

PROCESSO - A. I. Nº 170623.0079/12-0
RECORRENTE - PUMA SPORTS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0192-03/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/03/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0053-12/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO NÃO RECOLHIDO DE FORMA TEMPESTIVA. Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração não elidida 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE ENTRADAS. b) OMISSÃO DE SAÍDAS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Infrações caracterizadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor de cada nota fiscal não registrada. Contribuinte não elide a infração. Infração caracterizada. Rejeitado pedido de nulidade. Não acatado pedido de redução ou cancelamento das multas. Decretada de, ofício, a nulidade das infrações 2 e 5. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário em face do acórdão epigrafado que julgou pela Procedência Parcial do lançamento de ofício lavrado em 24/09/2013 para exigir crédito tributário no valor de R\$146.246,26, tendo sido imputadas cinco infrações, sendo objeto do apelo todas elas, exceto a primeira, que foi julgado insubsistente.

INFRAÇÃO 2. falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, no valor de R\$112.081,42 acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3. falta de recolhimento do imposto 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 entradas, 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, no mesmo exercício, ano de 2011, no valor de R\$10.933,78, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 4. falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, no exercício de 2012, no valor de R\$12.157,94, acrescido da multa de

100%;

INFRAÇÃO 5. deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a maio, novembro e dezembro de 2012, no valor de R\$1.782,37, acrescido da multa de 100%;

A 3ª JF proferiu Decisão dirimindo a lide com base no voto condutor, a saber :

(...) No que diz respeito à infração 02, verifico que a autuante caracterizou corretamente a referida infração conforme demonstrativos apensados às fls.20/161, aplicando a multa de 60% sobre o valor do ICMS antecipação parcial que deixou de ser recolhido tempestivamente, nos termos da alínea “d”, inciso II, do art.42 da Lei 7.014/96. No entanto, equivocadamente registrou na descrição da infração no corpo do auto, como se fosse falta de recolhimento do imposto.

Para melhor esclarecimento, vale observar a legislação tributária sobre o tema. As disposições contidas no § 1º do art. 915 do RICMS/97, vigente até março de 2012, dispõe que se aplicam às hipóteses em que o contribuinte deixa de efetuar, no prazo previsto na legislação, o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, ou seja, tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação parcial, mas que, comprovadamente efetuar o recolhimento do imposto na operação de saída posterior, será dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade de que cuida a alínea “d” do inciso II do art.42 da Lei 7.014/96.

Da análise dos elementos que compõem o PAF vejo que o equívoco da autuante não trouxe qualquer prejuízo ao autuado, pois nas razões defensivas confessou que não teria realizado o recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial, declarando que: “devem ser recalculados os valores que estão sendo cobrados considerando-se para esse fim, que houve apenas a postergação do recolhimento do imposto para o final dos respectivos períodos de apuração apurado na operação subsequente”.

Esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência e a autuante informou que o enquadramento da infração 02 – 07.15.01 deveria ser substituído por 07.15.03, que trata da antecipação parcial (empresa normal) do ICMS não antecipado com saída posterior tributada, com aplicação de multa de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago, referente a aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal com saídas posterior tributadas normalmente.

Considerando o previsto no art. 157 do RPAF/99, que dispõe: “verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente”; considerando que o autuado afirmou que deveriam ser recalculados os valores cobrados, posto que, houve apenas pagamento intempestivo do imposto; considerando ainda, que a autuante confirmou que, comprovadamente o autuado efetuou o recolhimento do imposto na operação de saída posterior, declaro a infração 02 devidamente caracterizada.

As infrações 03 e 04 referem-se, respectivamente, a falta de recolhimento do imposto 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 entradas, 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, no mesmo exercício, ano de 2011, e o valor das saídas tributáveis, no exercício de 2012.

O defendente não contestou a autuação no mérito, deixando de apontar qualquer irregularidade nos cálculos que embasaram a autuação. Limitou-se a afirmar que as mencionadas infrações padecem de vício de nulidade, ao pretender exigir o recolhimento de um imposto tendo como seu fato gerador (irregularidade em seus estoques) ou com base na presunção de que mercadorias teriam circulado. Disse que este vício fere de morte essa parcela relevante do Auto de Infração, que é a cobrança de um imposto a partir da presunção de que o seu fato gerador teria ocorrido, ou seja, a exigência de tributos com base em presunções.

Observe que o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência 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 445/98.

No presente caso, a autuante apurou diferenças tanto de entradas como de saídas levando em consideração

para o levantamento fiscal a diferença de maior expressão monetária – a das entradas, para o exercício de 2011 e omissão de saídas tributáveis, para o exercício de 2012.

Saliento que na infração 03, o ilícito tributário trata de presunção legal prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, cabendo ao contribuinte o ônus de elidir a acusação fiscal.

No caso da infração 04, não se trata de presunção, considerando que o levantamento fiscal conforme planilhas fls.162/175 demonstram efetivamente a omissão de saídas de mercadorias caracterizada pela venda de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Portanto, o procedimento da autuante para apuração do valor exigido nas infrações 03 e 04, está em perfeita consonância com a legislação pertinente, não ocorrendo em nenhuma hipótese vício de nulidade conforme alegado pelo autuado.

Considerando que o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos de prova com o condão de elidir as acusações fiscais, as infrações 03 e 04 são procedentes.

Em fase instrutória, constatei que na infração 05, deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, a autuante cometeu o mesmo equívoco relatado na infração 02. O demonstrativo que dá suporte à infração refere-se a multa de 10% sobre notas fiscais que consignam mercadorias tributáveis, não escrituradas no livro Registro de Entradas, conforme evidencia a planilha fl.176, que foi devidamente entregue ao autuado. Embora na descrição desta infração fl.01, conste equivocadamente falta de recolhimento de imposto, conforme se depreende do citado demonstrativo, trata-se de multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro de notas fiscais de entradas no respectivo livro fiscal.

Com o cumprimento da diligência solicitada por esta 3ª JF, a autuante esclareceu que o enquadramento correto para a infração 05 é 16.01.01, “obrigação acessória referente à falta de registro na escrita fiscal, por se tratar de mercadoria sujeita a tributação”.

Observe que também neste item da autuação, o impugnante não negou o cometimento da infração, insurgindo-se contra a cobrança de imposto acrescido de multa de 100%, que considerou bitributação, conforme “Pedidos” expresso em sua defesa: sobre a infração 05, seja determinada o seu reajustamento, de maneira que sejam cobradas apenas multa em razão do não registro da entrada de algumas de suas mercadorias, e, não, multa e imposto como se pretende por meio do Auto de Infração ora atacado. No caso de ser superado o pedido de cancelamento da exigência relativa à 5ª infração, deverão ser subtraídos os valores relativos às operações que não atraem a incidência do ICMS, como é o caso da saída de ativos contabilmente classificados no ativo permanente, com relação às operações remanescentes”.

Ressalto que sobre a infração 05, não está sendo cobrado o imposto, e sim, a multa pelo descumprimento de obrigação acessória e constato que o procedimento adotado pela Autuante está amparado nas disposições contidas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, onde se verifica a inexistência de qualquer excepcionalidade ou atenuante para as entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, ainda que tais mercadorias sejam destinadas ao seu ativo imobilizado.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Não acolho, portanto, o argumento defensivo e entendo que se encontra devidamente caracterizada a infração 05.

O defendente afirmou ainda, que foi lançado em seu desfavor com suporte nas alíneas “d” e “f”, do inciso II, do artigo 42, da Lei nº 10.297/1996, multas de ofício em valor correspondente a 60%, e com base no inciso III do citado dispositivo, o equivalente a 100% do valor do imposto supostamente não recolhido. No seu entendimento essas exigências no percentual em que formalizadas, são confiscatórias e devem ser anuladas. Disse que a cobrança de penalidade requer uma relação de proporcionalidade e razoabilidade, no caso concreto, entre o ato ilícito cometido e a sanção prevista em lei, sob pena de esta, em não existindo tal relação, padecer de irrecusável inconstitucionalidade por ofensa, a um só tempo, ao Princípio da Proporcionalidade ao Princípio do não confisco e ao Direito de Propriedade.

Não acato o argumento do autuado, pois vejo que ao contrário do alegado, as multas foram corretamente aplicadas, e o próprio autuado identifica o dispositivo legal violado. Observe que esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I,

RPAF/99).

O impugnante pede para que todas as intimações e notificações provenientes deste processo administrativo, sejam encaminhadas para o endereço localizado na Rua Alexandre Dumas, nº 2.200, 1º andar, conjunto 101, Chácara Santo Antônio, São Paulo/SP, CEP: 04717-004. Ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. “

Irresignado com o teor do julgado, o contribuinte recorre a uma das câmaras deste CONSEF arguindo, em síntese, o seguinte :

De logo, argui o direito ao desconto de 70% sobre as multas relativas às infrações 2 à 5. Faz breve comentário acerca da presença de erro de capitulação, o que disse que geraria novo lançamento a salvo de falhas citando os arts. 149, I e 173, II do CTN, mas que como isto iria postergar a sua defesa meritória, deixa de arguir a nulidade da autuação, mas que, todavia, não dispensa a fruição do direito que teria caso o Auto de Infração fosse anulado, mesmo por vício formal.

Em sendo anulado, que lhe seria oportunizado o direito de liquidar as multas das infrações 2 à 5 com redução de 70%. Requer, assim, a redução de 70% conforme o disposto no art.45, I, da Lei nº 7014/96.

Adiante, quanto à infração 2, alega que foi quantificada equivocadamente. Apresenta demonstrativo analítico com intuito de evidenciar que os julgadores de primeiro grau computaram a integralidade do ICMS e não apenas os 60% sobre ele, como deveria, com a redução de R\$ 112.081,40 para R\$ 67.248,84.

No tocante às demais infrações, 3, 4 e 5, alega que :

Pontua deficiência do Auto de Infração em exigir tributo sem a prova correlata do suposto fato gerador com base em presunção de que a mercadoria circulou.

Cita o art. 155 da CF e o art. 3º do CTN, transcrevendo o seu conceito e arremata que nenhum fato ilícito - divergência de estoque –poderia ser admitido como hipótese de incidência tributária para resultar em obrigação tributária e que a presunção de que o seu fato gerador teria ocorrido é rechaçado pela jurisprudência pátria que transcreve e doutrina do jurista Ives Gandra da Silva Martins. Conclui pelo cancelamento das exações 3,4 e 5.

Por cautela, prossegue arguindo a nulidade das infrações 3 e 4 ou, ao menos, o reajustamento para cobrança apenas de multa. Neste sentido, alega que o Fisco não provou a ocorrência do fato gerador das infrações 3ª, 4ª e 5ª infrações, por isto são nulas, mormente quando se esta por exigir tributos com base em presunções e que através de auditoria de estoque teriam sido apuradas diferenças de quantidade com relação a algumas de suas mercadorias, sempre relacionadas a saídas com notas fiscais em quantidade maior do que a de mercadorias estocadas.

Que a cobrança do imposto deve-se ao simples fato de ter eventualmente cometido falhas na escrituração das mercadorias entradas em seu estabelecimento, havendo ilegalidade quanto à conclusão de ter havido supostas “omissões de entrada”. Pede o consequente cancelamento de todas as exigências fiscais, punitivas e moratórias formalizadas sob as 3ª e 4ª infrações.

Quanto à 5ª infração, de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, pede para serem afastadas operações que por sua natureza não fazem incidir o ICMS, como é o caso da saída de bens do ativo imobilizado, o que disse não ter sido examinado na Decisão recorrida.

E que de relação a eventuais operações remanescentes, deve ser canceladas as exigências correspondentes, isto porque a apuração do valor supostamente devido não encontra qualquer respaldo na legislação fiscal vigente, porque há um *bis in idem*, com a incidência da multa de

100% sobre a multa de 10% (multa sobre multa).

Pontua que os cálculos encontram-se deficientemente fundamentados. Consta que está sendo exigido o pagamento de um suposto ICMS à alíquota de 17%, acrescido da multa de ofício de 100% e mais juros de mora e que não encontram qualquer respaldo na legislação vigente e que a base de cálculo não tem relação com o valor das operações cujos documentos fiscais supostamente não foram registrados nos seus livros fiscais, sendo resultado de uma conta realizada de trás pra frente, que parte de um valor correspondente à multa de mora de 10% sobre o ICMS supostamente devido, para, a partir dele, se chegar a tal base de cálculo.

Enfatiza que essa forma de cálculo com multa de ofício de 100% fez incidir sobre a multa de mora de 10% (e não sobre o ICMS), ainda que, para tentar legitimar tal providência, este último valor tenha sido chamado de “ICMS” no Auto de Infração, com cobrança de multa sobre multa, a configurar *bis in idem*.

Prossegue requerendo a nulidade da multa de ofício que considera confiscatórias e sem observância do princípio da proporcionalidade entre a infração e a pena com imposição de 100% e 60%.

Postula a redução das penalidades a patamares razoáveis e proporcionais a 20%. Reproduz jurisprudência.

Pleiteia que lhe seja assegurado o direito de liquidar as 2ª e 5ª infrações com redução de 70% à luz do art. 45, da Lei 7.014/96; que a multa relativa à infração 2 corresponda a R\$ 67.248,84 e não a R\$ 112.081,40; no tocante às infrações 3, 4 e 5 – divergência quantitativa de estoque -, que sejam canceladas todas as exigências fiscais punitivas e moratórias cobradas sob suposto ato ilícito como seu fato gerador (irregularidade no estoque); por cautela, pede sucessivamente, que lhe seja cobrada a multa pela falta de registro da mercadoria e não multa e imposto; e ainda, por cautela, se superado o pedido, quanto à infração 5, que devem ser subtraídos os valores relativos às operações que não atraem a incidência do ICMS, como é o caso do ativo permanente; por fim que sejam canceladas todas as exigências, pois o modo de apuração é ilegal, configura *bis in idem* e resulta em cobrança de 100% de multa sobre a multa de 10%; por fim, se não declaradas confiscatórias ou reduzidas para 20% a lume da jurisprudência do STF.

Às fls. 479/480 consta o opinativo da PGE/PROFIS pelo Não Provimento do Recurso voluntário. No que toca à infração 02, que exige multa por falta de antecipação parcial no prazo regulamentar, pontua que a penalidade está respaldada no artigo 42, II, “d”, da Lei 7014/96, além do que o enquadramento equivocado da infração não tem o condão de anular o lançamento por ter restado esclarecido o fato imponible. Idem no que tange à infração 5.

Quanto às infrações 3 e 4, afirma que naquela exige-se ICMS por presunção legal de omissão de saídas tributadas anteriores e que tem lastro no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Nesta – infração 04 que não se trata de presunção, mas de apuração do valor devido por omissão de saídas identificadas.

No que concerne às multas, aduz que tem previsão legal e que não cabe ao CONSEF por força do que preceitua o art. 167 do RPAF apreciar alegação de inconstitucionalidade.

VOTO

De início, cabe ser enfatizado que, por força do art. 166 do RPAF-BA, o sujeito passivo ao ser intimado do julgamento da lide pela JJF, poderia, se o quisesse, dentro do trintídio, efetuar o pagamento do débito com redução da multa – art. 45 e 45 B da Lei 7.014/96 ou interpor Recurso voluntário no prazo de 20 dias – art. 169, “b” do RPAF-BA.

Ocorreu que, intimado, exerceu o direito de recorrer ao invés de findar a controvérsia mediante o pagamento com redução da multa em 70%. Apesar disso e de ser explícito o texto legal que lhe confere pagar com redução da multa ou recorrer, no apelo consta pedido neste sentido, de

redução.

Em outras palavras, em que pese não ter pago no trintídio para fazer jus à redução de 70% da multa, o que o recorrente pretende é, em sede de Recurso, obter a mesma redução por entender que há vício formal referente a erro de enquadramento legal, ou seja, no seu entender, como há nulidade consolidada pela JJF, direito faz a essa redução mesmo tendo recorrido.

Analizados os autos, vislumbro vício a inquinar as infrações 2 e 5. Em relação a esta, como pontuado pela JJF, devido aos argumentos defensivos, o feito foi convertido em diligência, com o condão do autuante, à fl. 434, ter retificado o enquadramento de que não se trata de exigência de obrigação principal, mas de acessória.

Com efeito, tal retificação quanto à infração 05 não foi apenas quanto ao enquadramento, como entendeu a JJF, e assim entendo por ter ido além e abrangido a própria descrição da hipótese de incidência, o que, por evidente, fragilizou o direito de defesa e contraditório, na medida que não houve precisão quanto ao que estava sendo imputado ao contribuinte.

Já quanto à infração 2, sobre a qual não houve retificação pelo autuante, mas se constata o mesmo vício, pois a despeito não ter havido descumprimento da obrigação tributária principal, mas ali constou como tivesse havido, ou seja, o não recolhimento do ICMS antecipação parcial.

Resta patente a insegurança jurídica em ambas as imputações, nelas constando acusação fiscal de cometimento de ilícito quanto à obrigação principal, quando se tratou de ausência de cumprimento da obrigação acessória, o que teve o condão de prejudicar a exata inferência pelo sujeito passivo do que está lhe sendo imputado, com efeito de prejudicar o exercício pleno de defesa e contraditório.

Pelo que, com lastro no art. 18 do RPAF-BA, decreto de ofício a nulidade das infrações 2 e 5 em harmonia com os princípios constitucionais do devido processo legal, já que não foram atendidos os requisitos do art. 39 do mesmo diploma regulamentar.

No que concerne às infrações 3 e 4 relativas à falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de auditoria de estoque, o sujeito passivo argumenta que há exigência de ICMS tendo como fato gerador um ato ilícito.

A sua insurgência restringe-se a esta alegação, de que a cobrança do imposto tem como fato gerador um ato ilícito – irregularidade do seu estoque –, nada tendo suscitado quanto ao mérito e, nem tampouco, especificamente, acerca dos cálculos apresentados pelo preposto fiscal.

O entendimento do recorrente é de que o Fisco está por presumir que houve circulação de mercadoria sem escrituração e sem pagamento de ICMS, o que considerou ofensivo ao que preconiza o art. 155, II da CF e o art. 3º do CTN, dos quais, como destaca, se extrai a exegese de que o tributo não pode se constituir em sanção de ato ilícito e que como se trata a divergência de estoque, que não se configurou a hipótese de incidência tributária.

Afirma, assim, que o Fisco está por presumir a ocorrência de circulação de mercadoria sem base legal e sem prova de que houve o inadimplemento da obrigação tributária.

Noutras palavras, alega que a hipótese de incidência somente se configuraria se houvesse a circulação de mercadoria com a transferência de propriedade a título oneroso dos bens que estariam a ensejar a diferença no seu estoque relativamente às infrações 3, 4 e 5, o que disse não existir prova neste sentido, e que por isto há a cobrança de tributo sem a prova do fato gerador.

Adotando essa posição argumentativa, postula a decretação de nulidade, e insiste de que houve apenas falha na escrituração das mercadorias que deu entradas em seu estabelecimento.

Compulsados os autos com vagar, incluindo os documentos que instruem o Auto de Infração, infiro que a acusação fiscal não foi aleatória, fruto de uma mera presunção, mas lastreada em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria.

E assim foi realizado esse procedimento fiscal de auditoria baseando-se nos movimentos de

entrada e saída constantes dos livros de inventário inicial e final, ao cabo de que se verificou que havia diferenças tanto de entrada como de saída, tendo sido considerada a de maior valor – das entradas para o exercício de 2011 e omissão de saídas tributáveis para o exercício de 2012-, a teor da Portaria nº 445/98.

O ilícito tributário foi, portanto, apurado e configurado nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Ante essa comprovação feita pelo Fisco em auditoria de estoque, o sujeito passivo apenas se contrapôs, sem entretanto apresentar elemento em contraprova, muito embora esteja comprovado, com levantamento de estoque, que as referidas diferenças legitimam a cobrança do imposto não pago - infrações 3 e 4 - que são subsistentes conforme os demonstrativos de fls. 162/175.

Logo, sem razão o recorrente ao postular que se não for decretada a nulidade, que seja imposta apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória pelo não registro regular de entrada de algumas mercadorias, e não multa e imposto, pleito este que não cabe ser acolhido diante da comprovação em auditoria feita no seu estoque das referidas diferenças, e que resulta em descumprimento de obrigação principal, qual seja, o pagamento do ICMS sobre as operações omitidas.

No tocante à desproporção e confiscatoriedade das multas no percentual de 60% e 100% e, por isto, devem ser anuladas ou reduzidas a patamares razoáveis e proporcionais de 20%, cumpre aclarar que escapa do âmbito de competência material desta CJF o enfrentamento de alegação de inconstitucionalidade, estando, como visto, as penalidades com seus respectivos percentuais em conformidade com a lei regente – art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, decreto a NULIDADE as infrações 2 e 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar a nulidade das infrações 2 e 5 para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0079/12-0**, lavrado contra **PUMA SPORTS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.091,72**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$21.091,72**, prevista no IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS