

A. I. Nº - 281424.0005/20-3
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.03.2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. O autuado alegou que o autuante não considerou o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, bem como o índice relativo à devolução dos produtos, em face de validade de prazo vencida, deteriorização, contudo, não trouxe qualquer elemento comprobatório da sua alegação. Alegou também que o autuante não observou o agrupamento de mercadorias no levantamento realizado, no entanto, não traz qualquer elemento de prova capaz de confirmar a sua argumentação sobre quais produtos afins deveriam ser agrupados e o autuante não agrupou. Procede a afirmativa do autuante de que em relação a alguns itens, o autuado utilizou códigos diferentes para um mesmo produto, contudo, para estas situações realizou no levantamento agrupamentos, conforme consta nos demonstrativos que elaborou. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$1.280.892,77, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *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.*

Consta que os demonstrativos e documentos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 1 do Auto de Infração, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do Contribuinte em mídia tipo CD-R.

Período de ocorrência: 31/12/2016.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 132 a 145-

v). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Declara que a teor do art. 425, IV, do CPC/2015, que as cópias reprográficas anexadas são legítimas e fazem a mesma prova que as originais. Protesta para que seja intimado da inclusão em pauta de julgamento do presente processo, com fins de sustentação oral. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Consigna os fundamentos da iliquidize do lançamento fiscal. Afirma que o Auto de Infração é nulo/improcedente em sua integralidade pelas razões que apresenta.

Alega que as informações contidas na planilha elaborada pelo autuante não são insuficientes para caracterizar a suposta infração. Diz que se o autuante sustenta que houve omissão de saídas de mercadorias, deveria, no mínimo, demonstrar nota a nota como chegou a tais conclusões, quais foram as entradas, as saídas e os estoques final e inicial considerados, decerto que era sua a obrigação demonstrar com base em que dados foi possível chegar a tal conclusão, em especial quando tal conclusão decorre de um “pseudo” levantamento analítico de estoques.

Frisa que para que uma auditoria conclua mediante um levantamento analítico de estoques que houve omissão de saída, ou seja, venda sem nota fiscal, é necessário que, analisando os estoques, inicial e final, de determinada mercadoria, bem como cada compra realizada e cada venda declarada do mesmo bem, observe um saldo correspondente. Neste sentido, apresenta um exemplo.

Aduz que o cerceamento de defesa está no fato de que, quando a Fiscalização não informa, ou seja, não apresenta, os inventários considerados, no caso inicial e final, e as notas fiscais de entradas e saídas, fica impossível demonstrar eventual erro de apontamento do levantamento quantitativo, somando, ainda, a existência de produtos cuja saída é isenta.

Nesse sentido, invoca e reproduz o artigo 18, II, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, que estabelece que são nulos os atos, proferidos com preterição do direito de defesa ou, ainda, quando não contiver elementos suficientes para determinar a infração. Ainda, no mesmo sentido, invoca e reproduz os artigos 2º e 39, assim como, ensinamento de Hely Lopes Meirelles.

Assevera que desse modo, não é difícil perceber que os valores apresentados pela Fiscalização são ilíquidos e incertos, fato que por si só leva a nulidade da autuação.

Assinala que apresenta exemplos que deixam clara a insubsistência das informações contidas nas planilhas do autuante, tratando especificamente dos produtos arrolados na autuação, apontando a diferença entre os dados da empresa e do autuante em relação às saídas das mercadorias, conforme tabela que apresenta.

Ressalta que as incompatibilidades entre as informações permanecem em quase toda a planilha apresentada pelo autuante, sem que tenha sido, em momento algum, juntada prova dos meios a partir dos quais se foi possível chegar aos dados informados pelo autuante.

Alega que uma perícia técnica no levantamento analítico disponibilizado pela Fiscalização certamente atestaria a situação alegada, o que requer.

Salienta que o mesmo pode ser observado quando se compara as operações de entrada e saída para compor o estoque final (SPED x Autuação), já que, ao utilizar a fórmula do estoque final (estoque final + entrada – saída – perdas), confirma-se a inexistência de omissão, conforme exemplos que apresenta atinente às mercadorias “HARPIC CLIQ LAV 25G ROXO” e o “ESMALT VBEATY MONICA MAGALI 1 UM”.

Alega que o autuante utilizou-se da presunção para caracterizar a infração, e no amparo desta não se pode exigir qualquer valor, razão pela qual o presente Auto de Infração é nulo de pleno direito. Neste sentido, invoca e reproduz excertos de lição de Vittorio Casssone.

Reitera que a ausência do demonstrativo analítico contendo as notas fiscais consideradas no levantamento torna impossível identificar a origem do erro fiscal e o crédito tributário ilíquido e incerto, o que impõe a declaração de nulidade do presente Auto de Infração.

Tece outras considerações decorrentes da ausência dos dados que permitiram concluir pela omissão de saídas objeto da acusação fiscal, invocando os artigos 5º, II, LV, 150, I, 37, da CF, o art. 39, VI do RPAF/BA/99, e os artigos 114 e 142 do CTN. Do mesmo modo, invoca e reproduz lições de Paulo Celso B. Bonilha e Ives Gandra da Silva Martins.

Conclusivamente, diz que desse modo, evidenciado o cerceamento do direito de defesa, deve ser julgado nulo o presente Auto de Infração, em atenção ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no art. 18, II, IV, “a” do RPAF/BA/99, o que requer.

Prosseguindo, alega cobrança indevida do ICMS sobre produto cuja saída é isenta.

Consigna que segundo a Fiscalização a empresa promoveu a saída de pescado sem emissão de documento fiscal e, por sua vez, sem recolhimento do imposto. Apresenta tabela na qual relaciona os códigos e descrição dos pescados.

Afirma que em conformidade com o art. 265, II, “e”, do RICMS/BA/12, o pescado é isento de tributação, como se verifica diretamente da referida norma vigente ao tempo de ocorrência dos fatos, pelo mesmo até 31/05/2016. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Assevera que o item é comercializado na sua forma congelada, não enlatado, nem cozido, seco ou salgado, destinado diretamente ao consumo humano e não à industrialização, além de também não estarem incluídos nas exceções expressamente previstas na legislação, no caso crustáceo, molusco e rã.

Sustenta que assim sendo, não subsiste a exigência fiscal no tocante a essa mercadoria.

Continuando, alega desconsideração da existência de um mesmo produto como códigos diversos, o que afronta a Portaria nº. 445/98.

Alega que a Fiscalização deixou de considerar um fato de extrema relevância na atividade da empresa, no caso a prática normal, na busca de promover a venda de suas mercadorias, de fazer promoções do tipo leve mais e pague menos, embalagens comemorativas ou que as aquisições são realizadas no atacado (caixa) e a revenda ocorre em unidade ou a retalho (unidade, garrafa, lata), etc. Diz que em razão desse fato, para controle dos estoques e identificação do produto, utiliza-se diferentes códigos. Ou seja, uma mercadoria pode ser identificada por mais de uma denominação ou, ainda, comportar vários subgrupos ou diversas referências.

Assevera que diante desse quadro o Fisco não poderia presumir omissão de saída de mercadoria pela simples diferença entre as operações de compra e venda, sem analisar os códigos utilizados para identificar a mesma mercadoria quando da entrada e da saída. 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.

Salienta que em razão desse fato, o Secretário da Fazenda, por meio da Portaria nº. 445, determinou que nos levantamentos de estoques, em razão da dificuldade face à diversidade de espécies, denominações e unidades de medidas de mercadorias envolvidas, o Auditor Fiscal deve fazer o agrupamento dos itens, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins. Reproduz o art. 3º da referida Portaria.

Observa que a 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”.

Aduz que esse é o caso dos autos. Alega que deveria o autuante fazer o agrupamento dos itens, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins, haja vista que o mesmo produto é movimentado com diversos códigos, ou seja, o produto que entrou como caixa, identificado por determinado código, sairá como unidade, que leva outro código. Acrescenta que além disso, as promoções temporárias também alteram a classificação do produto, que pode receber mais de um código, tanto na entrada como na saída. Neste sentido, apresenta exemplos extraídos da planilha

elaborada pelo autuante, conforme tabela.

Registra que uma prática da empresa é a aquisição da peça inteira de queijo, mortadela, presunto e que também são fatiados/fracionados ou transformados em cubo em seu estabelecimento recebendo, para tanto, novo código. Apresenta tabela contendo os códigos e a descrição dos produtos.

Diz que não vende uma peça inteira do queijo, sendo que o referido produto é fatiado e vendido em bandeja com queijo, presunto e salame, o que é notório a todos que já foram na seção de frios da empresa.

Observa que o que se discute é imprecisão da Fiscalização que não agrupou os diversos códigos de produtos derivados para mensurar a suposta omissão de saída. Acrescenta que o levantamento fiscal se limitou a comparar a quantidade de mercadorias que entrou no estabelecimento com os códigos de entradas, sem se aperceber que boa parte dessa mercadoria é manipulada, a exemplo do queijo.

Ressalta que o mesmo ocorre com diversas outras mercadorias, pois, a Fiscalização deixou de fazer a classificação da forma devida, fazendo com que aparecessem diferenças onde não existem, a exemplo da linguiça e da salsicha, conforme tabela que apresenta.

Reitera que não existe entradas de mercadorias fatiadas, mas, apenas, saídas.

Ressalta que outro tipo de equívoco cometido é a diversidade entre embalagem adquirida e a embalagem revendida, haja vista que as operações, com um mesmo produto, são realizadas com códigos diferentes, dependendo da forma de comercialização/transferência.

Em face disso, requer a realização de perícia para confirmar as verdades aduzidas, expondo-se, assim, a fragilidade da autuação e, por conseguinte, sua improcedência.

Destaca que por não ser conhecedor da diversidade de embalagens de mercadorias, o autuante acabou por atribuir quantitativos inconsistentes às mercadorias comercializadas/transferidas.

Salienta que é notório que há erros no levantamento, sendo uma ofensa ao bom senso e ao senso comum a manutenção da exigência fiscal, haja vista que a Fiscalização não considerou todos os códigos, deixando de agrupar os itens de espécies de mercadorias afins.

Registra que nesse sentido tanto o CONSEF como o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco – TATE vem excluindo os produtos com códigos diversos. Neste sentido, reproduz ementas das decisões dos referidos órgãos.

Conclusivamente, diz que deve se reunir toda movimentação de determinados produtos em seus diversos códigos, contudo, não poderá ser elaborado sem a realização de uma nova fiscalização ou perícia, o que requer.

Prosseguindo, alega desconsideração das perdas e quebras normais decorrentes da atividade desenvolvida pela empresa.

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

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

Afirma que não considerando o índice de perdas normais inerentes à atividade da empresa para todos os produtos listados e, ainda, as “quebras” no estoque, se exige o imposto sob alegação de omissão de saída, quando nessas perdas/quebras não ocorre o fato gerador do ICMS e seus valores são regularmente adicionados aos das demais operações.

Destaca que tanto é verdade que a Portaria n. 445/98 determina que as perdas devem ser consideradas nos levantamentos quantitativos, inclusive fixando percentual específico para diversas atividades, conforme transcrição que apresenta.

Assevera que inexistem razões lógicas ou jurídicas para que as perdas sejam desconsideradas no levantamento quantitativo para todos os produtos arrolados na autuação, haja vista que se observa na planilha do autuante que as perdas foram consideradas, porém, sem envolver todos os produtos. Neste sentido, apresenta exemplos dos produtos cujas perdas não foram consideradas, conforme tabela apresentada.

Diz que além disso, é notória a existência de perdas e quebras num processo de industrialização e comercialização e, conforme preceitua o art. 373, I, do CPC, “não dependem de prova os fatos notórios”. Afirma que assim sendo, se não carece de prova a existência de perdas/quebras, caberia ao Fisco provar que as perdas não existiram ou que são anormais ou mesmo que não são perdas/quebras, jamais simplesmente desconsiderar sua existência, inverter o ônus da prova e concluir que, ao contrário de perdas/quebras, ocorreram entrada e saídas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal.

Registra que nesse mesmo contexto concluiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia - CONSEF, reconhece que o procedimento de auditoria de estoque deve observar a quebra de peso, as perdas normais e, por conseguinte, que estas não devem ser reconhecidas como omissão de saídas. Reproduz ementas de julgados, bem como excertos do voto proferido no Acórdão JJF Nº. 2112-02/01, evidenciando a necessidade de que seja considerado o índice de perdas normais.

Afirma que ao inverter, desconsiderando as baixas de estoque inerentes à comercialização do produto, distorce a verdade material relativa à atividade da empresa, fato que torna as infrações destituídas de liquidez. Neste sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles.

Conclusivamente, diz que dessa forma, ao exigir imposto sob a alegação de omissão de saída, a Fiscalização está exigindo imposto sem a ocorrência do fato gerador, razão pela qual não procede a acusação fiscal.

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

Afirma que duas 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.

Alega que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Diz que a multa aplicada viola frontalmente o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, no caso o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da CF/88. Neste sentido, invoca e reproduz decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que consolidou sua jurisprudência acerca da multa aplicada pelo Estado, reconhecendo sua feição confiscatória e, desse modo, vem reduzindo ao patamar de 20%, quando arbitradas até em 100% sobre o valor do imposto e de 30%, quando são arbitradas acima de 100% sobre o valor do imposto. Acrescenta que no mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que declarou o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor do imposto, reduzindo-o para 20%, conforme decisão cujos excertos reproduz.

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

jurisprudência dos tribunais superiores.

Invoca e reproduz o art. 112 do CTN para afirmar que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, pois referido dispositivo é claro ao determinar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Diz que o direito está prenhe de certeza, porém, 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.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal. Requer, sucessivamente, 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, ainda, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à empresa (art. 112 do CTN). Protesta 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.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.191 a 205). Contesta as alegações defensivas. Diz que a análise das alegações defensivas que transcreve, percebe-se, claramente, que o impugnante não compulsou os autos com a devida atenção. Afirma que todos os relatórios sintéticos e analíticos necessários à caracterização da infração estão anexados aos autos de forma impressa, fls. 07 a 40, neste caso de forma parcial em face à enorme quantidade de páginas, e integralmente em mídia CD-R, fl. 121, da qual foi entregue ao autuado cópia integral, conforme intimação de fl. 125 e seu respectivo aviso de recebimento. Menciona como exemplo de demonstrativo analítico o denominado “Lista de notas fiscais de saída”, acostado às fls. 12 a 14 dos autos, sendo que o demonstrativo integral se encontra no CD-R, fl. 121, onde consta a relação de todas as notas fiscais de saídas utilizadas no levantamento fiscal. Observa que o referido demonstrativo contém todos os dados de identificação necessários, haja vista que feito por espécie de mercadoria, indicando cada nota fiscal de saída de um determinado produto, especificando o nº do documento fiscal, data de emissão, nº do item na nota fiscal, unidade, quantidade, valor unitário, valor total do item, etc. Registra que este relatório possui 12.026 páginas.

Diz que diversos outros relatórios analíticos estão anexados aos autos, a exemplo dos relatórios abaixo:

Lista de notas fiscais de entrada – fls. 15 a 17;

Preços médios das omissões de saída (lista de notas de entrada) fls. 29 a 31;

Preços médios das omissões de saída (lista notas fiscais de saída) -fls.23 a 25;

Preços médios das omissões de saída (lista itens de inventário) – fls. 26 a 28;

Lista geral de itens analisados (contendo os estoques inicial e final de cada produto) fls. 20 a 22.

Salienta que conforme visto, as alegações defensivas, definitivamente, não procedem.

Observa que é ponto pacífico, tanto no âmbito administrativo como judicial, que “a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, baseado nos documentos e livros oficiais do sujeito passivo, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.”

Consigna que o aduzido levantamento fiscal se trata de uma equação matemática, onde se leva em consideração o inventário inicial, as entradas e saídas de mercadorias em exercício fechado e o inventário final, apontando ao término as divergências existentes entre o que foi escrutado pelo Contribuinte e o apurado pela Fiscalização, descabendo, desse modo, falar-se em presunção. Ou seja, são fatos devidamente comprovados e demonstrados.

Contesta as alegações defensivas referentes às diferenças apontadas nas tabelas de fls. 135/136 elaborada pelo autuado, entre as saídas declaradas no SPED e as saídas apontadas na autuação e

entre as entradas declaradas no SPED e as entradas apontadas na autuação.

Salienta que o impugnante apenas menciona as supostas divergências, contudo, não traz qualquer prova do alegado, que era obrigado a trazer.

Sustenta que assim sendo, resta evidente a inexistência do cerceamento ao direito de defesa alegado, devendo ser plenamente afastada a arguição de nulidade da autuação.

Reporta-se sobre a alegação defensiva atinente a existência de isenção para o produto pescado.

Assinala que o RICMS/BA/12, quando tratava da isenção de pescado, concedia este benefício, nas saídas internas, até 31/05/2016, conforme redação que reproduz do art. 265, II, “e”, sendo que, a partir de 01/06/2016, o referido produto passou a ser tributado normalmente, creditando-se do imposto na entrada e debitando-se na saída.

Destaca o autuante a ocorrência significativa de fatos geradores após o período de 31/05/2016, conforme exemplos que apresenta.

Assevera que no período objeto da autuação, no caso exercício de 2016, o referido produto por ser tributado normalmente, devendo ser exigido o imposto no caso de omissão de saída, como qualquer outro produto também tributado normalmente.

Conclusivamente, diz que não devem ser atendidas as alegações defensivas referentes ao produto pescado.

No tocante à alegação defensiva atinente à desconsideração da existência de um mesmo produto com códigos diversos, diz que o impugnante requer a improcedência da autuação por não ter sido realizado os devidos agrupamentos de itens, desrespeitando a Portaria nº. 445/98, especialmente no seu art. 3º, III, cujo teor transcreve.

Antes de tudo, assinala que foram examinados no levantamento fiscal cerca de 29.000 produtos relacionados à comercialização, já excluídos os produtos da substituição tributária, isentos, destinados ao consumo e ao ativo immobilizado da empresa. Esclarece que estes produtos foram extraídos dos inventários Inicial e Final, assim como das notas fiscais eletrônicas de entradas e de saídas da empresa.

Assevera que todos os itens analisados foram devidamente agrupados aos seus respectivos produtos afins, conforme se observa no relatório denominado “Infração 1_IE 40721448_Lista de Grupos de Estoque_2016”, conforme CD-R de fl. 121, fato não observado pelo impugnante.

Destaca que o autuado se trata de uma empresa de grande porte do Segmento de Supermercados, no que é de conhecimento geral sua informatização em termos de codificação de produtos e automatização no momento do *checkin* e do *checkout* quando do registro das entradas e saídas destes produtos do estabelecimento, ainda mais se tratando do Centro Distribuidor da empresa, o que permite a identificação individual com exatidão das mercadorias comercializadas, ainda que as descrições dessas mesmas mercadorias se pareçam.

Enfatiza que com o advento da Escrituração Fiscal Digital – EFD e suas respectivas legislações, o contribuinte obrigado a utilizar a EFD deve observar as normas contidas no Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI (art. 249 do RICMS/BA/12), e especificar, com exatidão, cada item de mercadoria.

Diz que o impugnante traz 6 grupos de itens à fl. 139-v. que entende devem ser agrupados, analisando, exclusivamente, a simples semelhança em suas descrições, contudo, o fato das descrições serem semelhantes não é justificativa para que se efetue agrupamento dos itens, haja vista que tiveram entradas e saídas e foram inventariados todos de forma individual, com códigos diferentes e plenamente identificados.

Acrescenta que todos os itens mencionados pelo impugnante pertencem ao relatório “Infração 1_IE 40721448_Omissões de Saída_Exercício Fechado_2016”, conforme CD-R de fl. 121, ou seja, todos

os itens mencionados, sem exceção, apresentaram omissão de saídas, portanto, mesmo que se procedesse indevidamente os agrupamentos pretendidos pelo impugnante, apenas se somariam as omissões apresentadas no demonstrativo acima referido.

Apresenta análise comparativa entre os produtos pretendidos pelo impugnante que sejam agrupados.

Ressalta que todos os produtos analisados acima foram agrupados, pois existem outros produtos com códigos diferentes, mas que na verdade são os mesmos produtos, conforme se observa no demonstrativo “Infração 1_IE 40721448_Lista de Grupos de Estoque _2016”.

Assevera que dessa forma, todos os itens que eram passíveis de agrupamento foram efetivamente agrupados, não devendo prosperar as alegações do impugnante em relação a este tópico.

No tocante a alegação defensiva de que, alguns produtos são fatiados ou processados no estabelecimento e vendidos em bandejas próprias, recebendo um novo código, e que não vende, por exemplo, peça inteira de queijo, apenas eventualmente, assim como, que produtos a exemplo de queijos, presuntos, mortadelas, linguiças, salames e salsichas são usados para compor um KIT, como tábuas de frios ou bandeja com queijo, presunto ou salame, o que é notório na seção de frios da empresa e que não efetua entradas de produtos fatiados, apenas saídas, afirma o autuante que tais alegações não representam a realidade.

Salienta que conforme já frisado anteriormente, o autuado se trata de um CENTRO DISTRIBUIDOR (CD) da empresa, que compra em grande quantidade e somente efetua transferências para suas lojas para futura venda a consumidores finais. Acrescenta que o autuado não fatia e nem processa produtos e, também, não vende a consumidores finais.

Diz que para tanto basta a verificar a EFD do autuado e constatar que não existem notas fiscais de consumidor eletrônicas ou cupons fiscais. Diz que é consabido que o fatiamento, processamento, ou qualquer outro tipo de industrialização, somente ocorrem nas lojas que vendem a consumidores finais, onde as bandejas, após o fatiamento do produto, são imediatamente expostas à venda nas prateleiras, e não no CENTRO DISTRIBUIDOR, sendo que aquelas lojas (supermercados) não são objeto do presente Auto de Infração.

Acrescenta que além disso, o impugnante não traz uma única prova de suas alegações, conforme era sua obrigação, apenas cita produtos, inclusive os únicos produtos fatiados citados, no caso QJ PTO DVAC 150 E QJ MUS FAT DVAC 150, não foram comercializados no exercício fiscalizado, não tiveram entradas ou saídas, nem constam dos inventários, conforme se verifica nas EFDs da empresa anexadas no CD-R de fl. 121.

Afirma que também não procede a alegação defensiva de que não existem entradas ou produtos fatiados, haja vista que o autuado compra produtos fatiados de seus fornecedores e transfere esses mesmos produtos para suas lojas, em fatias, exatamente como comprou, conforme se verifica, claramente, nos DANFEs de entrada/fornecedores de fls. 183 a 186 e de saídas objeto da autuação de fls. 187 a 190.

Salienta que o autuado alega equívoco cometido pela Fiscalização sobre a diversidade entre a embalagem adquirida e a embalagem revendida, contudo não cita um único caso e não comprova, mais uma vez, as suas alegações.

Conclusivamente, diz que assim sendo, não devem ser acolhidas as alegações defensivas.

Reporta-se sobre a alegação defensiva de desconsideração das perdas e quebras normais decorrentes da atividade desenvolvida pelo autuado.

Diz que da análise dos argumentos defensivos, verifica-se que, realmente, é notório que os fatores citados como quebras, deterioração, perecimento, entre outros, de produtos, são fatos relevantes dentro de qualquer estabelecimento, seja ele industrial ou comercial.

Salienta que tanto é verdade que a Portaria nº. 445/98, em sua nova redação, determina que esses

fatores devem ser observados para efeito de apuração de omissões de saídas, conforme redação que reproduz da referida Portaria.

Frisa que em atenção à referida norma, todos os produtos que apresentaram omissões de saídas tiveram as suas perdas calculadas com base no percentual de 2,05%, comércio varejista de supermercados.

Ressalta que o impugnante ao relacionar os 31 itens que constam com perdas igual a “0” (zero) no relatório de omissões de saída, não observou a regra do § 2º do art. 3º da Portaria 445/98 que dispõe que *para efeitos de apuração do quantitativo de que trata o § 1º deste artigo, deverá ser adotado o arredondamento nos termos da regra da ABNT/NBR 5891/1977*.

Observa que da análise dos dados referentes aos 31 itens da relação de fls. 143/143-v., constata-se que, em nenhum deles, a multiplicação do percentual de 2,05% sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período atinge 0,5% de uma unidade. Ou seja, atendendo as regras de arredondamento da ABNT/NBR1977 e levando-se em consideração que não existem decimais nas quantidades, as eventuais perdas devem ser arredondadas para “0” (zero), conforme exemplos trazidos pelo próprio impugnante.

Ressalta que isso ocorre para todos os itens relacionados pelo impugnante, verificando-se, portanto, que o relatório de omissões de saída foi elaborado com correção, atendendo aos requisitos estabelecidos pela Portaria n. 445/98, descabendo, acolhimento das alegações do impugnante.

Quanto à argumentação defensiva atinente à multa aplicada, salienta que esta tem previsão na Lei n. 7.014/96, no artigo 42, inciso III.

Ressalta que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada, e falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou constitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação do impugnante.

Relativamente a pretensão defensiva de aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, manifesta o entendimento de que, não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto a infração imputada ao autuado, nos termos do artigo 112 do CTN.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando que em sessão de julgamento o autuado ao exercer o direito de sustentação oral das suas razões, consignou que não recebera o demonstrativo analítico contendo as notas fiscais arroladas no levantamento, tornando impossível identificar a origem do erro fiscal e considerando, também, que não constava nos autos o comprovante de entrega conforme aduzido pelo autuante, converteu o feito em diligência à IFEP COMÉRCIO, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado intimasse *o autuado para recebimento, mediante recibo específico, dos elementos elaborados pelo autuante - demonstrativos, planilhas, documentos fiscais juntados, etc. – inclusive em disco de armazenamento (CD) e deste termo de diligência. Na oportunidade, deverá ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.*

Foi solicitado, ainda, que após o atendimento da intimação, caso o autuado se manifestasse dentro do prazo concedido, deveria o diligenciador verificar e analisar os elementos porventura apresentados pelo autuado, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos/planilhas.

A diligência foi cumprida. O autuado recebeu todas as planilhas e demonstrativos e apresentou nova Impugnação, acostada às fls. 234 a 265 dos autos, na qual repete em todos os seus termos as razões apresentadas na primeira Impugnação.

O autuante se pronunciou (fls. 326 a 340 dos autos), reafirmando o que dissera na Informação

Fiscal de fls.191a 205, mantendo na íntegra o Auto de Infração.

O autuado se manifestou sobre a Informação Fiscal prestada pelo autuante, sustentando a improcedência do Auto de Infração (fls.344 a 352 dos autos), reafirmando o que dissera na Impugnação inicial e Manifestação posterior.

Reporta-se sobre a improcedência da acusação fiscal, em razão da desconsideração da totalidade das operações efetuadas.

Alega que há insubsistência nas informações contidas nas planilhas do autuante, tratando especificamente dos produtos arrolados na autuação, verifica-se as diferenças, em uma relação feita por amostragem, entre os dados da empresa e do autuante em relação às saídas das mercadorias, conforme tabela que apresenta abaixo:

COMPARATIVO – OPERAÇÕES DE SAÍDA				
Produto	Código	Saídas declaradas no SPED	Saídas apontadas na autuação	Diferença
LICOR FRANGELICO 700ML	1-000000101907	1188	1078	110
NECTAR MANG 200ML GV 200ML	1-000000201511	15547	11803	3744
SUCO UVA BRA 1.5L GV BRANCO 1.5LT	1-000000201693	8847	8547	300
MARAT LARANJ 100 1L 1 L	1-000000202517	5460	4525	935
REF GOOB LARAN 500ML	1-000000236837	17472	12696	4776
CALDO BALANC GALINHA 120G	1-000000301124	16240	13238	3002
MILHO VDE PREDILECTA 200G	1-000000341673	60173	55024	6049

Afirma que as incompatibilidades entre as informações permanecem em quase toda a planilha apresentada pelo autuante, sem que tenha sido, em momento algum, juntada prova dos meios a partir dos quais se foi possível chegar aos dados informados na autuação. Diz que desta forma, deve ser considerado que o levantamento fiscal está crivado de erros de avaliação e concepção, e por isso mesmo, sob os critérios contábeis e jurídicos, é totalmente distorcido da realidade dos fatos, não podendo assim, ser tido como documento basilar para a denúncia.

Alega que uma perícia técnica no levantamento analítico disponibilizado pelo autuante certamente atestaria a situação narrada acima, sendo o que requer.

Indaga se em relação às operações de saída efetivamente consideradas pelo autuante, é possível saber quais os quantitativos de entrada, saída e os estoques inicial e final do produto autuado. Diz que decerto que não, pois a planilha apresentada pelo autuante contém apenas valor genérico relativo ao total de saída que ele presume ter ocorrido, sem, contudo, trazer qualquer informação que especifique tais operações.

Indaga como pode identificar quais foram as vendas não consideradas pelo autuante e, assim, produzir prova no sentido de combater a acusação de omissão de saídas.

Diz que o mesmo pode ser observado quando se compara as operações de entrada e saída para compor o estoque final (SPED x Autuação), já que, ao utilizar a fórmula do estoque final (= estoque inicial + entrada – saída – perdas), confirma-se a inexistência de omissão.

Apresenta exemplos, conforme abaixo:

COMPARATIVO – OPERAÇÕES DE ENTRADA E SAÍDA										
Produto	Código	Estoque inicial	Entradas declaradas no SPED	Entradas apontadas na autuação	Saídas declaradas no SPED	Saídas apontadas na autuação	Estoque final na autuação	Perda apontada na autuação	Omissão de saída na autuação	Há omissão?
HARPIC CLIQ	1-000001800108		1556	1556		1520				Não

LAV 25G ROXO		0			1524		0	32	4	
ESMALT BEAUTY MONICA MAGALI 1 UN	1-000005630371	144	126	126	264	204	0	6	60	Não

i) diz que para o produto “HARPIC CLIQ LAV 25G ROXO” o Fisco aponta uma omissão de 4 produtos ($0 + 1556 - 1520 - 32$). Contudo, de acordo com as entradas e saídas do SPED da empresa, não há omissão, haja vista a quantidade encontrada correspondente as perdas apontadas pela fiscalização ($0 + 1556 - 1524 = 32$);

ii) alega que o mesmo ocorre para o “ESMALT BEAUTY MONICA MAGALI 1 UN”, no qual o autuante aponta uma omissão de 60 produtos ($144 + 126 - 204 - 6$), quando na verdade não existe, já que a quantidade encontrada correspondente as perdas indicadas pelo Fisco ($144 + 126 - 264 = 6$).

Assevera que resta evidente que o Fisco considerou operações que foram ou não realizadas pela empresa.

Reporta-se sobre a exigência indevida do ICMS referente a produto cuja saída é isenta.

Aduz que segundo a acusação fiscal a empresa promoveu a saída de pescado sem emissão de documento fiscal e, por sua vez, sem o recolhimento do imposto. Apresenta a tabela abaixo:

Código	Descrição
1-000000829617	POST PESCADA MAR KG BEIRA 1KG
1-000000829650	POST PESCADA BR KG BEIRA 1KG
1-000000831573	FILE PESCADA BRANCA NORONH 800G
1-000000829595	PEIXE SARD LAJE CONG PIONEI 800G
1-000000800112	FL TILAPIA CONG 250G
1-000000800147	FL TILAPIA CONG 800G
1-000000800406	FILE TILAPIA CG IQF 400 G
1-000000820199	FL TILAPIA CG KG NETUNO 500G
1-000000830003	FILE DE TILAPIA CONG COOP 800G
1-000000829625	POST DOURADA BEI KG MAR KG 1KG
1-000000831603	POSTA DOURADO NORONH CONGEL 800G
1-000000831611	POSTA PIRAMUTABA CON NORONH 800G
1-000000831620	POSTA DOURADA NORONH CONGEL 800G
1-000000831638	POST POLAKA NORO KG CONGEL 1KG
1-000000832073	POST PIRAMUTABA KG QUALIM 1KG
1-000000830534	FL PANGA BUONAP 800G 800G
1-000000800317	SALMAO FL PED CG 500G
1-000000827207	FL SALM PORC 500 G LEARDI 500G
1-000000831531	FL SALM KG NORONH 1KG
1-000000832901	F SALMAO CONG 1KG 1KG
1-000000828645	FILE CACAO FRESCATTO CONGEL 500G
1-000000829218	FL POLACA CG 800G ALASKA 800G
1-000000831999	FL POLACA CG 800G CONG 800G
1-000000800066	FILE DE PIRARUCU 400
1-000000800449	FILE MERLUZA CG 500G 500G

Afirma que conforme prevê o art. 265, II, "e", do RICMS/BA, o pescado é isento de tributação, como pode se verificar diretamente da norma vigente ao tempo da ocorrência dos fatos até 31/05/2016.

Alega que o autuante incorre em equívoco, haja vista que o lançamento compreende as operações realizadas no período de janeiro a dezembro de 2016, significando dizer que o estoque final está contaminado com a movimentação de todo o exercício fiscal.

Sustenta que o levantamento não subsiste, haja vista que composto de produtos cuja saída, à época, era isenta.

Reporta-se sobre a desconsideração da existência de um mesmo produto com códigos diversos, afronta a Portaria nº. 445/98.

Assinala que nos termos da Portaria nº 445/98, nos levantamentos de estoques, em razão da dificuldade face à diversidade de espécies, denominações e unidades de medidas de mercadorias envolvidas, o Auditor Fiscal deve fazer o agrupamento dos itens, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Salienta que em sua Informação Fiscal o autuante discorre que, em observação à citada Portaria, promoveu o agrupamento dos produtos que possuem códigos, diversos, tomando como exemplos os produtos apontados na Impugnação.

Diz que ocorre é que o autuante ao apresentar sua contestação terminou por trazer aos autos a confirmação da temeridade em que o levantamento apresentado foi realizado, haja vista que em sua narrativa menciona que o produto autuado não é aquele descrito na nota fiscal.

Afirma que o que mais fica claro é que o lançamento, da forma que foi apresentado, fica a margem da segurança jurídica norteadora do processo administrativo.

Finaliza a Manifestação consignando que, diante da confirmação do equívoco fiscal, reitera os termos da Impugnação e, notadamente o pedido de nulidade/improcedência da autuação.

O autuante se pronunciou às fls. 358 a 361, dizendo que o autuado apresentou, tempestivamente, Manifestação à Informação Fiscal constante das fls. 354 a 356, não trazendo nenhum fato novo.

Observa que o autuado inicia sua Manifestação reiterando que não foram consideradas a totalidade das operações efetuadas, trazendo novamente aos autos, dois pequenos quadros sintéticos contendo, no primeiro (fl. 346), uma relação com 7 produtos com supostas divergências entre as saídas declaradas no SPED e as saídas apontadas na autuação; no segundo (fl. 347), também indicando 2 produtos com supostas divergências entre as saídas declaradas no SPED e as saídas apontadas na autuação.

Salienta que conforme fora extensamente explanado na 1ª Informação Fiscal, o autuado apenas cita as supostas divergências, mas não traz aos autos nenhuma prova de suas alegações.

Observa que o autuado teve acesso a todos os relatórios analíticos que compõem a infração, inclusive ao relatório denominado "Lista de notas fiscais de saída" (fls. 12 a 14), demonstrativo integral no CD-R de fl. 121, onde se fornece a relação de todas as notas fiscais de saída utilizadas no levantamento fiscal. Acrescenta que esse demonstrativo traz todos os dados de identificação necessários, pois é feito por espécie de mercadoria, indicando cada nota fiscal de saída de um determinado produto, com o seu respectivo quantitativo de saída.

Afirma que desse modo, foi especificado com exatidão o quantitativo de saídas de todos os produtos inseridos na infração, ficando à disposição do autuado para que pudesse contrapor e provar qualquer possível inconsistência, o que não foi feito em nenhum momento nas oportunidades em que se manifestou nos autos.

Assevera que assim sendo, resta evidente a inexistência do cerceamento ao direito de defesa

alegado pelo autuado, devendo ser plenamente afastado o requerimento de nulidade do presente Auto de Infração.

No tocante ao produto pescado, observa que o autuado reitera a sua avaliação de que esse produto não poderia fazer parte do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, uma vez que esteve na isenção no início do exercício fiscalizado.

Consigna que conforme já explicitado na 1ª Informação Fiscal, o referido levantamento é realizado quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, ou seja, no caso específico desta autuação o encerramento do exercício se deu em 31/12/2016. Diz que esta data é o marco em que se define a forma de tributação dos produtos para efeito de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Diz que nessa data, o produto em questão tinha tributação normal há meses, com ampla circulação de entradas e saídas, conforme exemplos de fl. 331, e deve ser cobrado o imposto no caso de omissão de saída, como qualquer outro produto que sofra o mesmo tipo de tributação em 31/12/2016.

Manifesta o entendimento que não devem ser atendidas as alegações defensivas em relação ao produto pescado.

Assinala que o autuado pugna, também, pela improcedência da infração por supostamente a fiscalização não ter realizado os devidos agrupamentos de itens, desrespeitando a Portaria nº 445/98, em especial seu inciso III, do art. 3º, cuja redação reproduz.

Assevera que todos os itens que eram passíveis de agrupamentos foram efetivamente agrupados, sem exceção, conforme verifica-se no relatório denominado “Infração 1_IE 40721448_Lista de Grupos de Estoque_2016”.

Consigna que o autuado traz em suas alegações uma informação que não representa a realidade em fl. 350: "...pois em sua narrativa o Fisco menciona que o produto não é aquele descrito na nota fiscal". Diz que o texto trazido na 1ª Informação Fiscal sobre este tópico em nenhuma hipótese reflete esse entendimento descrito pelo autuado. Acrescenta que os exemplos que trouxe aos autos, demonstram que os produtos indicados na Defesa não devem ser agrupados pois são produtos totalmente distintos ou produtos que possuem especificidades diferentes, não existindo qualquer motivo para que se efetuem agrupamentos, inclusive com comprovações através de cópias de DANFES.

Afirma que desse modo, ao se analisar todas as alegações trazidas em sua Manifestação, vislumbra-se que o autuado não trouxe aos autos nenhum fato novo, muito menos adicionou qualquer tipo de prova que pudesse se contrapor aos demonstrativos e aos documentos apresentados na autuação.

Finaliza dizendo que em virtude de o autuado não ter trazido aos autos elementos que pudessem elidir a autuação, mantém o Auto de Infração na sua plenitude.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício 2016.

Inicialmente, no que concerne à arguição defensiva de nulidade do lançamento de ofício por cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório, pela ausência do demonstrativo analítico contendo as notas fiscais consideradas no levantamento, o que torna impossível identificar a origem do erro fiscal e o crédito tributário ilíquido e incerto, cabe observar que esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, a fim de que fosse entregue ao

autuado mediante recibo específico, os demonstrativos, planilhas e documentos fiscais juntados aos autos, inclusive em disco de armazenamento (CD), com a reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

Certamente que a adoção dessa medida afastou qualquer possibilidade de nulidade do lançamento de ofício por cerceamento do direito de defesa, registre-se, defesa esta exercida plenamente pelo autuado.

Quanto à arguição de nulidade por ter o autuante utilizado de presunção para caracterizar a infração, certamente que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que não se trata de presunção, mas sim de uma apuração fática, ou seja, a Fiscalização baseada na escrita fiscal, notas fiscais de entrada e saída, registro de inventário, apurou a omissão de saída, ou seja, a realização de saída de mercadorias tributáveis sem documento fiscal, o que caracteriza a infração.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses de nulidade do lançamento previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo impugnante, por certo que sendo a matéria de conhecimento pleno dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, desnecessária a intervenção de perito no presente caso. Assim sendo, resta indeferido o pedido, com fulcro no art. 147, II, “a” do RPAF/99.

No mérito, observo que o autuado alega que não foi considerada a totalidade das operações efetuadas, apresentando neste sentido dois quadros sintéticos, contendo no primeiro (fl. 346), uma relação com sete produtos com divergências entre as saídas declaradas no SPED e as saídas apontadas na autuação; e no segundo (fl. 347), contendo dois produtos com divergências entre as saídas declaradas no SPED e as saídas apontadas na autuação.

Nesse ponto, coaduno com o entendimento manifestado pelo autuante, no sentido de que o impugnante apenas menciona as referidas divergências, contudo, não traz aos autos nenhum elemento que comprove que as suas alegações procedem, haja vista que os dados e informações utilizados no levantamento fiscal foram fornecidos à Sefaz/BA pelo próprio Contribuinte.

O impugnante alega cobrança indevida do ICMS sobre produto cuja saída é isenta, no caso o produto pescado, pois até 31/05/2016, havia esta isenção prevista no art. 265, II, “e” do RICMS/BA.

Vejo também que o autuante contesta essa alegação defensiva, afirmado que o levantamento é realizado quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, ou seja, no caso específico desta autuação, o encerramento do exercício se deu em 31/12/2016.

Assiste razão ao autuante. De fato, tratando-se de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado em que se apure omissão de saídas, como no presente caso, há que se considerar como data de ocorrência da conduta infracional imputada ao sujeito passivo o último dia do exercício, no caso, 31/12/2016, descabendo falar-se em benefício isACIONAL atinente às saídas omitidas.

Alega o impugnante a existência de desconsideração de um mesmo produto com códigos diversos, o que afronta a Portaria nº. 445/98.

No tocante a essa alegação, independentemente da contestação do autuante no sentido de que todos os itens analisados foram devidamente agrupados aos seus respectivos produtos afins, conforme se observa no relatório denominado “Infração 1_IE 40721448_Lista de Grupos de Estoque_2016”, conforme CD-R de fl. 121, fato não observado pelo impugnante, o que chama a atenção é que todos os itens mencionados pelo impugnante apresentaram omissão de saídas, assim sendo, mesmo que fosse feito indevidamente ou não os agrupamentos aduzidos pelo autuado, apenas seriam acrescentados às omissões apuradas no referido demonstrativo. Ou seja, não teria qualquer efeito de reduzir ou afastar as omissões de saídas apuradas.

Observo que o impugnante alega ainda que alguns produtos são fatiados ou processados no estabelecimento e vendidos em bandejas próprias, recebendo um novo código, e que não vende, por exemplo, peça inteira de queijo, apenas eventualmente, assim como produtos a exemplo de queijos, presuntos, mortadelas, linguiças, salames e salsichas são usados para compor um KIT, como tábuas de frios ou bandeja com queijo, presunto ou salame, o que é notório na seção de frios da empresa, e que não efetua entradas de produtos fatiados, apenas saídas.

Verifico também, que o autuante sustenta que as referidas alegações não representam a realidade, haja vista que o autuado se trata de um CENTRO DISTRIBUIDOR (CD) da empresa, que compra em grande quantidade e somente efetua transferências para suas lojas para futura venda a consumidores finais. Afirma que o autuado não fatia e nem processa produtos, e também não vende a consumidores finais, conforme se constata na sua EFD.

De fato, por se tratar de um CENTRO DISTRIBUIDOR (CD), o autuado realiza saídas em transferências para os seus estabelecimentos varejistas, estes sim, reconhecidamente varejistas que realizam vendas para consumidores finais, isto é notório.

Independentemente disso, observo que o autuado não colaciona aos autos qualquer elemento comprobatório de suas alegações. Menciona apenas os produtos fatiados QJ PTO DVAC 150 E QJ MUS FAT DVAC 150, que conforme observado pelo autuante, não foram comercializados no exercício de 2016, bem como não tiveram entradas ou saídas, nem constam dos inventários, conforme se verifica nas EFDs da empresa anexadas no CD-R de fl. 121.

Do mesmo modo, verifico que a alegação defensiva de que não existem entradas de produtos fatiados não se sustenta, haja vista que os DANFEs de entrada, acostados às fls. 183 a 186 dos autos, e os DANFEs de saídas objeto da autuação, acostado às fls. 187 a 190, infirmam o alegado.

O impugnante alega a existência de equívoco incorrido pelo autuante, atinente à diversidade entre a embalagem adquirida e a embalagem revendida, contudo, não traz qualquer elemento comprobatório de sua alegação.

No que concerne à alegação defensiva atinente à desconsideração das perdas e quebras normais decorrentes da atividade desenvolvida pela empresa, observo que o autuante diz que em atenção à Portaria n. 445/98, todos os produtos que apresentaram omissões de saídas tiveram as suas perdas calculadas com base no percentual de 2,05%, comércio varejista de supermercados.

No tocante a esse tópico, a meu ver, se tratando o autuado de um CENTRO DISTRIBUIDOR (CD), descabe a aplicação do percentual de perdas de 2,05%, consoante a Portaria 445/98, haja vista que aplicável ao *comércio varejista de supermercados*, sendo que o autuado não realiza vendas para consumidores finais, portanto, não exerce o comércio varejista de supermercados.

Entretanto, observo que o autuante esclarece que o impugnante, ao relacionar os 31 itens que constam com perdas igual a “0” (zero) no relatório de omissões de saída, não observou a regra do § 2º do art. 3º da Portaria 445/98, que dispõe que *para efeitos de apuração do quantitativo de que trata o § 1º deste artigo, deverá ser adotado o arredondamento nos termos da regra da ABNT/NBR 5891/1977*. Ou seja, em nenhum destes itens a multiplicação do percentual de 2,05% sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período atinge 0,5% de uma unidade, significando dizer, que atendendo às regras de arredondamento da ABNT/NBR1977 e considerando que não existem decimais nas quantidades, as eventuais perdas devem ser arredondadas para “0” (zero), conforme exemplos trazidos pelo próprio impugnante.

Relevante observar, que por descaber a aplicação do percentual de perdas de 2,05% - em face de o autuado se tratar de CENTRO DISTRIBUIDOR (CD) -, mesmo nos casos em que as perdas apuradas nos demais itens foram superiores a “0” (zero), não há que se aplicar o referido percentual de perdas de 2,05%, cabendo à autoridade competente analisar a possibilidade de exigência do crédito tributário porventura existente.

Diante do exposto, a infração é procedente.

No tocante ao argumento defensivo de que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao Contribuinte, consoante previsão do art. 112 do CTN, no presente caso descabe tal aplicação, haja vista a inexistência de qualquer dúvida interpretativa.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada é exorbitante e viola o princípio do não-confisco, saliento que de acordo com o inciso I do art.167 do RPAF-BA/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, sendo que a multa aplicada se encontra prevista artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Relativamente ao pedido de redução da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal, conforme previsto no art. 158 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0005/20-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.280.892,77**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “g “da Lei nº 7.014/96, e dos devidos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR