

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0002/17-5
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0198-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0298-11/18

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. No caso, o lançamento ocorreu devido ao fato de que mercadorias que obrigatoriamente teriam o recolhimento efetuado por substituição tributária nas entradas. Se houve ausência dos registros destas entradas, não houve o pagamento do imposto devido por antecipação. Infração procedente. **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Quando se detecta uma ausência de registros de entradas, é incerta a origem, podendo vir de qualquer lugar, permanecendo a obrigação tributária do destinatário em recolher o imposto devido solidariamente. Reduzido o valor em função da comprovação da existência de erro no inventário. Infração procedente em parte. **c)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. O levantamento quantitativo de estoques é efetuado com base nas informações prestadas pelo próprio impugnante – estoque inicial, estoque final, entradas e saídas de mercadorias. Se diferenças existem por erro seja de itens, seja de quantitativos, estes devem ser apontados. Infração procedente. Afastadas as nulidades suscitadas. Indeferidos os pedidos de perícia e diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 1ª JJF Nº 0198-01/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 14/06/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$1.178.209,84, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2012, no valor total de R\$ 442.653,04, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2012, no valor total de R\$ 477.558,68, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº

7.014/96.

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 terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no exercício de 2012, no valor total de R\$ 257.998,12, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

Consta após cada infração que a empresa escriturou, no inventário final de 2012, mercadorias com medida diferente da medida comercializada e diferente da medida do inventário inicial de 2012. A empresa foi intimada a informar o fator de conversão. Respondeu a Intimação 6 em 09/02/2017. O levantamento quantitativo de estoque utilizou os fatores de conversão informados pela empresa. Posteriormente, a empresa questionou os fatores de conversão utilizados sem apresentar uma justificativa válida para utilização de novos fatores de conversão. Tudo conforme demonstrativos e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Arquivos dos Demonstrativos: 1 - OMISSÃO DE SAÍDA-ENTRADA APURADA MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES - LISTA GERAL DE OMISSÕES; 2 - INFRAÇÃO 1 - 0405.02 - LISTA DE OMISSÕES DE SAÍDA; 3 - OMISSÕES DE SAÍDA - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA; 4 - OMISSÕES DE SAÍDA - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA; 5 - LISTA PREÇOS MÉDIOS; 6 - OMISSÕES DE SAÍDA - PREÇO DE SAÍDA; 7 - OMISSÕES DE SAÍDA - PREÇO DE INVENTÁRIO; 8 - OMISSÕES DE SAÍDA - PREÇO DE ENTRADA; 9 - OMISSÕES DE ENTRADA; 10 - OMISSÕES DE ENTRADA - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA; 11 - OMISSÕES DE ENTRADA - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA; 12 - OMISSÕES DE ENTRADA - PREÇO DE ENTRADA; 13 - OMISSÕES DE ENTRADA - PREÇO DE INVENTÁRIO; 14 - OMISSÕES DE ENTRADA - PREÇO DE SAÍDA; 15 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO MÉDIO DEVOLUÇÃO DE SAÍDA; 16 - INFRAÇÃO 2 - 04.05.08 - ST - NORMAL SOLIDARIEDADE; e 17 - INFRAÇÃO 3 - 04.05.09 - ST. Anexos: intimação, e-mail, NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital).

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

O Autuado suscitou preliminares de nulidade por cerceamento de defesa, alegando que não foram disponibilizados os anexos que compõem o Auto de Infração nem há qualquer indicação quanto às circunstâncias dos fatos apontados como infracionais, bem como pelo suposto vínculo decorrente da adoção da presunção como fundamento dos lançamentos e pela existência do Auto de Infração nº 274068.0011/15-8, com as mesmas acusações e referente ao mesmo exercício.

Verifico que consta o recebimento no Auto de Infração, assim como nos seus anexos e arquivos magnéticos, a assinatura do Sr. Humberto Dias, autorizado por procuração do Autuado (fl. 74), e mediante recibo (fls. 3, 4, 19 a 67 e 68 a 72).

Saliento ainda que as infrações estão bem descritas no Auto de Infração e as planilhas anexas são claras e objetivas, constando descrição das mercadorias, códigos, números dos documentos, quantidades, medidas, fatores de conversão, preços, enfim, todas as informações necessárias para a demonstração das omissões, e que o laudo técnico apresentado comprova que a empresa teve acesso aos demonstrativos da infração, já que trouxe detalhes quanto às mercadorias objeto da autuação.

No tocante ao Auto de Infração nº 274068.0011/15-8, confirmei, mediante consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte - INC, que não assiste razão ao Autuado sobre se referir ao mesmo exercício, realmente possui as mesmas infrações, mas aquele levantamento foi efetuado somente em relação ao exercício de 2011, não se confundindo com a autuação ora em julgamento, relativa ao exercício de 2012. Possivelmente o Autuado se confundiu em função do vencimento dos fatos geradores relativos a 31/12/2011 ocorrer em 09/01/2012.

Também não há vínculo decorrente da adoção da presunção como fundamento dos lançamentos, já que não há acusação de presunção. No caso da Infração 01, é imputada a omissão de saídas, com lançamento do imposto decorrente, mediante os parâmetros para auditoria de estoques, como cálculo do preço médio e demais demonstrativos: entrada, saída, inventário e omissões.

No caso das Infrações 02 e 03, a imputação se refere à omissão de entradas de mercadorias sujeitas à

substituição tributária, com os lançamentos, por responsabilidade solidária, do imposto normal devido pelo remetente em relação às mercadorias em que o levantamento quantitativo acusou ausência do seu registro, e por substituição tributária de responsabilidade do próprio Autuado sobre as mesmas mercadorias, respectivamente.

Diante do exposto, afasto as nulidades arguidas.

Também não acolho a alegação de decadência, independentemente da utilização do prazo quinquenal previsto no Art. 150, §4º, do CTN, ou do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no Art. 173, I, do CTN. Constatou que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 19/06/2017, sendo que os prazos decadenciais só seriam alcançados em 31/12/2017 e 1º/01/2018, respectivamente. O roteiro de estoque em exercício fechado só pode ser efetuado utilizando o exercício inteiro, sendo considerado, em caso de autuação, o último dia do exercício como data de ocorrência.

Indefiro as solicitações de perícia e diligência, com fulcro no Art. 147, I, "a", e II, "a" e "b", do RPAF/99, por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal e por constatar que o processo contém elementos suficientes para a formação de minha convicção para a decisão sobre a lide, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas produzidas.

No que concerne à solicitação do Autuado no sentido de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações no presente feito, inexiste óbice a seu atendimento. Saliente, entretanto, que não gera nulidade a sua inexecução, desde que respeitado o disposto no Art. 108 do RPAF/99.

Em relação às alegações de inconstitucionalidade das multas previstas na Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o Art. 167, I, do RPAF/99.

Além disso, o pedido da redução ou cancelamento da multa aplicada foge à competência desta Junta de Julgamento Fiscal, pois se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, não se aplicando o disposto no Art. 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, constatou que o Autuado questionou a correção dos seus próprios registros. Nos demonstrativos do Auto de Infração, verifico que foram utilizados corretamente os fatores de conversão informados de acordo com as unidades constantes dos inventários inicial e final e das notas e cupons fiscais de entrada e saída.

Entretanto, alguns produtos apresentam discrepâncias em relação aos seus preços. No produto "DET LIQ YPE CLEAR 500ML", por exemplo, o preço constante do inventário final, enviado em fevereiro de 2013, não está de acordo com a unidade ali indicada, "UN", sugerindo que exista um equívoco quanto à unidade indicada.

Ressalto que estes equívocos foram apontados pelo Autuado, conforme o laudo que anexou à sua peça defensiva. A Autuante os considerou em sua Informação Fiscal, em razão do princípio da verdade material, e elaborou novos demonstrativos, resultando em redução do valor registrado na Infração 02, e não alterando a Infração 01, por não modificar o valor exigido a título de omissão de saídas de produtos tributados normalmente, e a Infração 03, por resultar em valor superior ao exigido no Auto de Infração.

No caso da Infração 01, foi constatada a omissão de saídas e lançado o imposto decorrente, mediante obediência de todos os parâmetros para auditoria de estoques, como cálculo do preço médio e demais demonstrativos: entrada, saída, inventário e omissões. Não há nenhuma presunção legal nesta infração, mas a exigência do imposto decorrente das saídas omitidas, em valor superior ao das entradas omitidas no mesmo período. Assim, a Infração 01 é procedente.

No caso das Infrações 02 e 03, foi constatada a omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo sido lançado, por responsabilidade solidária, o imposto normal devido pelo remetente em relação às mercadorias em que o levantamento quantitativo acusou ausência do seu registro, e por substituição tributária de responsabilidade do próprio Autuado devido nas entradas destas mesmas mercadorias.

Saliente que as mercadorias não são as mesmas apuradas na Infração 01, as quais são tributadas normalmente, enquanto estas estão sujeitas à substituição tributária por antecipação. Assim, não há qualquer nexo causal entre a Infração 01 e as Infrações 02 e 03, salvo por serem apuradas por levantamento quantitativo de estoque.

Portanto, voto pela procedência da Infração 03 e pela procedência parcial da Infração 02, esta no valor apontado na Informação Fiscal de R\$ 453.986,94.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor total histórico de R\$ 1.154.638,10.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão

de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Inicialmente a Recorrente traz a tempestividade, pois tendo em vista que tomou ciência do referido Acórdão, em 24.1.2018 (quarta-feira - docs. 1/2), o prazo para a interposição deste recurso iniciou, em 25.1.2018 (quinta-feira) e, expira, em 13.2.2018 (terça-feira). Logo afirma, que o recurso voluntário é tempestivo e deverá ser conhecido, processado e provido pela Câmara de Julgamento competente.

