

A. I. Nº - 147771.0001/11-7
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 28.12.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0329-05/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. a) SAÍDAS ATRAVÉS DE ECF. Fato não impugnado. b) TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS COM ALIQUOTA INFERIOR. Infração não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. b) FALTA DE ESTORNO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Infração não elidida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Infração comprovada. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do destinatário das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações não elididas. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$848.971,71, através das seguintes infrações:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro em sua escrita fiscal no período de janeiro a dezembro de 2007, apuradas através de vias de notas fiscais (fls. 14 a 50 dos autos) retidas nos postos fiscais e constantes do CFAMT, conforme demonstrativo, CD-R anexos (fls. 15 a 39 do PAF) e notas fiscais (fls. 16 a 52). Valor Fixa de 10%: R\$13.673,52 – 16.01.01;
2. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no período de janeiro a dezembro de 2007, tributadas por ECFs, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 53 a 57 e 319 dos autos). Valor Histórico: R\$11.398,35 – Multa de 60% - 03.02.02;
3. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em decorrência de transferência de mercadorias para outras unidades da Federação com a alíquota inferior a estabelecida na Legislação no período de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 58 a 71 e 319 do PAF). Valor Histórico: R\$29.760,49 – Multa de 60% - 03.02.02;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária nos meses de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 72 a 78 e 319 do PAF). Valor Histórico: R\$16.707,69 – Multa de 60% - 01.02.05;
5. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo no valor correspondente a parte proporcional da redução no período de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 79 a 116 e 319 do PAF). Valor Histórico: R\$129.170,16 – Multa de 60% - 01.05.03;
6. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado no período de dezembro de 2007, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 117 a 262 e 319 do PAF). Valor Histórico: R\$469.273,80 – Multa de 70% - 04.05.01;
7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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 fechado no mês de dezembro de 2007, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 263 a 270 e 319 dos autos). Valor Histórico: R\$65.376,79 – Multa de 70% - 04.05.08;
8. 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 pela parcela do tributo a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante o levantamento de estoque em exercício fechado no mês de dezembro de 2007. Valor Histórico: R\$20.842,59 – Multa de 60% - 04.05.09;
9. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89, referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2007, conforme demonstrativo e CD-R anexos (fls. 271 a 309 e 319 do PAF). Valor Histórico: R\$92.768,32 – Multa de 60% - 07.01.02;

O autuado interpôs peça impugnativa de fls. 326/338, por advogados devidamente habilitados, inicialmente diz que a empresa comercializa “*produtos manufaturados, semi manufaturados, ou*

in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei”, e que liquidou os créditos referentes às infrações 1 a 4 e 9 no dia 18/07/2011, com pagamento no valor de R\$260.751,31, tendo os devidos descontos que lhe são conferidos pela legislação do Estado, doc. 02 – fl. 349. No entanto, em relação aos itens citados deve ser extinto o crédito fiscal a teor do art. 156, I, do CTN.

Passa a contestar as infrações de 5 a 8, e logo, suscita nulidade do procedimento fiscal realizado pelo autuante a teor do art. 142 do CTN que define “*o lançamento como o procedimento administrativo vinculado à lei cujo objetivo consiste em verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o valor do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, aplicar a penalidade cabível*”.

Disse que faz-se necessário que o Auto de Infração esteja revestido de liquidez e certeza, o que pressupõe sua irrefutável fundamentação, e mesmo se todos os elementos estivessem detalhados e demonstrados com clareza e perfeição, em estrita observância ao artigo citado anteriormente, a autuação poderia ser considerado formalmente válida, o que não necessariamente induz a validade material ou meritória, sendo que a falta de qualquer deles resultaria na nulidade insanável do Auto de Infração.

Transcreveu jurisprudência dos tribunais administrativos (Acórdão nº 107-05762 da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. Relator: Natanael Martins. Data da sessão: 19/10/1999), no intuito de alegar que o ato de lançamento tem que ser perfeito, pois é imprescindível que o instrumento de formalização preencha dois requisitos: “*uma minuciosa e correta descrição dos fatos e a disposição legal infringida*”, o que, sem essas formalidades, restará prejudicado a análise e, certamente, o direito da ampla defesa.

Aduz a improcedência devido à falta de descrição detalhada dos fatos, pois isto constitui vício material no lançamento realizado por infração, o que o invalida, além de configurar cerceamento de defesa.

Reitera que a autuação apesar de fazer referência ao fato de que a partir do levantamento quantitativo de estoque ter sido apurado uma suposta falta de recolhimento do tributo, deve a mesma ser cotejada com os dados lançados pelo autuado em sua escrita fiscal, bem como em suas planilhas gerenciais e os recolhimentos efetivamente realizados, o que não foi demonstrado adequadamente, bem como impossibilitou o devido exercício do direito de defesa e do contraditório. Volta a transcrever jurisprudência administrativa federal (1º CC; 3ª Câmara; Recurso nº 134002; Relator: Aloysio José Percínio da Silva; data: 18/03/2004) e lições da professora Lúcia Valle Figueiredo (in Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nº 32, out/dez/97 - “Estado de Direito e Devido Processo Legal”).

Assim afirmou que tais elementos revelam-se ausentes, requisitos de validade para lavratura do Auto de Infração como: a forma, legalidade, finalidade, objeto e motivação e nesta esteira cita e transcreve a decisão do Conselho de Contribuintes do Estado da Bahia (AIIM 159760.0002/99-3), que condenou o trabalho fiscal pautado em incerteza e iliquidez do lançamento, onde reafirma que a simples menção de período ou valores impossibilita um esclarecimento minucioso, além da ausência do fato gerador, ocasionando até mesmo cerceamento de defesa, levando à nulidade de qualquer lançamento.

Concluiu, frisando que a fiscalização afrontou o art. 142 do CTN e pede a nulidade do feito, não podendo produzir qualquer efeito a ação fiscal para compelir ao recolhimento aos cofres públicos valores neles consignados.

Na questão do mérito, na infração 5, argui que deve-se levar em consideração o art. 155, § 2º, inciso I da CF, que assegura ao contribuinte do ICMS o direito à compensação do valor do imposto cobrado em operações tributadas com o valor devido em sua operação própria, sendo verificado no princípio da não-cumulatividade.

Disse que a CF veda a acumulação do imposto ao longo de várias cadeias de produção e que a comercialização de determinada mercadoria, de modo a não acrescer ao seu preço final valores

que impossibilitaria ou dificultaria a aquisição pelo consumidor final. No entanto, não há previsão na CF e muito menos na Lei Complementar nº 87/96, de estorno proporcional do crédito na entrada, nos casos de redução de base de cálculo, pois a legislação pertinente que trata de tal assunto é Estadual, sem supedâneo na Carta Política, assim, não se pode restringir a apropriação do crédito, vez que a redução da base de cálculo não se confunde com isenção ou não-incidência.

Cita e transcreve jurisprudência consolidada pelo STF que reitera que, a redução da base de cálculo do ICMS não configura isenção ou não-incidência, que são as duas únicas hipóteses excluídas do sistema de não-cumulatividade do imposto, assim, não há que se manter a autuação, tendo em vista que parâmetros adotados para a mensuração do valor como devido não foram claramente demonstrados, o que impõe a nulidade.

Na sexta infração, ressaltou que o autuado não tem nenhum interesse em omitir dados do poder público, pelo contrário, como toda empresa de controle difuso e multinacional, está vinculado a comprovar a legalidade das suas operações e no país de origem do seu capital, o que infelizmente os agentes fiscais ainda não se deram conta de que, para o investidor internacional, o recolhimento de tributos em outros países é motivo não só de orgulho, como de avaliação positiva por parte do mercado de capitais ao qual pertence.

Assevera que a fiscalização calculou o valor do imposto pelo maior valor monetário, e que desconsiderou que a entrada de mercadoria no estabelecimento gera crédito ao autuado.

Verificou que a autuação deixou de certificar que o imposto foi pago na saída dos produtos, constatação imprescindível para a autuação, eis que, uma vez que o imposto foi pago na saída, não pode o Estado tributar novamente, havendo somente falta de utilização do crédito fiscal. Assim, concluiu que a suposta omissão de receita, apontada sem fundamento pelo agente fiscal, não caracteriza, por si só, fato gerador do ICMS.

Aduz que o fiscal deve confrontar os dados lançados em arquivo magnético com aqueles escriturados em livros obrigatórios e que somente um exame mais detido das operações, através dos livros fiscais, possibilitaria o vislumbre do tipo de operação tratada. Assim, o autuante deixou de descrever e demonstrar, detalhadamente, a suposta infração cometida e impossibilita trazer elementos de argumentação para a presente defesa, o que demonstra a improcedência do Auto de Infração.

Volta a reiterar que o Conselho de Contribuintes deste Estado condena o trabalho fiscal pautado em incerteza e iliquidez do lançamento. Cita (AIIM 159760.0002/99-3). Reafirma que não há que se falar em omissão de receita, devendo ser a infração ora impugnada afastada, consequentemente cancelada da presente autuação.

Na infração 7, mencionou que, ao realizar tal levantamento, a fiscalização não levou em conta fatores que ensejariam a conclusão de que o autuado jamais deixou de recolher qualquer quantia, seja decorrente de sua responsabilidade, por vinculação direta com o fato gerador, seja em virtude de responsabilidade por imposição legal, assim, ao contrário do quanto parece querer fazer crer a fiscalização, é a saída (comercialização) de mercadorias e não a entrada o fato gerador do imposto, caberia a fiscalização seguir o seu levantamento a partir dos elementos que compõem a escrita fiscal do autuado e seus efetivos recolhimentos realizados durante o período autuado e, caso estivesse adotado tal procedimento teria constatado que a empresa não deixou de recolher o imposto apurado aos cofres públicos, o que configura ser injusta e indevida a acusação fiscal.

Disse ser importante mencionar que o fato gerador do ICMS é a efetiva saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, impõe que seja demonstrado pela fiscalização de que o ICMS devido deixou de ser recolhido, e não se pode confundir o mecanismo de responsabilidade tributária, criado com vistas a facilitar a fiscalização e a arrecadação tributária, com a responsabilidade direta e efetiva própria do contribuinte, encontrando-se insubsistente o item 7.

Por último, na infração 8, alega ter notado que o item 7 se relaciona com a infração ora combatida, fazendo as mesmas argumentações a respeito do mecanismo de apuração do suposto

débito e o fato de não terem sido analisados todos os elementos necessários para verificar a omissão no recolhimento do tributo devido

Reafirmou, como dito na infração anterior, que o levantamento realizado, deve levar em conta o montante de imposto exigido na entrada das mercadorias, pois somente assim, o princípio constitucional da não-acumulatividade restará plenamente satisfeito.

Alega que a acusação fiscal não pode prosperar, uma vez que as multas aplicadas são confiscatória e abusivas.

Confirmou que, de fato, a infração e a penalidade têm, necessariamente, uma correlação e afirma que, além disso, deve haver um equilíbrio entre a falta cometida e a sanção a ser imposta, traduzindo-se como a proporcionalidade entre a falta e a penalidade.

Arguiu que a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias, nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

Citou exemplo em decisões do STF - RTJ (74/320; 78/610; 79/478-490; 96/1.354) que, sempre repudiou qualquer tipo de cobrança que tivesse cunho ou caráter confiscatório, mesmo antes da existência do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988, onde deve ser anulada a despeito da própria desconstituição da autuação em todo o seu conjunto.

Pede pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal de fls. 355/365, ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente; a descrição das infrações imputadas ao autuado é clara e precisa; a tipificação legal das irregularidades apuradas estão corretas e acompanhadas de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do débito tributário que ora é cobrado.

Afirmou que todos os elementos do débito tributário foram levantados através dos dados constantes dos Arquivos Magnéticos, enviados pelo contribuinte à SEFAZ e confrontados com os dados escriturados nos livros fiscais da empresa, ou seja, estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal, que foram arrecadados junto ao contribuinte e devidamente analisados.

Esclarece que, na infração 5, os valores apurados correspondem à falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias com saídas subsequentes com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução e que esta cobrança está respaldada na Legislação Estadual, disposto no art. 30, I da Lei nº 7.014/96 e art. 100, incisos I e II, do RICMS/97.

Assim, não cabe a alegação de que a exigência de estorno de crédito nas operações de saídas amparadas por redução de base de cálculo, não encontra amparo na referida Legislação Estadual ou na Lei Complementar nº 87/96, já que tal exigência tem lastro na Constituição Federal - art. 155, § 2º, o inc. II, alíneas “a” e “b”.

Mantem a infração nos termos do Auto de Infração e no valor de R\$129.170,16.

Em relação à infração 6, as alegações citadas pela empresa, novamente vêm demonstrar que o autuado não deu a atenção em analisar o trabalho realizado pela fiscalização, para apurar os valores que embasam a autuação, ou desconhece a sistemática de uma Auditoria de Estoques por espécie de mercadorias, sendo assim suas alegações não podem prosperar e nem condiz com a realidade dos fatos. Ademais, cita decisões que não tem relação com a infração em questão e não trouxe nenhuma prova nas suas razões de defesa que possa contestar os dados apurados,

constantes nos autos. Reafirma que está devidamente respaldada a infração na legislação e acompanhado das provas irrefutáveis das irregularidades apuradas.

Reitera que todos os dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ foram utilizados no levantamento fiscal e confrontados com os dados escriturados nos livros fiscais da empresa, conforme se pode verificar nos Relatórios fls. 313 a 315, ou seja, todos os elementos constantes no Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal, que foram arrecadados junto ao contribuinte e devidamente analisados.

Salienta que, por meio do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, ficou demonstrado que o autuado durante o exercício de 2007, realizou operações de entradas e saídas de mercadorias, desacompanhadas da devida documentação fiscal, uma vez que o levantamento quantitativo de estoque está respaldado em demonstrativos que relacionam as entradas, as saídas, os estoques inicial e final e os preços médios de todas as mercadorias que foram incluídas no levantamento, conforme determina a legislação tributária estadual, Portaria nº 445/98, arts. 1º e 4º.

Aduz ainda que, em um mesmo exercício não se pode cobrar ICMS, concomitantemente, sobre a omissão de entrada e omissão de saída, a legislação tributária estadual § 1º do art. 60 do RICMS/BA e art. 13 da Portaria nº 455/98, estabelece que seja cobrado o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, que no caso foi a de saída. Não houve, portanto, violação ao princípio da estrita legalidade, já que o imposto foi cobrado em razão da realização de operação de circulação de mercadoria, conforme previsto em lei, ao passo que a metodologia empregada na realização do levantamento quantitativo de estoque seguiu dispositivos infralegais.

Quanto às alegações de que o agente fiscal calculou o valor do imposto pelo maior valor monetário, desconsiderando que a entrada de mercadoria no estabelecimento gera crédito e que a autuação deixou de certificar se o imposto fora pago na saída dos produtos, não há o que se discutir, o levantamento fiscal apurou omissão de saída, assim, não há o que se falar em crédito fiscal. Com relação ao valor do imposto apurado, todos os valores apurados estão devidamente relacionados nos demonstrativos que foram anexados ao Auto de Infração, cujas cópias foram entregues ao contribuinte através CD-R mediante recibo fls. 316 a 318 do PAF, onde os valores dos preços médios das mercadorias e o valor do imposto foram apurados em conformidade com o que determina a legislação estadual, ou seja, art. 60, II, “a”, itens 1 a 5, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 do RICMS/BA e o art. 5º, inciso I, da Portaria nº 445/98.

Assim, acredita que não resta mais dúvidas de que o levantamento quantitativo serviu de base para esta infração, está totalmente revestido de respaldo legal, pois de acordo com as normas que regem o RICMS/BA, e assim, mantém integralmente os termos e os valores constantes na infração 6 deste Auto de Infração, com ICMS devido no valor de R\$469.273,80.

Na Infração 7, o autuado demonstrou não ter entendido o que está sendo exigido nesta, pois afirma que se a fiscalização tivesse verificado a sua escrita fiscal e os recolhimentos de ICMS teria constatado que jamais deixou de recolher o ICMS ST. E que sendo o fato gerador do ICMS a efetiva saída das mercadorias, impõe-se a demonstração de que o ICMS eventual devido deixou de ser recolhido.

Pontuou que, nesta infração, está exigindo imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão de entradas apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, em exercício fechado, como prevê a Portaria nº 445/98 art. 10, I, alínea “a”. Sendo, assim, não procedem as alegações do autuado, pois a infração está embasada na legislação estadual, por este motivo manteve os termos do Auto de Infração e o valor de R\$65.376,79.

Quanto à última infração (8), verifica também que o contribuinte não entendeu o que está sendo exigido, pois afirmou que a acusação fiscal é de ter deixado de recolher o ICMS próprio em decorrência de ter considerado crédito de mercadorias adquiridas supostamente sem a emissão de

documentos fiscais. E que não foram analisados todos os elementos necessários para verificar a eventual omissão de recolhimento do tributo devido.

Volta a transcrever dispositivo que enquadra o regime de substituição tributária apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado agregando-se a MVA prevista no anexo 88 do RICMS/97, deduzindo parcela correspondente ao crédito do imposto calculado na infração 7, conforme determina o artigo 10, I, alínea “b” da Portaria nº 455/98, sendo assim, não procedem as alegações do autuado, pois está embasada na Legislação Estadual, por este motivo manteve os termos e o valor de R\$20.842,59.

Salienta que as multas se encontram legalmente previstas na lei ordinária, instituidora do ICMS no Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96 - diploma legal sob o qual não recai nenhuma pecha de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, a qual cabe tal apreciação. Concluiu requerendo pela Procedência da autuação.

Na fl. 367, o representante do contribuinte pediu cópia integral dos autos e solicitou diligência e nas fls. 368/371, consta extrato e detalhamento de pagamento no valor de R\$260.751,31.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pelo patrono da empresa, eis que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da matéria em lide, especificamente as infrações 5, 6, 7 e 8, que foram as contestadas pelo sujeito passivo, referentes a falta de estorno do crédito fiscal, e ao levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Ressalto que este entendimento é fruto do disposto no art. 147, I do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99.

Ademais, o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, (art. 145 do mesmo diploma normativo), e não foram apontados concretamente a ocorrência de erros nas quantidades ou nos valores discriminados na Auditoria de Estoques, realizada em consonância com a Portaria 445/98, que estabelece os procedimentos a serem adotados pela fiscalização, face ao levantamento quantitativo de estoques, nem com relação à infração 5.

Também rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, no sentido de que haveria cerceamento de defesa, pois o Auto de Infração foi lavrado com estrita observância aos ditames do art. 39 do RPAF/99, tais como a identificação e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias, o demonstrativo do débito, com a discriminação da base de cálculo, da alíquota, e o percentual de multa aplicada. Também faz-se acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, e dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pela fiscalização, dos quais o contribuinte recebeu cópia. Outrossim, as infrações estão claras foram entendidas pelo sujeito passivo, que assim pode exercer seu direito de defesa de forma ampla, e foram seguidos os princípios do contraditório e da segurança jurídica, que devem nortear as relações tributárias, entre o fisco e os contribuintes.

No mérito, o contribuinte reconheceu as infrações 1, 2, 3, 4 e 9, e efetuou o respectivo pagamento do ICMS exigido. Desta forma ficam mantidas, devendo ser homologados os valores reconhecidos.

Consoante o esclarecimento prestado pelo autuante, e não repelido pelo sujeito passivo, todos os elementos deste lançamento foram levantados através dos dados constantes nos arquivos magnéticos, enviados pelo contribuinte à SEFAZ, e confrontados com os dados escriturados nos livros fiscais da empresa, ou seja, estão respaldados nos documentos fiscais emitidos e registrados na escrita fiscal.

Nesta seara, defendeu as demais infrações, quais sejam as de número 5, 6, 7 e 8, as tres ultimas apuradas mediante Auditoria de Estoques de Mercadorias, nas quais foram aplicadas os dispositivos da Portaria nº 445/98, que disciplina o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Quanto infração 5, o sujeito passivo deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondentes à parte proporcional da redução. Desta forma não atendeu à previsão contida no art. 100, II, do RICMS/BA.

As planilhas estão anexas nas fls. 79 a 116, e as notas fiscais nela repetidas indicam que foi discriminado mercadoria por mercadoria, o que denota o cuidado da fiscalização em apurar o crédito tributário e em permitir o mais amplo entendimento por parte do autuado. Portanto, conforme se pode ver nos demonstrativos anexados - AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR – em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores

Diante do exposto conclui-se que o contribuinte deverá proceder ao estorno de crédito apenas nas aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes sejam alcançadas pelo benefício da redução da base de cálculo.

Destaco que a empresa está obrigada a fornecer arquivo magnético e possui uma movimentação muito grande. Como ela está mesma forneceu os arquivos magnéticos, presume-se que as informações sejam verdadeiras, até prova em contrário, o que não foi feito pelo autuado, fato que se depreende por não ter apontado, em sua peça defensiva, erros nos arquivos magnéticos.

Por todo o exposto a infração 5 é procedente, pois amparada em documentos fiscais, e nos registros efetuados pela própria empresa, em seus arquivos magnéticos.

Na infração 06, está sendo exigido ICMS referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques, exercício de 2007. Os demonstrativos encontram-se no PAF, e o contribuinte deles recebeu cópia.

A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Constato que na peça de defesa, o autuado não apontou qualquer falha, especifica nos levantamentos de estoque que foram efetuados com base nos arquivos magnéticos e nos livros e documentos fiscais. Deste modo, fica mantida a infração, cuja auditoria está amparada na disciplina da Portaria 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Infração procedente.

Na infração 7, o imposto exigido refere-se à omissão de registro de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e está sendo exigido o ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, consoante o art. 39, V do RICMS/97, referente ao exercício de 2007.

Deve-se exigir o pagamento do imposto do destinatário das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido.

O sujeito passivo também não apontou erros no levantamento, nem trouxe qualquer prova documental capaz de alterar os quantitativos e os valores que estão sendo exigidos. Desta forma fica matida a infração.

Na infração 8, o imposto exigido é o devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo a título de crédito fiscal. Está relacionada com a infração anterior, relativa ao exercício de 2007.

Os argumentos trazidos na defesa não são capazes de alterar o *quantum* exigido. Fica mantida a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147771.0001/11-7**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$835.298,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$300.647,60 e de 70% sobre R\$534.650,59, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, alíneas “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.673,52**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR