

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0005/18-1
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0124-03/19
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0289-11/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo o Recorrente alegado que não foi cumprido fielmente os procedimentos previstos na Portaria 445/98, em pauta suplementar da 2ª CJF, o processo foi enviado em diligência ao autuante que fez o agrupamento de mercadorias similares, conforme recomendado, assim como aplicou filtro de perdas normais na atividade do estabelecimento, reduzindo o Auto de Infração. Ficou evidenciado, que após a diligência que agregou mercadorias similares e aplicou o filtro de perdas normais, o Recorrente não trouxe provas de quaisquer inconsistências. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento, de Recurso Voluntário interposto após Julgamento de Primeira Instância deste Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 20/09/2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$752.072,87, além de multa de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2014).

Enquadramento Legal: art. 2º, I e art. 23-B, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 83, I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, I, da Portaria nº 445/98. Multa aplicada: art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Após a impugnação inicial às fls. 124/41 e a apresentação da informação fiscal, fls. 210/21, e o Auto de Infração foi julgado Procedente, conforme voto abaixo reproduzido:

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração em lide, atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade.

Observe que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Ainda assim, existem questões preliminares a ser enfrentadas, o que passo a fazer neste momento. A arguição inicial é a de que existe incerteza acerca da apresentação da Ordem de Serviço e do seu correto cumprimento no prazo legal, a qual não vejo como prosperar. A Ordem de Serviço é um documento interno, emitido pela Administração, para determinar quem deve ser objeto de ação fiscal, e os possíveis roteiros de auditoria aplicáveis às peculiaridades e particularidades de cada empresa. Todavia, como ato administrativo, ele deve se sujeitar ao comando normativo, obedecer a critérios e elementos legais, vez que peça vestibular para a constituição do crédito tributário. Sendo um documento interno, a sua apresentação não se configura como obrigatória pelo preposto fiscal.

É de bom alvitre, que se estabeleça que o Termo de Início de Fiscalização, possui a finalidade jurídica de dar ao contribuinte a ciência de que ele está sendo fiscalizado.

Tais Termos de Início e de Encerramento, são, por conseguinte, as balizas ou postes de demarcação que indicam o momento em que se inicia e o dia em que tem por fim a fiscalização. Eles determinam, estabelecem, fixam o lapso temporal em que a empresa se encontrava sob ação fiscal.

O ato do lançamento tributário tem um rito, devidamente estabelecido pela legislação vigente. O lançamento tributário, acorde comando inserido no CTN, não pode ser praticado livremente pelo Fisco, sendo ato vinculado, sujeito à observância dos ditames da lei, tanto de natureza material quanto formal. Sob o aspecto material, ou de mérito, cabe verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento das infrações ali arroladas. Do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento, inexistindo hierarquia entre um ou outro aspecto.

De igual importância para a apuração em si, é a forma como tal fato deve ser autuado. Se um aspecto formal deixa de ser observado, o procedimento fica viciado e sua eficácia comprometida, caso, tenha representado prejuízo para a parte.

Ele não se configura como mera formalidade, sem qualquer efeito prático ou jurídico. O referido Termo é elaborado para fazer parte do direito de defesa. O contribuinte não pode ser surpreendido com um Auto de Infração sem saber, antecipadamente, que está efetivamente sob ação fiscal, o que se insere no conceito do princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes do Processo Administrativo Fiscal e vertente do princípio do devido processo legal.

No presente caso, o sujeito passivo não ficou à mercê de qualquer arbítrio do Fisco, ou de qualquer ato não condizente com o direito, a se verificar pelas informações do autuante, bem como documentos presentes no processo, especialmente por constar à fl. 05 dos autos documento intitulado “Cientificação de Início de Ação Fiscal”, com número 90052 de código da mensagem, postado em 16/07/2018, cientificado em 01/08/2018 e lido em 16/08/2018, informando ao sujeito passivo acerca da realização de trabalho de auditoria no estabelecimento, tendo, pois, a ciência do início do procedimento fiscal atendido ao disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Desta forma, a empresa foi intimada através de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), e como a ação fiscal se findou em 20/09/2018, com a lavratura do Auto de Infração, o interstício temporal entre o início e o término da ação fiscal durou exatos sessenta e sete dias, prazo inferior aos noventa dias aduzidos pela defesa, sendo desnecessária a prática de qualquer outro ato por parte da fiscalização. Ademais, em contraposição ao argumento da incerteza quanto ao fato do autuante estar devidamente autorizado a realizar o procedimento de fiscalização na empresa, esclareço que o SLCT (Sistema de Lavratura do Crédito Tributário), não permite a lavratura de Auto de Infração a quem não possua a devida Ordem de Serviço ativa para aquela empresa a ser autuada, o que impede que qualquer outra pessoa possa constituir crédito tributário contra ela, sem estar devidamente respaldado.

Nesta ótica, e diante dos fatos acima narrados, foi plenamente respeitado o aspecto essencial, ainda que formal, do lançamento, que era justamente o conhecimento ao sujeito passivo de que ação fiscal foi desencadeada contra si, em função de determinação legal, consubstanciada em Ordem de Serviço, fato que, ao meu entender, concorre para a plenitude do lançamento, e afastamento de qualquer pecha de nulidade a respeito do mesmo também quanto a tal aspecto.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado ao final da peça defensiva, nego o mesmo, como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impende dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Quanto ao mérito da autuação, conforme já mencionado no relatório, resultou na aplicação de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado, sendo apuradas omissões, tanto de entradas como de saídas, sendo lançado aquele de maior valor monetário, qual seja, o das saídas.

O procedimento de auditoria de estoques está previsto na legislação vigente, inclusive à época dos fatos

geradores, e encontra-se disciplinado na Portaria nº 445/98, tendo como objetivo “conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária”.

Na forma da legislação e de acordo com o entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí pode ter três resultados: Se o resultado for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias. Passo, pois, à análise dos argumentos defensivos de forma específica.

O exame, pois, demandaria apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de questão eminentemente fática, e conseqüentemente, necessitar da produção da necessária e essencial prova.

Importante esclarecer que a acusação fiscal é a de omissão de saídas de mercadorias sem a emissão dos respectivos documentos fiscais em exercício fechado, e nesta situação a legislação não fala em presunção, hipótese prevista no artigo 4º da Lei 7.014/96, sendo pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS, só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

No caso em comento, os levantamentos foram entregues para a empresa autuada, em mídia, sendo argumento defensivo o de que não foram agrupados diversos produtos, não se respeitando o teor do artigo 3º da portaria 445/98, o que, na ótica da empresa, desembocaria na improcedência do lançamento.

Esta não é a realidade: primeiro, pelo fato de ter sido sim, o agrupamento realizado para os produtos similares ou iguais, ainda que cadastrados com códigos diferentes. Segundo, por que aqueles itens listados pela autuada, como exemplo, inseridos na peça impugnatória, em verdade, e o autuante em sede de informação bem demonstrou, não se caracterizam como produtos iguais, sequer similares, o que não justificaria o solicitado agrupamento. Terceiro, pois, da análise dos dados na mídia inserida com os demonstrativos, todos aqueles listados apresentaram omissões de saídas, o qual não alteraria os resultados em relação às quantidades apurado a título de infração, apenas os indicando conjuntamente, ao invés de separadamente como feito pelo autuante. E por último, os itens semelhantes ou iguais foram devidamente agrupados para efeito de apuração do débito. Logo, este argumento não pode ser acolhido, ficando mantido o levantamento realizado.

Em conclusão, fato é que o agrupamento foi devidamente realizado, em conformidade e obediência à disposição da Portaria 445/98, de 10 de agosto de 1998, que prevê tal metodologia no seu artigo 3º, inciso III, ainda que a defesa tenha apontado em contrário:

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

(...)

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

Assim, o resultado apresentado reflete o agrupamento de diversos códigos num mesmo item, conferindo autenticidade e dando credibilidade e certeza ao levantamento efetuado, motivo pelo qual não posso acolher a argumentação da defesa.

No tocante à existência de eventuais perdas, quebras ou quaisquer outros motivos, a legislação do ICMS prevê especificamente tal possibilidade, e aqui, caberia à empresa comprovar que efetuou as suas operações de acordo com o preceito normativo, mediante apresentação de documentos fiscais que comprovassem os ajustes realizados.

Vale ressaltar, que as perdas que foram objeto de baixa de estoque, cujas notas fiscais foram corretamente emitidas pelo autuado e foram devidamente consideradas no trabalho de auditoria realizado pelo autuante.

Ou seja: a própria defesa sabe dos cuidados que devem ser observados em relação às perdas e quebras, sendo que o Estado da Bahia adota posicionamento no sentido contido no artigo 312 do RICMS/12 de que:

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar”.

No mesmo sentido, também dispõe o artigo 83 do RICMS/12:

“Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

(...)

V - na regularização em virtude de diferença de preço, quantidade, volume ou peso de mercadoria;

(...)

IX - nos estornos de créditos ou de débitos fiscais”.

Ou seja: para ajustes decorrentes de perdas ou quebras, deve ser emitida nota fiscal, que ao tempo em que estorna o crédito fiscal, ajusta os quantitativos dos estoques, evitando as distorções decorrentes de tais ocorrências.

Verifico que no Demonstrativo “Infração 1_IE 40721448_Relação de CFOP’s Utilizados_2014” a Autuada utilizou o CFOP 5927 no exercício de 2014 (fls. 30 e 31), procedendo as devidas baixas de estoque, estando este CFOP dentre aqueles que foram considerados pelo autuante no levantamento das operações, podendo ser citado como exemplo os DANFE’s que acobertam essas operações (fls. 106 a 108).

No que diz respeito às devoluções, também foram consideradas no levantamento fiscal, conforme os CFOP’s de devoluções 5202 e 6202 no mesmo Demonstrativo “Infração 1_IE 40721448_Relação de CFOP’s Utilizados_2014” (fls. 30 e 31).

Portanto, resta evidente que tais movimentações questionadas pela Autuada foram devidamente observadas pela fiscalização, não devendo ser acolhidos os argumentos defensivos também concernentes a este tópico, relativos a perdas e quebras eventualmente ocorridas no estabelecimento da Autuada.

Já o Relatório da ABRAS, apenas e tão somente, demonstra a existência de quebras e perdas no ramo de supermercado, não possuindo, entretanto, o condão de desobrigar os contribuintes dos procedimentos expressamente previstos na legislação tributária estadual.

Quanto aos Acórdãos trazidos pela defesa de decisões administrativas e judiciais de outros Estados da Federação, as mesmas não fazem coisa julgada no Estado da Bahia, sequer vinculam o julgador, motivo pelo qual não podem ser acolhidos em socorro da defendente.

Frente ao argumento de que as multas teriam natureza confiscatória e deveriam ser reduzidas pelo julgador, em primeiro lugar, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa, a qual somente possui competência para a redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, na forma do § 7º, do artigo 42 da Lei 7.014/96, o que me impede de acolher tal pedido.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como “exorbitante” da multa sugerida (100%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

A multa aplicada na presente autuação foi de 100%, expressamente prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, não havendo, portanto, do que se falar em confisco.

Ademais, este Órgão não possui a devida competência para analisar contestações que envolvam questões relativas à constitucionalidade, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99.

Outrossim, igualmente descabe a aplicação do artigo 112 do CTN, vez inexistir qualquer dúvida do julgador frente ao cometimento da infração apontada.

Assim, diante dos argumentos esposados ao longo deste voto, julgo o lançamento procedente em toda a sua inteireza, tal como lançado inicialmente.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente Recurso Voluntário, às fls. 280/294 abaixo transcrito, em resumo:

Aduz a fiscalização que a Recorrente incorreu em falta de recolhimento de ICMS, relativo à omissão de saídas.

Ocorre que, o lançamento fiscal não procede diante dos seguintes equívocos:

a. Desconsideração da existência de um mesmo produto com códigos diversos – Afronta a Portaria nº 445/98:

O Fisco acusa a Recorrente de promover saída de mercadorias sem o respectivo documento fiscal, apurado mediante levantamento de estoque. Acontece que, in casu, o Autuante deixou de considerar as determinações da Portaria nº 445/98 sempre que o controle dos estoques e identificação do produto, utiliza-se diferentes códigos.

Ou seja, deixou de verificar que existem códigos diversos para o mesmo produto, os quais deveriam ter sido considerados como um único produto e não vários.

A referida Portaria determina que “quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins”.

O erro do levantamento fiscal que deve ser aqui afastado corresponde exatamente à desobediência do Fisco às normas fixadas na Portaria nº 445/98. E isso porque o Autuante procedeu a um levantamento de estoque parcial, no qual foram considerados, exclusivamente, os itens que eram convenientes à conclusão pretendida, onde aponta omissões de saída.

E ao contrário do que está consignado no acórdão recorrido, o Autuante não promoveu o agrupamento dos produtos similares ou iguais, ainda que cadastrados com códigos diversos, conforme fora demonstrado pela Recorrente.

Veja-se alguns exemplos apontados na planilha demonstrativo do exercício de 2014 denominada “Omissão de Saída - Lista de Omissões”, elaborada pelo Autuante quando do levantamento de estoque:

CodItem	DescrItem
'1-000001473859'	REFRESCO EM PO
'1-000001474251'	REFRESCO PO
'1-000001476815'	REFRESCO EM PO 4

CodItem	DescrItem
'1-000003335828'	B LA KID COM CHO130G
'1-000003335836'	B LA KID CON COLI30G

CodItem	DescrItem
'1-000004197917'	DEO JOHNSONS AEROSO
'1-000004198051'	DEO JOHNSONS AEROSOL 150 ML

É importante que se observe que o citado equívoco pode (deve) ser encontrado em todo o lançamento fiscal. Portanto, não há dúvida de que o Autuante desconsiderou a regra da Portaria nº 445/98, quando deixou de agrupar os mesmos produtos, o que dirá dos produtos afins.

Observa-se, no caso concreto, a necessidade de ser feito todo o analítico de estoque, considerando a reunião de todos os códigos utilizados para produtos afins. A improcedência do auto consiste, assim, em dois momentos: primeiro por desconsiderar a existência de diversos códigos para o mesmo produto; segundo, pela ausência da recomposição do analítico de estoque todos esses códigos de produtos afins.

Por esse motivo improcede a exigência fiscal.

b. Desconsideração das perdas e quebras normais decorrente da atividade desenvolvida pela Recorrente:

Uma constante na vida das empresas é a quantidade de mercadorias que são perdidas em face da comercialização normal. É notório que qualquer comerciante no exercício de sua atividade apresenta perdas, muitas delas inerentes a própria atividade e outras tantas excepcionais, tais como devolução dos produtos devido ao prazo de validade vencido, deteriorização, quebras de estoque, etc.

Tanto é verdade que ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados emitiu laudo afirmando a existência de perdas normais no exercício da atividade de supermercados (doc. 04 da Impugnação).

E não considerando o índice de perdas normais inerentes à atividade da Recorrente e, ainda, sem analisar as “quebras” no estoque, vem exigir a cobrança do imposto sob alegação de omissão de entrada e de saída, quando nessas perdas/quebras não ocorre o fato gerador do ICMS e seus valores são regularmente adicionados aos das demais operações.

Assim, bastaria o Fisco ampliar sua fiscalização para apurar as diferenças de estoque. Com os controles de que dispõe, não seria impossível apurar as perdas/quebras normais em decorrência da atividade desenvolvida pela Recorrente. Ocorre, porém, que a fiscalização não computando os índices de perda e quebra está exigindo imposto sem a ocorrência do fato gerador.

Ora, não se pode confundir omissão com perdas, ainda que anormais. Se anormal (aquela que ocorre fora da atividade da empresa) deve ser exigido o estorno do crédito fiscal, jamais acusar a Recorrente de omissão.

Note-se que a perda/quebra, normal ou anormal, não pode ser presumida. E se anormal, o que deve ser exigido é o estorno do crédito fiscal correspondente.

Dessa forma, ao exigir imposto, sob a alegação de omissão, o Fisco está exigindo imposto sem a ocorrência do fato gerador, razão pela qual não procede a acusação fiscal.

c. Da desproporcionalidade da multa aplicada:

Mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 100% sobre o valor principal.

Duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa 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, 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.

Significa dizer que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lúdima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário da Recorrente, não pode a mesma ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência!

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

d. Do in dubio pro contribuinte:

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

Na verdade, pelo desenvolvimento dos argumentos, evidencia-se a certeza da Recorrente em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da improcedência da Autuação.

Assim o direito está prenhe de certeza. Mas se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Dos pedidos:

Ante o exposto, requer a Recorrente o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, a Recorrente pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN).

Protesta a Recorrente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Às fls. 299/301, a 2ª CJF converteu o processo em diligência na pauta suplementar do dia 26/06/2020, com vistas ao autuante proceder os ajustes pertinentes, tanto do agrupamento de itens similares assim como aplicar o filtro de perdas inerente à atividade do Recorrente.

Às fls. 303/304, em relatório de diligência, foi dito pelo autuante que foi aplicado o percentual de perdas de 2,05% e que foram agrupados os produtos similares em conformidade ao disposto na solicitação. Salieta que diversos itens, apesar da similaridade nas descrições cadastradas pelo Recorrente, não devem ser agrupados pois apresentam características que impedem, como pesos ou marcas diferentes bem como com preços unitários com certa divergência que indicam uma particularidade do produto.

Como resultado da diligência, o valor inicial de R\$752.072,87 foi reduzido para R\$493.217,79.

Às fls. 312/23 o Recorrente se manifestou, após ser intimado.

Alega que não foi considerada a totalidade das operações e alega cerceamento ao direito de defesa em razão disso, transcrevendo o art. 18 do RPAF, acerca da nulidade. Traz diferenças entre as saídas declaradas no SPED e as apontadas na autuação de 3 mercadorias, refresco pó limão capim, lalila pet 1 l, molho mostarda master. Alega que na planilha apresentada há apenas o valor

genérico relativo ao total de saídas que o autuante presume ter ocorrido, contudo sem informação que especifique tais operações.

Que também há diferenças nas entradas, e traz exemplos de barra fruta coco e amp fru c/3 frescor. Faz ainda comparação com a mercadoria GPS MULTILASER, em que o fisco aponta a omissão de 1 item, mas que não há diferença alguma. Alega ainda que a Portaria 445/98 determina que o levantamento deve considerar a unidade de medida adotada e a similaridade das descrições.

Requer a nulidade ou a improcedência do crédito tributário.

Às fls. 330/34, o autuante se manifesta. Afirma que todos os relatórios analíticos e necessários à caracterização da infração estão anexados aos autos integralmente em mídia, fl. 306 e que foi enviado ao domicílio tributário cópia integral, conforme intimação fl. 308/9. Que há o demonstrativo de todas as notas fiscais de saídas utilizadas no levantamento. Que diversos outros relatórios analíticos estão anexados, entradas, inventários, etc. Que as alegações do Recorrente de que não foram indicados os relatórios analíticos, não procedem.

Quanto aos itens relacionados com as supostas divergências entre o SPED e o relatório do autuante, salienta que o Recorrente não traz aos autos quaisquer provas de suas alegações, como era obrigado a fazê-lo. Que todos os quantitativos dos produtos estão considerados e que na defesa não existe uma única comprovação de possível divergência.

Que no caso do GPS MULTILASER por exemplo, a recorrente omitiu propositadamente no seu quadro fl. 319, o estoque final informado no SPED foi de zero unidade enquanto o estoque considerado na autuação foi de 1 unidade, perfazendo uma omissão de saída de 1 unidade. Que não houve qualquer cerceamento de defesa. Pede pelo acatamento do lançamento, em conformidade com os demonstrativos apresentados na diligência.

VOTO

Trata o presente, de Recurso Voluntário decorrente de julgamento em Primeira Instância, pela procedência da única infração – falta de recolhimento do ICMS apurado por omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão dos documentos fiscais, em levantamento quantitativo de estoques no exercício fechado de 2014.

Pede no Recurso Voluntário a nulidade ou improcedência do lançamento, após as razões expostas. Contudo, a nulidade está descartada, visto que o auto foi lavrado com obediência às formalidades previstas em lei, e as falhas de ordem material apontadas, foram convertidas em diligência aos autuantes para ajustes, tendo havido redução expressiva do lançamento, e assim, caracterizada a mais ampla defesa, conforme os preceitos legais.

Tendo o Recorrente alegado que não foram cumpridos fielmente os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, em pauta suplementar da 2ª CJF, o processo foi enviado em diligência ao autuante que fez o agrupamento de mercadorias similares, conforme recomendado, assim como aplicou filtro de perdas normais na atividade do estabelecimento, reduzindo o Auto de Infração, do valor inicial de R\$752.072,87, para R\$493.217,79. Denegado o pedido de nulidade.

Após as correções efetuadas em diligência, o Recorrente supostamente aponta erros materiais ainda existentes, sem, contudo, apresentar as fontes analíticas, mas apenas sintéticas. Por exemplo, diz que a mercadoria MOLHO SALADA MOSTARDA MASTER 250g, tem saídas declaradas no SPED de 22.512 unidades, e as apontadas na autuação, de apenas 6.505 unidades, com diferença de 16.007 unidades.

Contudo, tal informação torna-se imprestável até mesmo para o envio em diligência para ajustes, visto não ter apresentado a relação documental analítica das saídas que afirma ser de 22.512 unidades. Os demonstrativos do autuante estão declarados analiticamente com a relação de todas as entradas e saídas, e não por dados sintéticos. Só é possível aferir se há alguma razão ao Recorrente, se este apresentasse analiticamente quais os documentos que comprovam a saída de 22.512 unidades, em contraponto ao encontrado pelo autuante, de 6.505 unidades.

Com a mercadoria GPS MULTILASER, a situação exposta no Recurso Voluntário, é bem

emblemática. Alega que o fisco aponta a omissão de 1 item, mas que não há diferença alguma. Traz um quadro demonstrativo em que o estoque inicial é ZERO, a entrada no SPED é de uma unidade, e apontada na autuação também com uma unidade. Que as saídas declaradas no SPED é zero, apontadas na autuação, também é ZERO, contudo o estoque final na autuação é 1, e pergunta haveria omissão?

O autuante, em sua manifestação, diz que no caso do GPS MULTILASER por exemplo, a Recorrente omitiu propositadamente no seu quadro fl. 319, o estoque final informado no SPED que foi de zero unidade enquanto o estoque considerado na autuação foi de 1 unidade, perfazendo uma omissão de saída de 1 unidade.

De fato, no quadro comparativo da fl. 317, o Recorrente citou o estoque final na autuação, contudo não colocou que o estoque final no SPED é zero, e não 1.

Analisando o demonstrativo do autuante no CD, após a diligência, fl. 305, o arquivo das omissões em PDF na folha 127, consta o citado produto GPS MULTILASER. O estoque inicial é zero, a entrada com NF é 1, a saída com NF é zero, o estoque final calculado é 1, mas o estoque final informado é zero. Assim, como o estoque informado é zero, mas o calculado pelo autuante deveria ser 1 (já que não houve saídas), há a omissão de saída de uma unidade. Consultando o arquivo PDF do inventário, o estoque final à fl. 85 deste item, é de zero unidade.

Isto comprova que o autuante está com razão. O Recorrente apontou o valor encontrado pelo autuante no estoque final (deveria ser mesmo 1 conforme o cálculo), contudo, omitiu que o valor informado pelo SPED em vez de 1, é zero, daí caracterizando a omissão.

Assim, ficou evidenciado que após a diligência, que agregou mercadorias similares e aplicou o filtro de perdas normais, o Recorrente não trouxe provas de quaisquer inconsistências.

Quanto à alegação de multa exorbitante e inconstitucional, não está na competência deste Conselho questionar a constitucionalidade da legislação estadual.

Quanto ao pedido de redução de multa, este Conselho de Fazenda não tem competência para reduzi-las. Contudo, devo informar que à fl. 02, há previsão de redução da multa para o inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de 70%, se o valor for pago antes da impugnação administrativa, de 35%, se for pago antes de inscrição em Dívida Ativa, e de 25%, se for pago antes do ajuizamento da ação de execução.

Face ao exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 281424.0005/18-1, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$493.217,79**, 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, 08 de outubro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES –PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS