

A.I. Nº - 269352.0018/11-6
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 01/03/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-03/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Fatos demonstrados nos autos. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/5/11, acusa o contribuinte de:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2006), sendo lançado imposto no valor de R\$ 35.984,01, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2006), sendo lançado imposto no valor de R\$ 16.665,33, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2006), sendo lançado imposto no valor de R\$ 597.992,36, com multa de 70%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 123/135) suscitando a nulidade do procedimento fiscal em virtude da indeterminação quanto ao estabelecimento autuado, haja vista que no Auto de Infração consta que foi autuada uma loja, mas nos anexos consta outra. Observa que o estabelecimento autuado está localizado na Pituba, porém nos anexos é mencionado um estabelecimento localizado em Pirajá, embora contenha a inscrição estadual e o CNPJ do autuado, e em face disso indaga se os dados apresentados nas planilhas são do estabelecimento autuado ou do indicado no cabeçalho dos anexos. Reclama que tais elementos implicam insegurança, pois dificultam a certeza dos fatos, a ampla defesa e o devido processo legal. Pondera que a qualificação correta do autuado é questão essencial para a validade do lançamento, argumentando que esse vício só pode ser sanado com a nulidade da autuação. Toma por fundamento o art. 18, II e IV, do RPAF, em razão de ofensa aos arts. 2º e 39, III, que transcreve, pontuando ser esse o posicionamento do CONSEF, conforme arestos que indica.

Como preliminar de mérito, alega que parte do crédito tributário lançado nos três itens deste Auto se encontra alcançada pela decadência, nos termos do art. 156, V, c/o o art. 150, § 4º, do CTN, conforme entendimento pacificado pelo STJ e pela Súmula Vinculante nº 8 do STF, relativamente a fatos geradores ocorridos há mais de 5 anos. Argumenta que, tratando-se de levantamento quantitativo de estoque que engloba um ano, os meses estão dispostos em cadeia, e por isso o resultado de um interfere no subsequente, sendo imperiosa a decadência de todo o exercício de 2006, e não apenas dos períodos de janeiro a maio, diante da data da ciência do Auto de Infração, 1.6.11.

Transcreve ementa de acórdão do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco.

Considera descabida a presunção do fiscal autuante de que as omissões relativas ao exercício de 2006 só ocorreram em dezembro, haja vista que para a identificação das saídas omitidas foram consideradas as movimentações de entradas e saídas dos meses de janeiro a maio de 2006, períodos fiscais já extintos, tornando-se inaproveitável qualquer conclusão decorrente desse erro, pois é inaproveitável todo fruto colhido de uma árvore envenenada, pois o fruto se nutriu do seu veneno.

Enfatiza que, no lançamento por homologação, o que se homologa não é o pagamento, e sim a atividade desenvolvida pelo contribuinte. Cita o art. 150, § 4º, do CTN, para assinalar que o ente público tem o prazo de 5 anos, contado da ocorrência do fato gerador, para verificar o exato cumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte, quer para homologá-lo, quer para resgatá-lo, exigindo eventuais diferenças.

Observa que neste caso a ciência do lançamento foi dada em 1.6.11, decorridos mais de 5 anos dos fatos impositivos ocorridos no exercício de 2006, e não apenas dos meses de janeiro a maio de 2006, uma vez que se trata de levantamento de estoque cujo resultado de um mês tem consequência no próximo, de modo que no tocante àquele exercício ocorreu a homologação tácita, de acordo com o § 4º do art. 150 do CTN, estando por conseguinte extinto o crédito tributário, nos termos do art. 156, VII.

Sustenta que neste caso não se aplica a regra geral de que o prazo para lançamento é contado do primeiro dia do exercício seguinte, prevista no art. 173, I, do CTN, e não do fato gerador, porque no caso específico dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação a regra é a do art. 150, § 4º, por ser mais específica. Reporta-se à jurisprudência do STJ e à Súmula Vinculante nº 8 do STF, observando que essa súmula segue os precedentes da jurisprudência já pacificada no sentido de que apenas por lei complementar se pode legislar sobre prescrição e decadência, por questão de reserva constitucional.

Conclui pontuando que o crédito tributário relativo ao exercício de 2006 está extinto em face da homologação tácita e da decadência, nos termos do § 4º do art. 150 e dos incisos V e VII do art. 156 do CTN.

Quanto ao mérito propriamente dito, o autuado alega que o fiscal deixou de observar as determinações da Portaria nº 445/98, segundo a qual, nos levantamentos de estoque, em razão da dificuldade em face da diversidade de espécies, denominações e unidades de medidas das mercadorias, deve-se fazer o agrupamento dos itens, reunindo num mesmo item as espécies afins. Frisa que, de acordo com o art. 3º, III, da citada portaria, quando determinada mercadoria comportar vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item, reunindo-se num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Reclama que o autuante fez um levantamento de estoque parcial, considerando exclusivamente os itens que eram convenientes à conclusão pretendida. Aduz que não é preciso ir muito longe, pois a análise das planilhas elaboradas pelo autuante denunciam que em determinados exercícios ele considerou a mesma mercadoria em seus diversos códigos, sendo que, conforme determina a referida portaria, o fiscal deveria ter considerado todos os códigos no exercício de 2006, bem como

feito o agrupamento dos itens por espécies de mercadorias afins. Alega que se o autuante tivesse procedido conforme determina a Portaria nº 445/98 não teria chegado ao resultado a que chegou.

Protesta quanto à multa aplicada, sustentando que ela é desarrazoada, desproporcional, injusta e abusiva, tendo nítido caráter confiscatório, esquecendo-se o caráter punitivo e transformando-o em arrecadatório. Cita jurisprudência acerca da necessidade de dosimetria da pena, em função do princípio da proporcionalidade.

Invoca a observância do princípio do benefício da dúvida, fundado no art. 112 do CTN.

Pede que, em preliminar de prejudicial de mérito, se declare extinta parte do crédito tributário relativamente aos meses de janeiro a março de 2006, em virtude da homologação tácita (decadência), e, sucessivamente, que no mérito o Auto de Infração seja declarado improcedente por inteiro, requerendo que na dúvida seja adotada a interpretação mais benéfica ao autuado. Protesta por todos os meios de prova permitidos em direito, bem como a juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção e tudo o mais que propicie a prática da justiça.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 145/150) observando que no corpo do Auto de Infração consta o endereço correto da loja autuada. Reconhece que realmente o endereço constante nos “relatórios” [anexos] do Auto de Infração é diferente do constante no corpo do Auto, mas isso teria ocorrido por erro da própria empresa na geração dos arquivos magnéticos do Sintegra, pois dentro dos arquivos por ela gerados é que consta o endereço errado, que corresponde ao da matriz, presumindo-se que, por conveniência ou comodidade de sua área técnica, a empresa mantenha o endereço da matriz na geração de todos os arquivos magnéticos de suas lojas estabelecidas no estado. Observa que o CNPJ, a inscrição estadual, o endereço no corpo do Auto e todas as informações constantes nestes autos, com os respectivos valores, se referem exclusivamente à “empresa” autuada, pois se baseiam nos livros fiscais, nas DMAs e nos arquivos magnéticos da inscrição estadual nº 02.166.609. Considera não haver razão para a nulidade do lançamento, haja vista as regras do §§ 1º e 2º do art. 18 do RPAF.

Quanto ao pleito de decadência, o fiscal destaca que os valores lançados têm como data de ocorrência do fato gerador 31.12.06, relativamente à detecção de omissões de saídas [sic] durante o exercício, por ser aquela a data do inventário final. O fiscal diz que, com base no inventário final, e considerando-se todas as entradas e saídas do exercício, em comparação com o inventário inicial, foi que se chegou às omissões apontadas, e portanto não há por que se falar em separação de meses, por se tratar de auditoria de estoque em exercício fechado, pois o fato é detectado apenas quando do encerramento do exercício, levando-se em conta toda a movimentação dentro do ano. Aduz que, não obstante essa impossibilidade de separação de meses, merece destaque o dispositivo mencionado pela defesa – § 4º do art. 150 do CTN –, pois ele ressalva a existência de alguma lei fixando prazo para homologação, e a Lei estadual nº 3.956/81 (COTEB) fixa em seu art. 107-A, I, que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário se extingue no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e portanto é clara a regularidade do lançamento quanto ao prazo para constituí-lo, pois o exercício fiscalizado, 2006, somente sofrerá o efeito decadencial em 1.1.12. Com relação ao art. 107-B, § 5º, do COTEB, o fiscal observa que ali é estabelecido ainda que somente se considera acontecida a homologação tácita após 5 anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Quanto à alegação de que não foram cumpridas as determinações da Portaria nº 445/98, o fiscal diz que a peça defensiva cita o dispositivo legal, mas não menciona um exemplo sequer que sirva de base para provar que algum item não foi devidamente agrupado, mostrando apenas o caráter protelatório da defesa, pois nenhuma prova foi trazida em relação àquela alegação. Aduz que, não obstante a falta de evidências na defesa, a empresa utiliza codificação e descrição específicas para a maioria de seus “produtos”, estando por isso fora da previsão do dispositivo apontado, pois este

apenas deve ser utilizado quando não são especificadas com exatidão as mercadorias comercializadas, sendo que no caso da empresa em apreço a discriminação é feita para todos os itens, como pode ser observado às fls. 6 a 117 e no CD-R anexo. Diz que em relação a alguns itens a empresa utilizou códigos diferentes para “produtos” com a mesma descrição, tendo sido feito o agrupamento constante às fls. 47 e 48, por se tratar do mesmo “produto”, e em relação aos demais itens não se aplica o agrupamento por não serem afins, estando corretamente discriminados e codificados, não tendo relação com a regra do inciso III do art. 3º da Portaria nº 445/98. Considera que esse agrupamento ajudou o contribuinte a reduzir as omissões, tanto de entradas como de saídas, pois as omissões “positivas e negativas”, quando se realiza o agrupamento, se anulam ou são reduzidas. Conclui notando que se trata de empresa de grande porte do segmento de supermercados, sendo de conhecimento geral sua informatização em termos de codificação de “produtos” e automatização no momento do “checkout”, quando do registro dos “produtos” no equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF), não havendo a seu ver solidez na alegação da empresa, pois ela especifica com exatidão as mercadorias comercializadas.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

O processo foi pautado para julgamento na sessão do dia 9.11.11.

Na sessão de julgamento, em sustentação oral, a representante do autuado reclamou que não foi dada ciência da informação fiscal à empresa. Alega que desconhecia a existência de erro nos arquivos magnéticos quanto ao endereço da filial autuada, nos quais, segundo afirmou o fiscal na informação, teria sido indicado o endereço da matriz. Quanto à questão suscitada na defesa de que não foram cumpridas as determinações da Portaria nº 445/98, alegou que teria como demonstrar a necessidade de agrupamentos de itens, haja vista que de acordo com o art. 3º, inciso III, daquela portaria, quando determinada mercadoria comportar vários subgrupos ou diversas referências, deve ser feito o agrupamento dos itens relativos a espécies de mercadorias similares num só item.

Em face dessas ponderações, o processo foi retirado de pauta e remetido em diligência (fls. 155-156) a fim de ser reaberto o prazo de defesa, dando-se ciência daquela deliberação ao autuado. O contribuinte não se manifestou.

VOTO VENCIDO

Os três lançamentos em discussão dizem respeito a ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoque num estabelecimento do ramo de supermercado.

A defesa suscitou a nulidade do lançamento alegando indeterminação quanto ao estabelecimento autuado, pois no Auto de Infração consta que foi autuada uma loja, mas nos anexos consta outra. Essa questão foi objeto de diligência, ficando esclarecido que o CNPJ, a inscrição estadual, o endereço no corpo do Auto e todas as informações constantes nestes autos, com os respectivos valores, se referem exclusivamente ao estabelecimento que foi autuado, pois se baseiam nos livros fiscais, nas DMAS e nos arquivos magnéticos da inscrição estadual nº 02.166.609.

Numa segunda preliminar o autuado alega que parte do crédito tributário lançado nos três itens deste Auto se encontra alcançada pela decadência, tomando por fundamento o art. 156, V, c/o o art. 150, § 4º, do CTN e a jurisprudência do STJ.

Este Auto de Infração foi lavrado em 26.5.11. Os fatos ocorreram no exercício de 2006.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 2006. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência já poderiam ter sido lançados no exercício de 2006. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2007. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2011. O

procedimento fiscal foi formalizado em 26/5/11. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegua a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

A defesa suscitou uma terceira questão, reclamando que não foi observada a orientação da Portaria nº 445/98, cujo art. 3º, III, dispõe que, quando determinada mercadoria comportar vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item, reunindo-se num mesmo item as espécies de mercadorias afins. Alega que o autuante fez um levantamento de estoque parcial, considerando exclusivamente os itens que eram convenientes à conclusão pretendida, pois houve casos em que foi considerada a mesma mercadoria em seus diversos códigos, e portanto, conforme determina a referida portaria, deveriam ter sido considerados todos os códigos, fazendo-se o agrupamento dos itens por espécies de mercadorias afins.

Considero que neste caso há um sério impasse no tocante ao critério adotado no levantamento quantitativo que determinou os débitos lançados neste Auto. O art. 3º da Portaria nº 445/98 recomenda criterioso rigor no levantamento quantitativo.

O autuante fez ver que a defesa levantou a questão mas não deu exemplo. O problema é que quando o contribuinte aponta um exemplo geralmente a fiscalização se limita a corrigir pontualmente o caso apontado ou a amostragem demonstrada, sem levar em conta o restante.

Examinando-se os demonstrativos às fls. 6 e seguintes, nota-se que existe uma variedade considerável de refrigerantes, águas, bebidas, biscoitos, PNs (panetones?), chocolates, CD-Rs, CDs, iogurtes, absorventes, camisas, camisetas, blusas, calças. Diante da infinidade de itens semelhantes, é natural que haja eventuais “trocas” ou equívocos na classificação, implicando a identificação de uma mercadoria em lugar de outra. Se, por exemplo, no caso dos biscoitos, um “Bisc. Waf Cho gufs 35g Pilar” for classificado no inventário, na entrada ou na saída como “Bisc. Waf Abac gufs 35g Pilar”, esse erro implicará duas diferenças, uma para mais num item, e outra para menos no outro item. Esse erro não acarretaria diferença quantitativa se as mercadorias fossem agrupadas por gênero.

O ideal – a regra geral – é o levantamento por espécie, sem agrupamento, em virtude da questão do preço médio. Porém, em situações especiais, é preciso adotar-se um critério justo, de modo a não se denunciar infração onde não existe infração.

Citei o caso dos biscoitos por chamar a atenção a infinidade de espécies de tal tipo de mercadoria no levantamento em apreço. Porém noto que existem mercadorias identificadas como “PN”: existem PNs de amendoim, de azeitona, de biscoito recheado, de chocolate recheado LT MA, de chocolate recheado morango, de frutas, etc. É considerável também a variedade de chocolates. No caso dos CD-Rs, existe CD-R HP 700MB 80 min, CD-R EMTEC 700MB 80 min, e CD-R EMTEC 700MB 80. Iogurtes, nem se fala, são páginas e mais páginas no demonstrativo. Com relação a CDs, a mesma coisa. No caso de confecções, existe “blusa com silk” e “blusa c/silk”. Todo mundo sabe que “c/” é a abreviatura de “com”. É evidente que “blusa com silk” e “blusa c/silk” são a mesmíssima coisa.

Em suma, um levantamento quantitativo de itens semelhantes como esses teria de ser feito por gênero, e não por espécies.

Existem vários tipos de roteiro de fiscalização, aplicáveis de acordo com a natureza de cada contribuinte, inclusive de acordo com o ramo de atividade. Em se tratando de uma empresa do ramo de supermercado como esta, caso ela pretenda sonegar ICMS, é natural que o faça utilizando créditos fiscais indevidos, manipulando alíquotas, reduzindo indevidamente a base de cálculo, vendendo mercadorias tributáveis como não tributáveis, e assim por diante. Porém, como pode uma empresa como Bompreço comprar ou vender mercadorias sem Notas? Como?

Vender ou comprar mercadorias sem documentos fiscais somente é possível em se tratando de empresas familiares, em que o dono é quem supervisiona o que entra e o que sai, ficando o caixa aos cuidados de pessoa de sua confiança.

Porém, no caso de uma empresa como a autuada, admitindo-se a saída de mercadorias sem Notas, o Estado seria o menos prejudicado, pois perderia apenas 17%, enquanto que a empresa estaria perdendo 100%...

A Portaria nº 445/98 recomenda certas precauções a serem tomadas pelo auditor na realização de levantamento quantitativo de estoque. O art. 3º da aludida portaria recomenda:

“Art. 3º. A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I - criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas, as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II - atentar para a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidades, dúzias, quilos, toneladas, grosas, sacos de ‘x’ quilos, caixas com ‘x’ unidades, metros, litros, etc.;

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item de forma a reunir num mesmo item todas as espécies de mercadorias afins.”

Destaco o inciso III. Esse inciso contempla três situações, estando estas conectadas pela conjunção alternativa “ou”. Isso significa que basta o atendimento de uma delas.

Diante da orientação dada pelo dispositivo supracitado, concluo que o critério a ser seguido pelo auditor não pode ser único, para todos os casos, seja qual for o ramo de atividade. O critério adotado no levantamento fiscal precisa ser consentâneo com a situação de cada estabelecimento. Em situações como esta, ou o levantamento fiscal é feito pelo gênero, abrangendo os vários tipos ou espécies de mercadorias da mesma natureza, ou então se aplica outro roteiro de auditoria.

Considero caracterizado um caso típico de incerteza quanto ao fato, e por conseguinte quanto a eventuais valores porventura devidos.

É nulo, portanto, o presente Auto, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, mesmo mediante denúncia espontânea, antes de nova ação fiscal, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Apesar de concordar com o posicionamento do relator quanto ao não acolhimento das arguições de nulidade em relação a “indeterminação do estabelecimento autuado” e da decadência de parte do crédito tributário lançado, peço vênica para discordar do voto do ilustre colega Relator, no tocante a terceira questão suscitada em seu voto, pois não vejo como decretar a nulidade do presente lançamento pelas razões a seguir.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto devido por solidariedade e por antecipação tributária de responsabilidade própria, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque (infrações 01 e 02). No item 03 exige ICMS relativo às operações de saída

de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, também apurada mediante levantamento quantitativo de estoque.

O defendente alegou que não foi observada a orientação contida na Portaria nº 445/98, cujo art. 3º, III, dispõe que, quando determinada mercadoria comportar vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item, reunindo-se num mesmo item as espécies de mercadorias afins. Entretanto, observo que não há nos autos provas de que houve falta de especificação exata das mercadorias ou que a mesma mercadoria foi identificada por mais de um código, ou que nos documentos fiscais de entrada, saída e livros de Registro de inventário a especificação e códigos estavam divergentes, não atendendo as condições previstas no dispositivo do aludido ato normativo para o requerido agrupamento. Ressalte-se ainda, que os itens em que a empresa utilizou códigos distintos, nos documentos fiscais, para produtos com a mesma descrição, o autuante ao realizar o levantamento quantitativo efetuou o agrupamento previsto na citada Portaria, conforme se verifica às fls. 47 e 48.

Ademais, constato que apesar do sujeito passivo não ter indicado, em sua defesa, os itens que ainda deveriam ser agrupados, esta Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 09/11/2011, decidiu por unanimidade retirar o processo de pauta e converter o processo em diligência tendo em vista que o representante legal do autuado afirmou que teria como demonstrar a necessidade de agrupamento dos itens objeto do levantamento quantitativo de estoque. A diligência não foi cumprida tendo em vista que o contribuinte apesar de ter sido intimado não se manifestou.

Não obstante as providências adotadas, o eminente Relator entende que deve ser decretada a nulidade da autuação, sob o argumento de que o roteiro aplicado pela fiscalização (levantamento quantitativo de estoque) somente é admissível por gênero, abrangendo os vários tipos ou espécies de mercadorias da mesma natureza, já que se trata de uma empresa do ramo de supermercado que comercializa com uma infinidade de itens semelhantes.

Apresento discordância quanto às conclusões apresentadas pelo eminente Relator, visto que, no meu entendimento, a pretensão do sujeito passivo que a auditoria fosse feita agrupando os produtos não se coaduna com a hipótese expressamente prevista na Portaria supra citada. Isto posto, afasto a preliminar de nulidade.

No mérito, de acordo com os argumentos esposados acima e considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente. Esclareço, ainda, que não compete a este órgão julgador buscar provas de operações que estão em poder do sujeito passivo, a quem toca o *onus probandi*.

Do exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269352.0018/11-6**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 650.641,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 16.665,33 e de 70% sobre R\$ 633.976,37 previstas no art. 42, incisos II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA/VOTO VENCEDOR