

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0007/17-6
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0141-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0126-12/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Autuada alegou que o Autuante não considerou: (i) a integração nos sistemas do grupo da empresa; (ii) a mudança de códigos de mercadorias, existentes em razão de erros cometidos na descrição de alguns produtos; e (iii) o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, bem como o índice relativo à devolução dos produtos em face da validade de prazo vencida, deterioração, contudo, não trouxe qualquer elemento probatório da sua alegação. Procede a afirmativa do Autuante, de que em relação a alguns itens, a Autuada utilizou códigos diferentes para um mesmo produto, contudo, para estas situações realizou no levantamento agrupamentos, conforme consta nos relatórios que elaborou. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de diligência/perícia. Discussão sobre a suposta natureza confiscatória da multa lançada no Auto de Infração, foge à competência das instâncias administrativas de julgamento. Decisão sobre pedido de redução da multa também se encontra fora da competência de julgamento, em primeira instância administrativa. A infração imputada não ensejou dúvida capaz de justificar a aplicação do Art. 112 do CTN. Aplicado o percentual de perda para a atividade do Autuado, previsto no § 1º, do Art. 3º da Portaria nº 445/98. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2017, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior aos das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$67.542,59, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão

nº 0141-05/18 (fls. 156 a 167), com base no voto a seguir transcrito:

*“Inicialmente, no que concerne à arguição de nulidade do lançamento de ofício, observo pela leitura do documento de fl. 04, que a “**CIENTIFICAÇÃO DE INÍCIO DE AÇÃO FISCAL**” foi emitida em 03/10/2017, que a Autuada tomou ciência da mesma em 19/10/2017, que o mencionado documento consigna informações sobre: (i) a cientificação do início e do tipo de ação fiscal, qual seja Auditoria Fiscal-Contábil; (ii) o período a ser fiscalizado: Exercício de 2016; (iii) o nº da Ordem de serviço: 504722/17; e (iv) o usuário responsável emissor, que é o autuante; sendo que o término da ação fiscal ocorreu dentro do prazo de 90 dias, na medida em que a lavratura do auto de infração se deu em 26/12/2017; e que, portanto, todas as informações questionadas pela Autuada, constam do documento oficial de comunicação à Defendente.*

Assim, não vislumbrando a ocorrência de qualquer das hipóteses de nulidade do lançamento, previstas no art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 6.297/99, não acolho a pretensão de nulidade defendida pelo Sujeito Passivo.

Quanto à revisão fiscal (diligência/perícia), constato que o autuado nada trouxe em termos valorativos ou quantitativos que pudesse suscitar a necessidade de realização do trabalho revisional pretendido, razão pela qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, I, “a”, “b” II, “a” do RPAF/99.

No mérito, conforme detalhado no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão, o Auto de Infração em lide é composto de apenas uma infração, conforme a seguir:

INFRAÇÃO 01 – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor Histórico exigido: R\$67.542,59. Multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei 7.014/96.

No que tange às alegações defensivas que dizem respeito a: (i) erros de concepção que acabaram por ensejar omissão de entradas/saídas; (ii) não consideração pelo Autuante da real movimentação de entradas e saídas de cada mercadoria; (iii) integração nos sistemas do grupo da empresa do qual é pertencente (WAL MART BRASIL), fato informado ao fiscal, mas não considerado em seus levantamentos; e (iv) não consideração pelo Autuante da mudança de códigos de mercadorias, existentes em razão de erros cometidos pela Autuada na descrição de alguns produtos, quando da integração dos sistemas, constato que, da análise dos argumentos e documentos contidos na Peça Impugnatória e dos esclarecimentos exarados pelo Autuante na Informação Fiscal, considerando, especialmente que os DANFE’s anexados às fls. 130 a 133, que contemplam os produtos SHORT FLORAL V17 e CMSTA MC, se referem a operações de entrada no estabelecimento autuado e não operações de saída como arguido na defesa, e que não há no PAF documento que comprove as alegações relativas ao produto BIG CHAMYTO 720GR, não há elementos de provas no presente processo capaz de respaldar as alegações da Defendente, acima apontadas, sendo relevante o registro feito pelo autuante, no sentido de que em relação a alguns itens, o Contribuinte utilizou códigos diferentes para um mesmo produto, contudo, para estas situações realizou no levantamento agrupamentos, conforme preconiza a Portaria 445/98.

Quanto às alegações de que o Autuante não considerou o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, bem como o índice relativo à devolução dos produtos devido ao prazo de validade vencido, deterioração, quebra de estoques etc., verifico que a Autuada apenas alegou o fato, sem contudo, trazer qualquer elemento probatório da sua alegação. Ademais, não há no PAF documento fiscal emitido pela empresa, à luz dos Arts. 83, IX e 312, IV do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, com o fito de dar baixa no estoque relativo às mercadorias envolvidas nos eventos e de respaldar o estorno ou anulação do crédito fiscal correspondente. Ressalto que, para este fim, existe um CFOP que é o de número 5927 – “Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”.

No tocante às decisões exaradas em julgamentos anexadas aos autos, concluo que as citadas decisões tratam de produtos específicos de determinadas atividades, tais como fumo e outros, que não se coadunam com a atividade da Autuada, com exceção da carne (julgamento de fls. 100/101), produto este que foi efetivamente retirado do levantamento quantitativo de estoque, conforme já dito anteriormente.

No que concerne às alegações defensivas relativas à suposta natureza confiscatória da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 100%, em se considerando que a mesma está prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96, se trata de questão que foge à competência das instâncias administrativas de julgamento, nos termos do Art. 167 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), abaixo transcrito, somente cabível de apreciação por intermédio de ações próprias no âmbito do Poder Judiciário.

“(…)

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

(...)"

Quanto ao pedido de redução da multa, compete dizer que, por força do Art. 176, III, "c" do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), também se encontra fora da competência de julgamento, em primeira instância administrativa, atribuída às Juntas de Julgamento Fiscal.

No que se refere ao requerimento da Autuada pela aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte, caso haja dúvida na interpretação da norma, entendo que não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada à Autuada, nos termos do Artigo 112 do CTN.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 177 a 198), nos termos do Art. 169, I, "b" do RPAF/99, no qual suscitou a nulidade do julgamento por não ter deferido a sua solicitação de realização de perícia e/ou diligência, preterindo o seu direito à ampla defesa.

Disse que a autuação se baseou unicamente no levantamento quantitativo de estoques, mas desconsiderou o índice de perdas normais de mercadorias, bem como a real movimentação de vários dos produtos em razão de divergências dos códigos utilizados para sua identificação, presumindo uma realidade que não condiz com a situação fática que enfrenta, afetando a liquidez e certeza do crédito tributário.

Afirmou existir erros de concepção que, no mérito, acabam por ensejar omissão de entradas e/ou saídas em decorrência da desconsideração da efetiva movimentação de vários produtos, já que realizou uma grande integração dos sistemas com o grupo do WAL MART BRASIL, gerando a mudança de vários códigos, os quais já havia exemplificado em sua Defesa:

1. Foram registradas saídas do item SHORT FLORAL V17, código 500265574_1 registradas como sendo do produto DT LQ MINUNO MACA500;
2. Foram registradas saídas do item CMSTA MC, código 500435160_1 registradas como sendo do produto JAQ MOL 12A16;
3. Foi desconsiderado que o produto BIG CHAMYTO 720GR possui mais de um código: 500583920_1 e 00033331678.

Assinalou que esses erros são recorrentes em todo o levantamento analítico de estoque e que o único argumento para manter a autuação é de que as referidas notas fiscais se referem a operações de entrada, mas que tais documentos comprovam o equívoco do levantamento, pois há operações que foram desconsideradas em razão das divergências de descrição dos produtos ou da existência de vários códigos para o mesmo item.

Destacou que essas notas fiscais são apenas exemplos, mas que a mesma situação também ocorreu com as saídas de mercadorias, não questionando os agrupamentos efetuados no levantamento, embora não tenham sido feitos os agrupamentos para os produtos que apresentou em razão de descrição equivocada na transmissão da obrigação acessória, não podendo ser exigido imposto, somente multa por descumprimento de obrigação acessória.

Aduziu que faltou cautela ao Autuante na persecução da verdade material, princípio que se apresenta como garantia de outros princípios inerentes aos processos administrativos e/ou judiciais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Alegou a improcedência da acusação por desconsiderar as "perdas normais" nos seus processos de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição e as "quebras de estoque" devido ao prazo de validade vencido, deterioração, etc., anexando o relatório ABRAS, que indica o índice oficial de perdas para a sua atividade.

Asseverou ser notória a existência de perdas e quebras num processo de industrialização e comercialização, independente de prova nos termos do Art. 374, I do CPC, não podendo ser desconsideradas pela falta de emissão de notas fiscais com o CFOP 5.927, cabendo ao Autuante

provar que as perdas são anormais, como já foi decidido inúmeras vezes por este CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF nº 2112-02/01.

Acrescentou que a perda, seja normal ou anormal, não pode ser presumida como omissão de saída, devendo ser exigido somente o estorno do crédito fiscal correspondente.

Discorreu sobre o efeito confiscatório e a desproporcionalidade e desarrazoabilidade da aplicação de multa no percentual de 60%, com ofensa ao Art. 150, IV da CF/88, e requereu o cancelamento ou a redução da multa a um patamar razoável entre 20% e 30%.

Requereu o reconhecimento e declaração de nulidade ou improcedência do Auto de Infração e, sucessivamente, que a multa seja reduzida ou afastada, e, em caso de dúvida, que a norma jurídica seja interpretada da forma que lhe seja mais favorável, conforme determinado no Art. 112 do CTN.

Protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de documentos e a realização de perícia técnica.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Alexandre de Araújo Albuquerque - OAB/PE nº 25.108.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa pela falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício fechado de 2016.

Destaco, que não foram apresentadas novas provas e/ou documentos até a data deste julgamento.

Constato que o presente processo está revestido das formalidades legais, os demonstrativos foram detalhadamente apresentados, constando as entradas, saídas, estoques iniciais e finais, cálculo do preço médio, relação e cálculo do valor das omissões.

Saliento, que os equívocos decorrentes de falhas na Escrituração Fiscal Digital do próprio Autuado não geram a nulidade da Autuação, cabendo ao próprio Autuado efetuar a correção. Observo que o Autuante, mesmo após o início da ação fiscal, concedeu prazo para a retificação dos arquivos magnéticos, o que foi efetuado pelo Autuado em relação a todos os meses do exercício. Se ainda permanecem erros, deveria o Autuado ter apontado objetivamente quais são.

Quanto aos índices de perda indicados pelo relatório ABRAS, não há previsão legal para sua utilização. Resta então inaplicável o Acórdão JJF nº 2112-02/01, até porque se refere a contribuinte industrial.

Portanto, não há motivos para se determinar a nulidade do presente lançamento, inclusive os relacionados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/99.

Ressalto, que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.

Além disso, consoante os termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, entendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação, e a perícia é desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Portanto, indefiro os pedidos de diligência e perícia, já que os motivos aduzidos não são suficientes para embasar tais pedidos, afinal as provas apresentadas podem ser verificadas no julgamento.

As notas fiscais apresentadas na Defesa somente teriam o condão de agravar a infração, procedimento vedado nos termos do Art. 156 do RPAF/99, conforme veremos:

1. A Nota Fiscal nº 5.151.030, de 14/10/2016, foi emitida pela matriz e destinada para a filial objeto da autuação. Se a mesma tivesse sido computada para o item SHORT FLORAL V17, código 500265574_1, apenas aumentaria a omissão de saídas de 26 para 98 unidades, lembrando que o item DT LQ MINUNO MACA500 não está relacionado no levantamento;
2. As Notas Fiscais nº 5.159.010, de 20/10/2016, 5.224.485, de 23/11/2016, e 5.228.937, de 25/11/2016, também foram emitidas pela matriz e destinadas para a filial objeto da autuação. Se as mesmas tivessem sido computadas para o item CMSTA MC, código 500435160_1, apenas aumentaria a omissão de saídas de 9 para 129 unidades, lembrando que o item JAQ MOL 12A16 também não está relacionado no levantamento.

Em relação ao item BIG CHAMYTO 720GR, código 1-000003333167, verifico que faz parte do levantamento, sendo exigida omissão de saídas de 12 unidades, mas que havia o registro também do item CHAMYTO 720, código 500583920_1, em que foi apontada omissão de entradas de 47 unidades.

Tendo em vista a similaridade da nomenclatura, apesar de não ter sido efetuado o agrupamento na autuação, refiz o demonstrativo excluindo o referido item, já que o seu agrupamento resulta em omissão de entrada de 35 itens, e o que está sendo exigido é a omissão de saídas.

Quanto à possibilidade de existência do mesmo problema em outros itens da autuação, caberia ao Autuado apontar objetivamente os equívocos do levantamento, até porque, se estes existem, não decorreram de erro de procedimento ou falta de cautela do Autuante, mas de falhas na Escrituração Fiscal Digital do próprio autuado.

Saliento que as matérias, objeto deste Auto de Infração ora em julgamento, já foram apreciadas em diversos julgamentos neste CONSEF, especialmente nos Acórdãos CJF nºs 0230-11/14, 0149-12/16, 0161-11/17, 0286-11/17, 0150-12/18, 0108-11/19, 0131-11/19 e 0181-11/19.

Portanto, não há dúvida na interpretação da norma, de forma que não há como prosperar a aplicação do princípio insculpido no Artigo 112 do CTN.

Entretanto, após a autuação e o julgamento de piso, ocorreu alteração na Portaria nº 445/98, incluindo o §1º ao seu Art. 3º, por meio das Portarias nºs 159/19 e 001/20, que determinou que só devem ser exigidas as omissões de saídas que superarem as quantidades resultantes da aplicação dos percentuais nela estabelecidos, no caso do Autuado de 2,05% (dois inteiros e cinco centésimos por cento), por possuir a atividade de comércio varejista de supermercados, conforme transcrito a seguir:

“§1º Deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período:

*I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados;
...”*

Considerando a entrada em vigor do referido dispositivo, como a Infração 01 se refere à omissão de saídas de mercadorias, refiz o demonstrativo de acordo com os seguintes procedimentos: calculei os quantitativos a serem desconsiderados mediante a multiplicação do percentual de 2,05% sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas ocorridas no exercício para cada mercadoria, subtraí das quantidades exigidas no demonstrativo, desconsidere os valores fracionados para as mercadorias contadas em unidades, multipliquei pelo valor unitário para encontrar a base de cálculo, aplicando a redução de base de cálculo quando devido, e apliquei a alíquota indicada para cada mercadoria, obtendo o valor efetivamente devido.

Após o refazimento do demonstrativo, os valores exigidos na Infração 01 foram reduzidos de R\$67.542,59, para R\$51.442,68.

Destaco, a incompetência do CONSEF quanto às alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária estadual, nos termos do Art. 167 do RPAF/99, ressaltando que as multas aplicadas estão previstas no Art. 42 da Lei nº 7.014/96, e que não há previsão legal para a sua redução.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida, para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$51.442,68.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário, apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0007/17-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.442,68**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS