**PROCESSO - A. I. Nº 269193.0005/20-4**
**RECORRENTE - ATACADÃO S.A.**
**RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**
**RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0286-04/20-VD**
**ORIGEM - DAT NORTE / IFEP**
**PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/11/2022**

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0279-12/22-VD**

**EMENTA: ICMS. 1.** RECOLHIMENTO A MENOS ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. COSMÉTICOS. Afastada a exigência relativo a produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Modificada a Decisão. Infração procedente em parte. **2.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a**) OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SUPERIOR A OMISSÃO DE ENTRADA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **b**) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS.SUPERIOR AS OMISSÕES DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ANTERIORES DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. **c**) RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Diligência fiscal promoveu agrupamentos de produtos com características similares, adequou a conversão de estoques e considerou as perdas, extravios e roubos dentro do limite admitido pela Portaria nº 445/1998. Diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Reduzido o débito das infrações 2, 3 e 4. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão. Rejeitados os pedidos de nulidade. Não acolhido o pedido de redução ou cancelamento da multa por falta de amparo legal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a decisão proferida pela 4ª JJF, com base no art. 169, I, "b" do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 30/03/2020, exige ICMS, no valor de R$ 537.845,58, em razão do cometimento de quatro infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 2 e 4 que acusam:

***1.*** *Recolhimento efetuado a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - R$ 48.047,70 acrescido da multa de 60%.*

***2.*** *Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documento fiscal, sem 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, nos exercícios de 2015 e 2016 - R$ 437.461,20, acrescido da multa de 100 %.*

***3.*** *Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das*

*entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício (2016) - R$ 35.146,11, acrescido da multa de 100%.*

***4.** Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2016) - R$ 17.190,57 acrescido da multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 83 a 89) a 4ª JJF inicialmente rejeitou os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração por entender que as infrações são claras de forma analítica (fls. 53 e 54), identifica os fatos; sujeito passivo; base de cálculo; alíquota; o montante do débito, com indicação do enquadramento legal da infração e respectiva penalidade, tudo em conformidade com as disposições do RPAF/BA.

Indeferiu o pedido de realização de perícia ou diligência fiscal, por entender ser desnecessárias nos termos do o art. 147, inciso II, alínea "a" do RPAF/BA.

Acolheu o pedido de relativo ao declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em 2015 da infração 1 (alíquota diversa da operação), com valores de R$ 167,36 e R$ 203,88, referentes aos meses de fevereiro e março/2015, totalizando o montante de R$ 371,24, considerando a dada da ciência do auto de infração em 22/04/2020, com base no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional e entendimento manifestado Incidentes de Uniformização PGE 2016.194710-0, tendo em vista que o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto devido e efetuou o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas.

Em seguida passou a apreciação das razões de mérito:

*A infração 01 acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

*O impugnante nega o cometimento da infração asseverando ter aplicado corretamente a alíquota indicada na legislação de regência. Para comprovar a sua afirmativa apresenta demonstrativo (DOC 02), indicando a inexistência de débito a ser exigido.*

*O autuante ao prestar a Informação Fiscal informa que a infração abarca duas situações:*

1. *Produtos com saídas sob o CFOP 5102 e com alíquota adotada "zero".*
2. *Produtos com saídas sob o CFOP 5405 que a fiscalização considerou como sendo de tributação normal;*

*Diz que em relação ao item 01 o contribuinte nada questionou. Em relação ao segundo item, informa que o DOC 02, apresentado na defesa, tomou como base o levantamento elaborado na auditoria e disponibilizado ao sujeito passivo, para análise, antes da lavratura do Auto de Infração.*

*Informa que os produtos do mês de janeiro de 2015 não estão sendo objeto de exigência, pois foram excluídos do levantamento fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração. Em relação aos demais meses mantém o seu entendimento e diz ser totalmente procedente a infração.*

*Concordo com o opinativo do autuante, pois como bem esclarecido pelo autuante antes da lavratura do Auto de Infração o sujeito passivo apontou equívocos no levantamento fiscal, e os mesmos foram acatados pela fiscalização, tanto que as operações que envolvem os produtos contestados não estão inseridos no levantamento que embasa o presente lançamento.*

*No que diz respeito aos itens referentes às saídas registradas com CFOP 5405- Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, caberia ao sujeito passivo apontar as mercadorias sujeitas ao referido regime, indicadas no Anexo I do RICMS, mesmo que por amostragem, o que não ocorreu, razão pela qual a infração 01 é parcialmente subsistente, no valor de R$ 47.676,46, em razão da aplicação da decadência suscitada, no valor de R$ 371,24.*

*As infrações 02, 03 e 04 foram decorrentes de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados. Sendo que na infração 02 foram apuradas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão*

*monetária – a das operações de saídas, nos exercícios de 2015 e 2016.*

*As infrações 03 e 04 tratam de omissões de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo exigido o imposto por solidariedade por ter o contribuinte adquiridomercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (infração 03) e imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado,deduzida a parcela do tributo exigido na infração anterior, a título de crédito fiscal (infração 03), no exercício de 2016.*

*Observo que as bases de cálculo obedeceram ao previsto na Lei nº 7.014/96, conforme indicado no Auto de Infração, qual seja, art. 23-B para a Infração 02, art. 23, inciso I (infração 03) e art. 23, inciso II (infração 04).*

*O impugnante alegou que no levantamento fiscal ocorreram inconsistências, no que diz respeito ao estoque inicial, entradas, saídas, estoque final – quanto na identificação do tipo de omissão imputada, o que pode ser constatado e corroborado pela documentação fiscal que informa estar anexando (doc. 03).*

*O autuante ao prestar a Informação Fiscal não acata o argumento defensivo afirmando que ao examinar o citado documento verificou que se trata de um levantamento com as supostascorreções de unidades de alguns produtos, sem qualquer contestação específica daquele apresentado na autuação.*

*Assevera que no decorrer da fiscalização o contribuinte foi intimado a apresentar os índices de conversão de unidades que não constavam no arquivo 022 da EFD e a sua manifestação foi inteiramente acatada e todos os índices apresentados foram lançados no aplicativo SIAF desta SEFAZ, ferramenta utilizada na auditoria de estoque.*

*Como esclareceu o autuante a insurgência do sujeito passivo reside no fato de que não teriam sido efetuados agrupamentos de diversos itens.*

*De acordo com o item III do art. 3º da Portaria 445, que regulamenta os procedimentos referentes aos levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias observo que é admissível o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias ou quando a mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação. A delimitação da forma como olevantamento fiscal deverá ser efetuado, dependente da maneira como o contribuinte escritura seus livros e documentos fiscais.*

*No presente caso observo que, de acordo com a informação prestada pelo autuante, tal providência foi efetuada, pois foram acatados todos os índices de conversão de unidades indicados pelo sujeito passivo. Assim, caberia ao mesmo apontar objetivamente os itens que não foram contemplados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização e não apresentar novo levantamento, sem indicar objetivamente as supostas irregularidades.*

*Dessa forma, concordo com as informações apresentadas pelo autuante e concluo pela subsistência das infrações 02, 03 e 04.*

*Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R$ 537.474,34, tendo em vista a exclusão parcial da infração 01, no valor de R$ 371,24.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 101/114) o recorrente inicialmente comenta as infrações, e por se tratar de situação fática requisitou a realização de diligência que não foi deferida, apesar de haver reconhecimento da ocorrência de decadência tributária.

Preliminarmente, reapresenta declaração de nulidade do lançamento sob argumento de cerceamento do direito de defesa, em razão de que foram indicados capitulação genérica com indicação dos artigos 16, 16-A, 23, I e II e 23-B da Lei nº 7.014/96 e art. 217 do RICMS/BA, infringindo os art. 142 do CTN e 39 do RPAF/BA que transcreveu à fl. 105. Conclui afirmando que diante da falta de clareza e precisão na descrição das infrações o lançamento deve ser declarado nulo por implicar em cerceamento do direito de defesa.

Requer a declaração de nulidade do lançamento tendo em vista que requereu a realização de perícia técnico-contábil em busca da verdade material, dado a inexatidão e incorreção de dados em que a fiscalização se apoiou, tendo ocorrido erro de fato na constituição do crédito tributário, o que foi indeferido pelos julgadores da primeira instância. Argumenta que se não declarado nula a decisão para análise da documentação juntada com a defesa, requer o seu deferimento nos termos dos arts. 123, § 3º, 136, § 1º, I, 137, I, "a", 138, § 1º e 145 do RPAF/BA.

No mérito, com relação à infração 1, ressalta que as operações foram tributadas corretamente

conforme item 25.2 do Anexo I do RICMS/BA, vigente até o dia 31/01/2015, conforme documentos juntados com a defesa.

Com relação às infrações 2 e 4, reafirma que ocorreu erro de fato, que configura vício na origem da ação fiscal, contrariando o disposto no art. 142 do CTN. Cita texto de doutrinadores (Mizabel Derzi) acerca da ocorrência de erro de fato, ressaltando que as operações de fiscalização transbordam dezenas de milhares, milhares de produtos e informações sintetizadas nos documentos que lastrearam a autuação e documentos juntados com a defesa que não foram considerados no julgamento da primeira instância, negando a produção de prova pericial.

Ressalta que utilizou do critério de amostragem para provar os erros decorrentes do levantamento quantitativo de estoque, que alcançaram os estoques inicial e final, e de entradas e saídas do estabelecimento fiscalizado.

Argumenta que não foi possível decifrar a origem dos dados imputados às operações da recorrente, "tamanha a discrepância com a realidade fática então aplicável" oficialmente lançada nos seus sistemas de registros e escriturações (SPED/EFD), implicando em cerceamento do direito de defesa, pois não foi comprovado a origem das informações constantes dos sistemas da própria Secretaria da Fazenda/BA.

À fl. 109 apresentou um diagrama relativo ao produto Papel Hig. Personal FSAQ 30M 1 X 16 ROLO indicando quantidades consignadas, indicando o código raiz do estoque movimentado, o formato da embalagem, as saídas indicadas pelo fisco e as registradas pela empresa, bem como o estoque final indicado pelo fisco e pela empresa.

(**g**) Saídas cf. Fisco (**h**) saídas cf. Recorrente (**i**) Estoque final cf. Fisco (**j**) Estoque final cf. Recorrente

Afirma que o levantamento quantitativo da fiscalização demonstra no mínimo, razoável dúvida quanto à sua regularidade o que justificaria a perícia requerida, visto que a diferença relativa à omissão de saídas, e, de estoques inicial e final, foi quase 3 vezes maior do que o realmente ocorrido em relação a supostas omissões de saídas (21.516,375 unidades, e, não, 6.690 unidades como de fato ocorreu), e mais de 15 vezes menor, o estoque final da recorrente, indicando:

> *(d) + (f) = 15.335 + 51.283 = 66.618 itens ao longo do exercício;*
> *66.618 - (h) = 17.180 itens sem saídas, e,*
> *17.180 - (j) = 6.990 itens com saídas supostamente omitidas*

Conclui afirmando que sendo, 6.990 itens, tomados individualmente pela menor embalagem possível (código raiz + código embalagem), não tiveram saídas registradas, e, não, como pretende crer o fisco, 21.516,375, "*esclarecendo que as 6.990 supostas omissões decorrem de episódios em que as mercadorias por alguma razão não mais são encontradas, em casos, por exemplo, de* ***furtos, roubos em larga escala, ou, até mesmo, vendas a maior, constatação apenas verificada após contagem física do estoque***", o que na pior das hipóteses, sobre tais omissões deveriam recair imposto e multa.

Afirma que os estoques inicial e final ('d' e 'i') estão devidamente registradas no SPED/EFD, o que pode ser confirmado pelo fisco, a qualquer momento, indicando a chave de acesso.

Reafirma que há um descompasso entre a acusação e os argumentos da recorrente, de acordo com os documentos comprovados, mas não mereceram deferimento de perícia técnico-contábil na 1ª Instância, o que justifica a anulação da decisão proferida, para realização de diligência o que subsidiariamente, requer que sejam realizadas nesta instância administrativa.

Ressalta que esses reflexos, alcançam as pretensões de imposto e multa nas supostas omissões de entradas sob o regime de ST ou antecipação, "cujos ajustes aritméticos necessários serão de forma efetiva demonstrados pela perícia requerida", e, somente aí poderia se falar em solidariedade (no regime sob ST) e antecipação de imposto.

Quanto as multas aplicadas com porcentuais de 60% e 100%, invoca aplicação de princípios, sob pena de lesão a direitos fundamentais, e vão de encontro com os primados da proporcionalidade e razoabilidade, em face de sua finalidade pedagógica precípua, tendo como função inibir, em devido grau, condutas indevidas ou ilícitas dos contribuintes, mas se mostram, enfim, confiscatórios (art. 150, IV da CF), conforme entendimento do STF (ADI 1075/MC/2006; RMS 29.302/GO/2009; AI 482.281/2009) e do STJ (Resp 728.999/PR/2016).

Em 30/07/2021 a 2ª CJF decidiu converter o processo em diligencia à INFAZ DE ORIGEM (fls. 121/122) no sentido de que o autuante: **i**) analisasse os demonstrativos por produto com relação ao enquadramento no regime de substituição tributária e sua vigência em relação a infração 1; **ii**) a documentação apresentada com relação as infrações 2, 3 e 4, esclarecendo como foi feita a conversão dos estoques contidas na EFD (Registro 0200) e **iii)** promover os ajustes do levantamento quantitativo de estoques relativo a infração 2, considerando as perdas (art. 3º da Portaria nº 445/98, com atualização das Portarias nº 159/19 e 01/2020).

O autuante na informação fiscal (fls. 127/133), em atendimento a diligência, informa que em relação **a infração após** análise do Anexo I do RICMS/2012, verificou que os produtos com NCM 7413 não estão classificados, porém o item 28 traz genericamente *Peças, componentes, e acessórios para veículos automotores e* diante da lacuna, efetuou a retirada do produto cabo bateria da imputação e apresentou novo demonstrativo de débito à fl. 127 (manteve afastado os valores dos meses de fevereiro e março de 2015, da decisão da primeira instância).

Com relação as infrações 2, 3 e 4 (estoque), esclarece que quando os fatores de conversão são informados pelo contribuinte (Registro 0220) utiliza no aplicativo SIAF que faz a conversão automática de unidades, mas não tendo informado a empresa foi intimada e acatado os índices de conversão apresentados foram lançados no SIAF, conforme recorte da tela impressa na fl. 128 (2015).

Também para agrupamento de produtos com unidade diferente, foi feito a conversão, conforme *print* da tela à fl. 128.

Quanto as questões trazidas pelo defendente acerca do produto PAPEL HIG.PERSONAL FSAQ 30M 1X16 4ROLO, código do grupo 1-4445115, apresenta um print da tela do SIAF à fl. 130 para demonstrar que os números apresentados referem se ao produto com código 1-4445903 e não o 1-4445115.

Também que o extrato do Inventário do período levantado (EI 2015), constante da EFD e tabulado pelo SIAF (CD à fl. 22), filtrou todos os produtos do tipo "PAPEL HIG.PERSONAL" que fazem parte do levantamento e não há no estoque do dia 31/12/2014 o produto PAPEL HIG.PERSONAL FSAQ 30M 1X16 4ROLO, código do grupo 1-4445115 (EI 2015 = zero), enquanto o o produto com código 1-4445903 (indicado na defesa) tem EI. 2015 = 15.335 UM.

Observa que além do código diferente, a descrição de 1X16 e o outro é 1X1.

Informa que admitiu fazer o agrupamento considerando o produto no grupo 1-4445115, incluindo as devidas conversões de unidades, e agrupou quando cabível todos os produtos que, mesmo não tendo a mesma descrição nem o mesmo código, guardam relação de conteúdo, tendo apurado no resultado geral:

> ***2015*** *- desfavorável ao contribuinte e manteve o valor original;*
>
> *Em seguida apresentou o print do SIAF (fl. 131) OLEO SOJA SOYA e considerou todas as saídas dos produtos identificando 4 (quatro) discriminações e códigos diferentes, tendo considerado todas, compatibilizando suas unidades.*
>
> ***2016*** *- afirma que efetuou a revisão e promoveu agrupamentos, quando cabível, o que mostrou-se favorável ao litigante.*
>
> *Em seguida, atendendo ao determinado na diligência, promoveu o ajuste das perdas, sobre a omissão de saída apurado na infração 2, conforme demonstrativos anexos (mídia de fl. 133).*

Com os ajustes procedidos, informa que no CD apensado à fl. 133, resultou na redução do débito

da infração 1 de R$ 48.047,70 para R$ 43.108,88; a infração 02, fica mantido o valor original de R$ 251.354,91 no exercício de 2015 e o de 2016 fica reduzido de R$ 186.106,29 para R$ 134.544,63; a infração 3, fica reduzida de R$ 35.146,11 para R$ 28.557,48 e a infração 4, passa de R$ 17.190,57 para R$ 14.466,83.

A Inspetoria Fazendária cientificou o estabelecimento autuado do resultado da diligência fiscal, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) dm 10/03/2022 com data da leitura em 15/03/2022, inclusive com o fornecimento dos arquivos (fl. 136), tendo concedido prazo de dez dias para se manifestar-se, o que não ocorreu, tendo o processo sido enviado ao CONSEF.

**VOTO**

Inicialmente, com relação a arguição da nulidade sob argumento de que a indicação genérica dos artigos 16, 16-A, 23, I e II e 23-B da Lei nº 7.014/96 e art. 217 do RICMS/BA, implicou em cerceamento do direito de defesa, observo que os dispositivos da Lei nº 7.014/96 (16 e 23) indicam as alíquotas a serem aplicadas, cuja infração 1 descreve que recolheu o ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, que foi discriminado no demonstrativo de débito indicando a alíquota correta e a que foi aplicada (entregue ao contribuinte – fl. 21).

Por sua vez o art. 217 do RICMS/BA indicado na capitulação da infração 4, indica o que deve ser escriturado no livro Registro de Entradas, aos optantes pelo Simples Nacional. Como a infração 4 trata de omissão de registro de entrada de mercadorias, não há incoerência com o registro de operações de entrada na EFD. Ressalte-se que o contribuinte indicou inconsistências no levantamento fiscal, que implicou em realização de diligência fiscal, cujo resultado lhe foi fornecido.

Por tudo que foi exposto, constata-se que o sujeito passivo entendeu e se defendeu do que foi acusado nas infrações 1 e 4, motivo pelo qual fica rejeitada a nulidade suscitada.

Quanto a nulidade do lançamento suscitada sob o argumento de que requereu a realização de perícia técnico-contábil para aferir a inexatidão e incorreção de dados, que foi indeferido pelos julgadores da primeira instância, observo que esta 2ª CJF deferiu a realização de diligência fiscal (fls. 121/122), cujo atendimento analisou os dados apresentados e acatou em parte, cujo resultado foi fornecido ao contribuinte e concedido prazo para se manifestar o que não ocorreu.

Pelo exposto, fica rejeitada a nulidade suscitada, tendo em vista que é uma faculdade do julgador indeferir o pedido de perícia fiscal quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos (art. 147, II, "a" do RPAF/BA) e atendimento que culminou em realização de diligencia fiscal na segunda instância, cujo resultado foi fornecido ao recorrente.

No mérito, com relação à infração 1, o recorrente apenas reapresentou a alegação da defesa de que as operações foram tributadas corretamente, a primeira instância apreciou os argumentos relativos as saídas sob o CFOP 5102 com alíquota "zero" e CFOP 5405 (tributação normal).

Em atendimento a diligência fiscal (fls. 127/133), o autuante retirou do levantamento fiscal o produto "Cabo bateria Western" com NCM 7413, não estava classificado no item 28 do Anexo 1 do RICMS/BA.

Cientificado da informação fiscal sobre a diligência fiscal o contribuinte não contestou o seu resultado. Por isso, acato o demonstrativo de fl. 127, conforme resumo abaixo:

| Data Ocorr | Data Vencto | Autuado | Julgado |
|---|---|---|---|
| | | | |
| 28/02/15 | 09/03/2015 | 167,36 | - |
| 31/03/15 | 09/04/2015 | 203,88 | - |
| 30/04/15 | 09/05/2015 | 187,71 | 53,82 |
| 31/05/15 | 09/06/2015 | 182,54 | 21,26 |
| 30/06/15 | 09/07/2015 | 3.713,29 | 3.713,29 |
| 31/07/15 | 09/08/2015 | 4.648,95 | 4.496,72 |
| 31/08/15 | 09/09/2015 | 4.863,77 | 4.569,45 |

| Data Ocorr | Data Vencto | Autuado | Julgado |
|---|---|---|---|
| 31/01/16 | 09/02/2016 | 2.311,93 | 2.107,17 |
| 29/02/16 | 09/03/2016 | 3.928,24 | 3.641,57 |
| 31/03/16 | 09/04/2016 | 4.964,32 | 4.715,97 |
| 30/04/16 | 09/05/2016 | 391,92 | 309,14 |
| 31/05/16 | 09/06/2016 | 413,81 | 161,52 |
| 30/06/16 | 09/07/2016 | 433,78 | 201,20 |
| 31/07/16 | 09/08/2016 | 586,11 | 266,81 |
| 31/08/16 | 09/09/2016 | 970,76 | 671,17 |

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 30/09/15 | 09/10/2015 | 5.712,44 | 5.617,72 | 30/09/16 | 09/10/2016 | 616,57 | 423,41 |
| 31/10/15 | 09/11/2015 | 5.962,32 | 5.629,39 | 31/10/16 | 09/11/2016 | 434,32 | 217,51 |
| 30/11/15 | 09/12/2015 | 4.888,84 | 4.787,35 | 30/11/16 | 09/12/2016 | 405,30 | 239,74 |
| 31/12/15 | 09/01/2016 | 1.440,02 | 1.288,40 | 30/12/16 | 09/01/2017 | 619,52 | 347,52 |
| **Total** | | | | | | **48.047,70** | **43.480,13** |

Observo que o autuante indicou incorretamente o valor à fl. 132, tendo deduzido duas vezes o valor de R$ 371,24 que já tinha sido afastado na decisão da primeira instância.

Reformada a decisão, com redução do débito de ficando reduzido o débito de R$ 48.047,70 para 43.480,13. Infração 1 procedente em parte.

No que se refere a nulidade suscitada sob o argumento de que ocorreu erro de fato relativo às infrações 2 e 4, configurando vício insanável, observo que o levantamento quantitativo de estoques foi realizado com base na escrituração de documentos fiscais registrados na EFD (notas fiscais de entrada e saída) e estoques inventariados e escriturados (Livro de Controle de Estoques). Na diligência realizada foram esclarecidas as inconsistências apontadas o que será apreciado na questão de mérito. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, com relação as infrações 2, 3 e 4, no recurso apresentado, o contribuinte alegou existência de erros no levantamento quantitativo de estoque, em decorrência de a fiscalização não ter considerado a movimentação das mercadorias em função do formado das embalagens, consignadas em unidades, pacotes, caixas, fardos, a exemplo do produto Papel Hig. Personal FSAQ 30M 1 X 16 ROLO, conforme diagrama apresentado à fl. 109, indicando quantidades registradas pela empresa que difere da indicada pelo autuante.

Também, que não foi considerado as inconsistências decorrentes de furtos e roubos.

Em atendimento a diligencia determinada por esta 2ª CJF, o autuante esclareceu que:

**i)** não tendo indicado na EFD (Registro 0200) os fatores de conversão estoques intimou o contribuinte apresentar os fatores de conversão (Registro 0220);

**ii)** os produtos que indicou erro de conversão se trata de produtos com códigos diferentes, mas que fez agrupamento dos mesmos por apresentar similaridade.

Constato que à fl. 7 dos autos consta intimação de 05/11/2019, com prazo de cinco dias para preencher e enviar "Fatores de Conversão p Grupos de Estoques" e nas fls. 8 e 9, as intimações por e-mail encaminhadas e lidas no DTE.

Quanto as indicações de erros de conversão, o autuante esclareceu (fl. 129) que o produto PAPEL HIG.PERSONAL FSAQ 30M 1X16 4ROLO, é do código 1-4445903 e não do código 1-4445115 que foi indicado no recurso interposto. Entretanto, promoveu o agrupamento dos produtos, considerando as peculiaridades dos códigos diferentes, ou seja, pacote (1X16) ou unidades (1X1).

Também, promoveu os ajustes no levantamento da infração 2, considerando as perdas admitidas no art. 3º da Portaria nº 445/98, decorrentes de perda, roubos ou extravios.

Por tudo que foi exposto, considerando que foi dado ciência da informação fiscal prestada em atendimento a diligência fiscal (fls. 134 a 140), com encaminhamento de todos os demonstrativos refeitos e o recorrente não se manifestou no prazo legal concedido, acolho os demonstrativos refeitos pela fiscalização (gravado na mídia de fl. 132), ficando mantido o valor original de R$ 251.354,91 no exercício de 2015 e no de 2016 reduzido de R$ 186.106,29 para R$ 134.544,63. A infração 3, fica reduzida de R$ 35.146,11 para R$ 28.557,48 e a infração 4, de R$ 17.190,57 para R$ 14.466,83.

Por fim, questões relativas ao caráter confiscatório da multa e inconstitucionalidade, verifico que os porcentuais são indicados no art. 42, II e III da Lei nº 7.014/96 e falece competência a este Colegiado tal análise ou mesmo a não aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 125, I e III do COTEB.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário conforme resumo

abaixo:

| INF. | AUTUADO | JULGADO 4ª JJF | JULGADO 2ª CJF | INFRAÇÃO |
|---|---|---|---|---|
| 1 | 48.047,70 | 47.676,46 | 43.480,13 | PROCEDENTE EM PARTE |
| 2 | 437.461,20 | 437.461,20 | 385.899,54 | PROCEDENTE EM PARTE |
| 3 | 35.146,11 | 35.146,11 | 28.557,48 | PROCEDENTE EM PARTE |
| 4 | 17.190,57 | 17.190,57 | 14.466,83 | PROCEDENTE EM PARTE |
| **TOTAL** | **537.845,58** | **537.474,34** | **472.403,98** | |

**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 269193.0005/20-4,** lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R$ 472.403,98**, acrescido das multas de 60% sobre R$ 57.946,96 e 100% sobre R$ 414.457,02, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "d" e III, "g" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS