

PROCESSO	- A. I. N° 087016.0014/20-6
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0221-03/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0052-12/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF N° 0221-03/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 11/12/2020, formaliza a exigência de crédito tributário de R\$ 175.753,05, pelo cometimento da seguinte imputação à legislação do ICMS:

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%.

A 3^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 16/12/2021 (fls.97/104) e julgou o Auto de Infração Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO”

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

Analizando 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 defensor 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 retomencionados, 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 defensor, 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, inexiste qualquer parcela do lançamento de ofício tragada pelo instituto da decadência como quer o Autuado. Portanto, verifico não assistir razão ao defendant, 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 defendant 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, consequentemente, 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 defendant não a rechaçou, a considero subsistente.

A Infração 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, inexiste, consequentemente, comprovação de recolhimento do imposto.

O defendant 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 defendant. 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 defendant 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 defendant deixou de apresentar prova com o condão de ilidir qualquer das infrações, concluo que todas são subsistentes.

O defendant afirmou, que na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência, requereu o cancelamento ou mesmo a redução das multas cobradas nestas infrações, por considerá-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 defendant.

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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 114/126, mediante o qual aduz o seguinte.

Alega, que os créditos tributários anteriores a 11/12/2015 relativo a infração 01 foram atingidos pela decadência, considerando que a Recorrente tomou ciência da lavratura do auto de infração em 11/12/2020, ou seja, há mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador. E que a regra aplicável ao caso de tributo sujeito a “lançamento por homologação” é a art. 150, § 4º do CTN, E, complementa que: “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”

Acrescenta ainda que a 3ª JJF não aplicou o instituto da decadência, por considerar que a Recorrente não teria realizado o pagamento do ICMS, no período autuado.

Finaliza afirmando que: “Ora E. Julgadores, tal premissa se mostra absolutamente descabida pois no curso do processo de Fiscalização, na ocasião em que foi examinada a apuração da Contribuinte foi constatado o pagamento de valores expressivos a título de ICMS, sendo objeto do lançamento apenas a suposta diferença encontrada pela Fiscalização”.

Traz ainda a informação de que o STJ aplica o art. 150, § 4º do CTN para tributos sujeitos a lançamento por homologação e transcreve jurisprudência do STJ e do TJ/BA.

E por cautela, aponta que caso mantida a decadência aplicada, no caso em tela, o auto de infração padece de vícios, porque não observou as regras da Portaria SEFAZ nº 445/98, nos termos do § 1º,

do artigo 3º:

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

Entretanto, Contudo, a E. 3ª JJF entendeu que a Portaria Sefaz nº 445/98 não seria aplicável ao caso por ser a Recorrente “CD de Frios”, fato que não a enquadraria como comércio varejista.

Alega que: “*E é justamente por estar ciente dessa condição do ramo varejista, que a Secretaria de Fazenda da Bahia editou a Portaria nº 445/98, visando excluir da cobrança do imposto mercadorias que nunca serão comercializadas. Sendo assim, na medida em que o levantamento fiscal não considerou o determinado na norma acima transcrita e a 3ª JJF endossou esse entendimento equivocado, se faz imperiosa a revisão da decisão para que seja respeitado o percentual de quebras autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia*”.

Em seguida aponta que a aplicação da multa foi confiscatória, em frontal violação ao que dispõe o art. 150, IV da CF/88, pois: “*É 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*”. Transcreve ainda jurisprudência.

E solicita novamente a diligência fiscal, nos termos do art. 137, inciso I, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) para verifica a decadência, bem como para ser observado o desconto relativo ao percentual de quebras, previsto na Portaria SEFAZ Nº 445/98.

E requer que seja dado provimento ao Recurso com o cancelamento do auto de infração e da exigência contida.

É o relatório.

VOTO

O Acórdão JJF Nº 0221-03/21-VD julgou Procedente o auto de infração da acusação fiscal objeto do presente PAF, que aplicou três infrações, todas objeto do recurso.

Não há preliminar a ser debatida.

De logo, **anализо a decadência.**

O recorrente alega no Recurso Voluntário, que a fiscalização recaiu sobre 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.

Aduz o Recorrente que deve ser observado os comandos previstos no Código Tributário Nacional, mais precisamente o artigo 150, § 4º. Acrescenta que, para tributos sujeitos a lançamento por homologação deve ser aplicada tal regra.

Por fim aponta que o Superior Tribunal de Justiça e o TJ/BA já pacificaram o 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. Cita jurisprudência.

Aduz que como 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). E finaliza defendendo que os supostos débitos de ICMS referentes ao período anterior a 11/12/2015 já estavam extintos pela decadência.

Passo a transcrever os dispositivos legais que trata da decadência:

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.

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.

O CONSEF, quando trata de decadência, segue entendimento da PGE, no Incidente de Uniformização N° 2016.194710-0, que considera que o caso de o lançamento por homologação, seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN. O que quer dizer que, o referido dispositivo aplica-se aos casos, em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

Contudo, no caso de omissões de operações mercantis apuradas via auditoria de estoque, por utilizar-se como parâmetro final a contagem física efetuada no último dia do ano civil (estoque final), nos termos do art. 225, § 6º do Decreto n° 13.780/12 (RICMS/BA), como também por não haver a correspondente emissão do documento fiscal da operação, não é possível a discriminação por mês, considerando-se o imposto como devido no último mês do exercício fiscalizado.

Sendo assim, o fato gerador é considerado ocorrido no último dia do exercício fiscalizado, tanto a contagem prevista no art. 150, § 4º do CTN, quanto a estabelecida no art. 173, I do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso em tela a contagem deve ser realizada a partir de 01 de janeiro de 2016. E o autuado tomou ciência do Auto de Infração em 11/12/2020, não há que se falar em decadência alegada na peça recursal pelo Recorrente.

Por tudo aqui exposto, constato que não se aplica a decadência ao período apurado no presente PAF/BA.

Passo a analisar a questão da não aplicação da Portaria SEFAZ N° 445/98, em especial para efeito da apuração das omissões de saídas, o disposto no § 1º, do artigo 3º, 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.

Faço a transcrição do referido dispositivo, o § 1º, do artigo 3º da Portaria SEFAZ n° 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;

Ocorre que na informação fiscal, restou claro, no *print* (abaixo demonstrado) de seu cadastro através do CNPJ no sítio federal, a Recorrente é um “CD de FRIOS” da CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S/A, com atividade econômica de “Atacadista”. Assim, não pode ser considerada como lojas varejistas da rede CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S/A, o que torna inaplicável o referido dispositivo legal.

39.346.861/0069-50 - FILIAL CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.		
CNPJ	Simples	Sócios
Situação Cadastral Ativa		
Nome Fantasia G. BARBOSA		
Natureza Jurídica 2054 - Sociedade Anônima Fechada		
CNAE 4691-5/00 - Comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios		
Capital Social R\$ 2.682.091.514,04		
Endereço VIA URBANA - INDUSTRIAL, S. : KM 3.5		

Ademais, pelas provas trazidas no o presente PAF, observa-se que a Recorrente não trouxe ao processo, as provas capazes de comprovar que as operações ora em discussão foram realizadas por estabelecimento varejista.

Pelo exposto acima, como não houve prova para comprovar que as operações foram realizadas por estabelecimento varejista. Concluo pela subsistência das infrações.

No que tange a alegação do caráter confiscatório da multa aplicada, esclareço que apesar do entendimento do STF e dos Tribunais de Justiça, tal questão não pode ser analisada pelo CONSEF, por lhe faltar competência para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167 do RPAF/99).

Por fim rejeito o pedido de diligência fiscal, porque no caso dos autos não se faz a mesma necessária para o convencimento dos Julgadores, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA. No caso em debate, tenho que já se encontra no processo os elementos necessários e suficientes para o julgamento do recurso.

Assim, não merece acolhida a alegação recursal.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 087016.0014/20-6, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 175.293,05**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 174.957,22, e 60% sobre R\$ 335,83, previstas nos incisos III e II, “d”, 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 citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS