

PROCESSO - A. I. Nº 124740.0001/06-8
RECORRENTE - SUPERMERCADO ISAMAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0057-02/08
ORIGEM - INFAS CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 28/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0205-12/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXERCÍCIOS FECHADOS. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS (2003). Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, se o valor das saídas omitidas for superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, foi lançado o imposto sobre a omissão de saídas. **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS (2002). A constatação de diferenças de entradas omitidas maiores que a de saídas através de auditoria de estoques, impõe a exigência do imposto sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Diligência reduziu o valor do débito, pela aplicação da proporcionalidade. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS/NÃO TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS (2002/2003). MULTA. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Mantida a multa. **d)** ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (2002). Constatando-se, nesta hipótese, diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal. **e)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Ante a constatação no item anterior de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido. Reduzidos os débitos por restar comprovado erro na auditoria de estoques. 2. BASE DE CÁLCULO. **a)** REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO CONTEMPLADAS COM O BENEFÍCIO DO DECRETO Nº. 7.799/00. VENDAS PARA

PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS NÃO CONTRIBUINTES. o tratamento fiscal previsto no Decreto nº 7.799/00 aplica-se unicamente nas saídas de mercadorias para pessoas inscritas como contribuintes no cadastro estadual. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, lavrado em 31 de março de 2006, especialmente as infrações 1, 3, 4 , 5 e 6, com exigência de R\$45.805,40 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, através do Acórdão JJF Nº. 0057-02/08 (fls. 655 a 662), lavrado em virtude da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.281,77, relativa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2003), levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, conforme demonstrativos às fls. 98 a 128, 129, e 133 a 149;

INFRAÇÃO 03: Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$33.957,19, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos das mesmas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2002, conforme demonstrativos às fls. 15 a 87, 91 a 92, e 133 a 149;

INFRAÇÃO 4: Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 3.168,10, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, relativo ao exercício de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 15 a 87, 93, e 133 a 149;

INFRAÇÃO 5: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$2.187,67, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004 e 2005), sendo exigido o imposto no valor de R\$35.979,94 e aplicada a multa de 60%. (docs. fls. 15 a 87, 98 a 128, 95 a 96, e 133 a 149).

INFRAÇÃO 6: Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$4.739,19, referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, relativamente às saídas de mercadorias excluídas do Anexo Único do Decreto nº. 7.799/00, e alterações posteriores, especialmente aquelas decorrentes dos Decretos nº. 8.435/03 e 8.548/03, no período de dezembro de 2002 a dezembro de 2003, conforme demonstrativos às fls.150 a 194.

A Decisão atacada pelo Recurso Voluntário interposto foi a seguinte:

"Na análise das peças processuais, constato que os demonstrativos, levantamentos, documentos e esclarecimentos, constantes nos autos são suficientemente esclarecedores das infrações imputadas ao autuado.

O autuado ao defender-se das infrações 01 a 05, juntou uma planilha no mesmo molde do demonstrativo de estoques das omissões adotado pelo autuante, acompanhada de cópias de documentos fiscais de compras (docs. fls. 193 a 507).

O autuante, por seu turno, declarou após verificar a autenticidade das fotocópias das notas fiscais através de seus registros junto aos livros fiscais próprios, refez o levantamento fiscal considerando os produtos apontados nas planilhas do autuado cujas quantidades dos estoques, das entradas e das saídas divergem daquelas constantes nos demonstrativos anexos aos autos e notas fiscais indicadas/apresentadas na defesa, resultando nos demonstrativos às fls. 515 a 639.

Considerando que, conforme intimação à fl. 651, o autuado foi cientificado dos novos elementos anexados à informação fiscal, mediante a entrega dos documentos às fls. 511 a 639, sem qualquer manifestação de sua parte no prazo estipulado, tomo por base para proferir o meu voto os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, uma vez que o silêncio do sujeito passivo pode ser considerado como uma aceitação tácita do resultado apurado.

A legislação tributária (art. 140, do RPAF/99) prevê que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto de provas. No caso, todas as infrações estão devidamente demonstradas e acompanhadas dos elementos de provas, e o autuado, foi cientificado dos novos demonstrativos elaborados por ocasião da informação fiscal, e não apresentou nenhuma prova em sentido contrário.

Desta forma, subsistem em parte estes itens da autuação nos seguintes valores: R\$1.281,17 (infração 01); R\$ 100,00 (infração 02); R\$32.359,47 (infração 03); R\$2.908,27 (infração 04); e R\$2.030,23 (infração 05).

(...)

Quanto à infração 06, a acusação fiscal está fundamentada no descumprimento do Dec. nº 7.799/00, alterado pelos Decretos nº 8.435/03 e 8.548/05, tendo em vista que foram dadas saídas com redução da base de cálculo de mercadorias que foram excluídas do Anexo Único do citado diploma legal, conforme levantamento às fls.150 a 184.

O autuado, sem maiores considerações, alega que o seu procedimento em reduzir a base de cálculo está correto em relação às citadas mercadorias, segundo informação obtida junto ao Plantão Fiscal da SEFAZ.

Observo que a descrição dos produtos constante no citado levantamento faz referência a: copos descartáveis; pratos plásticos; potes; tampas plásticas; prendedores; vela para filtro; corda para varal; hidratantes; shampoo; cremes hidratante; tintura; alisantes; e cola;

Portanto, pelo se vê, se tratam de produtos de higiene, limpeza, de uso pessoal e doméstico, e cosméticos e produtos de perfumaria, enquadrando-se nos CNAE 5149-7/01; 5149-7/07, e CNAE 5149-7/99, respectivamente.

Analizando a legislação vigente, verifico que, conforme esclareceu o autuante, durante o período objeto da autuação as citadas mercadorias realmente estavam excluídas do Decreto nº 7.799/00, e alterações posteriores, o que justifica plenamente a exigência fiscal, inclusive, a matéria foi objeto de consulta formulada pela ASDAB – Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia, sendo esse o entendimento da DITRI exarado no Parecer GECOT nº 169/2004 em resposta à consulta formulada pela mesma (fls. 512 a 513).

Assim, fica mantido o débito apurado no valor de R\$4.739,19.

(...)

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$ 43.790,41

Cientificado da Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 687 a 692), onde, preliminarmente, suscita nulidade do julgamento proferido, sob a fundamentação de que houve descumprimento do devido processo legal, em razão do cerceamento de defesa, decorrente do não fornecimento de cópias e demonstrativos produzidos pelo autuante, e que integram o processo às fls. 511 a 639, vez que, em que pese a determinação da Junta de Julgamento Fiscal de reabertura do prazo de dez dias para que o sujeito passivo apresentasse manifestação a respeito dos documentos trazidos pelo autuante em sua informação fiscal, tais documentos não foram entregues ao recorrente, o que trouxe prejuízo para o exercício de sua plena defesa.

Argumenta, ainda, que o lançamento encontra-se viciado pela nulidade, vez que a pessoa que assinou o Auto de Infração não possuía tal capacidade legal para fazê-lo, o que implicaria em violação do exercício da plena defesa.

Quanto ao mérito, insurge-se contra as infrações 1, 3, 4, 5 e 6.

Afirma, quanto à infração 1, que o levantamento realizado pelo autuante apresenta resultado divergente do apurado pelo autuado em sua defesa, sendo desprovido da apuração do preço médio, o que implicaria na nulidade do mesmo, argumentação também utilizada em relação à infração 03, argumentando em relação a esta que não foi aplicada a proporcionalidade sobre as saídas, relativas às mercadorias não tributadas ou com fase de tributação encerrada por antecipação ou substituição tributária, vez que dos totais de suas vendas, apenas 57% das saídas sujeitam-se à tributação.

Entende que caberia, diante de tais fatos, refazimento do levantamento pela Assessoria Técnica do CONSEF, vez que a falta de entrega dos demonstrativos que alega não ter sido feita ao sujeito passivo, impediu o acesso a importantes informações, a exemplo da natureza fiscal das mercadorias relacionadas, tipo de unidade considerada para fins de levantamento, cálculo do preço médio, alíquotas aplicadas, dentre outros pontos.

Quanto à infração 4, alega em seu favor, que a falta do demonstrativo do preço médio, sobretudo após as alterações realizadas pelo autuante, justificam a declaração de nulidade, diante do cerceamento do direito de defesa verificado. Mais uma vez, solicita a realização de diligência por parte da Assessoria Técnica do CONSEF, para a necessária revisão fiscal, mesma argumentação que se utiliza para a infração 5.

Com relação à infração 6, aduz que em que, pese o conteúdo do Parecer GECOT/DITRI 169/2004, o recorrente alega que não foi considerado o valor pago em razão da alíquota aplicada com base no Decreto nº. 7.799/00, razão pela qual requer a dedução dos valores já pagos, sob pena de repetição do indébito.

Finaliza, solicitando a reconsideração do Acórdão atacado, a fim de que o lançamento seja considerado nulo, ou se não for este o entendimento, que seja considerado parcialmente procedente.

Tendo sido o Recurso Voluntário considerado intempestivo, tal fato foi comunicado ao sujeito passivo, o qual apresentou na forma regulamentar Recurso de Impugnação ao arquivamento da peça recursal, que, na forma do despacho da Presidência do CONSEF de fl. 699 foi acolhido, com o provimento do Recurso, e dado andamento normal ao mesmo, diante das razões trazidas pelo contribuinte.

Encaminhado para a PGE/PROFIS, esta, em opinativo de fls. 705 a 707, após rejeitar as preliminares levantadas, entende que procede a solicitação do recorrente, quanto à aplicação da proporcionalidade, e que a mesma deva ser calculada em relação às infrações 1, 2 e 3.

Encaminhado para a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o processo foi convertido em diligência para a ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse aplicada a proporcionalidade unicamente em relação à infração 03, elaborando-se novo demonstrativo de débito, dando-se ciência ao sujeito passivo, bem como o autuante, e abrindo prazo para manifestação, se desejada, nos termos do documento de fl. 710.

Remetido para a ASTEC/CONSEF, esta, através do Parecer 199/2010 (fls. 713 a 714), conclui que as saídas de mercadorias com tributação normal correspondem ao percentual de 82,85%, refazendo o cálculo do débito para a infração 03, conforme documentos acostados às fls. 716 a 797, e demonstrativo de fl. 798.

Do resultado da diligência, foi dada ciência ao autuante, (fl. 799), e autuado (fl. 801), não tendo havido manifestação de qualquer das partes, no prazo decendial.

Em novo Parecer, a PGE/PROFIS (fl. 804), opina que, diante do resultado da diligência realizada, que reduziu o valor do lançamento em relação à infração 3, o Recurso Voluntário há de ser parcialmente provido, sendo tal opinativo convalidado pela procuradora assistente em despacho exarado à fl. 805.

Tendo em vista o encerramento do mandato do conselheiro sorteado, inicialmente para a relatoria do processo, foi o mesmo redistribuído.

VOTO

Analisando o Recurso Voluntário, observo que o mesmo se refere às infrações 1, 3, 4, 5 e 6.

No que tange às preliminares levantadas pelo recorrente passo a me manifestar. A sua arguição de que não lhe foram entregues os demonstrativos elaborados pelo autuante quando de sua informação fiscal, que se encontram no processo às fls. 511 a 639 carece de veracidade. Nos autos, especialmente à fl. 648, consta diligência solicitada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de que a Inspetoria de Cruz das Almas “*intime o autuado, entregando-lhe no ato da intimação, cópia dos documentos às fls. 511 a 639, bem como da presente solicitação, comunicando-lhe do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo, conforme estabelece o §1º do art. 18 do RPAF/99*”.

A Inspetoria de Cruz das Almas, em atendimento ao quanto solicitado na diligência acima transcrita, em 14 de dezembro de 2007 emitiu intimação dirigida ao recorrente (fl. 651), no intuito de “*tomar ciência da informação fiscal (cópia anexa fls. 511 a 639) e, querendo se pronunciar no prazo de 10 (dez dias)*”. (grifos originais), sendo dada a ciência à empresa no mesmo dia, através de seu sócio gerente, portador da carteira de identidade nº. 2.049.850.

Dessa forma, a alegação recursal carece de qualquer veracidade, razão pela qual há de ser refutada, vez que nesta ocasião (ciência ao sujeito passivo) já lhe foram entregues os documentos que agora em grau de Recurso Voluntário afirma não ter recebido, o que não corresponde aos fatos. Os princípios da legalidade, do contencioso e da ampla defesa, foram, contrariamente ao quanto afirmado pelo sujeito passivo devidamente obedecidos.

Quanto ao outro argumento levantado pelo recorrente em seu Recurso Voluntário, e que motivou o pedido de nulidade, encontra-se o de que a ciência da peça vestibular não ter sido aperfeiçoada, uma vez que a assinatura de ciência que consta nos autos é de uma pessoa não habilitada para responder pelos atos da empresa, o que, igualmente violaria o princípio da ampla defesa, também não há de prosperar.

Independentemente de quem assinou o Auto de Infração, fato é que o sujeito passivo o recebeu, entendeu plenamente do objeto da acusação fiscal, defendeu-se, em diversas oportunidades manifestou-se no processo, tomou ciência dos atos processuais, e mais, muitas vezes na pessoa de seu sócio.

A propósito, o artigo 108 do RPAF/99, estipula que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, sendo tal dispositivo complementado pelo comando constante no artigo 109 do mesmo dispositivo, que prevê ser considerada a intimação efetivada, quando por remessa, na data do recebimento, sendo que, se omitida a data, a intimação considera-se feita.

Independentemente de qualquer outra argumentação, a PGE/PROFIS, em diversas oportunidades, já se manifestou sobre tal matéria, firmando entendimento de que vigora a teoria da aparência, o que daria o cunho de legalidade a tais atos, inclusive na forma de jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual já teve oportunidade de se manifestar em várias oportunidades, inclusive no julgamento do Agravo Regimental 2007/0198696-7, publicado no Diário Oficial da Justiça em 02 de fevereiro de 2010, que possui a seguinte ementa:

"EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PESSOA JURÍDICA. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA.

1. *Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação via postal com AR, efetivada no endereço da pessoa jurídica e recebida por pessoa que, ainda que sem poder expresso para tanto, a assina sem fazer qualquer objeção imediata".*

Em rápidas palavras, a Teoria da Aparência de Direito é aquela através da qual se permite que certas situações meramente aparentes e que não correspondem à realidade passem a ter validade jurídica como se fossem verdadeiras, objetivando a proteção do terceiro de boa-fé, como também, da fé-pública, e, por via indireta, a preservação da credibilidade do ordenamento jurídico.

Ela se aplica, a diversas situações como no caso da propriedade aparente, credor aparente, herdeiro aparente, representante aparente, mandatário aparente, cobrador aparente, gerente aparente, **funcionário aparente**, entre outros.

Assim, a argumentação recursal, carece de embasamento fático ou legal, motivo pelo qual não acolho as preliminares levantadas pelo recorrente.

Quanto ao pedido de diligência formulado, o mesmo não é uma imposição do recorrente, mas sim, uma faculdade do julgador, diante de fato objetivo apontado no processo e que mereça esclarecimento ou exclusão, bem como existindo dúvida quanto a qualquer aspecto do processo. A propósito, o artigo 147, inciso I, do RPAF/99, determina que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável. E tais elementos se encontram presentes nos autos, de forma que, nenhuma dúvida sobre os fatos existe, motivo pelo qual o pedido formulado fica indeferido, até porque, no exercício da prerrogativa do julgador, o feito foi diligenciado, em relação à infração 3.

No mérito, no que concerne às infrações 1 e 3, conforme mencionado acima, por ocasião da realização da auditoria, foi gerado o relatório de fls. 74 a 79, que se refere ao demonstrativo de preço médio das entradas, e o de fls. 80 a 86, que se refere ao demonstrativo de cálculo do preço médio das saídas, entregues em cópia ao sujeito passivo, conforme recibo firmado nos mesmos.

Constam, ainda, às fls. 15 a 19, e 20 a 73, respectivamente, os demonstrativos de levantamento quantitativo das entradas e saídas, igualmente entregues ao sujeito passivo, mediante recibo, bem como constam nos autos, os demonstrativos de omissões às fls. 87 a 89, 90, e 91 a 92, este último, onde consta, inclusive, os produtos onde se verificaram omissões, o preço médio utilizado, a alíquota, as quantidades omitidas, etc. Fazemos esta remissão, a título de exemplo.

Por ocasião da interposição da defesa o autuado trouxe argumentos contestando os demonstrativos elaborados pelo autuante, razão pela qual, este, na informação fiscal (fls. 511 a 514), o mesmo após verificação, elaborou novos demonstrativos (fls. 515 a 639), que são os mesmos já mencionados anteriormente, apenas com as alterações realizadas, fruto do acatamento de parte das razões defensivas, especialmente em relação à infração 1. A arguição recursal de que falta a apuração do preço médio, é falha, diante do fato de que, conforme já mencionado anteriormente, o preço médio foi devidamente calculado nas planilhas elaboradas pelo autuante, e entregues ao contribuinte, não podendo, o mesmo, nesta oportunidade, contestar tal fato, à vista de tê-los recebido. Desta forma, a infração 1 deve se mantida, tal como julgada na Primeira Instância, ao passo que na infração 3, a diligência realizada foi bastante elucidativa, ao verificar a aplicação da proporcionalidade, devendo o seu resultado ser considerado, para efeito de cobrança, aquele constante à fl. 714, apurado de acordo com a tabela de fl. 798, no valor de R\$28.133,53.

Quanto à infração 4, o recorrente apenas alega que a falta do demonstrativo do preço médio, sobretudo, após as alterações realizadas pelo autuante, justificam a declaração de nulidade, diante do cerceamento do direito de defesa verificado, motivo pelo qual solicita a realização de

diligência por parte da Assessoria Técnica do CONSEF, para a necessária revisão fiscal, mesma argumentação que se utiliza para a infração 5.

Conforme já visto e decidido anteriormente, não somente foi indeferido o pedido de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I do RPAF/99, como foi abordada a questão do preço médio dos produtos, única razão recursal aduzida pelo recorrente. À vista, também, dos argumentos já colocados em relação às infrações 1 e 3, de que tais demonstrativos foram devidamente entregues ao sujeito passivo, mediante recibo firmado e constante no processo, não pode ser tal alegação considerada.

Quanto ao argumento utilizado em relação à infração 6, no qual afirma que, em que pese o conteúdo do Parecer GECOT/DITRI 169/2004, não teria sido considerado pelo autuante o valor pago em razão da alíquota aplicada com base no Decreto nº 7.799/00, razão pela qual requer a dedução dos valores já pagos, sob pena de repetição do indébito, entendo, seguindo o entendimento do autuante, que os produtos constantes da infração, no período abrangido pelo lançamento, não se encontravam amparados pelo benefício fiscal de redução de base de cálculo, ainda que na vigência do Decreto nº 8.969/04, tendo em vista não possuírem origem nos códigos de atividade econômica (CNAE) 5149-7/01 e 5149/7-07. Acaso, seja verdadeira a afirmativa do recorrente de que não foi considerado pelo autuante o valor pago em razão da alíquota aplicada com base no Decreto nº. 7.799/00 vez que não trouxe qualquer prova do fato alegado, o melhor caminho para o sujeito passivo é a repetição do indébito acaso existente. Assim, fica mantida a referida infração.

Quanto à questão da proporcionalidade, a diligência realizada foi bastante elucidativa, devendo o seu resultado ser considerado, para efeito de cobrança, aquele constante à fl. 714, apurado de acordo com a tabela de fl. 798, com demonstrativo transscrito abaixo:

Base de Cálculo – Infração 03	%Mercadorias Tributação Normal	Base de Cálculo Ajustada	Valor do ICMS Devido
199.748,18	0,8285	165.491,36	28.133,53

Por todas estas razões, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com relação à infração 3, remanescedo débito total do lançamento no valor de R\$39.464,47 a título de imposto e R\$100,00 a título de multa por descumprimento de obrigação acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **124740.0001/06-8**, lavrado contra **SUPERMERCADO ISAMAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.464,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.141,50 e 70% sobre R\$32.322,97, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no inciso XXII do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS