

A. I. Nº - 087016.0014/20-6
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - DIJALMA MOURA DE SOUZA E NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/12/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0221-03/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGENCIA DO IMPOSTO. 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. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação ou se ainda se encontram em estoque, deve ser exigido o pagamento do imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo, do detentor das mercadorias em situação irregular. Infrações não elididas pelo sujeito passivo. **c)** OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Penalidade fixa. O autuado não apresenta elementos com o condão de elidir qualquer das acusações fiscais. Infrações caracterizadas. Indeferido pedido de diligência fiscal. Afastada decadência suscitada. Negado pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/12/2020, exige crédito tributário no valor de R\$175.753,05, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 04.05.02 - falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem 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, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, no ano de 2015, no valor de R\$174.957,22, acrescido da multa de 100%. Referente às operações realizadas pelo CD de frios, omissão de entradas no valor de R\$583.157,15 e omissão de Saídas no valor R\$1.307.743,86, conforme demonstrativo Cencosud – Omissões 2015, parte integrante do Auto de infração, cópia e mídia entregues ao Autuado.

Infração 02. 04.05.03 - omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, sendo aplicada multa de caráter acessório, por omitir saídas de mercadorias enquadradas no regime de

substituição tributária referentes a operações realizadas pelo CD de Frios, no ano de 2015, no valor de R\$460,00;

Infração 03. 04.05.09 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício de 2015, no valor de R\$335,83, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.48/60. Diz que vem, através do seu representante legal, na forma do RPAF/99, oferecer tempestivamente, a impugnação ao presente auto de infração, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas. Sintetiza os fatos. Repete as infrações que lhe foram imputadas.

Diz que a autuação levou em consideração alguns períodos já atingidos pela decadência, uma vez que as operações que fundamentam as supostas exigências ocorreram há mais de 5 (cinco) anos da data da ciência da autuação.

Também desconsiderou no levantamento fiscal, o desconto relativo ao percentual de quebras de 2,05% (comércio varejista de supermercados) disposto no artigo 3º, § 1º, da Portaria SEFAZ nº 445/98. Sendo assim, com a devida vênia, discorda integralmente da autuação ora combatida e passa a tecer suas razões de defesa, o que faz nos termos a seguir.

Explica que como é sabido, o fato gerador do ICMS encontra-se descrito pelo artigo 12, da Lei Complementar nº 87/1996, que regulamenta o imposto em âmbito nacional e dentre outras providências, estabelece a ocorrência do fato gerador, com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Diz que tomou ciência da lavratura do auto de infração em 11/12/2020, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador das operações ocorridas até a data imediatamente anterior.

Explica que é sabido que o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional “CTN” estabelece o prazo decadencial de cinco anos para que o fisco efetue a homologação do lançamento, sendo que, se não o fizer, considerar-se-á homologada tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular, extinguindo-se, portanto, o crédito tributário.

Aduz que estas considerações são importantes, na medida em que, no caso em exame, se está diante de tributo sujeito ao chamado “lançamento por homologação”, em que o particular produz uma norma individual e concreta que deverá conter todos os elementos determinantes da obrigação tributária, a fim de tornar possível a cobrança da exação.

Em que pese o método do lançamento do auto de infração ser aquele previsto na Portaria SEFAZ/BA nº 445/98 (Levantamento Quantitativo de Estoques por exercício fechado), a regra decadencial não se altera, devendo obedecer aos comandos previstos no Código Tributário Nacional, mais precisamente o artigo 150, § 4º. Sobre o tema cita Paulo de Barros Carvalho.

Frisa que a legitimidade outorgada ao contribuinte não retira, em nenhum momento, a competência originária do Poder Público, garantida pelo artigo 142 do CTN para fazer incidir a norma geral e concreta e constituir o seu crédito tributário. Desde a ocorrência do fato gerador, o agente público tem competência para constituir o respectivo crédito tributário e estabelecer os termos da exigibilidade da exação.

No presente caso, como visto, aduz que a teor do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, na data em que o Fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia este direito, tendo em vista ter-se consubstanciado a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário.

Eventual interpretação diversa, apta a admitir que fosse efetuado lançamento de ofício depois de já ter o Fisco homologado tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular e declarado extinto o crédito tributário, provocaria consequências de total insegurança jurídica. Sobre a matéria cita Hugo de Brito Machado.

Destaca ainda, que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento quanto à contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte recolher parcialmente o imposto a ser homologado, fato que pode ser facilmente comprovado, bastando a Fiscalização ou mesmo o Julgador consultar os recolhimentos da Contribuinte nos sistemas da SEFAZ, relativos ao período autuado (exercício de 2015). Cita jurisprudência.

Aduz que a Súmula 555/STJ, determina que o prazo decadencial fixado pelo artigo 173 do CTN, somente se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando não houver recolhimento antecipado do tributo. É este, inclusive, o entendimento sustentado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Portanto, sustenta que não resta qualquer dúvida que o prazo decadencial a ser aplicado no presente caso, é o do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Dessa forma, considerando que foi intimada do Auto de Infração em 11/12/2020, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 10/12/2015, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, CTN. Portanto, verifica que os supostos débitos de ICMS referentes ao período anterior a 11/12/2015 já estavam extintos pela decadência, na forma dos artigos 150, § 4º, e 156, V do CTN, quando a foi intimada da lavratura do auto de infração, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão.

Acrescenta que, ainda que fosse plausível a manutenção da autuação pelo afastamento da decadência, o que se admite apenas por amor ao debate, o levantamento do auto de infração padece de vícios na medida em que não foram observadas as regras contidas na Portaria SEFAZ nº 445/98 conforme será adiante exposto.

Comenta que, em que pese a decadência ser suficiente para fulminar quase a totalidade da autuação, verificou que não foi observado, para efeito da apuração das omissões de saídas, o disposto no § 1º, do artigo 3º, da Portaria SEFAZ nº 445/98.

Afirma que é sabido que o ramo varejista sofre com lesões de mercadorias, ante ao expressivo volume em termos de quantidade e a enorme gama de produtos comercializados, sendo impossível evitar a ocorrência de perdas, roubos e furtos, também denominadas como “quebras”. Remata que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ciente dessa particularidade atinente ao comércio varejista de supermercados, determina que seja considerado o percentual de 2,05% calculado sobre o estoque inicial mais as entradas do período, incluindo também os estornos de crédito realizados pelo Contribuinte a título de quebras para efeito das omissões de saídas verificadas no período.

Conclui que na medida em que o levantamento fiscal não considerou o determinado na norma citada, também se faz necessária a revisão do lançamento para que seja respeitado o percentual de quebras autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Por todo o exposto, a medida que se impõe, é a completa revisão e o consequente refazimento do trabalho fiscal, demonstrando-se assim, a improcedência da infração.

Relativamente a multa aplicada na presente atuação, entende ser revestida de absoluto caráter de confisco. Afirma que a penalidade por infração atinente as acusações fiscais que lhe foram imputadas, conforme disposto no auto de infração, está prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Frisa ser absurdo observar-se que eventuais diferenças no quantitativo de estoque resulta em encargo punitivo absolutamente constrangedor de 100% do tributo atualizado. Ora, em se tratando

de princípios da razoabilidade e proporcionalidade, montantes em patamares tão altos só são exigidos, por outros entes Federativos, quando se tratar de dolo, fraude ou simulação, nenhuma das situações relacionados ao caso em evidência.

Assevera que a multa aplicada é sim, desnecessária e desarrazoada, porque o montante relativo ao Auto de Infração não é devido e a multa aplicada é definitivamente confiscatória.

Assim, a manutenção da multa no presente caso configurará um verdadeiro confisco e enriquecimento sem causa por parte do Erário Público, em violação frontal ao que dispõe o art. 150, IV, da CF/88, e é evidente que a cobrança da multa notória e comprovadamente indevida ofende princípios que devem reger a Administração Pública, como a moralidade administrativa, a impossibilidade de enriquecimento sem causa, e a eficiência.

Aduz que a falta de referência expressa às multas tributárias no art. 150, IV, da CF não é óbice à sua invocação e aplicação em julgados do Supremo Tribunal Federal. Tanto a instituição de tributos como a previsão de multas devem conformar-se não apenas ao princípio da legalidade, mas também aos demais princípios, sob pena de invalidade. Sobre o tema cita jurisprudência.

Conclui ser inafastável o entendimento de que a multa observa o princípio do não-confisco tributário e, considerando que não houve dolo, fraude ou simulação *in casu*, o montante aplicado de 100% do tributo deve ser reduzido, ainda mais quando verificado que a autuação é improcedente.

Nos termos do art. 137, inciso I, alínea 'a', do RPAF/BA e conforme demonstrado linhas acima, aduz que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração, conforme será justificado.

Explica que restou claramente demonstrado, que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, operando-se por consequência a extinção do crédito tributário. Também se faz necessária diligência para demonstração de que não foi aplicado no levantamento fiscal, o desconto relativo ao percentual de quebras determinado na Portaria SEFAZ nº 445/98.

Diante do que foi exposto e certa da necessidade e do deferimento da diligência fiscal ora requerida, apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Por todas as razões aqui expostas requer: a) a realização de diligência fiscal, para que seja confirmado, através de consulta ao sistema da SEFAZ, de que houve recolhimento do ICMS nos períodos autuados o que acarreta a extinção pela decadência dos períodos anteriores aos 5 anos da intimação do auto de infração, bem como seja aplicado o percentual de quebras atinente ao comércio varejista de Supermercados determinado na Portaria SEFAZ nº 445/98 sobre a parte remanescente do auto de infração.

Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa expostas, requer seja dado integral provimento à Impugnação Administrativa, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida.

O Autuante presta informação fiscal fls.81/83. Diz que em ação fiscal concluída em 11/12/2020 foi lavrado o presente Auto de Infração cuja exigência se deu através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado, no ano de 2015, e a Autuada interpôs Defesa Administrativa cujos argumentos aborda a seguir.

Informa ser de vital importância esclarecer que o estabelecimento da Autuada não é varejista e sim, o "CD de frios", situado na Via Urbana Industrial, s/n, Km 3,5, Centro Industrial de Aratu, Simões Filho - BA, próximo à Coca-Cola (Norsa Refrigerantes Ltda). A bem da verdade, opera nas instalações de um armazém. Sua atividade econômica é de Comércio Atacadista de Mercadorias em Geral. Com Predominância de Produtos Alimentícios.

Afirma que ao analisar a peça defensiva, constata somente dois argumentos apresentados: a) decadência do Crédito Tributário; b) Infringência ao disposto no § 1º, do artigo 3º, da Portaria 445/98.

Esclarece que o lançamento se reporta ao ICMS apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado, com data da ocorrência do fato gerador em 31/12/2015. Logo, não há que se falar em decadência.

A respeito da alegação defensiva que o lançamento fiscal infringe ao disposto no § 1º, do artigo 3º, da Portaria 445/98, aduz que parece que a Autuada não leu com a devida atenção o próprio dispositivo que transcreveu. Repete o mencionado dispositivo.

Sustenta que o texto não deixa a menor dúvida. Alcança tão somente “2,05%, no comércio varejista de supermercados;”. E este não é o caso da Autuada.

Como comprova, *print* de seu cadastro na SEFAZ/BA, a Autuada é um “CD de FRIOS” da Cencosud Brasil Comercial S/A, exercendo a atividade econômico de “Atacadista”. Não se trata de uma das lojas varejistas. Portanto, descabida sua pretensão.

Conclui que como visto, as alegações defensivas não elidem a acusação. Parece ter como único motivo a procrastinação. Nada mais que isto. Os valores em momento algum foram questionados, assim como, os números do levantamento quantitativo. Argumentos frágeis. Assim, requer a procedência do Auto de Infração.

Registro na sessão de julgamento, a presença do advogado representante da Autuada, Dr. Leonardo Leão Lamb – OAB/DF 50.284.

VOTO

Preliminarmente, observo que não foram arguidas nulidades, a respeito das formalidades necessárias a legitimidade do Auto de Infração.

Analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, demonstrativos fls. 10 a 41, comprovante de entrega a preposto do autuado dos demonstrativos e CD fls. 44/45, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

O defendente arguiu a decadência das ocorrências alvo do lançamento. Disse que a autuação levou em consideração alguns períodos já atingidos pela decadência, uma vez que as operações que fundamentam as supostas exigências, ocorreram há mais de 5 (cinco) anos da data da ciência da autuação.

A matéria se subsume a regra do CTN, em seu art. 150, § 4º, e art. 173, inciso I, conforme reproduzo a seguir:

Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa;

(. . .)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo, sem que a Fazenda Pública se tenha

pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, assim determina o art. 173, I do CTN, in verbis:

Art. 173. (. . .)

I - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Da análise dos dispositivos retromencionados, verifico que o entendimento firmado no CONSEF em reiteradas decisões e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação, seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN. Ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos, em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, as infrações ora discutidas, tratam de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias. A fiscalização em ação fiscal apurou omissão de receitas pelo Autuado, ou seja, não havia qualquer valor declarado, muito menos, valor pago a esse respeito, passível de homologação. Portanto, pela natureza das infrações, verifica-se que nenhum imposto foi declarado ou pago, ainda que de forma parcial, pelo defendente, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado.

Neste caso, se aplica a regra estabelecida no inciso I, do art. 173, do CTN. A contagem se dá, a partir do primeiro dia do exercício seguinte, àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Considerando que as ocorrências se consumaram no dia 31/12/2015, a contagem deve ser realizada a partir de 01 de janeiro de 2016. Como o autuado tomou ciência do Auto de Infração em 11/12/2020, inexistente qualquer parcela do lançamento de ofício tragada pelo instituto da decadência como quer o Autuado. Portanto, verifico não assistir razão ao defendente, no que se refere às ocorrências retratadas no presente Auto de Infração, visto que em nenhum período autuado se verifica a extinção pela decadência.

O defendente requereu realização de diligência fiscal, para que fosse confirmado, através de consulta ao sistema da SEFAZ, de que houve recolhimento do ICMS nos períodos autuados o que acarreta a extinção pela decadência dos períodos anteriores aos 5 anos da intimação do auto de infração

Indefiro de plano, a solicitação de diligência a ser realizada pela ASTEC, solicitada pelo autuado. Observo que a diligência se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas, se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, a realização de diligência pode ser dispensada. Neste caso, entendo que já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide. Ademais, como já apreciado neste voto, pela própria natureza das infrações ora discutidas, não há dúvida sobre a inexistência de qualquer pagamento relacionado a esta infração pelo autuado.

No mérito, foram apuradas três infrações à legislação tributária de regência.

A infração 01 trata de falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem 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, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, no ano de 2015.

A Infração 02 apurou omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, sendo aplicada multa de caráter acessório, por omitir saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária referentes a operações realizadas pelo CD de Frios, no ano de 2015.

No que tange à Infração 03, foi apurado falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com o percentual de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício de 2015.

Sobre a matéria, observo que o levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio em um determinado período. Portanto, são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, e sendo constatado que houve omissão de saídas ou de entradas são apurados os preços médios, e encontrada a base de cálculo para se determinar imposto devido.

No presente processo, houve a constatação de omissão de saídas e de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, anexados aos autos, sendo cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista.

Nas razões de defesa não foi apresentado qualquer documento ou argumento para se contrapor aos dados numéricos do levantamento fiscal, tendo sido apurado na Infração 01, omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração. Neste caso, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão da documentação fiscal exigível.

No que diz respeito a infração 02, que trata de multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de escrituração de notas fiscais relacionadas a mercadorias isentas e não tributáveis, considerando que o defendente não a rechaçou, a considero subsistente.

A infrações 03 se refere a diferenças apuradas em relação às entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício fechado de 2015.

O autuado não exibiu elementos suficientes para comprovar as diferenças de mercadorias apuradas na autuação e, por se tratar de produtos com recolhimento do ICMS por antecipação tributária, não sendo comprovada a origem da mercadoria, inexistente, conseqüentemente, comprovação de recolhimento do imposto.

O defendente afirmou, que não foi observado, para efeito da apuração das omissões de saídas, o disposto no § 1º, do artigo 3º, da Portaria SEFAZ nº 445/98. Disse que a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ciente da particularidade atinente ao comércio varejista de supermercados, determina que seja considerado o percentual de 2,05% calculado sobre o estoque inicial, mais as entradas do período, incluindo também, os estornos de crédito realizados pelo Contribuinte a título de quebras para efeito das omissões de saídas verificadas no período.

A respeito desta alegação, assim estabelece o § 1º, do artigo 3º, da Portaria SEFAZ nº 445/98:

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

§ 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;

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que conforme comprova, *print* de seu cadastro na SEFAZ/BA, a Autuada é um “CD de FRIOS” da Cencosud Brasil Comercial S/A, exercendo a atividade econômica de “Atacadista”. Não se trata de uma das lojas varejistas do defendente. Portanto, descabida sua pretensão.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, especialmente da leitura do dispositivo retro mencionado, observo que apesar de sua alegação, o defendente não trouxe ao processo, as provas necessárias, com o condão de comprovar que as operações ora em discussão foram realizadas por estabelecimento varejista, como quer sua defesa.

Sendo assim, considerando que o defendente deixou de apresentar prova com o condão de ilidir qualquer das infrações, concluo que todas são subsistentes.

O defendente afirmou, que na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência, requereu o cancelamento ou mesmo a redução das multas cobradas nestas infrações, por considera-las absurdas, confiscatórias e desproporcionais.

No que concerne ao pedido de redução da multa, deixo de acatá-lo. Importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e o art. 158 do RPAF/99 foram revogados. Sendo assim, evidencia-se também, a impossibilidade legal, para atendimento a este pleito do defendente.

Quanto à inconstitucionalidade pleiteada sobre o caráter confiscatório da multa proposta, em que pese a citação de julgado do STF e de Tribunais do Poder Judiciário na peça defensiva, a análise fica prejudicada em virtude da falta de competência deste Órgão Julgador para tanto.

De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087016.0014/20-6**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$175.293,05**, acrescido das multas de 100% sobre R\$174.957,22, e 60% sobre R\$335,83, previstas no inciso III, e alínea “d”, inciso II, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XXII, do art. 42 do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR