

PROCESSO - A. I. N° - 279459.0005/14-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WAL MART BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - WAL MART BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0028-02/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0121-12/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Defesa comprou equívocos no levantamento fiscal, fato acatado pelo autuante. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Não acatada a alegação de perdas na atividade comercial sem respaldo em lançamentos na escrita fiscal. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Acolhida alegação defensiva. Infração insubsistente. 3. ESTORNO DE DÉBITO. LANÇAMENTOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida e quitada após a apresentação da petição recursal. Item procedente. Modificada em parte a Decisão de 1º grau em sede de Recurso de Ofício. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração parcialmente elidida. Alterada em parte a Decisão de piso. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o primeiro interposto pelo contribuinte e o segundo para reexame da Decisão da Junta de Julgamento, em razão do valor desonerado ter sido superior a R\$100.000,00, aplicando-se a regra prevista no art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/11/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$1.300.922,36, em razão das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 01 – 04.05.01 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 10 a 29 – ANEXO 1. Valor histórico autuado R\$295.375,91.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 30 a 50 – ANEXO 2. Valor histórico autuado R\$588.802,23.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 51 a 76 – ANEXO 3. Valor histórico autuado R\$174.938,60.

INFRAÇÃO 04 – 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 77 a 78 – ANEXO 4. Valor histórico autuado R\$12.849,54.

INFRAÇÃO 05 – 01.06.01 – Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou ICMS da ST sem que tenha dado saídas com tributação de produtos da ST, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 79 a 80 – ANEXO 5. Valor histórico autuado R\$27.358,97.

INFRAÇÃO 06 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 81 a 90. Valor histórico autuado R\$201.597,11.

O autuado às folhas 99 a 114, impugnou parcialmente o lançamento tributário, reconhecendo integralmente como devida às infrações 2 e 3, e parcialmente à infração 6, impugnando às infrações 1, 4, 5 e parcialmente a infração 6.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a lide exarou o voto a seguir transcrito:

VOTO DA JJF

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 06 infrações.

Em sua defesa o autuado reconheceu as infrações 02 e 03, logo entendo que as mesmas restaram caracterizadas, pois não existe lide em relação aos referidos itens do Auto de Infração.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade relativa as aplicações das multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito. Ademais, também não pode ser acolhido a alegação de necessidade de comprovar do intuito de fraude, uma vez que ao deixar de recolher o ICMS devido, o contribuinte autuado, fica obriga ao recolhimento do principal acrescido das multas e acréscimos legais.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Acerca do novo pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

*No mérito, propriamente dito, **na infração 01 – 04.05.01** - é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 10 a 29 – ANEXO 1. Valor da histórico autuado R\$295.375,91.*

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que o fisco errou ao considerar em duplicidade as entradas de cada produto fiscalizado, posto que deixou de observar que as mercadorias foram recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro, ou seja, o Autuante considerou como entrada tanto a nota fiscal de faturamento, como a nota fiscal de remessa da mercadoria para a impugnante, cujo documento fiscal contempla a indicação da nota fiscal de faturamento, no campo “Informações Complementares”, nos termos do art. 222 do antigo RICMS-BA, acostando documentos fiscais, fls. 148 a 158 dos autos, para comprovar sua alegação.

Em sua informação fiscal o autuante acatou os documentos apresentado pela defesa e reconheceu que houve duplicidade de notas fiscais nas entradas da maioria dos produtos. Assim sendo, informa que zerou as quantidades contidas nas notas fiscais de entradas procedentes do Amazonas, ficando ainda uma diferença a recolher que soma o valor de R\$ 3.205,93, fls. 179 a 187.

Acolho o resultado da revisão fiscal elaborado pelo autuante na informação fiscal, uma vez que foi amparada nos documentos fiscais apresentados na impugnação.

Quanto a alegação defensiva, apresentada na segunda manifestação, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que caberia ao autuado apresentar os documentos que alega ainda existir em duplicidade. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo

de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento, o que não foi observado pela defesa após o recebimento dos novos demonstrativos, revisados na 1ª informação fiscal.

Logo, à infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$3.205,93.

Na infração 04 – 03.01.01 - *é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do ICMS. Tal infração diz respeito ao mês de janeiro de 2011.*

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que por equívoco, ao invés de enviar o livro Registro de Apuração em definitivo, enviou o livro com uma apuração parcial, de modo que as informações enviadas originariamente não correspondem a verdade. Como prova do alegado, junta a impugnante o livro de apuração correto para comprovar a improcedência da presente infração (doc. 04), fls. 159 a 164 dos autos.

Na informação fiscal o autuante salienta que, conforme cópia livro apuração ICMS do mês de janeiro de 2011 e DMA desse mês, constatou não haver saldo devedor a recolher e assim sendo, excluiu essa infração, fls.163 e 222.

Acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com base nos livros e documentos apresentados pela defesa. Logo não mais existe lide em relação ao referido valor.

Logo, à infração 04 é improcedente.

Na infração 05 - 01.06.01 – *é imputado ao sujeito passivo ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou ICMS da ST sem que tenha dado saídas com tributação de produtos da ST, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 79 a 80 – ANEXO 5. Valor histórico autuado R\$27.358,97.*

Em sua defesa o autuado alega que as operações de saídas indicadas pela fiscalização nunca ocorreram, pois são de devoluções de produtos, ou seja, não houve a venda das mercadorias indicadas nesta infração. Entende que, uma vez que não houve a concretização das operações, mas sim a devolução das mercadorias, a impugnante estornou os créditos do ICMS-ST em conformidade com a o RICMS-BA, transcrevendo o dispositivo abaixo:

Art. 368. *Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, adotar-se-ão os seguintes procedimentos:*

I - *o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso;*

(...)

III - *visando à compensação do imposto:*

a) *o remetente estornará o débito fiscal correspondente à Nota Fiscal referida no inciso I no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS;*

Na informação fiscal o autuante destacou que reexaminado os levantamentos contatou pela procedência da cobrança dos indevidos estornos de ICMS sobre transferências de produtos da ST lançados em livro apuração ICMS, fls. 209 a 212. Assegura que não houve nenhuma transferência de produtos da ST conforme DMAs consolidada, mensais e planilha detalhada por produto, fls. 191 a 196 e 207, 208 e 209 a 212. Assevera que houveram sim, devoluções de produtos incluindo neles alguns da ST com a utilização do CFOP 6202, todos marcados em negrito, fls.191 a 196.

Esclarece que conforme planilha anexa fez lançamentos do ICMS das devoluções de produtos da ST marcados em negrito e deduziu do estorno mensal lançado em livro apuração ICMS, fls. 209 a 212. Destaca que o estorno total do ICMS dos produtos da ST devolvidos somou R\$ 202,43 para um estorno ICMS lançado no total de R\$ 27.358,97, restando o valor de R\$ 27.156,54 a ser recolhido, fls. 209 a 212.

Em nova manifestação o autuado simplesmente negou a imputação, devo ressaltar, mais uma vez, que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento, o que não foi observado pela defesa após o recebimento dos novos demonstrativos, revisados na 1ª informação fiscal. Assim, acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com os documentos fiscais apresentados pela defesa

Logo, a infração 05 é procedente em parte, no valor de R\$ 27.156,54, conforme abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/2011	5.870,95
28/02/2011	20,52
31/03/2011	18.855,55
31/08/2011	2.185,23
30/09/2011	158,96
30/11/2011	65,33
TOTAL	27.156,54

Na infração 06 - 02.01.03 - é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 81 a 90. Valor da histórico autuado R\$201.597,11.

Em suas manifestações defensivas o autuado destacou que, após levantamento interno, observou-se que a acusação é procedente em parte, cujo comprovante de recolhimento no valor de R\$39.779,80, foi acostado à folhas 1.289. Sustentando que na outra parte o levantamento fiscal indicou produtos sujeitos à substituição tributária como se possuísssem tributação normal, citando cada produto, conforme consta do relatório do presente acórdão.

Por sua vez o autuante na 1ª informação fiscal concordou com os argumentos da defesa e retirou da acusação fiscal os produtos sujeitos à substituição tributária, apresentando novo demonstrativo de débito, fls. 213 a 221, reduzindo o valor autuado para R\$39.779,81.

Devo ressaltar que o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e informou que recolheu R\$39.779,80, ainda durante o período de defesa.

Assim, acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com base nos documentos fiscais apresentados pela defesa. Logo, a infração 06 é procedente em parte, conforme abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/2011	6.311,46
28/02/2011	5.497,32
31/03/2011	2.309,46
30/04/2011	4.134,48
31/05/2011	1.625,72
30/06/2011	809,42
31/07/2011	2.810,07
31/08/2011	1.429,67
30/09/2011	4.583,39
31/10/2011	1.761,12
30/11/2011	4.984,42
31/12/2011	3.523,28
TOTAL	39.779,81

*Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, conforme abaixo:*

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR MANTIDO
1	PROC. EM PARTE	3.205,93
2	PROCEDENTE	588.802,23
3	PROCEDENTE	174.938,60
4	IMPROCEDENTE	0,00
5	PROC. EM PARTE	27.156,54
6	PROC. EM PARTE	39.779,81
TOTAL		833.883,11

Inconformado com parte da Decisão acima reproduzida o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, peça processual que se encontra apensada às fls. 312 a 329.

Inicialmente discorreu sobre a tempestividade do apelo empresarial. Informou que a ciência da Recorrente em relação ao lançamento em referência ocorreu em 15/04/2016 (sexta-feira). Dessa forma, considerando o disposto no art. 171 do RPAF, o prazo de 20 (vinte) dias para interposição do Recurso começou no dia 18/04/2016 e terminou em 07/05/2016, sábado, prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente, qual seja, dia 09/05/2016. Logo, apresenta-se tempestivo o presente recurso. Esclareceu, outrossim, que, em cumprimento ao § 3º, do art. 8º, do RPAF, enviou para o endereço eletrônico **consefprocessos@sefaz.ba.gov.br** a cópia exata do presente Recurso. **(doc. 02)**

Informa, para fins de detalhamento, que recorre apenas do saldo remanescente referente às

infrações 1 e 5. As infrações 2 e 3 foram pagas integralmente no período de defesa e a infração 6 também foi paga parcialmente no período de defesa no valor correspondente ao saldo atual (R\$ 39.779,80). Já a infração 4 foi “anulada” (excluída) pela 2ª JJF.

Ao ingressar nas razões de mérito passou a fazer considerações em torno da infração 01. Disse que segundo a acusação fiscal a Recorrente teria omitido saída de mercadorias tributadas no exercício de 2011. Tal foi constatado através do levantamento analítico de mercadorias (estoque), no qual o Autuante teria verificado a saída de mercadorias tributadas sem a emissão do competente documento fiscal.

Que apesar da JJF ter acatado a quase totalidade do pleito empresarial, a recorrente sustenta que no caso em exame houve a duplicidade na composição da base de cálculo do fisco permanece. Isso porque, o equívoco reside no fato de que o Fiscal considerou em duplicidade as entradas de cada produto fiscalizado, posto que deixou de observar que as mercadorias foram recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro. Ou seja, o Autuante considerou como entrada tanto a nota fiscal de faturamento, como a nota fiscal de remessa da mercadoria para a Impugnante, cujo documento fiscal contempla a indicação da nota fiscal de faturamento, no campo “Informações Complementares”, nos termos do art. 222 do antigo RICMS-BA. Agindo dessa forma, teria duplicado a entrada de mercadorias em seu estoque, gerando, por sua vez, uma irreal omissão de saída, fato já demonstrado na Impugnação.

Desta forma, ao duplicar a entrada das mercadorias no estoque da Recorrente, fez surgir a figura do enriquecimento ilícito, posto que tributa operação de saída de mercadoria que não faz parte de seu depósito.

Reproduziu na peça recursal decisão originária do Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco – TATE, para sustentar a tese recursal da duplicidade de cobrança.

Em seguida, afirmou que ainda que a presente autuação (item 01 do A.I) fosse procedente em relação aos dados apresentados pelo Fiscal, observou que, para fins de determinação das supostas omissões, não foi levado em consideração o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição da Recorrente, bem como o índice relativo à devolução dos produtos devido ao prazo de validade vencido, deteriorização, quebras de estoque etc.

Que em que pese o julgador de piso ter expressado entendimento de que a quebra de estoque decorrente de perdas e deteriorações **normais** deve ser contabilmente escriturada, esse posicionamento não autoriza presumir a omissão de saídas. Discorreu que no ramo específico da Recorrente, comércio varejista, é de conhecimento geral – senso comum – que há perdas, furtos, quebra e deterioração de mercadorias nesta atividade econômica. Isso porque, uma constante na vida das empresas é a quantidade de mercadorias que são perdidas em face da produção e comercialização normal. Disse ser notório que qualquer estabelecimento no exercício de sua atividade apresenta perdas, muitas delas inerentes a própria atividade e outras tantas excepcionais. Neste sentido, o Autuante, sem considerar o índice de perdas normais inerentes à atividade da Recorrente e, ainda, sem analisar as “quebras” no estoque, exigiu a cobrança do imposto sob alegação de omissão de saída, quando nessas perdas não ocorre o fato gerador do ICMS e seus valores são regulamente adicionados às demais operações.

Para provar o alegado trouxe aos autos o Relatório a ABRAS – Associação Brasileira de Supermercados –, onde aponta índice médio de quebra de estoque dentro da normalidade inerente a atividade econômica desenvolvida pela Autuada, em razão de perdas, quebras de mercadorias, deteriorações, produtos vencidos ou furtados dentro do estabelecimento, parecer este que se junta ao presente Recurso (**doc. 01 – fls. 331/381**). Com a apresentação do relatório, apresentou os índices concretos de perda, o que transforma o senso comum e a notoriedade das perdas em números concretos. Frisou que de acordo com o citado relatório carreado aos autos, o índice de perdas normais do setor de varejo dos supermercados é de 2,28%, se perecíveis, de 4,3% sobre o valor total dos estoques. Desta forma, em números absolutos e amparados por parecer

técnicos acerca das perdas envolvidas na atividade de comércio varejista, estariam comprovados que os números identificados pelo agente fiscal estão dentro do esperado para o ramo, enquadrando-se dentro do conceito de perdas normais e que as perdas referentes aos produtos estão muito abaixo dos 2,28%, índice considerado normal pela Associação Brasileira dos Supermercados – ABRAS.

Sustenta, portanto, que por ser notória a existência de perdas e quebras num processo de industrialização e comercialização e, conforme preceitua o art. 334, I, do CPC, “*não dependem de prova os fatos notórios*”. Entende dessa forma que se não carece de prova a existência de perdas, caberia ao Autuante provar que as perdas registradas pela Recorrente são anormais ou mesmo que não são perdas. Jamais simplesmente desconsiderar sua existência, inverter o ônus da prova e concluir que, ao contrário de perdas, ocorreram saídas sem a emissão de Notas Fiscais.

Transcreveu no apelo decisões administrativas originárias deste CONSEF acerca do procedimento de auditoria de estoque em que foi observado que a quebra de peso e as perdas normais não devem ser reconhecidas como omissão de saídas, conforme transcrição abaixo:

*EMENTA - ICMS. RECURSO DE REVISTA interposto pela Autuada contra a decisão que julgou procedente o Auto de Infração a qual divergia de Decisão do CONSEF sobre a mesma questão em que **julgou improcedente ao considerar a quebra nas folhas de fumo durante a estocagem e beneficiamento** (Resoluções nºs 638/91 710 e 1005/88). CONHECIDO e PROVIDO para excluir o item III do auto alterando a Resolução nº 0233/97 para PROCEDENTE EM PARTE. Apoio PROFAZ Decisão unânime. (AI 02766841/96. CÂMARA SUPERIOR. RESOLUÇÃO N. 1961/98)*

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não observada na auditoria de estoque a quebra de peso do cacau em amêndoas, cujo índice foi atestado através Parecer Técnico da CEPLAC. Verificada a insubsistência da infração, quanto à obrigação principal, após a devida consideração, remanesce a multa pela infração a obrigação acessória de emitir documento fiscal para regularização do estoque, decorrente das quebras normais, nos termos do art. 157 do RPAF/99. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime. (AI 147162.0035/01-3. 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. ACÓRDÃO JFJ N. 2112-02/01)

No mesmo sentido transcreveu na peça recursal decisão exarada pela 1ª Câmara do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Ceará, reconhecendo que o procedimento de auditoria de estoque deve observar a quebra de peso, as perdas normais e, por conseguinte, que estas não devem ser reconhecidas como omissão de saídas. Ainda na mesma linha de entendimento trouxe para exame julgamento originário do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco – TATE.

Ponderou, por fim, que a perda, normal ou anormal, não pode ser presumida como omissão de saída. E se anormal, o que deve ser exigido é o estorno do crédito fiscal correspondente. Disse que se a autuação for mantida na forma posta, estar-se-á exigindo imposto sem a ocorrência do fato gerador.

Pede a total improcedência do lançamento fiscal relacionado à infração 1.

Ao discorrer acerca da infração 5 disse que segundo a acusação fiscal a Recorrente efetuou estorno de débitos em desacordo com a legislação do ICMS-BA. Que ao contrário do quanto mencionado pelo auditor fiscal autuante, as operações de saídas indicadas pela fiscalização nunca ocorreram. Na verdade, trata-se de devoluções de produtos, ou seja, não houve a venda das mercadorias indicadas nesta infração.

Uma vez que não houve a concretização das operações, mas sim a devolução das mercadorias, a Recorrente estornou os débitos do ICMS-ST em conformidade com o RICMS-BA, como se verifica, nas disposições abaixo transcritas:

Art. 368. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, adotar-se-ão os seguintes procedimentos:

I - o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota

constantes na Nota Fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso;

(...)

III - *visando à compensação do imposto:*

a) o remetente estornará o débito fiscal correspondente à Nota Fiscal referida no inciso I no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS;

Ressaltou ainda que por se tratar de notas fiscais eletrônicas, seria fácil se verificar o *status* das operações aqui dispostas, bastando observar no campo natureza da operação, para se constatar o alegado.

Sustenta, portanto, que as devoluções não poderiam ser consideradas no levantamento fiscal por não haver saída das mercadorias em operação mercantil, sendo descabida a autuação.

Mais à frente, em decorrência do princípio da eventualidade, passou a discorrer sobre a exorbitância da multa aplicada, nos percentuais de 100% e 60%.

Argumentou que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação das multas em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, disse ser cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor.

Que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário da Recorrente, não poderia a mesma ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência!

Acrescentou que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Afora isso (segunda questão), afirmou que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Reproduziu na peça recursal decisões originárias do STF com destaque para a ADI 1075 e de outros tribunais pátrios.

Pede o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Frisou ainda que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, pois o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Ao finalizar a peça recursal o contribuinte REQUEREU que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, para que seja decretada a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração *sub examine*, nos termos arguidos. Requereu ainda que, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN). Protestou também pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, **perícia e diligência fiscal-contábil**, assim como vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima JUSTIÇA!

Instada a se manifestar nos autos, a PGE/PROFIS, em Parecer anexado às fls. 385/386 opinou pela realização de diligência fiscal, argumentando que considerando o princípio da verdade material, bem como o princípio da instrumentalidade das formas, os autos deveriam ser baixados em diligência para que fosse verificado se, no levantamento quantitativo de estoques, levado a cabo pelo autuante, teriam sido computadas as perdas inerentes ao ramo de atividade desenvolvido

pela empresa recorrente.

O relator originário deste PAF, Cons^o Daniel Ribeiro Silva, em atendimento ao pedido da PGE formulou os seguintes quesitos, encaminhados ao auditor fiscal autuante (fls. 387/388):

- a. *Intime o contribuinte para apresentar provas concretas e documentos fiscais que comprovem que o mesmo procedeu à baixa de estoque alegada nos termos do que dispõe o RICMS em um prazo de 15 dias;*
- b. *Caso apresente manifestação, deverá o autuante analisar os documentos eventualmente apresentados pelo contribuinte, e verifique se os documentos apresentados possuem o condão de elidir o lançamento remanescente;*
- c. *Elabore, se for o caso, novos demonstrativo;*
- d. *Após, intime o contribuinte para se manifestar sobre o resultado da diligência no prazo de 10 (dez) dias;*
- e. *Após, encaminhe os autos à PGE/PROFIS para novo opinativo.*

Na diligência executada pelo autuante, que se encontra anexada às fls. 392 a 394, foi declarado, em relação à infração 1, que alcança o levantamento de estoques (omissão de saídas), foi declarado, no tocante às perdas, que o contribuinte não integra o segmento de indústrias de transformação, onde se adquire matérias-primas para transformação em outro produto final, onde existem perdas no processo fabril. Que o setor de atacado e varejo são apenas revendedores de mercadorias adquiridas de uma indústria ou do atacado. A título de exemplo frisou que mercadorias tais como manteiga, margarina, queijo, sofrem perecimento, bem como, televisores e computadores podem sofrer sinistro, quebras etc.

Reproduziu no texto da diligência as disposições do art. 312, inc. IV e § 2º, do RICMS-Ba (Decreto nº 13.780/12), que tratam do estorno de crédito de mercadorias nas hipóteses de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

Frisou que os procedimentos previstos nos dispositivos do RICMS citados não foram adotados pelo contribuinte, além também de não baixar do seu estoque as perdas ocorridas, acumulando créditos fiscais tomados pelas entradas das mercadorias perdidas. Que o contribuinte além de não proceder ao estorno de crédito e consequentemente não ajustar o inventário físico pelas quantidades de mercadorias perdidas, perdeu a espontaneidade do ato, ensejando a feitura do roteiro de estoques onde através do levantamento quantitativo de estoques foram cobradas as diferenças apuradas.

Na diligência foi pontuado também, em relação à infração 5, que o contribuinte fez devoluções aos fornecedores de diversas mercadorias através do CFOP 6202 incluindo alguns produtos do regime da substituição tributária. Destacou que como os produtos da ST já se encontram com fase de tributação encerrada, o contribuinte teria que estornar o ICMS destacado nas notas fiscais de devolução. Que ao fazê-lo o contribuinte estornou a maior lançamentos de ICMS de produtos da ST em procedimento de devolução ao fornecedor, através do CFOP 6202 (fls. 209 a 212). Frisou, ainda, que os estornos foram lançados conforme livros de apuração do ICMS reproduzidos às fls. 197 a 206 do RICMS e o resumo de fl. 190 reflete apuração do ICMS (conta corrente) constante do SPED fiscal do contribuinte.

O contribuinte, após ser notificado, ingressou com MANIFESTAÇÃO ACERCA DA DILIGÊNCIA. Relatou que a 2ª Câmara de Julgamento converteu o processo em diligência para que o Fiscal Autuante promovesse a intimação do “*contribuinte para apresentar provas concretas e documentos fiscais que comprovassem que o mesmo procedeu à baixa de estoque alegada nos termos do que dispõe o RICMS em um prazo de 15 dias*”. Que após a apresentação, o Fiscal Autuante deveria analisar, apresentar suas considerações e intimar a empresa para se manifestar.

Disse, contudo, que assim não procedeu o Autuante, uma vez que apresentou suas conclusões sem cumprir o determinado pela 2ª Câmara de Julgamento, o que veio a cercear o direito de defesa da Manifestante e, por sua vez, o devido processo legal.

Com relação à infração 1, disse que o autuante declarou que o contribuinte: “*parece querer criar jurisprudência sobre perdas já que restou a pagar o ínfimo valor de R\$ 3.205,93, valor esse*

julgado procedente.”

A recorrente discorreu que, independentemente do valor que está sendo cobrado pelo Estado, se ínfimo ou não, a defesa do contribuinte não tem a intenção de criar jurisprudência, mas de não recolher ICMS indevido. Que no caso concreto, tanto é notória a existência de perdas que o próprio Autuante afirmou que *“sabemos sim, por exemplo, que mercadorias tais como manteiga, margarina, queijo sofrem perecimento, bem como, televisores, computadores podem sofrer sinistro, quebras, etc.”* e que a empresa recorrente não promoveu o estorno do crédito e não promoveu a baixa do estoque, acumulando crédito fiscal decorrente daquela entrada.

A apelante formulou a seguinte indagação: *“como poderia o Autuante fazer essa afirmação se não intimou a Manifestante, conforme determinação da 2ª Câmara de Julgamento, para apresentar provas concretas e documentos fiscais que comprovem que o mesmo procedeu à baixa de estoque?”*

Entende que o Autuante pretende manter a autuação de qualquer forma, sem oportunizar a Manifestante o direito que lhe foi concedido pela 2ª Câmara de trazer aos autos a comprovação das perdas, embora a Manifestante tenha apresentado, em seu Recurso, o Relatório emitido pela ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados que aponta o índice médio de quebra de estoque dentro da normalidade inerente a atividade econômica desenvolvida pela Manifestante, fato que, no seu entender, demonstra a improcedência da acusação fiscal.

No que tange a infração 5, disse que o autuante continua a afirmar que a Manifestante efetuou estorno de débitos em desacordo com a legislação. Contudo, ao contrário do mencionado pelo Fiscal Autuante, destacou que as operações de saídas indicadas nunca ocorreram. Na verdade, tratou-se de devoluções de produtos, ou seja, não houve a venda das mercadorias indicadas nesta infração. E por essa razão, promoveu o estorno do débito do ICMS-ST, não havendo, no seu entender, como subsistir a acusação fiscal.

Ao concluir a Manifestação a recorrente reiterou o pedido de improcedência da autuação em relação às parcelas impugnadas.

A Procuradoria Estadual, em nova intervenção nos autos (fls. 413 e 413v), anuiu em todos os termos com as conclusões encetadas na manifestação técnica do autuante, por ocasião da diligência, no sentido da não produção de prova pelo recorrente do quanto alegado no seu apelo, especialmente a mensuração das perdas ocorridas no processo de comercialização e, outrossim, registro da baixa das supostas perdas no seu estoque. A PGE conclui seu Parecer pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

O processo foi redistribuído em razão do afastamento do Relator, Consº Daniel Ribeiro Silva, conforme atesta o despacho de fl. 426, datado de 14/03/2018.

Por sua vez, em 07/02/2018, o contribuinte, através de seu advogado, atravessou petição nos autos para informar que efetuou o pagamento parcial do débito do A.I., relativamente à totalidade do valor lançado na infração 5, no montante principal de R\$27.358,96, ocorrido em 22/12/2017, que acrescido de multa e juros moratórios, somou a cifra de R\$38.004,68.

Consta nos autos também, às fls. 405 a 410, extratos do SIGAT, sistema interno de Gestão da Administração Tributária da SEFAZ-Ba, informando que o contribuinte procedeu à quitação integral das infrações 2 e 3 e parcial da infração 6, essa última no montante principal de R\$39.779,80.

Em decorrência o Recurso Voluntário ficou adstrito ao valor remanescente da infração nº 1. Por sua vez o objeto do Recurso de Ofício envolve os valores excluídos das infrações 1, 4 (na sua totalidade) e infração 6.

VOTO

Inicialmente é importante consignar que as infrações 2, 3 e 5 foram pagas integralmente, as duas

primeiras na fase de defesa e a última, após a interposição do Recurso Voluntário.

Conforme foi exposto no Relatório, parte integrante deste Acórdão, em 07/02/2018, o contribuinte, através de seu advogado, atravessou petição nos autos, após a interposição do Recurso Voluntário, para informar que efetuou o pagamento da totalidade do valor lançado na infração 5, no montante principal de R\$27.358,96, ocorrido em 22/12/2017, que acrescido de multa e juros moratórios, somou a cifra de R\$38.004,68. Consta nos autos também, às fls. 405 a 410, extratos do SIGAT, sistema interno de Gestão da Administração Tributária da SEFAZ-Ba, informando que o contribuinte procedeu à quitação integral das infrações 2 e 3. Essas duas últimas infrações (2 e 3), não serão objeto de exame nessa instância revisora, considerando que o pagamento constitui fato revelador de que o contribuinte reconheceu a procedência das respectivas imputações fiscais, além de ser forma extinta do crédito tributário, nos termos do que dispõe o art. 156, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN).

No tocante à infração 5 a Decisão da Junta de Julgamento foi no sentido de declarar a procedência parcial da imputação, no importe principal de R\$27.156,54, mas no Auto de Infração foi lançado o valor de R\$27.358,97, este último objeto de pagamento integral pelo contribuinte, com os correspondentes acréscimos de lei, conforme já apontado linhas acima.

Em relação à infração 6 o contribuinte procedeu ao pagamento parcial dos valores lançados, no montante principal de R\$39.779,80, conforme se encontra atestado no extrato do SIGAT juntado à fl. 410 dos autos.

Serão objeto do exame no Recurso de Ofício as exclusões parciais processadas na Decisão de piso, nas infrações 01, 05 e 06, e a exclusão total da cobrança relacionada à infração 04. Por sua vez, o Recurso Voluntário ficou adstrito à parcela remanescente da infração 01, no importe de R\$ 3.205,93, relacionada ao levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, do ano de 2011.

Passo inicialmente ao exame do Recurso de Ofício.

Na **infração 1** foi imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas 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 em exercício fechado de 2011, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 10 a 29 – ANEXO 1. Valor do histórico autuado R\$295.375,91.

Na fase de defesa o sujeito passivo alegou que o fisco errou ao considerar em duplicidade as entradas de cada produto fiscalizado, posto que deixou de observar que as mercadorias foram recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro, ou seja, o Autuante considerou como entrada tanto a nota fiscal de faturamento, como a nota fiscal de remessa da mercadoria para a empresa impugnante, cujo documento fiscal contemplou a indicação da nota fiscal de faturamento, no campo “Informações Complementares”, nos termos do art. 222 do antigo RICMS-BA, acostando documentos fiscais, fls. 148 a 158 dos autos, para comprovar sua alegação.

Em sua informação fiscal o autuante acatou os documentos apresentado pela defesa e reconheceu que houve a duplicidade apontada pela defesa das notas fiscais nas entradas da maioria dos produtos, na elaboração dos demonstrativos de estoques. Informou que “zerou” as quantidades contidas nas notas fiscais de entradas procedentes do Amazonas, ficando ainda uma diferença a recolher que soma o valor de R\$3.205,93, fls. 179 a 187.

O julgador de 1º grau acolheu o resultado da revisão fiscal elaborado pelo autuante na informação fiscal, uma vez que foi amparada nos documentos fiscais apresentados na fase impugnação.

Na **infração 4** foi imputado ao sujeito passivo a conduta de ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do ICMS. Tal infração teria ocorrido no mês de janeiro de 2011. Em sua defesa o sujeito passivo

alegou que por equívoco, ao invés de enviar o livro Registro de Apuração definitivo, enviou o livro com uma apuração parcial, de modo que as informações enviadas originariamente não correspondem à verdade dos fatos. Como prova do alegado, juntou a impugnante o livro de apuração correto para comprovar a improcedência da presente infração (doc. 04), fls. 159 a 164 dos autos. Na informação fiscal o autuante salientou que, conforme cópia livro apuração ICMS do mês de janeiro de 2011 e DMA desse mês, constatou não haver saldo devedor a recolher e assim sendo, excluiu essa infração, no valor principal de R\$12.849,54, conforme consta dos documentos juntados às fls.163 e 222 dos autos.

Foi acolhido o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com base nos livros e documentos apresentados pela defesa, e, em decorrência, a infração 4 foi julgada improcedente.

Na **infração 5** foi atribuída ao contribuinte a ocorrência de estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação do imposto. Teria o sujeito passivo estornado ICMS-ST sem que houvesse promovido saídas com produtos enquadrados nesse regime de tributação. A referida infração foi reduzida pela JJF de R\$27.358,97, para R\$27.156,54. Ocorre que o contribuinte procedeu ao pagamento integral do valor originalmente lançado, com os correspondentes acréscimos de lei, conforme atesta a petição e correspondente documento atravessados pela defesa nos autos, através de seu advogado, em 07/02/2018, Esse pagamento no montante principal de R\$27.358,96, ocorrido em 22/12/2017, que acrescido de multa e juros moratórios, somando a cifra de R\$38.004,68. Restabeleço neste Recurso de Ofício o valor originalmente lançado nesta infração, devendo a autoridade fiscal competente homologar as quantias recolhidas pelo contribuinte.

Na **infração 6** foi imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS em razão do mesmo ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 81 a 90. Valor histórico autuado R\$201.597,11. Em suas manifestações defensivas o autuado destacou que, após levantamento interno, observou-se que a acusação é procedente em parte, cujo comprovante de recolhimento no valor de R\$39.779,80, foi acostado à folhas 1.289. Sustentou que na outra parte do levantamento fiscal foram inseridos produtos sujeitos à substituição tributária como se possuíssem tributação normal, citando cada produto, conforme constou do relatório do acórdão objeto do Recurso Voluntário.

A defesa, na primeira intervenção nos autos, ao impugnar a referida infração argumentou o que está abaixo reproduzido “in verbis”:

*Em relação à **INFRAÇÃO 06**, destaca que, após levantamento interno, observou-se que a acusação é procedente em uma pequena parte, cujo comprovante se juntará posteriormente. No mais, a acusação não procede. Isso porque o levantamento fiscal indicou produtos sujeitos à substituição tributária como se possuíssem tributação normal. Eis os itens incluídos na infração como se possuíssem tributação normal:*

COD	Produto	Regime
913542_2	CHOCOLATE EM PO	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
610722_2	M TALEN AVELA 15X25G	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
744659_5	BOMBOM SORT 30X400G	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
290457_2	BOMB LICOR E CEREJA	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
630766_2	SAMS LUVAS DE LATEX	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 13.18)
159128_2	TAPETE PARA BANHEIRO	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 40.1 c/c Prot. 104/09)

Destaca que, segundo o RICMS-BA, os produtos acima indicados estão sujeitos ao regime de substituição, disposta no art. 353, II, e subitens, como se vê:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10,

1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

(...)

13.18 - luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – NCM 4015.11.00 e 4015. 19.00;

(...)

40.1 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09;

Por sua vez o autuante na 1ª informação fiscal concordou com os argumentos da defesa e retirou da acusação fiscal os produtos sujeitos à substituição tributária, apresentando novo demonstrativo de débito, fls. 213 a 221, reduzindo o valor autuado para R\$39.779,81.

O julgador “a quo” ressaltou que o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e informou que recolheu R\$39.779,80, ainda durante o período de defesa.

Foi acolhido o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com base nos documentos fiscais apresentados pela defesa, de forma que a infração 06 foi julgada procedente em parte, em conformidade com Demonstrativo reproduzido no Acórdão de 1º grau, inserido à fl. 299, deste PAF.

Considerando o acima exposto, com ênfase no fato de que as exclusões foram processadas pelo próprio autuante, na fase de informação fiscal, e tendo por motivação os documentos apresentados pela autuada na peça impugnatória, que comprovaram a duplicidade de contagem de estoques na infração 1, com o processamento das notas fiscais de mercadorias recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro, em que o autuante considerou como entrada tanto a nota fiscal de simples faturamento como a nota fiscal de remessa da mercadoria; que na infração 4 foi utilizado como prova do recolhimento a menor do ICMS livro de apuração do imposto com uma apuração parcial tributo e não o livro definitivo, que gerou a DMA do mês de janeiro/2011; que na infração 5 o contribuinte efetuou o pagamento integral do valor lançado; e que, na infração 6, em relação às parcelas não reconhecidas pela autuada, a cobrança recaiu sobre operações com mercadorias que já se encontravam com o imposto recolhido pelo regime de substituição tributária, é que NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para confirmar as exclusões processadas na decisão de 1ª Instância e, estabelecer, tão somente, a cobrança vinculada à infração 5, no importe principal de R\$27.358,97, com a correspondente homologação dos valores já recolhidos.

Passo doravante ao exame do Recurso Voluntário, adstrita à infração 1, no que se refere à parcela remanescente dessa imputação, no valor principal de R\$3.205,93.

O valor residual dessa infração decorreria, segundo a recorrente, de algumas duplicidades de entradas de produtos que não foram consideradas na revisão do quantitativo de estoques efetuada pelo autuante e da não consideração do índice de perdas normais verificadas no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição de mercadorias, bem como o índice relativo à devolução dos produtos devido a prazo de validade vencido, exteriorização, quebras de estoque etc.

A questão foi objeto de remessa do PAF em diligência para que fossem juntados aos autos as provas do contribuinte processou, em sua escrita fiscal, à baixa dos estoques objeto de quebras ou perdas alegadas, e, em decorrência, efetuou o estorno dos créditos fiscais correspondentes.

Observo que a tese defensiva não está calcada ou baseada em elementos da sua escrituração fiscal-contábil, mas em um laudo ou relatório da ABRAS – Associação Brasileira de Supermercados (doc. 01 do recurso – fls. 331 a 381), que aponta um índice médio de quebra dos estoques dentro da normalidade inerente à atividade econômica desenvolvida pela empresa autuada, em torno de 2,28% em relação dos produtos perecíveis e 4,3% sobre o valor total dos estoques.

Verifico que na manifestação do autuante (fls. 392/394), em cumprimento da diligência, apesar de não ter intimado a empresa recorrente para proceder à entrega daqueles elementos relacionados coma escrita, foi enfatizado que não há previsão na legislação para se acatar índices de quebra de contribuintes do segmento de atacado e varejo que são apenas revendedores de mercadorias

adquiridas de empresas do setor industrial ou do atacado. Os índices de quebras/perdas, colocados na legislação estão normatizados para o setor industrial. De fato, há previsão de quebras normais, por exemplo, para o setor de bebidas, em relação aos vasilhames, de 1% (um por cento) – art. 61, § 5º, do RICMS-Ba/97.

Caberia, portanto, ao contribuinte trazer aos autos a prova documental de que teria efetuado a contabilização ou registro de baixas dos estoques perdidos, avariados, sinistrados, deteriorados ou quebrados, de forma normal ou anormal, para fins de exclusão das quantidades no levantamento quantitativo de estoques.

Todavia, a recorrente, na Manifestação pós-diligência, (fls. 398/401), persiste na tese dos índices genéricos, aplicáveis à toda atividade de supermercados de quebra dos estoques.

Da mesma forma não foram trazidas novas provas aos autos indicativas da existência de outras duplicidades além daquelas que já foram excluídas pelo autuante na revisão processada na fase de informação fiscal e acatadas no julgamento de 1ª instância.

Logo, à infração 1 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$3.205,93, devendo ser mantida a Decisão de 1ª instância.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para reestabelecer tão somente, em relação a este último, o valor integral da infração 5, com a consequentemente homologação dos valores já recolhidos pelo contribuinte nas diversas fases desse processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0005/14-0, lavrado contra **WAL MART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$834.085,54**, acrescido das multas de 60% sobre R\$830.879,61 e 100% sobre R\$3.205,93, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo serem homologados os valores efetivamente recolhidos, em relação à totalidade das infrações 2, 3 e 5 e parte da infração 6.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS