3261-1540 e pelo endereço eletrônico: Leonardo@leonardonaves.com.br.

O Opinativo da PGE/PROFIS da lavra da i. Procuradora Dra. Maria Helena Mendonça Cruz adota o relatório da Decisão do presente PAF, a qual mediante Acórdão nº 0257-03/12 julgou procedente o Auto de Infração em comento.

Em relação à aventada nulidade por preterição do direito de defesa, destaca a i. Procuradora que os autos contêm recibo de entrega de novo CD ao recorrente, possibilitando ao mesmo o perfeito entendimento da acusação, com a concessão de novo prazo garantindo seu direito de defesa, afastando dessa forma qualquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 18 do RPAF/99.

Quanto às razões de mérito, a i. Procuradora as considera insuficientes para elidir a infração e modificar a Decisão recorrida.

Em relação à infração cometida, frisa a i. Procuradora que as razões apresentadas não indicam objetivamente em quais documentos estariam os supostos equívocos no levantamento fiscal. E com respeito à multa aplicada à infração, aduz ser a mesma prevista na Lei do ICMS/BA, cabendo ao Órgão julgador administrativo a sua aplicação.

Em seu Parecer, opina pelo Improvimento do recurso apresentado.

VOTO

A presente sujeição passiva cobra ICMS no valor de R\$49.984,62 acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento deste imposto. Constatada omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, conforme apuração de diferenças na movimentação de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – as operações de entradas.

O lançamento tem por base a presunção legal de que, o contribuinte ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas não registradas, com Recursos provenientes de operações anteriores de saídas tributadas e também não contabilizadas no mesmo exercício, em 2007.

Na fase de instrução do PAF, verificou-se as insurgências do recorrente quanto à composição do lançamento fiscal, questionando que as informações constantes do PAF deixavam dúvidas, prejudicando assim o entendimento dos levantamentos fiscais necessários à caracterização da infração e à compreensão sobre o que lhe estava sendo imputado, do levantamento das entradas, das saídas, do preço médio e do demonstrativo das omissões.

Dadas as dificuldades de interpretação dos quesitos que compuseram o lançamento fiscal, para saneamento a i. 3ª JJF baixou os autos em diligência, e à fl. 41 forneceu ao recorrente novo DVD-R, mediante recibo, especificando que em seu conteúdo estavam todas as peças e relatórios pertinentes ao levantamento quantitativo de estoques que deram origem ao Auto de Infração, bem como, cópia do despacho da diligência, concedendo-lhe um prazo de 30 (trinta) dias, (reabertura do prazo de defesa), para manifestações, o que ocorreu conforme fls. 111/115. Patente nos autos, portanto, que o contribuinte recebeu todos os demonstrativos onde constam de forma clara e precisa os dados completos do levantamento fiscal que deu origem a presente autuação, sendo inclusive concedido novo prazo para o exercício do seu direito de defesa.

O procedimento fiscal aplicado é modalidade destinada a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, em determinado lapso temporal, tomando-se por base os inventários inicial e final do período considerado, no qual levantam-se as quantidades de mercadorias movimentadas e a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

Conforme determina o art. 60, II, “a”, § 1º, do RICMS/97, na apuração da base de cálculo, quando constatadas, simultaneamente, divergências nos quantitativos de entradas e de saídas de mercadorias, apenas se levará em conta a diferença de maior valor monetário, já que as demais nela estão incluídas. Estas determinações foram absorvidas pela citada Portaria nº 445/98.

A alegação inicial da defesa, de que a autuação não se deteve e observado o benefício da redução da base de cálculo do imposto, na venda de aparelhos celulares e Sim Cards, vejo não constar da presente acusação qualquer diferença em relação a esse produto, portanto por não ser objeto da presente sujeição passiva, fica este item removido da lide.

Inexiste nos autos a indicação concreta e pontual, de equívoco no acusado levantamento fiscal. Seguramente, ao receber as peças demonstrativas analíticas dos saldos dos inventários do período, de todas as notas fiscais alvo da exigência, os números, as datas de emissão, as quantidades associadas à perfeita identificação das mercadorias, tanto de entradas, como de saídas, o valor monetário de cada produto, além do demonstrativo do preço médio utilizado para

apuração da base de cálculo do lançamento fiscal, ao recorrente foi dada a oportunidade de exercer a ampla defesa, o que se daria no apontamento, objetivo, do que alega ter identificado como falhas vislumbradas na fiscalização, ao invés manteve-se silente.

Os autos estão repletos de demonstrativos e informes acerca da sujeição passiva, e ao recorrente foram concedidos novo prazo e mídia magnética descritiva das suas movimentações no ano de 2007, consoante próprias informações vindas através do Sintegra. Por desnecessário, indefiro o pedido de nova diligência.

Cabe destacar que todo material pesquisado foi gerado pelos arquivos magnéticos do recorrente, inclusive a reprodução dos códigos de mercadorias, foi processada respeitando-se os números e dígitos de uso interno informados pelo próprio contribuinte.

É assegurado, conforme artigo 123 do RPAF/99, ao sujeito passivo fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações. A simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo do encargo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo regulamento.

No presente PAF resta visto que os dados da fórmula do Custo dos Produtos Vendidos apresentaram uma desigualdade na equação, por conta de diferenças nas entradas e nas saídas, dados esses analiticamente demonstrados em Planilha com 11 páginas, às fls. 25 a 35 dos autos, as quais revelam omissões de entradas com imposto no valor de R\$49.984,62, e de saídas no valor de R\$9.898,85. No acolhimento dos ditames do art. 60, § 1º do RICMS/97, constatadas simultaneamente diferenças de entradas e de saídas de mercadorias, será levada em conta a ocorrência de maior expressão monetária, no caso, a das entradas (Portaria 445/98).

Com relação ao comentário acerca da multa arbitrada, e suas considerações com referência ao caráter de confiscar a propriedade privada (Arts. 5, XX, XXII, 170 -II e III da CF/88), e só caber quando em processo judicial e provada a origem de crimes, deixo de me manifestar pelo fato da apreciação dessa matéria transcender a competência deste CONSEF, e verificar que a mesma está tipificada no RICMS/BA.

No que tange ao pleito para sua diminuição, em atendendo aos quesitos firmados no RPAF/99 quanto ao apelo à equidade, não cabe a apreciação por esta Câmara de Julgamento Fiscal.

Vendo que a infração restou caracterizada, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **232845.0515/11-7**, lavrado contra **RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.984,62**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR PGE/PROFIS