

A. I. Nº - 274068.0013/14-2
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16.10.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº.0191-04/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de emitir o respectivo documento fiscal para a operação, deixou de recolher o imposto correspondente. Diligência realizada pela autuante reduz valor da infração. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As autuantes obedeceram aos preceitos da Portaria nº 445/98, e a responsabilidade solidária está prevista no art. 10 do citado texto normativo. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Autuante acolhe em parte as alegações defensivas reduzindo o montante lançado. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte trouxe argumentação consistente e objetiva contrária à infração, acolhida parcialmente em sede de informação fiscal. Não acolhidas as preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22/09/14 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$58.334,20, bem como multas nos percentuais de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **04.05.02** Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, 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, para o exercício de 2010, totalizando R\$27.895,80, multa de 100%.

Infração 02. **04.05.08** Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime

de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no montante de R\$23.139,05, referente ao exercício de 2010, além da multa de 100%.

Infração 03 **04.05.09** Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias, sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no total de R\$7.299,35, bem como multa de 60%, ocorrência constatada no exercício de 2010.

Tempestivamente, a autuada, por meio de advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 297 a 309, onde argüi em sua defesa, inicialmente, que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, vez que, de acordo com o artigo 142 do CTN, o ato que consubstancia o lançamento tributário deverá ser lavrado por autoridade administrativa competente, e conterá obrigatoriamente: a qualificação do autuado; o local, a data e a hora da lavratura; a descrição clara e precisa do fato que motivou sua geração; a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e a intimação para o pagamento do débito com multa reduzida ou para a apresentação de impugnação administrativa, com indicação do prazo e seu início.

Todavia, aduz que a “descrição do fato gerador” contida no Auto de Infração em questão, referente às infrações fiscais cometidas, não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a demandar tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a alegada “descrição” da suposta infração fiscal. Além da sintética “motivação” apresentada como “descrição do fato gerador”, entende não haver no restante do lançamento qualquer indicação/demonstração dos motivos que teriam sido apurados pela fiscalização para infirmar a omissão no recolhimento de ICMS e de ICMS-ST no exercício de 2010, muito menos a comprovação cabal de que as mercadorias indicadas teriam saído do seu estabelecimento sem os documentos fiscais.

Diz, ainda, que além de acusar a falta de recolhimento do ICMS e ICMS-ST devidos, o Auto de Infração em questão tampouco traz elementos hábeis a comprovar a acusação constante na segunda e na terceira infrações, qual seja, a de que a Requerente teria dado saída a mercadorias desacompanhadas de notas fiscais. Fala sobre o método de apuração do tributo devido utilizado pelas Autoridades Fiscais de, simplesmente, comparar os arquivos magnéticos com o seu registro de estoque, e ao encontrar supostas divergências, houve a conclusão que teria havido saída de mercadoria sem a devida escrituração fiscal.

Argumenta ser a conduta correta adotada pela Fiscalização intimar e empresa a apresentar esclarecimentos, inclusive as Notas Fiscais de Saída devidamente emitidas, e ao omitir-se dessa tarefa, o Fisco tratou como ausência de escrituração de saídas situações completamente diversas, dificultando sobremaneira a sua defesa.

Aduz que o Auto de Infração em questão não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram na alegada ilegalidade da sua conduta, não mencionando que tipo de operação ensejou a suposta irregularidade. Em outras palavras, à Requerente restou a insólita missão de “adivinhar” os fundamentos suscitados como causas da autuação, sendo que a autuação fiscal deve obrigatoriamente ser clara e precisa, descrevendo os fatos que justifiquem a exigência do tributo ou multa, a fim de que o autuado possa se defender adequadamente. A aplicação desse preceito tem um nítido contorno constitucional, já que privilegia o direito de contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e diante desse fato, lhe resta se valer da parca descrição dos fatos contida no Auto de Infração lavrado

como recurso à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, à eventual tipificação dessas condutas e ao desenvolvimento de sua defesa contra a pesada exigência fiscal que lhe foi imposta.

Diz mais: tal fato é suficiente para caracterizar a violação ao artigo 142 do CTN. Em vista disso, fica demonstrado que o Auto de Infração em comento merece ser declarado nulo, por estar desrido das formalidades legais necessárias. Corroborando esse entendimento, assim já se manifestou a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), na forma da decisão transcrita em trechos.

Desta forma, entende que em razão dos vícios apontados, e à luz da decisão mencionada, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do lançamento tributário, pois, tanto o seu teor como a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando o direito de defesa da Requerente e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF/88).

Além disso, argumenta que se não bastasse a nulidade acima demonstrada, estão presentes outros motivos pelos quais o Auto de Infração, na forma como lavrado para a constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 142 do CTN, não poderia ter se pautado em mera presunção para exigir da ora Requerente os supostos débitos de ICMS e de ICMS-ST, sendo também nulo por esse motivo.

Diz que a lavratura de Auto de Infração contra o contribuinte tem como pressuposto o procedimento de fiscalização previsto no Capítulo XII do RICMS/BA, por meio do qual as Autoridades Fiscais têm amplos poderes para requerer e o dever de analisar todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação, e que no Estado da Bahia, faz parte desse procedimento prévio, absolutamente imprescindível à constituição do crédito tributário, a intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades constatados, evitando-se, assim, a constituição de créditos tributários pautados em mera presunção, como é o caso destes autos, sendo que no presente caso, foi solicitada da empresa a apresentação de diversos documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, sem, contudo, se solicitar esclarecimentos quanto às operações de venda realizadas com seus consumidores por meio da saída de embalagens menores.

Fala que após terem identificado supostas inconsistências nas saídas realizadas no exercício de 2010, ao invés de se intimar a empresa para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a Autoridade Fiscal preferiu lavrar o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da Defesa. Assim, não restam dúvidas de que o lançamento foi pautado apenas em indícios e que a Autoridade Fiscal se valeu de presunção para a sua formalização, tendo sido feito apenas um levantamento superficial e genérico que trata apenas de entradas e saídas, sem considerar a que título eram feitas essas saídas e se efetivamente havia alteração do estoque de mercadorias e operações com finalidade mercantil tributáveis pelo ICMS, e antes da lavratura de qualquer autuação fiscal, a fim de evitar a cobrança indevida de tributo e, desnecessariamente, pôr em andamento a máquina estatal, é imperativo que a mesma certifique-se do indício de irregularidade eventualmente constatado.

Adverte que entendimento em sentido contrário constitui verdadeira inversão das relações jurídicas, na qual se subverte o ônus da prova que, *in casu*, é manifestamente da Fazenda Pública. Admitir-se a presunção como meio de prova de acusação é violar os princípios constitucionais do contraditório e a presunção de inocência até prova em contrário, uma vez que para penalizar o contribuinte, o Fisco tem necessariamente de se pautar na realidade concreta dos fatos ocorridos, que têm de ser provados e devem ser apurados no procedimento de fiscalização prévio, no qual seja permitido à autuada esclarecer eventuais indícios de irregularidades encontrados antes da efetiva cobrança fiscal.

Fala que a autuação fiscal deve ser cancelada, uma vez que não ter obedecido aos ritos procedimentais previstos na legislação em vigor., trazendo doutrina que ampara seu entendimento.

Menciona o fato de outros Tribunais Administrativos brasileiros possuem o entendimento de que não se pode admitir autuações e imposição de penalidades com base em presunção, como pode ser observado das ementas de julgamentos transcritas proferida pelo E. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (“TIT/SP”).

Entende restar patente a necessidade de cancelamento do Auto de Infração lavrado, uma vez que nula a exigência fiscal foi constituída com base em meras presunções desvinculadas da realidade. Caso não seja aceita a preliminar aduzida acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, apresenta as demais razões que, no mérito, ensejariam o cancelamento integral dos débitos de ICMS/ICMS-ST objeto do lançamento.

Aborda, inicialmente, produtos que têm a sua embalagem alterada antes da saída, apesar de ressalvar ser o lançamento lacônico e impreciso, o que a levou a ter que supor as eventuais irregularidades que supostamente teria cometido. Dessa forma, afirma que conseguiu verificar alguns casos que poderiam levar à equivocada interpretação da Fiscalização. Esclarece que em sua atividade de atacadista, adquire produtos em grandes quantidades, de forma que nem sempre tais mercadorias podem ser vendidas na embalagem que foram adquiridas.

Cita como exemplo, leite, achocolatados, produtos de limpeza, adquiridos em embalagens maiores com grande quantidade do produto e, por sua vez, são comercializados em menores proporções, uma vez que não interessará a todos os clientes da Requerente os produtos em uma embalagem de grande quantidade. Contudo, ao verificar o arquivo magnético e as planilhas de controle, o Fisco apenas notou divergência entre entrada e saída.

Traz, ainda, como exemplo o produto “BOMBOM SONHO VALSA 1KG SC”, o qual deu entrada em pacotes contendo diversas unidades, sob o código 034918. Entretanto, comercializou, por vezes, as unidades do “BOMBOM SONHO VALSA 1KG SC”, que obviamente resultaram na saída de mais produtos sob o mesmo código 034918. Tais produtos, por possuírem diferentes quantidades, acarretaram em divergência no momento da apuração do estoque, pois, se comparados com os produtos adquiridos na entrada, evidentemente as quantidades não seriam numericamente equivalentes.

Observa, que ao adquirir 1 (um) pacote de 1kg de bombons, comercializou 48 (quarenta e oito) unidades dos bombons, o que obviamente, num primeiro momento, faria com que os números relativos às quantidades destoassem, apesar de corresponderem à mesma quantidade (1 pacote de 1kg = 48 unidades de bombons). No entanto, as quantidades que entraram no estabelecimento da Requerente e que posteriormente saíram dele são as mesmas.

Registra ter constatado que tal situação foi verificada com os demais produtos objeto desta autuação, dentre os quais, detergente, leite em pó, margarina, azeite, papel higiênico etc., conforme se extrai da planilha que anexa, e que não existirá a saída da mesma embalagem que entrou no estabelecimento, pois a embalagem adquirida foi subdividida em embalagens ou unidades menores, até mesmo para facilitar a comercialização dos produtos com as diferentes necessidades da população. Daí a divergência encontrada pela Fiscalização.

Ressalta que não seria necessária a lavratura do Auto de Infração para entender situação tão simples; em verdade, bastava intimar a empresa a prestar esclarecimentos no sentido de que todas as saídas foram registradas corretamente, e, independentemente da apresentação do lançamento das notas fiscais, torna-se necessário destacar que a sua conduta não causou qualquer prejuízo aos cofres públicos, uma vez que todo o imposto foi devidamente recolhido.

Com isso, entende restar demonstrada a absoluta improcedência do Auto de Infração em questão, e esse equívoco ocorreu com diversos produtos comercializados pela mesma, que estão sujeitos

ao mesmo processo e que poderão ser comprovados por meio da realização de diligência ou de perícia técnica.

Observa que considerando que os documentos juntados à defesa evidenciam o seu direito, entende necessária a realização de diligência física ou de perícia técnica no estabelecimento autuado, para análise de toda a documentação contábil-fiscal, em especial dos registros de estoque e da movimentação de entrada e saída, a fim de comprovar que não houve divergência entre a quantidade de mercadorias que foram adquiridas e posteriormente comercializadas.

Neste sentido, requer seja deferida a realização de diligência ou de perícia técnica, nos termos do artigo 145 do Decreto 7.629/99, por meio da qual serão examinados os seus documentos contábeis e fiscais do ano de 2010, em local e prazo a ser determinado, comprovando-se a regularidade dos procedimentos adotados pelo estabelecimento autuado, diante do princípio da verdade material, e se comprovar que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS e de ICMS-ST que lhe estão sendo imputados neste momento, elaborando quesitação.

A seguir, fala que além da cobrança do montante principal a título de ICMS e de ICMS-ST, o Auto de Infração em referência também imputou multa de 100% do valor do imposto devido em relação às Infrações 01 e 02, com fundamento no artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96 e de 60% do valor do imposto devido em relação à Infração 03, com base no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, e como demonstrado acima, reafirma não ter cometido infração alguma que justificasse a imposição de multa tão elevada, o que desde já se configura a manifesta inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF/88. Assim, não havendo motivos para a manutenção da obrigação principal supostamente descumprida pela Requerente, por consequência deve ser também afastada a multa aplicada.

Argumenta no sentido de se considerar que o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. A sanção deve ser apenas o meio de que se vale o Fisco para desestimular o comportamento ilícito, o que não ocorreu no caso em tela, e apesar de as sanções às infrações tributárias terem sempre a mesma finalidade, qual seja, a de forçar o pagamento dos valores devidos ao Erário, tais sanções não podem ser desvirtuadas, sob pena de desvio de finalidade. A severidade das sanções visa a proteger a arrecadação do Estado e a estimular, por vias oblíquas, o pagamento dos tributos devidos.

Defende que a multa aplicada no presente caso é totalmente desproporcional por ser idêntica à suposta infração cometida, importando em verdadeiro confisco. A esse respeito, vale frisar que o Supremo Tribunal Federal (“STF”) negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União (Fazenda Nacional) no RE 523.471, reconhecendo que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e a abusividade de multa de 60%, inferior inclusive ao percentual aplicado no presente caso, que ultrapassa e muito o valor declarado inconstitucional pelo STF, conforme trecho da decisão que transcreve, o que a leva a pleitear sejam imediatamente afastadas as multas aplicadas de 100% e de 60% do valor do suposto imposto devido, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF/88, ou, ao menos seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Conclui, solicitando que, por conta da ausência de descrição clara e precisa das autuações, vez que o Auto de Infração acaba por cercear o seu direito de defesa e por infringir os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF/88), devendo, portanto, ser declarado nulo, com o consequente cancelamento integral do débito exigido. Caso assim não se entenda, o que se admite para fins de argumentação, a requer seja reconhecida a improcedência da autuação e, seja determinado o cancelamento integral do Auto de Infração, correspondente ao imposto, às multas e a todos os demais acréscimos, com o decorrente arquivamento do presente processo administrativo, tendo

em vista a demonstração da certeza e da legitimidade das operações realizadas pela Requerente e da forma de recolhimento do imposto em relação às mercadorias elencadas pela Fiscalização, bem como que as multas sejam afastadas ou ao menos reduzidas, haja vista a manifesta desproporcionalidade e a patente falta de razoabilidade em relação às infrações supostamente cometidas, reiterando o seu pedido para que o presente processo seja convertido em diligência ou para que seja deferida a realização de perícia técnica, nos termos do artigo 145 do Decreto 7.629/99, bem como que lhe seja assegurado o direito à produção de qualquer meio de prova em Direito admitidos, em especial pela posterior juntada de novos documentos, de forma a comprovar que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS e de ICMS-ST que lhe estão sendo imputados neste momento.

Informação fiscal constante às fls. 412 a 418, prestada pela autuante, indica, quanto a alegação de cerceamento de defesa alegada pelo sujeito passivo, no Auto de Infração, folhas 1 e 2, constam a transcrição detalhada da infração, enquadramento da infração, tipificação da multa e o indicativo dos demonstrativos utilizados para quantificar o valor da infração de forma detalhada e com notas explicativas da origem dos dados, e nestes relatórios estão demonstradas as descrições das mercadorias, as quantidades, CFOP das operações, preços e todas as informações necessárias para caracterizar as infrações e foi feito o devido levantamento quantitativo de estoque, estando os Esses demonstrativos nas folhas 8 a 77.

Quanto a alegação de que a autuação baseou-se simplesmente na comparação dos arquivos magnéticos da Requerente com o seu registro de estoque e que a fiscalização deveria intimar a defendant a apresentar as notas fiscais, ressalta que não prospera, pois os arquivos são montados pela própria impugnante baseada em seus documentos e escrita fiscal, além da fiscalização comparar os arquivos com a escrituração para fazer esta validação. Os arquivos magnéticos são, portanto, confiáveis e a impugnante não trouxe prova de que os dados levantados pela fiscalização como quantidade e preço médio estão incorretos. Não se faz necessário intimar o contribuinte a apresentar as notas fiscais de saída tendo em vista que estes documentos são notas fiscais eletrônicas e as suas informações constam no banco de dados da SEFAZ.

A respeito da necessidade de intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades constatados, evitando a constituição de créditos tributários pautados em mera presunção, e do recebimento das irregularidades levantadas nos trabalho de fiscalização, para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades constatados, evitando-se, assim, a constituição de créditos tributários, igualmente alega não procederem. Primeiro diante da inexistência de tal determinação na legislação. Segundo, apesar desta medida não ser obrigatória, informa que antes da autuação todos os demonstrativos foram apresentados a impugnante solicitando entrar em contato em caso de dúvida ou desacordo, conforme folhas 92 e a empresa não se manifestou. Ao receber o lançamento fiscal a autuada exerceu seu direito de ampla defesa através da apresentação da impugnação. A autuação não foi baseada apenas e indícios, estando tudo comprovado através dos demonstrativos de levantamento quantitativo de estoque, folhas 8 a 77.

Quanto as Ementas do TIT/SP, argumenta que as mesmas não se referem ao procedimento de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Além do mais, decisão concedida no âmbito de outro Estado da Federação, não tem o condão de vulnerar o RICMS do Estado da Bahia.

No tocante à alegação de que a divergência encontrada refere-se a produtos adquiridos em embalagens maiores e subdivididas em embalagens ou unidades menores para venda, que houve comparação de quantidade de medida de saco com medida de unidade, alega não ter cabimento, vez que os códigos dos produtos são individuais para cada tipo de embalagem (unidade), o que permite fazer o levantamento quantitativo de estoque sem dificuldade. O bombom em saco é vendido em um código e o bombom em unidade deve ser vendido em outro código. Além do

mais, o método aplicado faz teste para certificar que tal equívoco não está sendo realizado por código, transcrevendo decisão da 4ª JJF, através do Acórdão 0178-04/13, sendo o documento 11 anexado pela defendant o ANEXO 4 – DEMONSTRATIVO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA, que nada traz de novo.

Quanto ao pedido de diligência, entende não ser necessário o seu acolhimento, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Já em relação à a abusividade da multa aplicada, esclarece que as multas estão devidamente aplicadas conforme artigo 42, incisos II, “d” da Lei 7.014/96, que define a multa de 60%, para quando o imposto não for recolhido por antecipação, e III, que define a multa de 100%, para omissão de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Transcreve a alínea “d” do inciso II do artigo 42 da Lei 7.014/96 vigente à época dos fatos geradores, e o inciso III, alínea “g”, da mesma Lei, vigente à época dos fatos geradores.

Entende que como a multa está prevista em lei, não há que se falar de confisco, portando devem ser mantidas as multas de 60% prevista no artigo 42, II, “d” da Lei 7.014/96 e 100% prevista no artigo 42, III, “g” da Lei 7.014/96.

Conclui, mantendo a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando o julgamento pela procedência do presente Auto de Infração..

Distribuído para julgamento, o feito foi convertido em diligência (fls. 425 e 426), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências: intimar a empresa autuada a demonstrar (com todas as provas que se fizerem necessárias – notas ou cupons fiscais, a exemplo):

- a) de que existiram vendas da mesma mercadoria com código diverso daquele tomado como parâmetro para realização do levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias;
- b) caso alguma mercadoria deu saída em quantidade diversa do que a tomada, porém com o mesmo código (como dito pela defesa), apresentar os documentos de saída (nota fiscal ou cupom fiscal) que, porventura, não tenham sido considerados no levantamento das saídas levado efeito pela fiscalização.

Caso a empresa comprovasse as saídas da mesma mercadoria com códigos diversos, deveria se realizar o seu agrupamento com fundamento nas determinações do artigo 3º, III, da Portaria nº 455/98.

Na hipótese da empresa comprovar saídas de mercadorias auditadas e que não constam no levantamento fiscal, incluí-las.

Havendo modificações, fosse refeito o levantamento fiscal (análítico e sintético).

Em atendimento a tais solicitações, foram prestados os seguintes esclarecimentos, por parte da autuante (fls. 464 a 469): A empresa foi intimada a apresentar os documentos solicitados na diligência e a informar outros dados necessários para a execução da diligência, conforme folhas 428, tendo solicitado prorrogação do prazo para apresentação da documentação conforme processo 055471/2105-4 e entregue um CD conforme processo 079734/2015-5, contendo arquivos SINTEGRA, período 2010, planilhas em EXCEL com número do documento, valor do documento, CFOP, itens, arquivo com relação dos produtos DE/PARA e demonstração do produto que entrou com um código de caixa e deu saída em unidade.

Não foram apresentadas provas, como por exemplo, as notas fiscais e arquivo eletrônico da leituras das memórias fiscais – MFD das ECF's em TXT, conforme estrutura do Ato COTEPE 17/04, solicitadas nos itens 1a e 1b da diligência.

As planilhas em EXCEL, nota fiscal e cupom, não apresentam quantidade, conforme intimado. Isto inviabiliza, qualquer trabalho de levantamento quantitativo de estoque.

O arquivo Artigos_Primos.txt foi convertido em EXCEL e pesquisado os códigos do anexo 1, chegando as seguintes conclusões dos códigos encontrados:

1 - o código 649922 – ACHOCOLATADO NESCAU 400G – CX* está relacionado com o código 707278 - ACHOC NESCAU POWER 400G CX, que é outro produto.

2 - o código 24700 - ALVEJANTE VANISH MAX 1,5L tem referencia com o código 640835 - ALVEJANTE VANISH WHITE 1,5 e o código 917553 - ALVEJANTE VANISH AC BAC 1,3L, que são produtos diferentes.

3 - o código 99671 - AZEITE EV POR GALLO LT 500ML (lata) está relacionado com o código 1716 - AZEITE EV POR GALLO VD 500ML (vidro), embalagens vidro e lata são produtos diferentes.

4 - o código 35529 - BALA BUT TOFFE CHOCO MENTA 800 está relacionado com os códigos 165646 - BALA BUTTER TOFFE BLACK 800GR e 165698 - BALA BUTTER TOFFE CHOC BR 800G, que são produtos diferentes.

5 - o código 14833 - CEREAL MUCILON MILHO 400G está relacionado com o código 14794 - CEREAL MUCILON ARROZ 400G, que são produtos diferentes

6 - o código 44941 - DROPS HALLS LIGHT EXTRA FORTE está relacionado com o código 44798 - DROPS HALLS LIGHT MENTOL, que é outro produto.

7 - o código 33774 - DROPS MENTOS FRUTAS 16X38G está relacionado com os códigos 17294 - DROPS MENTOS MIN/TFRUTI 16X38G, 33787 - DROPS MENTOS HORTELA 16X38G, 39403 - DROPS MENTOS REAL FRUIT 608G; 41925 - DROPS MENTOS T FRUTTI 16X38G; 82355 - DROPS MENTOS ICE MINT 16X38G; 107705 - DROPS MENTOS CANELA DP 608G; 326560 - CONFEITO MENTOS MELANCIA 608G; 742157 - DROPS MENTOS UVA ABACAXI 608G; 742170 - DROPS MENTOS RAINBOW 16X38G, que são produtos diferentes.

8 - o código 39403 - DROPS MENTOS REAL FRUIT 608G está relacionado com o código 33774 - DROPS MENTOS FRUTAS 16X38G, que é outro produto. (vide parágrafo acima)

9 - o código 113776 - FERMENTO INST FERMIPAN RED500 está relacionado com o código 832780 - FERMENTO INS FERMIN BROWN500G, que é outro produto.

10 - o código 111826 - GELAT ARO FRAMB 1KG está relacionado com o código 111020 - GELAT ARO CEREJA 1KG, que é outro produto.

11 - o código 111644 - GELAT ARO LIMAO 1KG está relacionado com o código 111020 - GELAT ARO CEREJA 1KG, que é outro produto. (vide parágrafo acima)

12 - o código 24960 - GELEIA HOMEMADE MORANGO 18X15G está relacionado com o código 24726 - GELEIA HOMEMADE MACA 18X15G, que é outro produto.

13 - o código 13871 - LEITE UHT DESN PARMALAT 1L CX*, está relacionado com o código 13767 - LEITE UHT INTEG PARMALAT 1L CX, que é outro produto.

14 - o código 84955 - MIST BOLO D BENTA AIPIM 450G está relacionado com o código 84786 - MIST BOLO D BENTA LAR 450G, que são produtos diferentes.

15 - o código 84721 - MIST BOLO D BENTA BAUN 450G está relacionado com o código 84786 - MIST BOLO D BENTA LAR 450G, que são produtos diferentes. (vide parágrafo acima)

16 - o código 84864 - MIST BOLO D BENTA CHOC 450G está relacionado com o código 197353 - MISTBOL FOND CHOC/MOR DBEN 50G, que é outro produto.

17 - o código 105274 - MOLHO SAL ITALI HELLMANNS 244G está relacionado com os códigos 105313 - MOLHO SAL RANCH HELLMANNS 232G, 105326 - MOLHO SAL FRENCH HELLMANNS237G e 140699 - MOLHO SAL YOGUR HELLMANNS 236M, que são produtos diferentes.

18 – o código 90649 - NECT SUFRESH UVA 6X330ML está relacionado com o código 90506 - NECT SUFRESH PESSEGO 6X330ML, que é outro produto.

19- o código 90506 - NECT SUFRESH PESSEGO 6X330ML está relacionado com os códigos 18960 - NECT SUFRES MANGA 6X330ML, 19065 - NECTAR SUFRESH GOIABA 6X330ML, 90649 - NECT SUFRESH UVA 6X330ML, 599599 - NECT SUFRESH MORANGO 6X330ML, 599612 - NECT SUFRESH MACA 6X330ML, 599664 - NECT SUFRESH LARANJA 6X330ML, 879684 - NECT SUFRESH CAJU 6X330ML, 879697 - NECT SUFRESH MARACUJA 6X330ML, 879710 - NECT SUFRESH ABACAXI 6X330ML, que são outros produtos.

20 – o código 102544 - PIPOCA MICRO T1 YOKI QJO 100G está relacionado com os códigos 102505 - PIPOCA MICRO T1 YOKI BAC 100G e 142389 - PIPOCA MICRO T1 YOKI MANT100G que são outros produtos.

21 – o código 112008 - PUDIM ARO BAUNILHA 1KG está relacionado com o código 111852 - PUDIM ARO CHOC 1KG, que é outro produto.

22 – o código 58851 - SAB FRANCIS SUAV IOGURT 12X90G está relacionado com o código 73307 - SAB FRANCIS SUAV MACAD 12X 90G que é outro produto.

23 – o código 58825 - SAB FRANCIS SUAVE VERDE 12X90G está relacionado com o código 73307 - SAB FRANCIS SUAV MACAD 12X 90G que é outro produto. (vide parágrafo acima)

24 – o código 19357 - SAB PROTEX BALANCE 12X90G está relacionado com o código 208065 - SAB PROTEX CREAM 12X90G que é outro produto.

25 – o código 55354 - SAB PROTEX FRESH 12X90G está relacionado com o código 208065 - SAB PROTEX CREAM 12X90G que é outro produto. (vide parágrafo acima)

A seguir, informa os códigos considerados na relação DE/PARA que resultaram na elaboração do quadro abaixo:

COD	DESCRIÇÃO	COD	DESCRIÇÃO
321334	ACHOCOLATADO NESCAU 2.0 400GR	64922	ACHOCOLATADO NESCAU 400G - CX
105885	BISC CHAMP BALDARACCI 4X180G	785018	BISC CHAMP BALDARACCI 180G
21047	CATCHUP TRADICIONAL PIC 400G	791388	CATCHUP TRADIC PIC 400G
68185	CHUCHU CX/SC 20 KG	585	CHUCHU GRANEL KG
120445	DESOD SANIT WC2000 RF 30G	793195	DESOD SANIT WC2000 RF JASM 30G
102011	DET PO OMO MULTI ACAO 500G	156533	DETERGENTE PO OMO M ACAO 500G
358046	FEIJAO PRETO T1 CAMIL 1KG	104910	FEIJAO PRETO T1 CAMIL 10X1KG
56524	LEITE PO INT V.DOURADO 50X200	59072	LEITE PO INT V.DOURADO 5X200G
126399	LEITE UHT INTEG MANACA 1L CX	895830	LEITE UHT INTEG MANACA 1L
302406	LIMP M USO VEJA ORIG 500MLCX	104091	LIMP M USO VEJA ORIG 500ML
118313	MARG QUALY C/S LIGHT 500G UN	118261	MARG QUALY LIGHT C/SAL CX 500G
101231	MOLHO INGLES M&K 4X150ML	823940	MOLHO INGLES M&K 150ML
101179	MOLHO PIMENTA VERM M&K 4X150ML	823641	MOLHO PIMENTA VERM M&K 150ML

Conclui, informando que baseada na tabela DE/PARA acima foi recalculado o levantamento quantitativo de estoque, utilizando os arquivos estabelecidos no Convênio 57/95 entregues através do SINTEGRA.

Caso o julgador aceite a metodologia aplicada, o valor das infrações ficam alterados conforme os anexos 9 a 15.

INFRAÇÃO	ANEXO	VALOR
1	9	25.956,22
2	14	21.530,18
3	15	6.921,38

Intimada para tomar conhecimento do resultado da diligência, e suas conclusões, bem como receber os arquivos elaborados pela diligente (fls. 497 e 498), a empresa autuada não se manifestou.

Diante do afastamento da relatora inicialmente designada, o feito foi redistribuído.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, decorrentes da realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Adentro, em primeiro lugar, na análise dos argumentos defensivos, iniciado pela apreciação das preliminares aventadas na peça apresentada.

Não se há que falar, pois, em falta de transparência para a liquidez e certeza do débito fiscal, sequer que o levantamento realizado apresenta-se de forma obscura e genérica, não fazendo menção aos códigos dos produtos constantes do levantamento, nem particularizar cada produto.

Além disso, a autuante entregou à autuada, cópia dos elementos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração, a se observar o recibo de fl. 93, e a respectiva mídia de fl. 94, dando pleno conhecimento das planilhas elaboradas e seus respectivos resultados ao sujeito passivo.

Quanto a alegação de que a fiscalização, em momento anterior ao da autuação não deu conhecimento das eventuais diferenças apuradas, também não pode prosperar, diante do fato de que a autuante, conforme informação fiscal prestada, ter, antes da autuação, apresentado os demonstrativos, à empresa, e solicitando à mesma entrar em contato em caso de dúvida ou desacordo, conforme documentado através de e-mail dirigido à autuada, constante à fl. 92, não tendo a mesma se manifestado.

Ademais, a autuada não indicou qualquer desconformidade dos arquivos magnéticos apresentados à fiscalização e que serviram de base para a realização do levantamento, com a escrituração realizada, o que fragiliza a sua argumentação, além do que, frente ao pedido de realização de diligência, para a depuração do lançamento, diante dos argumentos trazidos, especialmente o do agrupamento de códigos de mercadorias, quando deferida e realizada, embora tomasse conhecimento do seu resultado, sequer se manifestou, reitere-se.

Assim, não se pode falar em qualquer cerceamento de defesa, sequer em desobediência a princípios do processo administrativo fiscal, vez que devidamente observados e respeitados ao curso do processo, inclusive a autuada pôde exercer em sua plenitude a sua defesa, tendo sido deferida, na busca da verdade material, a realização de diligência solicitada, no sentido de que a autuada trouxesse ao processo os elementos que entendia equívocos da autuante, em relação a fracionamento e agrupamento, o que não ocorreu, diante da informação constante no resultado da mesma, não contestada pelo sujeito passivo, quando da oportunidade de manifestação, não realizada.

É fato que algumas das infrações decorreram de presunção, as quais possuem a devida previsão legal, o que contraria a tese defensiva de nulidade, senão vejamos.

Sabido é que a adoção da presunção mencionada, para a verificação da caracterização da hipótese de incidência tributária, não é conduta estranha ao Direito Tributário. Para tanto, legitima-se a busca, pela Autoridade Fiscal, da existência de determinados fatos, a princípio

estranhos àqueles que se busca para, deles extrair a ocorrência de outras ocorrências fáticas - estas sim as que interessam - as quais não foram de início diretamente comprovadas.

Não se coloca à margem do conhecimento, portanto, a verificação da efetiva ocorrência de tais fatos. Apenas a sua comprovação é que se faz de forma indireta. Legitima-se, com isso, a aplicação das presunções legais em matéria tributária. Por óbvio que a força de uma presunção deve ser ponderada pela observância dos princípios que proporcionem a segurança jurídica do contribuinte a exemplo do da ampla defesa e o devido processo legal, o que no caso em comento, ocorreu de forma cristalina.

Dessa forma, observo que a presunção adotada como base para a autuação possui a necessária base legal e foi corretamente aplicada, frente ao resultado do levantamento realizado, não importando o trabalho fiscal em qualquer violação a princípios básicos do processo administrativo fiscal que tenham causado prejuízo ao contribuinte.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente. Assim, mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

Se a hipótese de incidência do tributo se originar do legislador, tal fato caracteriza a presunção legal, a qual só pode ser estabelecida pela lei, sendo que neste caso, inverte-se a regra processual de que quem acusa deve provar o fato, ocorrendo, pois, a denominada inversão do ônus da prova.

Em tais casos, tal inversão se verifica quando, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, onde ressalte-se que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa, pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa, como bem sabido.

Como visto, o tributo só pode incidir sobre fatos reais. Para que haja a tributação, necessário se torna a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual deve demonstrar de forma insofismável a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, naquilo que a doutrina denomina de princípio da verdade material.

Em outras palavras: a presunção é o resultado de um processo mental, fruto da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Assim, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desmonte.

Sintetizando: a autuação nas infrações 02 e 03 embasam-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento.

A legislação estadual do ICMS, em especial o 4º, § 4º da Lei 7.014/96, determina que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou

inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, implicam em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Assim, reitero a base legal para a cobrança por presunção, tal como realizada. Frente ao seu entendimento de que a descrição do fato gerador contida no Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a demandar a cobrança, limitando-se a indicar sinteticamente a alegada “descrição” da suposta infração fiscal, além se ser um lançamento genérico, também não pode ser acolhida, vez que as planilhas elaboradas e acostadas aos autos não se apresentam como genéricas, muito ao contrário, trazem os tipos de mercadorias, segregados por códigos atribuídos pela própria empresa autuada, cálculo do preço médio, às fls. 15 a 43, 44 e 45, 46 a 65, 66 a 75, todas com recibo da empresa autuada. Com isso, não possui pertinência a alegação defensiva.

Da mesma forma, não se há de falar em autuação estribada em meros indícios, pois o levantamento realizado apurou fatos, com base em elementos fornecidos pelo contribuinte, a saber, seus livros e documentos fiscais.

Desta maneira, não posso acolher as preliminares, adentrando no exame do mérito do lançamento.

Quanto a este, entendo pertinente algumas observações, diante do fato de que todas as infrações decorrerem da realização de levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

Os fatos geradores só podem decorrer da realização dos aspectos previstos na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

O exame em questão demanda apenas e tão somente, análise de aspecto material, vez se tratar de prova eminentemente fática, e consequentemente, necessita da ser produzida.

Isso diante do fato de tal procedimento de auditoria de estoques estar previsto na legislação vigente à época dos fatos geradores, e encontrar-se disciplinado na Portaria nº 445/98 e tem como objetivo *“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”*.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades das mesmas mercadorias saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí podemos ter três resultados. Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Na

situação dos autos, verifico que, no exercício de 2010, foram constatadas omissões de saídas e entradas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do respectivo imposto.

O sujeito passivo, para comprovar a sua negativa do cometimento da infração deveria trazer elementos consistentes como meio de prova de que não praticou a mesma, além de poder apontar erros que eventualmente a autuante pudesse ter cometido, o que não ocorreu, diante do seu silêncio em relação à diligência realizada, na qual foram considerados itens de produtos para fins de agrupamento, ao passo que o fracionamento argüido na peça defensiva ficou prejudicado, diante da omissão da autuada em fornecer os elementos à diligente, a fim de que o mesmo pudesse ser analisado, e caso positivo, realizado.

A ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimização dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material, conforme já visto anteriormente.

Além do mais, a verdade material é fundamentada no interesse público, logo, precisa respeitar a harmonia dos demais princípios do direito positivo. É possível, também, a busca e análise da verdade material, para melhorar a decisão sancionatória em fase revisional, mesmo porque no Direito Administrativo não se fala em coisa julgada material administrativa.

A apresentação de provas e a análise nos ditames do princípio da verdade material estão intrinsecamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil, sempre observando os termos especificados pela lei tributária, inclusive isto ocorreu quando do deferimento da diligência solicitada em sede defensiva, a qual, todavia, não logrou pleno êxito, ante a falta de fornecimento por parte da empresa autuada, dos elementos necessários para tal.

Quanto aos julgados acostados pela autuada ao feito, não possuem valor vinculante, diante do livre convencimento do julgador, motivo pelo qual não os considero neste julgamento.

Frente ao argumento de que as multas aplicadas teriam natureza abusiva, ressalto que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o "império da lei" ou "*jus imperium*".

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que "*nemhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei*". Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Assim, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antonio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que "*O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei*".

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

No tocante às alegações de constitucionalidade das normas alegadas pelo sujeito passivo, lembro que na forma do artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade, vedada, pois, qualquer apreciação a respeito, ou comentário adicional.

Desta forma, diante da consideração dos argumentos defensivos referentes a determinados produtos abarcados no levantamento de estoques, apontados pela autuada, e ajustados em sede de diligência, especialmente aqueles relacionados com agrupamento de mercadorias, realizada com base nos dados informados pela própria autuada, de acordo com mídia acostada aos autos, os quais foram devidamente dado conhecimento à empresa autuada, que sequer se manifestou a respeito, o que poderia ser considerado como aceitação tácita, diante do seu silêncio, acolho os mesmos.

Por tais razões, voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente em parte, acolhendo os demonstrativos elaborados pela autuante e não rechaçados pela autuada constante às fls. 470 a 492, ajustando os valores das infrações de acordo com a tabela abaixo:

INFRAÇÃO	ANEXO	VALOR
1	9	25.956,22
2	14	21.530,18
3	15	6.921,38

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0013/14-2** lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.407,78**, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.921,38 e de 100% sobre R\$47.486,40 previstas na Lei 7.014/96, artigo 42, incisos II, alínea "d", e III, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA- JULGADOR