Por não concordar com a exigência fiscal, a Recorrente apresentou Impugnação, pedindo a nulidade e improcedência do Auto de Infração, porém, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal proferiu o Acórdão JJF nº 0198-01/17, ora recorrido, acolhendo tão somente em parte a impugnação apresentada pela Recorrente, sob os seguintes argumentos:

- (i) a descrição do Auto de Infração corresponderia às infrações imputadas e está de acordo com as exigências do RPAF/BA e não seria necessária diligência, pois os documentos acostados no Auto de Infração seriam suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, acrescendo que a legislação do Estado da Bahia determina o indeferimento de diligência quando for para apurar escrituração fiscal;
- (ii) *a presunção do cometimento da infração seguiu os limites determinados pela Portaria nº 445/98 e, portanto, constitui em modalidade de procedimento fiscal, que não poderia ser afastado pelo Julgador;*
- (iii) *a Recorrente não demonstrou a existência objetiva de equívocos por parte das Autoridades Fiscais, tampouco juntou provas de que não cometeu as infrações suscitadas pela Fiscalização;*
- (iv) *por fim, em relação as multas, suscitou que estão previstas na legislação e não são confiscatórias. Além disso, suscitou que não poderia apreciar questão vinculada a constitucionalidade de legislação estadual, matéria que cabe ao Poder Judiciário. Por fim, afastou a relevância das multas, pois há exigência de imposto.*

No entanto, a Recorrente não concorda com o Acórdão, na medida em que a decisão mais adequada para o caso seria o reconhecimento do direito de a Recorrente se defender adequadamente das alegações do Fisco Estadual, o que certamente culminaria na nulidade ou improcedência do Auto de Infração, com a conversão do julgamento em diligência, como restará demonstrado a seguir.

A Recorrente traz motivos para alegar a reforma do acórdão, tais como; Ausência de descrição dos fatos que embasaram a lavratura do Auto de Infração e a falta de documentos que instruem a acusação fiscal

O Acórdão recorrido deverá ser reformado, pois o Auto de Infração padece de nulidade, tendo em vista que foi lavrado sem qualquer indicação quanto às circunstâncias dos fatos apontados como infracionais, que evidenciariam a alegada ilegalidade.

Além disso, apesar dos textos das “Descrições dos Fatos” constar que a intimação da lavratura do Auto de Infração foi acompanhada de Anexos que comprovariam o cometimento das supostas 3 (três) infrações à legislação tributária, tais documentos não foram entregues, nem disponibilizados ao contribuinte.

As referidas condutas da Fiscalização desrespeitaram o disposto nos arts. 129, incisos III e IV, e 130, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), assim como o art. 142 do CTN.

Nesse caso, as inobservâncias das exigências formais da legislação acarretam a nulidade absoluta do Auto de Infração, pois, sem essas informações, a Recorrente não pode exercer o seu direito de defesa.

Informa que a JJF, ao julgar a nulidade, suscitou, equivocadamente, que a descrição do Auto de

Infração atendeu o RPAF/BA. Além disso, mencionou a existência dos anexos, sem se manifestar acerca da falta do envio dos anexos para a Recorrente apresentar sua defesa. Se não bastasse isso, o Acórdão mencionou que as infrações foram devidamente enquadradas no Auto de Infração, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

No entanto, não decidiu com o costumeiro acerto o Acórdão recorrido, pois no Auto de Infração não contém os requisitos e informações básicas para sua lavratura, como a indicação das circunstâncias que culminaram com a alegada infração, não mencionou o tipo de operação que ensejou a suposta irregularidade, nem quais foram as mercadorias e notas fiscais não escrituradas, tampouco mencionou as datas das operações supostamente omitidas pela Recorrente, na entrada e saída das mercadorias. Em outras palavras, à Recorrente restou a insólita missão de “adivinhar” os fundamentos e os fatos suscitados pela Fiscalização como causas da autuação.

Adicionalmente, cumpre mencionar que a própria Fiscalização afirmou que são entradas e saídas de mercadorias no exercício de 2012, contudo, no Auto de Infração nº 274068.0011/15-8, são exigidos lançamentos de igual teor, para os exercícios de 2011 e 2012. Logo, é possível que o lançamento tenha sido feito em duplicidade.

Afirma que, sem as indicações de datas e lançamentos individualizados, a Recorrente sequer poderá se defender de eventual lançamento em duplicidade, com o mesmo objeto. Isso porque, as acusações, o estabelecimento comercial e o exercício são os mesmos. Logo, imprescindível a demonstração das diferenças entre os lançamentos.

Por esse motivo era necessário que a autuação fiscal fosse clara, precisa, completa, 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 CF.

Tal fato é suficiente para caracterizar a violação aos arts. 129, incisos III e IV, e 130, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia e ao artigo 142 do CTN, ficando demonstrado que o Acórdão recorrido merece ser reformado e, por conseguinte, o Auto de Infração em comento ser declarado nulo, por estar desrido das formalidades legais necessárias. Corroborando esse entendimento, traz que assim já se manifestou as cortes superiores, transcreve.

Assim, em razão dos vícios apontados, e à luz da decisão acima, assim como em razão de eventual lançamento em duplicidade, há de ser reconhecida a necessidade de reforma do Acórdão recorrido, com a declaração de 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 Recorrente e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF), assim como os arts. 129, incisos III e IV, e 130, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia.

Argui a ilegalidade da presunção como meio de prova, não assistindo razão ao Acórdão recorrido ao mencionar que a presunção faz parte do roteiro de fiscalização à luz das disposições da Portaria nº 445/98, mencionando que foi constatado, no estabelecimento comercial da Recorrente, diferenças tanto de entrada como de saídas de mercadorias, conforme os Anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11, que fazem parte integrante do Auto de Infração, com ciência do sujeito passivo no corpo de todos os demonstrativos, porém sem registro de quaisquer elementos probante acostados aos autos, seja por documento ou demonstrativo, que venha desabonar as acusações.

Afirmou o Acórdão recorrido que caberia ao sujeito passivo, em sede de defesa administrativa, o direito de fazer a impugnação do lançamento, com apresentação de elementos probantes, o que não o fez.

Nesse ponto, o Acórdão recorrido não se atentou acerca da impossibilidade do contribuinte fazer prova negativa, como poderia a Recorrente apresentar provas de fatos que não ocorreram. Logo,

a autuação fiscal em discussão, deverá ser anulada, em razão do vício decorrente da adoção da presunção como fundamento dos lançamentos, a fim de forçar o entendimento de que houve suposta falta de pagamento de ICMS nas operações de entrada e saída de mercadorias, no exercício de 2012.

Assevera que tal presunção é absolutamente descabida. A responsabilização da Recorrente somente poderia ocorrer mediante a comprovação de que houve a ausência da escrituração das notas fiscais em objeto e, como consequência, a falta do pagamento de ICMS. Contudo, em nenhum momento a Fiscalização comprovou eventual omissão de entrada ou saída, sequer deu ciência para a Recorrente da existência dos anexos mencionados. A mera presunção da prática da infração não é suficiente para que se atribua a responsabilidade à Recorrente. Ônus esse, aliás, de quem acusa.

Aduz que é princípio basilar do Direito que o ônus da prova cabe a quem alega. Esse princípio fundamenta-se em garantia constitucional decorrente do devido processo legal. Nesse sentido, cabia à Fiscalização munir-se das provas necessárias à comprovação da alegada ausência de escrituração de notas fiscais. No caso sob análise, no entanto, simplesmente imputou-se à Recorrente a prática das infrações, restringindo-se a narrar as breves considerações transcritas acima, sem nem juntar ou dar acesso a Recorrente das supostas comprovações de que houve falta de pagamento do ICMS.

Informa que ao utilizar dessa presunção, portanto, a Fiscalização Estadual transferiu, injustificada e invalidamente, o ônus da prova ao contribuinte, em manifesta afronta ao mencionado disposto no artigo 142 do CTN. Acerca da impossibilidade dessa inversão do ônus da prova ao contribuinte, confira-se as irrepreensíveis lições de Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins, transcreve.

Ademais, é preciso considerar que o princípio do contraditório e a presunção de inocência até prova em contrário seriam desprezados caso fosse admitida como legítima a aceitação da presunção como meio de prova de acusação. O Fisco, para poder penalizar o contribuinte, deve basear-se na realidade concreta para verificar a regularidade ou não da conduta dos contribuintes.

Traz que, nos casos de dúvida quanto aos fatos e à prática de supostas infrações, a interpretação da legislação tributária deve ser feita favoravelmente ao contribuinte. Essa regra está consagrada no artigo 112 do CTN.

Ante o exposto, resta claro que a Fiscalização não poderia ter presumido que a Recorrente deixou de escriturar as notas fiscais de aquisição e que posteriormente comercializou as mercadorias sem o pagamento do imposto devido. Tal acusação precisa ser apurada de forma precisa, a partir do levantamento e das demonstrações do estoque da Recorrente, o que evidentemente não foi feito ou sequer cogitado.

Todas essas considerações, vale mencionar, são corroboradas pela ausência, inclusive, de qualquer menção no Auto de Infração das datas que essas supostas entradas ou saídas ocorreram. Isso demonstra, para além do cerceamento da defesa do contribuinte – que fica impossibilitado de defender-se de eventual decadência -, mais uma evidência da presunção dessa entrada das mercadorias.

Ademais, como já mencionado, as acusações, o estabelecimento comercial e o exercício são similares a exigência fiscal já lavrada no Auto de Infração nº 274068.0011/15-8 e, portanto, podem ter sido lavradas em duplidade.

Diante disso, resta inconteste a necessidade de reforma do Acórdão recorrido, com o cancelamento do Auto de Infração atacado, em razão de sua absoluta e irremediável nulidade. Entretanto, caso não sejam reconhecidas as manifestas nulidades do Auto de Infração, o que se admite apenas para argumentar, a Recorrente passa demonstrar as razões da insubsistência da autuação e da consequente exigência fiscal.

Observa, se já não bastassem as nulidades acima apontadas, que por si só já ensejaria a reforma do Acórdão recorrido, pois os equívocos incorridos pela Fiscalização, na lavratura do AIIM, já são suficiente para levar à nulidade da exigência fiscal, como demonstrado acima, caso sejam superadas essas nulidades, era necessário a apresentação dos anexos mencionados no Auto de Infração, os quais supostamente comprovariam a validade da exigência fiscal ou, ao menos, seja dado vista do processo administrativo para a Recorrente ter produzido nova defesa.

Subsidiariamente, pede, caso não sejam acolhidas as irregularidades acima narradas, no mérito, o Acórdão deverá ser reformado, pois o Auto de Infração revela-se absolutamente improcedente, tendo em vista que a Recorrente não deixou de escrutar qualquer operação de entrada ou saída de mercadoria, nem deixou de recolher ICMS em suas operações, tampouco nas operações em que é responsável solidário ao recolhimento do tributo. Com efeito, as infrações descritas no Auto de Infração são improcedentes e o Acórdão recorrido deverá ser reformado, com o cancelamento do Auto de Infração e arquivamento do processo administrativo.

Traz que, sem qualquer justificativa, a JJF indeferiu o pedido de diligência formulado e absolutamente necessário para a busca da verdade real no caso em questão, uma vez que considerando os fundamentos aduzidos acima e, principalmente, o desrespeito ao direito de defesa da Recorrente, faz-se necessária a realização de diligência física ou de perícia técnica no estabelecimento autuado, para análise de toda a documentação contábil-fiscal, a fim de afastar as presunções impostas pela Fiscalização e comprovar a improcedência das exigências fiscais.

A Recorrente, portanto, pleiteia seja deferida a realização de diligência ou de perícia técnica, nos termos do artigo 145 do Decreto nº 7.629/99, por meio da qual serão examinados os seus documentos contábeis e fiscais, referentes aos exercícios fiscalizados, em local e prazo a ser determinado por Vossas Senhorias, comprovando-se a regularidade dos procedimentos adotados pelo estabelecimento autuado.

A esse respeito, note-se que a realização de diligência ou de perícia técnica é medida que se requer, pois não é demais lembrar que, o processo administrativo fiscal é movido pelo princípio da verdade real, e a Recorrente, como contribuinte, tem direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF.

Sendo assim, com o objetivo de efetivamente garantir à Recorrente o direito a um julgamento justo, isento e com base na verdade real, deve ser determinada a realização de diligência ou perícia técnica, de forma a comprovar que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados neste momento.

Sobre essa questão e, considerando que esse lançamento pode ter sido lavrado em duplicidade, a Recorrente, em razão da lavratura do Auto de Infração nº 274068.0011/15-8, mesmo objeto e exercício que o Auto de Infração ora impugnado, encomendou parecer (doc. nº 10 - defesa), no qual restou amplamente demonstrado que as conclusões obtidas pela fiscalização são infundadas, o que poderá ser comprovado por meio de perícia técnica contábil.

Nesse sentido, na hipótese de ser determinada a realização de perícia técnica, a Recorrente formula os seguintes quesitos, com fundamento no parágrafo único, do artigo 145, do Decreto nº 7.629/99:

(i) *queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico responder quais são as atividades desenvolvidas pela Recorrente em seu estabelecimento autuado, as operações e mercadorias comercializadas, que foram objeto do Auto de Infração, com a indicação das datas das operações e motivos que ensejam a lavratura do Auto de Infração, assim como a forma de escrituração fiscal utilizado pelo contribuinte;*

(ii) *queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Recorrente deixou de pagar o ICMS 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 dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (Infração 01);*

(iii) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Recorrente deixou de pagar o ICMS referente 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (Infração 02); e

(iv) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Recorrente deixou de pagar o ICMS 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 terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado. (Infração 03).

(v) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico informar os períodos dos débitos de ICMS objeto de cobrança do presente Auto de Infração e se são os mesmos lançamentos exigidos no Auto de Infração nº 274068.0011/15-8;

(vi) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico informar a existência das alegadas divergências encontradas nos arquivos eletrônicos da Recorrente, e detalhar sua origem, causa e quantificação;

(vii) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico informar se as divergências encontradas estão relacionadas ao peso ou a quantidade das mercadorias;

(viii) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se tais divergência podem decorrer da comparação de unidades de medida diferentes;

(ix) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico informar se existem evidências concretas de entradas e manutenção em estoque de mercadorias desacompanhadas de Nota Fiscal; e

(x) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico indicar se, após a análise acima, de fato houve entradas de embalagens sem a devida documentação fiscal e se houve falta de recolhimento de tributo nas operações em questão.

Além de todas as respostas aos quesitos ora formulados, queiram os Srs. Perito e Assistentes Técnicos informar a metodologia seguida nos trabalhos periciais, bem como queiram acrescentar dados e informações complementares que julgarem necessárias à completa elucidação das questões fáticas objeto dos autos.

Discorre sobre o desmembramento das embalagens das mercadorias - Falta de utilização pelo Fisco do Fator de Conversão, informando que no âmbito de sua atividade de comércio atacadista, a Recorrente adquire produtos em grandes quantidades, de forma que nem sempre tais mercadorias podem ser vendidas nas embalagens originais.

A Recorrente adquire mercadorias acondicionadas em embalagens de grande volume, que por sua vez são constituídas por embalagens de menor volume. Para atender seus clientes, a Recorrente desmembra as mercadorias da maneira como são adquiridas, em porções menores, o que gera uma série de divergências nos arquivos magnéticos. Ou seja, a Recorrente adquire determinada mercadoria, dá entrada, e lança nos arquivos eletrônicos em determinada medida de unidade.

Na saída, em razão da necessidade de desmembrar as mercadorias, em quantidades menores, são criadas distorções nos arquivos eletrônicos. Como exemplo, podemos citar o açúcar adquirido em fardo, embalagem que contém 10 “peças” do produto, como segue:

Observe-se que a nota fiscal de entrada está expressa em fardos. No entanto, não interessará a todos os clientes da Recorrente adquirir um fardo de açúcar (10 unidades), muitos clientes, comerciantes de menor porte, compram açúcar em quantidades menores (1 unidade).

Sendo assim, podemos notar que a Recorrente registra a entrada de um fardo de açúcar e, por sua vez, a saída ocorre em embalagens menores do produto e, portanto, em maior quantidade.

No caso do açúcar, registra-se a entrada de um fardo e a saída de 10 “peças”. Dessa forma, ao verificar os arquivos eletrônicos da Recorrente, a Fiscalização Estadual notou que houve menor número de entradas do que saídas de embalagens, o que ensejou a equivocada presunção de que entraram mercadorias, sem documentação fiscal.

No exemplo acima citado, obviamente, não existirá a entrada de 10 “peças” de açúcar, pois a entrada foi de um fardo de açúcar. Daí o motivo para divergência encontrada. Esse foi apenas um exemplo ilustrativo, contudo, como citado no laudo emitido por empresa contratada pela Recorrente, essa problemática ocorreu com diversos itens.

A respeito disso, deve-se considerar que o peso das entradas é igual ao peso das saídas, contudo, a quantidade pode ser diferente. A título exemplificativo, consideramos que um pacote de açúcar contém 1kg. Sendo assim, a entrada de um fardo de açúcar soma o total de 10 kg. Ao desmembrar a mercadoria, serão vendidos 10 pacotes de 1 kg, somando-se um total de 10 kg que corresponde ao peso do fardo que deu entrada.

No Laudo técnico contratado pela Recorrente (Doc. nº 10 da defesa) restou demonstrado que a inobservância pela fiscalização do fator de conversão ocasionou a presunção equivocada que ensejou a lavratura do presente Auto de Infração.

Fica claro que ao não considerar a regra de conversão de quantidades, o resultado fica distorcido, impactando diretamente nos valores das bases de cálculo do ICMS, assim como no valor unitário de cada item, comprometendo assim, o resultado final do levantamento.

A Recorrente, observa ainda que a fiscalização presumiu, a partir da comparação entre a quantidade de mercadorias que saíram e entraram no estabelecimento comercial da Recorrente, que houveram entradas e manutenção de estoque desacobertado de documentos fiscais.

No entanto, apesar de não ter havido qualquer entrada e manutenção de estoque desacobertado de documentos fiscais, ao adquirir as mercadorias, a Recorrente teria o direito de creditar-se do imposto de ICMS incidente sob a operação anterior, em razão do princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Os créditos adquiridos na operação de entrada de mercadorias devem ser utilizados para abater o valor do imposto incidente sobre a operação de saída das mercadorias.

Dessa forma, a Recorrente não recolhe ao Fisco todo o ICMS debitado sobre suas saídas tributadas, mas apenas a diferença entre os créditos tomados nas entradas e os débitos devidos pelas saídas.

A título de mera argumentação, suponhamos que, conforme exposto pela Fiscalização, a Recorrente tenha realizado a saída de mercadorias, sem ter registrado a sua respectiva entrada.

Neste caso, em razão da falta do registro da operação de entrada em seus livros fiscais, a Recorrente, por óbvio, não se creditou do valor do ICMS incidente na operação anterior.

Com isso, no momento em que deu a saída das mercadorias, a Recorrente tributou e recolheu o ICMS ao Estado da Bahia, sem ter tomado qualquer quantia de crédito na operação anterior. Ou seja, a Recorrente recolheu o ICMS devido na saída, sem tomar o crédito na entrada das mercadorias. Logo, não há qualquer imposto a recolher em favor do Fisco.

Dessa forma, o argumento do V. Acórdão recorrido e da D. Autoridade Fiscal não merece prevalecer, pois, mesmo se considerarmos que a Recorrente deu a entrada de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, não se poderia exigir ICMS na entrada, pois o mesmo já teria sido recolhido na operação de saída, qual foi devidamente registrada, fato comprovado pelo Levantamento Quantitativo realizado pela Fiscalização.

Pelo exposto, em respeito ao princípio da não cumulatividade, consignado no art. 155, §2º da Constituição Federal, a Recorrente pleiteia o cancelamento do ICMS relativo às entradas de mercadorias, bem como suas respectivas multas aplicadas, pois não há qualquer imposto devido ao Estado da Bahia.

Além da cobrança do montante principal a título de crédito de ICMS, o Auto de Infração nº 274068.0002/17-5 também exigiu multa de 100%, em relação aos itens 1 e 2 do Auto de Infração, e de 60%, em relação ao item 3, toda as multas imputadas sobre o suposto valor devido de imposto.

Contudo, a Recorrente não cometeu infração alguma que justificasse a imposição de multas tão elevadas, o que desde já se configura a manifesta constitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF. Assim, não havendo motivos para a manutenção da obrigação principal supostamente descumprida pela Recorrente, por consequência deve ser também afastada as multas aplicadas.

As multas aplicadas no presente caso são totalmente desproporcionais por ser idêntica à suposta infração cometida, importando em verdadeiro confisco. A esse respeito, vale frisar que o STF negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União (Fazenda Nacional) no RE 523.471, reconhecendo (i) que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e (ii) a abusividade de multa de 60%, que ultrapassa e muito o valor declarado constitucional pelo STF.

Comprovado, portanto, o descabimento das penalidades impostas à Recorrente, em caráter absolutamente desproporcional à infração inexistente que lhe foi imputada, a Recorrente pleiteia seja imediatamente afastada as multas aplicadas de 100% e 60% do valor do suposto imposto devido, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF, ou, ao menos seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Diante do exposto, a Recorrente requer seja dado integral provimento a este Recurso Voluntário para que seja reconhecida a necessidade de reforma do Acórdão nº 0198-01/17, com a nulidade do Auto de Infração nº 274068.0002/17-5, tendo em vista:

- (i) *o seu teor e a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação e, principalmente, omitiu documentos utilizados pela Fiscalização, cerceando o direito de defesa da Recorrente e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF), assim como os arts. 129, incisos III e IV, e 130, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia;*
- (ii) *o objeto do Auto de Infração nº 274068.0011/15-8 é similar ao exigido no presente Auto de Infração e, portanto, é possível que os lançamentos tenham sido feito em duplicidade; e*
- (iii) *a Fiscalização não poderia tão somente adotar a presunção como fundamento dos lançamentos, a fim de forçar o entendimento de que houve suposta falta de pagamento de ICMS nas operações de entrada e saída de mercadorias, no exercício de 2012;*

Subsidiariamente, a Recorrente requer seja dado integral provimento a este Recurso Voluntário para que, se as questões prejudiciais acima não forem acolhidas, o que se admite apenas para fins de argumentação, a Recorrente requer seja determinada a reforma do Acórdão JJF nº 0198-01/17, ora recorrido, de modo que seja reconhecida a improcedência das supostas infrações fiscais indicadas no novo Auto de Infração nº 274068.0002/17-5 e, consequentemente, seja determinado o cancelamento integral desse Auto de Infração, correspondente ao imposto, às multas e a todos os demais acréscimos, com o decorrente arquivamento do presente processo administrativo, pois:

- (iv) *não deixou de escriturar notas fiscais de entrada, nem de saída de mercadorias, tampouco deixou de recolher qualquer quantia de imposto, o que poderá ser comprovado por meio da realização de diligência; e*
- (v) *a ausência de prejuízo ao Fisco, bem como que não houve qualquer procedimento contrário ao interesse da fiscalização ou da arrecadação dos tributos, sendo possível cancelar o Auto de Infração e suas penalidades, em atenção ao princípio da proteção ao contribuinte de boa-fé, previsto no artigo 112 do CTN.*

Entretanto, caso este não seja o entendimento de Vossas Senhorias, o que novamente se admite apenas para argumentar, a Recorrente requer que as multas de 100% e de 60% sejam afastadas ou ao menos reduzidas, haja vista a manifesta desproporcionalidade e a patente irrazoabilidade em relação às infrações supostamente cometidas pela Recorrente.

Em respeito ao princípio da verdade real, nos termos do artigo 145 do Decreto 7.629/99, a Recorrente requer seja o presente processo convertido em diligência, 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 que lhe estão sendo imputados.

A Recorrente protesta novamente pela oportuna intimação pessoal de seus advogados para que, por ocasião do julgamento, possam sustentar oralmente as razões do presente recurso perante a Câmara de Julgamento do CONSEF, na forma do disposto no artigo 163 do RPAF.

Por fim, a Recorrente pleiteia que todas as intimações/publicações sejam feitas em nome dos advogados Sérgio Farina filho (OAB/SP nº 75.410) e João Alberto Pereira Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), sob pena de nulidade.

VOTO

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF nº 0198-01/17, vem, por seu representante legal, às fls. 286/306, expor as razões que motivam seu Recurso Voluntário, inicialmente discorre sobre a autuação e o julgamento ora recorrido.

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, nas seguintes acusações:

Infração 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2012, no valor total de R\$ 442.653,04, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no exercício de 2012, no valor total de R\$ 477.558,68, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

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 terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no exercício de 2012, no valor total de R\$ 257.998,12, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, verifico que o autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual as razões defensivas relativas as nulidades não podem ser acolhidas.

Isso diante do fato de terem sido obedecidos os princípios e determinações legais, por parte do autuante, o qual, ao formalizar o lançamento, indicou o sujeito passivo de forma correta, indicou o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota aplicável à operação, sem que pairasse qualquer dúvida a respeito da matéria objeto do Auto de Infração.

O lançamento, da mesma forma, não foi feito por presunção, sequer partindo de qualquer premissa equivocada, como pretende a autuada, ou se utilizando de qualquer artifício, sendo analisados os dados das operações e dos contribuintes nelas envolvidos.

Igualmente, inexistem vícios de qualquer natureza, especialmente formais, que impeçam a análise do mérito da autuação, diante do atendimento ao comando normativo já exposto anteriormente.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos das infrações trazendo fatos, como a descrição das mercadorias, códigos, números dos documentos, quantidades,

medidas, fatores de conversão, preços, enfim, todas as informações necessárias para a demonstração das omissões, e ainda, um laudo técnico, comprovando que a empresa teve acesso aos demonstrativos da infração, já que trouxe detalhes quanto às mercadorias objeto da autuação no referido laudo.

O Auto de Infração nº 274068.0011/15-8 ao qual a recorrente alega se tratar de infração do mesmo período, o Relator da JJJ confirmou, mediante consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte - INC, que não assiste razão ao Autuado sobre se referir ao mesmo exercício, constatou que realmente possui as mesmas infrações, mas aquele levantamento foi efetuado somente em relação ao exercício de 2011, não se confundindo com a autuação ora em julgamento, relativa ao exercício de 2012.

Diante do exposto, afasto as nulidades arguidas.

Também indefiro as solicitações de perícia e diligência, pelos mesmos motivos já posto pela JJJ, com fulcro no Art. 147, I, “a”, e II, “a” e “b”, do RPAF/99, por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal e por constatar que o processo contém elementos suficientes para a formação de minha convicção para a decisão sobre a lide, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Em relação à solicitação do Autuado no sentido de que as intimações sejam enviadas ao escritório do seu patrono, no endereço indicado na peça impugnatória, para fins de recebimento das intimações no presente feito, não há nenhum obstáculo quanto ao seu atendimento. Entretanto, não gera nulidade a sua inexecução, desde que respeitado o disposto no Art. 108 do RPAF/99.

Em relação às alegações de constitucionalidade das multas previstas na Legislação Tributária Estadual, como já posto pela JJJ, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o Art. 167, I, do RPAF/99.

Já em relação, ao pedido da redução ou cancelamento da multa aplicada, como já foi posto pela JJJ, foge à competência desta Junta de Julgamento Fiscal, pois se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, não se aplicando o disposto no Art. 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, por não trazer elementos novos, ratifico o entendimento da JJJ, comungando integralmente com a decisão de Piso, ao qual transcrevo, *in verbis*:

“Verifico que a Autuada questionou a correção dos seus próprios registros. Nos demonstrativos do Auto de Infração, verifico que foram utilizados corretamente os fatores de conversão informados de acordo com as unidades constantes dos inventários inicial e final e das notas e cupons fiscais de entrada e saída.

Entretanto, alguns produtos apresentam discrepâncias em relação aos seus preços. No produto “DET LIQ YPE CLEAR 500ML”, por exemplo, o preço constante do inventário final, enviado em fevereiro de 2013, não está de acordo com a unidade ali indicada, “UN”, sugerindo que exista um equívoco quanto à unidade indicada.

Ressalto que estes equívocos foram apontados pelo Autuado, conforme o laudo que anexou à sua peça defensiva. A Autuante os considerou em sua Informação Fiscal, em razão do princípio da verdade material, e elaborou novos demonstrativos, resultando em redução do valor registrado na Infração 02, e não alterando a Infração 01, por não modificar o valor exigido a título de omissão de saídas de produtos tributados normalmente, e a Infração 03, por resultar em valor superior ao exigido no Auto de Infração.

No caso da Infração 01, foi constatada a omissão de saídas e lançado o imposto decorrente, mediante obediência de todos os parâmetros para auditoria de estoques, como cálculo do preço médio e demais demonstrativos: entrada, saída, inventário e omissões. Não há nenhuma presunção legal nesta infração, mas a exigência do imposto decorrente das saídas omitidas, em valor superior ao das entradas omitidas no mesmo período. Assim, a Infração 01 é procedente.

No caso das Infrações 02 e 03, foi constatada a omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, tendo sido lançado, por responsabilidade solidária, o imposto normal devido pelo remetente em relação às mercadorias em que o levantamento quantitativo acusou ausência do seu registro, e por substituição

tributária de responsabilidade do próprio Autuado devido nas entradas destas mesmas mercadorias.

Saliento que as mercadorias não são as mesmas apuradas na Infração 01, as quais são tributadas normalmente, enquanto estas estão sujeitas à substituição tributária por antecipação. Assim, não há qualquer nexo causal entre a Infração 01 e as Infrações 02 e 03, salvo por serem apuradas por levantamento quantitativo de estoque.

Portanto, voto pela procedência da Infração 03 e pela procedência parcial da Infração 02, esta no valor apontado na Informação Fiscal de R\$ 453.986,94.

Ante ao exposto, entendo que nada existe a ser modificado no julgamento recorrido, por isso ratifico integralmente o julgamento efetuado pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, dessa forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 274068.0002/17-5, lavrado contra MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$1.154.638,10, acrescido das multas de 60% sobre R\$257.998,12 e 100% sobre R\$896.639,98, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS