

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0058/13-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NORSA REFRIGERANTES LTDA.
RECORRIDOS - NORSA REFRIGERANTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0134-04/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 29/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0393-11/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A omissão de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não comprovado o recolhimento do imposto devido por substituição incidente sobre a omissão das saídas apuradas. Afastadas as preliminares de nulidade e de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0134-04/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 10/12/2013, reclama ICMS no valor de R\$3.571.678,92, acrescido da multa de 70% e 60%, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto [ICMS] 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 no exercício fechado de 2008, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS: R\$ 2.578.711,63. Multa: 70%.

INFRAÇÃO 2 – Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2008. ICMS: R\$ 992.967,29. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 259/265):

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis (infração 1) e de ter deixado de reter e recolher ICMS devido por substituição tributária (infrações 2), tendo sido as irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2008.

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o lançamento tributário de ofício não refletia a realidade dos fatos, uma vez que operações de saídas de mercadorias existentes em estoques foram desconsideradas, havendo, assim, divergências quanto às quantidades compradas, vendidas e estocadas.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois as incorreções citadas na defesa, se procedentes, podem ser retificadas mediante diligência com posterior notificação do autuado. Conforme já relatado, a diligência saneadora foi realizada, os equívocos foram corrigidos, o autuado foi notificado do resultado da diligência, tendo sido concedido ao contribuinte o prazo regulamentar de dez dias para pronunciamento sobre os novos dados.

Apesar da diligência efetuada, o autuado voltou a pedir a realização de diligência. Indefero esse novo pedido, pois considero que os elementos já trazidos aos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Também indefiro a solicitação de prorrogação de prazo em vinte dias para apresentação de novos documentos, uma vez que até o final da fase de instrução do processo nada foi acrescentado.

Em sede prejudicial de mérito, o autuado argui a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário atinente aos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2008, sob o argumento de que a contagem do prazo decadencial deve ser feito de acordo com o disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), que prevê o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do respectivo fato gerador, para que a Administração Pública constitua o crédito tributário ou que homologue, tacitamente, o pagamento antecipado.

Apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa, o posicionamento dominante neste CONSEF é no sentido de que a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando o permissivo contido no §4º do art. 150 do CTN – se a lei não fixar prazo – estabeleceu que o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme disposto no art. 107-A, inc. I, da Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB).

Não há como se acolher a tese defensiva segundo a qual não poderia a lei estadual dispor sobre decadência em direito tributário, pois nos termos do art. 125, inc. I, do COTEB, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual. Da mesma forma, ressalto que a Súmula Vinculante 08 do STF trata e vincula apenas as decisões referentes à Previdência Social e, portanto, não se aplica ao caso em análise.

Considerando que os fatos tratados no Auto de Infração em epígrafe ocorreram durante o exercício de 2008, o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/13. Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 10/12/13, a decadência arguida ainda não havia se consumado.

Em face ao acima exposto, afasto a arguição de decadência trazida na defesa.

No mérito, o autuado afirmou que existiam equívocos na determinação da quantidade das entradas e das saídas.

Quanto ao suposto equívoco na quantificação das entradas, foi citado como exemplo o produto 7 CC PET 1L (CX06).

Inicialmente, observo que esse produto apresentou omissão de saídas e, portanto, o argumento defensivo não elide a omissão apurada, servindo apenas para aumentar a quantidade das saídas sem nota fiscal. Além disso, ressalto que o autuado não indicou quais as notas fiscais que deixaram de ser consideradas, limitando-se a apresentar o total das entradas que considera verdadeiro. Dessa forma, não há como se acolher essa alegação defensiva.

O autuado argumentou que não foram incluídas no levantamento as operações de remessa e de retorno de mercadorias para depósito fechado ou armazém geral.

Conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, essas operações de remessas e de retorno para armazenagem não implicaram movimentação de estoques e, portanto, não devem ser incluídas no levantamento quantitativo, como acertadamente procedeu o autuante.

Sustenta o autuado que as operações de saídas informadas nos arquivos magnéticos do mês de janeiro de 2008 estavam incompletas, conforme planilha que apresentou. Também afirmou que não foram considerados os estoques iniciais e finais de mercadorias em poder de terceiros.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à IFEP INDÚSTRIA, para que o autuante verificasse a veracidade dos argumentos defensivos referentes ao erro no arquivo magnético de janeiro de 2008 e aos estoques de mercadorias em poder de terceiros.

Em atendimento à diligência, o autuante confirmou a existência de estoques de mercadorias em poder de terceiros, assim como apurou a efetiva existência de operações de saídas não incluídas nos arquivos magnéticos referentes ao mês de janeiro de 2008. Em consequência, as correções pertinentes foram efetuadas e o levantamento quantitativo foi refeito, conforme os demonstrativos de fls. 215 a 221, o que reduziu o valor devido nas infrações 1 e 2 para, respectivamente, R\$ 571.766,24 e R\$ 169.142,03.

Acato o resultado da diligência realizada pelo autuante, pois, apesar de as remessas e retornos de mercadorias para depósito não serem incluídas no levantamento quantitativo, os estoques iniciais e finais de mercadorias em poder de terceiros devem integrar o referido levantamento. Esse procedimento está em total conformidade com o previsto no item 4.7.1.2 do Roteiro de Auditoria Fiscal AUDIF 207, integrante do sistema de Procedimentos e

Roteiros da SEFAZ-BA.

Quanto às perdas, ressalto que na execução do levantamento quantitativo, o autuante considerou a produção informada pelo autuado nos mapas de produção (fls. 24 a 28), nos quais as perdas ocorridas no processo produtivo já tinham sido consideradas na conta apropriada.

No que tange às perdas ocorridas após o processo industrial – na armazenagem, expedição e distribuição –, ao contrário do entendimento do autuado, essas perdas não são notórias e devem ser comprovadas mediante documentação fiscal emitida para esse fim específico, nos termos dos artigos 100, V, e 102, ambos do RICMAS-BA/97, vigente à época dos fatos. No caso em tela, o autuado alega que as diferenças apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques são decorrentes de perdas e quebras, porém não comprova essa alegação mediante a apresentação dos correspondentes documentos fiscais.

As devoluções de produtos em decorrência de vencimento de prazo de validade ou de deterioração devem ser acompanhadas da devida documentação fiscal. Caso alguma operação de entrada decorrente de deterioração não tenha sido computada pelo autuante, caberia ao autuado indicar quais as notas fiscais de entradas que não foram consideradas. Nesse ponto, é relevante observar que uma eventual inclusão de operações de entrada no levantamento quantitativo, além de não elidir as infrações em tela, serviria para majorar a omissão de saída já apurada.

Visando se eximir da comprovação de sua tese defensiva, o impugnante diz que caberia ao autuante comprovar que as perdas registradas pelo autuado são anormais. Todavia, esse argumento não se sustenta, pois as diferenças apuradas estão respaldadas em levantamento quantitativo de estoque realizado com base em dados fornecidos pelo próprio autuado. As decisões citadas na defesa não se aplicam ao caso em tela, pois tratam de situações diversas da que se encontra em análise.

Não se sustenta o argumento defensivo de que, sobre o valor das saídas omitidas, não poderia ser exigido imposto, mas sim o estorno de crédito fiscal. Essa tese seria verdadeira se o autuado comprovasse que as omissões de operações de saídas de mercadorias, apuradas no levantamento quantitativo de estoque, eram decorrentes de perdas ou quebras ocorridas na comercialização das bebidas, o que não restou comprovado nos autos.

O autuado afirmou que o lançamento não se sustenta, pois o autuante não fez o agrupamento das mercadorias afins, conforme previsto na Portaria 445/98. Disse que existiam códigos diversos para um mesmo produto, os quais deveriam ser considerados como um único produto.

Conforme já foi dito neste voto, os valores exigidos no Auto de Infração foram apurados mediante levantamento quantitativo de estoque “por espécies de mercadorias” em exercício fechado. Apenas em casos excepcionais, o disposto no art. 3º da Portaria 445/98 prevê o agrupamento de mercadorias. No caso em análise, em que as diferentes espécies de mercadorias não se confundem, são registradas separadamente no livro Registro de Inventário e nos documentos fiscais, não há razão para fazer o agrupamento sugerido na defesa.

A alegada existência de códigos diversos para um mesmo produto não restou comprovada nos autos, haja vista que o defendente apenas argui a existência de tal equívoco, sem identificar qualquer caso concreto em que teria ocorrido tal erro. Ademais, há que se ressaltar que cada produto deve ser identificado por apenas um código, e que uma eventual mudança de código deve ser registrada e informada nos arquivos magnéticos.

Em face ao acima exposto, considerando que a omissão de operações de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documentação fiscal e que havia mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as infrações 1 e 2 subsistem nos valores de, respectivamente, R\$ 571.766,24 e R\$ 169.142,03, conforme apurado pelo autuante na diligência solicitada.

As multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99. Quanto à solicitação para que sejam fixadas em patamar razoável, ressalto que, por serem multas decorrentes de descumprimento de obrigação tributária principal, a competência para apreciar tal pedido é da Câmara Superior do CONSEF, mediante solicitação específica, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

O princípio do in dubio pro reo não tem aplicação ao caso em comento, pois não há qualquer dúvida que justifique a sua utilização.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 740.908,27, sendo a infração 1, no montante de R\$ 571.766,24, e a infração 2, no valor de R\$ 169.142,03.

De ofício, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Às fls. 276/298, o Sujeito Passivo apresenta Recurso Voluntário.

Sustenta ocorrência da decadência do exercício de 2008, eis que decorrido o prazo previsto no §4º do art. 150 do CTN, ou seja, 05 (cinco) anos do fato gerador do ICMS.

Considera que o autuante em seu levantamento fiscal considerou as movimentações dos meses de janeiro a novembro de 2008 decaídos diante da ciência do Auto de Infração (12/12/2013).

Entende que a presunção de que as alegadas omissões relativas ao exercício de 2008 decorrentes da análise de estoque só ocorreram no período fiscal de dezembro do mesmo ano é descabida, pois para a identificação das saídas omitidas, o autuante considerou as movimentações de entradas e saídas dos meses de janeiro a novembro de 2008, períodos fiscais já extintos, fato que tornaria inaproveitável qualquer conclusão decorrente deste erro.

Argui ter ocorrido erro na base de dados da autuação, em razão da desconsideração da totalidade das saídas efetuadas.

Expõe que quando comparado os dados trazidos pelo Fiscal Autuante com os registros fiscais da empresa, verificou incongruências no tocante a valores e quantidades compradas, vendidas e estocadas no exercício de 2008.

Alega que as incompatibilidades entre as informações estão em toda a planilha apresentada pelo Fiscal, não sendo considerada a totalidade de operações de saídas realizadas pelo recorrente, para, assim, apontar omissão de saída.

Para comprovar a veracidade das suas alegações juntou aos autos a relação ao produto mencionado, planilha com todas as notas fiscais de saídas que foram desconsideradas pelo autuante, por número, série, data e quantidade.

Destaca que a teor do art. 142 do CTN, a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores, a matéria tributável, a base legal, definindo corretamente o imposto devido e os períodos cobrados.

Adiante argumenta que o autuante deixou de considerar promoções do tipo leve mais e pague menos, embalagens comemorativas, atendimento via máquinas automáticas etc. Em razão desse fato, para controle dos estoques e identificação do produto, utiliza-se diferentes códigos.

Sustenta que no levantamento não foi verificado que existem códigos diversos para o mesmo produto, os quais deveriam ter sido considerados como um único produto e não vários.

Argumenta que o trabalho realizado despreza as determinações fixadas na Portaria nº. 445/1998, que determina que nos levantamentos de estoques, em razão da dificuldade face à diversidade de espécies, denominações e unidades de medidas de mercadorias envolvidas, o Auditor deve fazer o agrupamento dos itens, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Assim, requer, desde então, que seja realizada diligência e/ou perícia.

Ato contínuo, assevera que não foram consideradas as perdas do processo de industrialização, armazenagem, expedição e distribuição do recorrente, bem como o índice relativo à devolução dos produtos devido ao prazo de validade vencido, deteriorização, quebras de estoque etc.

Entende que não se pode confundir omissão de saídas com perdas, ainda que anormais. Se anormal, sobre a perda deve ser exigido o estorno do crédito fiscal, jamais acusar o recorrente de omissão de saídas.

Transcreve jurisprudência em que foi acolhidas as perdas do produto cacau em amêndoa, requerendo que seja aplicado o mesmo entendimento ao presente caso.

Ao final, pugna pela aplicação do princípio do *in dubio pro* contribuinte e argui que as multas de 70% e de 60% são confiscatórias, eis que ultrapassam o limite da razoabilidade, além de atentatórias aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, requerendo sua inaplicabilidade.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 329, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas.

Observa que a matéria fática já foi objeto de diligência e revisão, tendo sido acatadas algumas provas trazidas pelo Sujeito Passivo.

Ressalta que restou comprovado que as saídas em remessa e de retorno alegadas pelo Recorrente não implicaram em movimentação de estoque; que o percentual de perda adotado foi escriturado pela empresa; que o levantamento quantitativo foi realizado por espécie de mercadorias, conforme escrituração do contribuinte.

Entende que não havendo outros fatos, nem provas em sede de Recurso Voluntário, é incabível a realização de nova diligência.

Quanto à decadência, a orientação da procuradoria é pela aplicação do art. 107-B do COTEB, que prevê como início do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador.

Destaca que as multas estão previstas na legislação, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade, por força do art. 167 do RPAF.

Por fim, diz não haver razão para aplicação do princípio “*in dubio pro contribuinte*” pois não há dúvidas jurídicas, tampouco fáticas no presente lançamento.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido de R\$3.571.678,92 para R\$740.908,27, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às exigências do ICMS, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque.

Primeiramente passo a análise do Recurso Voluntário.

Afasto a preliminar de decadência pois o procedimento do levantamento quantitativo de estoque foi realizado considerando as quantidades declaradas como estoques iniciais e finais no Registro de Inventário, onde o autuante somou as quantidades entradas e subtraiu as quantidades saídas, chegando à conclusão que houve omissões de entradas e de saídas de mercadorias no exercício considerado.

Nesse contexto, não há como identificar em que mês ocorreram as omissões, mas, tão somente, que elas ocorreram dentro do exercício fechado que foi cobrado.

Por essa razão também, não há o que se falar em decadência. A regra do §4º do art. 150 do CTN não se aplica neste caso em concreto pelo fato que não há como precisar qual o mês que ocorreu o fato gerador da omissão.

Ora, se não dá para assegurar qual foi o mês da omissão, deve-se utilizar a regra do art. 173, I do CTN que prorroga a contagem do prazo decadencial para o primeiro dia útil seguinte a ocorrência do fato gerador.

Convém ressaltar que em nenhum momento o autuante acolheu a decadência do período de janeiro à novembro, as omissões ocorridas nesse período foram cobradas no último dia do exercício (31/12/2008).

Observe que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e as infrações imputadas ao Recorrente estão devidamente descritas. Os fatos geradores das infrações que compõe o lançamento estão bem determinado e os elementos constitutivos dos débitos tributários estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não

estando, o lançamento de ofício e o ProcessAdministrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses de nulidades definidas no art. 18 do RPAF.

Rejeito o pedido de realização de diligência, com supedâneo no art. 147, I, "a", do RPAF/99, por entender que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação de minha convicção. Ademais, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, (art. 147, II, "b", do RPAF/99).

Compulsando os autos vejo que o recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que repete os mesmos argumentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

No meu entender não há reparos a fazer na Decisão recorrida.

As infrações dizem respeito à apuração do ICMS através de levantamento quantitativo de estoques, que constatou a falta de recolhimento do imposto em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis devido à falta de Registro de Entrada de Mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas (infração 1) e a falta de retenção e recolhimento do imposto relativo às saídas subsequentes de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (infração 2).

O recorrente repete que não foram consideradas as perdas normais e quebras existentes nos seus estoques.

Aqui não se discute que perdas normais devem ser computadas em um levantamento quantitativo dos estoques. A legislação tributária deste Estado prevê, de forma clara e específica, todos os procedimentos que devem ser seguidos para ajustes dos estoques da empresa.

No caso específico do recorrente, existe norma específica, conforme determinações do art. 61, §5º, do RICMS/97, abaixo transcrito:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

§ 5º Nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, é admitido o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.

E, como expresso, tais perdas devem ser registradas através de documentos fiscais para comprovar tal operação.

Este procedimento foi realizado pela empresa ao emitir notas fiscais com CFOP 5927 a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração e, como informado pelo autuante, estas notas fiscais foram consideradas no levantamento quantitativo dos estoques.

Caberia ao Recorrente, neste momento, indicar quais os documentos fiscais emitidos para tal situação e que não foram considerados no levantamento fiscal. Não o fazendo, falece de prova a sua argumentação.

O procedimento adotado pelo Autuante foi acertado para a situação. A partir das quantidades declaradas como estoques inicial e final, somou as quantidades entradas e subtraiu as quantidades saídas, chegando à conclusão que houve omissões de entradas e de saídas de mercadorias no período considerado. Ao final do levantamento, o Autuante procedeu à atribuição dos valores monetários relativos às quantidades correspondentes a cada espécie de mercadoria de acordo com os critérios previstos no art. 60 do RICMS, estando o procedimento adotado pelo Autuante de acordo com a Portaria nº 445/1998 que delimita o alcance do procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de

mercadorias.

No presente caso, o levantamento quantitativo de estoques foi realizado com base nos dados contidos no arquivo magnético apresentado à fiscalização produzido pelo próprio estabelecimento. Ele indica as quantidades de mercadorias escrituradas no seu livro Registro de Inventário no início e fim de cada exercício e as quantidades consignadas em notas fiscais de entradas e de saídas do estabelecimento.

Desta forma, sendo o recorrente detentor dos arquivos magnéticos, dos livros e documentos fiscais que serviram de base do levantamento quantitativo produzido pela fiscalização, cabe a ele demonstrar a existência de possíveis inconsistências e juntar aos autos cópias dos documentos fiscais objetivando desconstituir a parte remanescente da acusação.

Constatadas omissões de saídas de mercadorias, como resta provado, cabe ao recorrente a responsabilidade do pagamento do imposto relativa a essas saídas omitidas (normal e por substituição tributária) já que, embora estabelecimento não fabril, é estabelecimento distribuidor de uma fábrica que, por imposição legal, assume todas as responsabilidades tributárias a respeito do recolhimento do imposto por substituição tributária.

No que tange à alegação que deveria ter sido realizado o estorno de crédito, em nenhum momento a fiscalização estadual investigou o estorno de crédito fiscal relativo a perecimento (de qualquer tipo) de mercadorias, mas sim, procedeu a uma auditoria de levantamento quantitativo dos estoques. Se acaso, a empresa constataste perdas anormais de mercadorias deveria proceder conforme determina a legislação tributária, inclusive como prevê o art. 100, V, do RICMS/97 e não ficar silente, permanecendo em seus estoques mercadorias que disse ter sofrido perdas anormais e utilizado irregularmente créditos fiscais.

As decisões transcritas no Recurso Voluntário são inaplicáveis ao presente lançamento, pois são de situações diversas do caso em concreto que ora é combatido.

A alegação de que existem diversos códigos para um mesmo produto, que deveriam ser considerados como um único produto não merece prosperar, haja vista que nos casos em que as diferentes espécies de mercadorias são registradas separadamente no livro Registro de Inventário e nos documentos fiscais, não há como fazer o agrupamento com base apenas em suposições.

Isso porque, o Recorrente não colacionou aos autos qualquer prova que indique a existência de códigos diversos para um mesmo produto, ao revés, caso houvesse os códigos diversos, os mesmos não foram registrados e informados nos arquivos magnéticos.

Nota-se que o recorrente não enfrenta objetivamente os demonstrativos elaborados pelo autuante, que, com amparo na documentação do próprio Sujeito Passivo, elidiu parte da autuação e caberia à ele trazer ao processo elementos comprobatórios capazes de extinguir a infração por inteiro.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Por fim, deixo de apreciar pedido de inconstitucionalidade, por faltar a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Passo a análise do Recurso de Ofício.

Em sua defesa o Sujeito Passivo demonstrou haver equívocos nos registros no arquivo SINTEGRA do mês de janeiro de 2008.

Assim, o feito foi baixado em diligência para que intimasse o Contribuinte a apresentar o livro Registro de Inventário e, com base no livro fosse incluído no levantamento quantitativo os

estoques iniciais e finais das mercadorias relacionadas na autuação que se encontravam em poder de terceiros, sendo elaborado novos demonstrativos, se necessário.

Em cumprimento à diligência, o fiscal diligente informou que o arquivo foi retificado e, em seguida, utilizado no cumprimento da diligência.

Ao refazer o levantamento quantitativo de estoque, foram incluídas as notas fiscais que não constavam no arquivo magnético original e os saldos iniciais e finais de mercadorias em poder de terceiros, reduzindo o valor total do Auto de Infração de R\$3.571.678,92 para R\$740.908,27, sendo R\$571.766,24, na infração 1, e R\$169.142,03, na infração 2.

Deste modo, a desoneração parcial realizada pela JJF justifica-se pela comprovação pelo sujeito passivo de que parte da exigência fiscal era indevida, o que foi corroborado pelo autuante na diligência fiscal.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0058/13-7, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$740.908,27**, acrescido das multas de 60% sobre R\$169.142,03 e 70% sobre R\$571.766,24, previstas no art. 42, incisos II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS