

A. I. Nº - 140779.0005/11-3
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA COMERCIAL LTDA. –
FILIAL 35)
AUTUANTE - PETRÔNIO ALBERTO DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 08.08.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Acatadas as razões de defesa, o valor remanescente não foi elidido. Item subsistente em parte. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. i) OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** Exigência do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, ou seja, sobre as operações de saídas, cuja diferença constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal. Insuficientes as razões de defesa para elidir a imputação. Exigência subsistente; **ii) MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.** O adquirente de mercadoria entrada no estabelecimento sem documentação fiscal é responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido pelo fornecedor. Item subsistente; **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Responsabilidade do próprio adquirente em relação às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária entradas no estabelecimento sem documentação fiscal. Item subsistente. **3. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Item acatado pela autuada. Infração subsistente. **4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Acolhida razão de defesa de estorno de crédito fiscal. Item insubsistente; **b) TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE CRÉDITO.** Comprovada a regularidade da operação. Exigência insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado, em 30/12/2011, para exigir o débito no valor de R\$ 3.935.722,74, em decorrência da constatação de sete infrações, relativas aos exercícios de 2008 a 2010, consoante documentos e mídia às fls. 13 a 284 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 192.355,45, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução;

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 229.942,82, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente de

entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria nos exercícios de 2008 e 2009, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 10.679,92, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 estoques por espécie de mercadoria no exercício de 2009.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 3.737,97, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida da parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo do estoque no exercício de 2009.

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 16.885,44, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (CPU).

INFRAÇÃO 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 17.798,45, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

INFRAÇÃO 7 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 3.464.322,69, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, sem a respectiva documentação comprobatória que autorize o lançamento e identifique a origem dos mesmos.

Às fls. 290 a 325 dos autos, o autuado apresenta defesa, onde, inicialmente aduz haver necessidade de revisão da autuação, uma vez que, em relação à primeira infração, na qual se exige o estorno de crédito fiscal proporcional às saídas com redução de base de cálculo, a impugnante foi prejudicada na informação apresentada pela fiscalização ao não prestar todas as informações necessárias para a devida conferência da infração que lhe está sendo imputada, visto que não apresentou os valores contábeis dos itens que comprovariam que a base de cálculo foi escriturada com redução de base de cálculo prevista na legislação, ensejando cerceamento ao direito de defesa, razão para ser feito o levantamento na busca da verdade material.

Em seguida, diz que o equívoco da fiscalização foi não observar que os produtos: charque, leite em pó, arroz, feijão, farinha de mandioca, vinagre e sal estão escriturados com a redução de base de cálculo, prevista nos artigos 51, 78 e 87 do RICMS/BA. Afirma que o método usado pelo autuante deixou de prestar informações importantes para conferência da autuação, pois sem a indicação do valor contábil dos produtos o processo de conferência ficou totalmente prejudicado, caracterizando o cerceamento de defesa. Aduz que para resolver esta questão, a fiscalização necessita levantar as informações separando a operação interna com redução para zero e para 7%, considerando o valor contábil, calcular a redução e depois comparar com o que foi escriturado, e não como foi realizado direto da base de cálculo. Agindo assim, a fiscalização utilizou a base de cálculo para todos os cálculos, trabalhando com uma informação que já contemplava a redução de base de cálculo. Assim, necessita ser feito, do que para corroborar com a sua alegação, anexa demonstração, às fls. 337 a 621 do PAF, de que a base de cálculo destes produtos já está contemplada com a mencionada redução, afastando a cobrança indevida do estorno. Pede diligência.

No que diz respeito à segunda infração, relativa à omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, ressalta a necessidade de realização de revisão fiscal, pois o levantamento fiscal foi distorcido porque existem produtos com entradas por um determinado código e saída por código diferente, gerando diferença na apuração, como também em razão de que as omissões apontadas podem ser reduzidas ou até mesmo anuladas pela aplicação do critério da similaridade, conforme reconhecido pelo CONSEF, do que cita decisões

e pareceres da ASTEC (fls. 623 a 657). Diz que, para colaborar com o trabalho da diligência, anexou demonstrativos, às fls. 658 a 865 dos autos, com a indicação de grupo de itens de produtos similares, cujas anulações ou reduções de omissões devem ser ajustadas no levantamento fiscal. Alega, ainda, que muitas vezes as omissões de entradas e saídas de mercadorias estão relacionadas a fatos específicos do dia a dia da atividade do comércio varejista, fatos que resultam de erros cometidos durante as diversas operações, a exemplo de erros no processo de registro dos produtos na entrada da nota fiscal, erros na contagem do inventário, erro no registro da mercadoria no PDV, troca de etiqueta, furto ou extravio. Assim, diz que para afastar tais distorções se faz necessário considerar as omissões de entradas e saídas de mercadorias dentro de uma mesma categoria de produtos.

Afirma, também, que os supermercados, como todo e qualquer comerciante, já agregam ao preço final dos produtos os custos correspondentes aos desvios e, caso não seja considerada esta realidade (perdas), certamente haverá “bi-tributação”: uma pelo recolhimento do ICMS através do valor agregado ao produto final pelas perdas e outra pela exigência do ICMS pela fiscalização. Cita decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se reconheceu direito à manutenção do crédito de ICMS nos casos de perda, deterioração, extravio ou quebra de mercadorias relacionadas à atividade comercial. Defende que, após os devidos ajustes, inexistente diferença. Pede revisão fiscal pela ASTEC.

Inerente à terceira infração, na qual se exige o ICMS na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacompanhadas de documento fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, aduz que a fiscalização calculou o imposto sem considerar o crédito a que tem direito na operação de entrada, calculando o imposto apenas aplicando 17% sobre o montante encontrado no levantamento fiscal, do que requer a correção dos cálculos. Em seguida, passa a tecer as mesmas alegações acerca das perdas e extravios na atividade comercial, razão para o pedido de diligência ou de nulidade da infração.

Em relação à quarta infração, referente à antecipação tributária, reitera as mesmas razões anteriores acerca das perdas e extravios que geram distorções no levantamento de estoque.

Quanto à quinta infração, cuja acusação é de que o autuado recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, aduz o autuado que a fiscalização não observou que o produto de informática (CPU) goza de redução de base de cálculo prevista no art. 87, V, e anexo 5-A do RICMS/BA. Assim, requer a nulidade da infração e, caso não acolhida, a realização de diligência fiscal à ASTEC para exclusão dos valores indevidos.

No tocante à sexta infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de material para usos e consumo, diz que o autuante não observou que o contribuinte fez o estorno do crédito em seu livro Registro de Apuração do ICMS, no campo ESTORNO DE CRÉDITO, conforme relatórios às fls. 867 a 882 dos autos. Assim, requer a nulidade da infração e, caso não acolhida, a realização de diligência fiscal à ASTEC para exclusão dos valores indevidos.

No que diz respeito à sétima infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, preliminarmente, a autuada salienta que não está se discutindo a procedência do crédito fiscal, mas a utilização do mesmo, sendo que os créditos em questão já são líquidos e certos, pois a fiscalização entendeu que a transferência de crédito está incorreta e assim glosou o crédito fiscal com base no art. 116 do RICMS/BA. Assim, sob esta ótica, a autuada esclarece que agiu dentro da previsão legal, uma vez que a hipótese que trata o § 3º do art. 116, do RICMS remete ao art. 114-A, § 2º, do RICMS, que autoriza a transferência de saldos ente os estabelecimentos de forma a compensar os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, de forma que, para tal, deverá a nota fiscal ser lançada no livro Registro de Apuração do ICMS de uso normal. Assim, segundo o autuado, restou comprovada a legitimidade da operação de transferência de crédito.

Assevera que as lojas que receberam o crédito cedido pelas filiais que apresentaram saldo credor escrituraram em seu livro Registro de Apuração de ICMS (na coluna crédito) no campo (TRANSF. SALDO – CRÉDITO). Por sua vez, as lojas que apresentaram saldo credor no período, transferiram este saldo para lojas que apresentaram ICMS a recolher, escriturando em seu livro Registro de Apuração do ICMS (na coluna de débito) no campo (TRANSF. SALDO – DÉBITO), assim como emitiram notas fiscais de transferência de crédito com os respectivos valores transferidos. Como prova de sua alegação, às fls. 884 a 966 dos autos, apresenta demonstrativos da movimentação dos saldos. Assim, requer a nulidade da infração e, caso não acolhida, a realização de diligência fiscal à ASTEC para exclusão dos valores indevidos.

Em seguida, passa a expor considerações sobre a necessidade de realização de diligência fiscal, em respeito ao princípio da busca da verdade material, do exíguo prazo para apresentação de sua defesa, cuja revisão fiscal é função da fiscalização, sendo necessária a averiguação dos documentos que serão disponibilizados na fase de diligência.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 970 a 973 dos autos, em relação à primeira infração, após revisar os levantamentos levados a efeito, reconhece a procedência parcial das alegações de defesa, com redução do valor apurado, relativo aos exercícios de 2008 a 2010, conforme documentos e CD, às fls. 974 a 979 dos autos,

Quanto à segunda infração, diz que o contribuinte tenta esquivar-se do levantamento levado a efeito, na forma regularmente prescrita e legalmente sustentada, por via transversal, distorcida e ilegalmente frágil, ao desdenhar a metodologia consolidada do levantamento do estoque por espécie de mercadoria, tentando misturar ou por num mesmo balaio, sob a falsa premissa que denominou “similaridade”, como se produtos ou mercadorias com descrições parecidas, mas com código (NCM), qualidade, marca, preço e outras características intrínsecas distintas, que a definem como “espécie”, fossem a mesma coisa. Em relação aos possíveis erros e equívocos no cadastramento das mercadorias, tanto nas entradas como nas saídas, assim como perdas por desvio e outras ocorrências, diz que o contribuinte confessa uma desorganização e descontrole nos departamentos responsáveis por essas atividades, como se tal situação deva ser considerada para justificar perante o fisco as diferenças detectadas, e receber dispensa da obrigação, como se ao confessar os erros e pecados cometidos, merecesse o perdão incondicional da Fazenda Pública. Assim, em razão de a autuada usar argumentos inconsistentes e efetuar um levantamento com base nestes, pede a manutenção integral da exigência, com base nos demonstrativos acostados ao processo.

Inerente à terceira infração, salienta que a exigência decorreu do levantamento quantitativo de estoque e refere-se a omissões de mercadorias sujeitas a substituição tributária, não sendo cabível nenhum crédito fiscal como pretende o contribuinte, uma vez que não há comprovação que as mesmas sofreram alguma tributação anterior, conforme demonstrativo às fls. 185 a 213. Diz que também não há que se falar nem considerar possíveis compensações por perdas, como deseja o autuado, pois a legislação não prevê essa possibilidade.

No tocante à quarta infração, a qual é consequência da infração 3, também decorrente do levantamento do estoque, refere-se a omissões de entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, tendo sido cobrado na infração “3” ICMS normal por solidariedade, cujo montante foi abatido do valor a recolher desta exação, conforme demonstrado às fls. 215 a 244.

No que diz respeito à quinta infração, o autuante diz que, segundo sua interpretação da legislação do ICMS, CPU e Desktop são a mesma coisa, e a tributação é de 12%, conforme prescrito no art. 87, XLIV, do RICMS vigente, constituindo-se em uma das exceções à regra, conforme tabela 1 do Anexo 5-A.

Referente à sexta infração, diz o autuante que, conforme documentação às fls. 253 a 266, não cabe a alegação do estorno, pois os valores dos estornos de crédito lançados no RAICMS dos

meses em questão, foram integralmente compensados nas planilhas da infração 1, não restando valor residual para compensar.

Por fim, quanto à sétima infração, esclarece que, embora o contribuinte tenha anexado cópias das notas fiscais das transferências dos possíveis saldos credores, emitidas na forma prescrita no RICMS, a emissão das mesmas não comprova se, de fato, havia saldo credor na apuração do remetente. Portanto, somente cópias do RAICMS dos meses de referência podem elucidar a verdade a respeito da matéria. Assim, mantém a infração.

Intimada a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado, em nova manifestação, às fls. 983 a 1.006 dos autos, inicialmente, aduz a necessidade de uma nova informação fiscal, com esclarecimentos necessários e revisão quanto às infrações 1 e 7 e, caso não haja, será necessária a realização de uma diligência fiscal pela ASTEC, que de forma imparcial poderá exercer o princípio da busca da verdade material.

No mérito, quanto à infração 1, aduz que na defesa a autuada comprovou que os produtos foram escriturados com redução da base de cálculo, tendo o autuante reconhecido a procedência parcial das alegações de defesa, com redução do valor apurado, conforme planilhas constantes do CD. Diz que, de posse do CD, identificou apenas os valores excluídos em cada período e o saldo final da infração, mas não constam quais itens foram excluídos, o que dificulta a sua manifestação. Assim, requer que o autuante esclareça quais os itens que foram excluídos. Nesta oportunidade, defende que a infração é improcedente, pois parte dos itens, objeto da infração, já foi escriturada com redução de base de cálculo e a outra parte dos itens foi estornada na apuração. Reitera suas alegações de defesa e seu pedido de revisão do levantamento pela ASTEC.

Em relação à segunda infração, diz que o autuante não concordou com a defesa e manteve na íntegra a infração. Contudo, reitera a sua defesa, no sentido de que devem ser consideradas as distorções no levantamento quantitativo de estoque (perdas e extravios). Pede revisão.

Inerente à terceira infração, diz que o autuante não concordou com a defesa e manteve na íntegra a autuação, porém, o defendente reitera suas alegações, no sentido de que devem ser consideradas as distorções no levantamento quantitativo de estoque (perdas e extravios).

Referente à quarta infração, aduz que o autuante não concordou com a defesa da autuada e manteve a infração. Reitera sua defesa, no sentido de que devem ser consideradas as distorções no levantamento quantitativo de estoque (perdas e extravios). Pede revisão.

No tocante à quinta infração, aduz que o autuante não concordou com a defesa e manteve a infração. Contudo, como demonstração da boa-fé que deve sempre prevalecer nos processos administrativos fiscais, a autuada diz reconhecer o equívoco da sua defesa e informa que concorda com os termos da informação fiscal e irá efetuar o recolhimento, pois realmente o item CPU não é tributado à alíquota de 7% e sim de 12%, conforme art. 87, XLIV, do RICMS/BA.

Quanto à sexta infração, diz que o autuante, em sua informação fiscal, diz que não cabe a alegação de estorno, pois os valores dos estornos de crédito lançados no RAICMS foram integralmente compensados nas planilhas da infração 1, não restando valor residual para compensar. Contudo, o autuado defende que, diferente do que foi afirmado na informação fiscal, o crédito não foi utilizado na infração 1, pois, conforme arquivos copiados no CD, entregue juntamente com a informação fiscal, não constam ajustes referentes ao ano de 2010, sendo assim a autuada entende que não foi utilizado o estorno, devendo para tal ser considerado o estorno citado na sua defesa e demonstrado fls. 867 a 882 dos autos. Assim, reitera as razões de defesa e pede revisão pela ASTEC.

No que diz respeito à sétima infração, a autuada ressalta que já tinha anexado à sua defesa um CD contendo todas as apurações e transferências dos créditos de ICMS em questão. Aduz que para corroborar com a busca da verdade material, anexa novamente à sua manifestação (fl. 1008) todas as apurações e todos os registros dos créditos transferidos pelas suas filiais, conforme RAICMS das filiais, do que cita exemplo da movimentação da conta-corrente do ICMS. Assim, requer nova

manifestação do autuante com a verificação do novo CD, como também reitera as alegações de defesa e o pedido de revisão fiscal.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o débito, no montante de R\$ 3.935.722,74, relativo a sete irregularidades, todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de defesa com plenitude.

Também, nos termos previstos no art. 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência, pois considero suficientes para a formação da convicção deste colegiado os elementos contidos nos autos.

No mérito, quanto à primeira infração, a qual exige o estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 192.355,45, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, o autuante reconhece a procedência parcial das alegações de defesa e refaz o levantamento fiscal, apurando o valor remanescente de R\$ 65.276,42, conforme planilhas e mídia eletrônica (CD) às fls. 974 a 979 dos autos, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo para querendo se manifestar, conforme documentos às fls. 980 e 981 dos autos, tendo o autuado, naquela oportunidade, dito que não constam quais itens foram excluídos, o que dificulta a sua manifestação, do que reitera suas alegações de defesa e seu pedido de revisão fiscal.

Da análise das peças processuais, verifico que a mídia, à fl. 979, contém arquivos com as planilhas refeitas, relativas à primeira infração, acrescidas da coluna “Valor Contábil”, consoante pleito da autuada, cujo levantamento relaciona, analiticamente, as notas fiscais, os produtos e os demais dados das operações, objeto da exação fiscal, assim como o cálculo para a apuração do ICMS a estornar, cujo valor é comparado com o montante estornado, resultando na diferença reclamada.

Assim, descabe a alegação defensiva de que nas novas planilhas não constam quais os itens foram excluídos, pois, conforme já dito, no levantamento fiscal consta o número das notas fiscais e os itens, de forma analítica, proporcionando ao autuado plena condição para a análise individualizada das quantias exigidas, dos cálculos realizados, dos valores já considerados pelo contribuinte e das importâncias devidas, além do cotejo com o levantamento original, razão do indeferimento da diligência. Caberia ao autuado apontar, especificamente, a existência de erros no levantamento fiscal refeito, o que não o fez. Item subsistente em parte, no valor de R\$ 65.276,40, conforme a seguir:

DATA Ocorrência	ICMS Exigido (R\$) - CD	Sd Credor a Transportar	Sd ICMS a Estornar	DATA Ocorrência	ICMS Exigido (R\$) - CD	Sd Credor a Transportar	Sd ICMS a Estornar
31/01/08	9.242,64	-	9.242,64	31/01/09	271,18	5.895,00	-
28/02/08	13.495,58	-	13.495,58	28/02/09	-	5.895,00	-
31/03/08	12.084,49	-	12.084,49	31/03/09	1.388,22	4.506,78	-
30/04/08	7.290,90	-	7.290,90	30/04/09	-	4.506,78	-
30/05/08	8.203,01	-	8.203,01	30/05/09	2.027,16	2.479,62	-
30/06/08	468,12	-	468,12	30/06/09	1.420,95	1.058,67	-
31/07/08	9.379,25	-	9.379,25	31/07/09	2.248,04	-	1.189,37
31/08/08	(3.723,40)	3.723,40	-	31/08/09	1.391,00	-	1.391,00
30/09/08	(5.741,96)	9.465,36	-	30/09/09	1.214,66	-	1.214,66
31/10/08	(633,13)	10.098,49	-	31/10/09	1.317,39	-	1.317,38
30/11/08	1.713,88	8.384,61	-	30/11/09	-	-	-
31/12/08	2.218,43	6.166,18	-	31/12/09	-	-	-

Inerente à segunda infração, cuja exigência do imposto decorre da constatação de omissão de saídas de mercadorias sem a devida tributação, apurada através de auditoria de estoques nos exercícios de 2008 e 2009, o autuado limita-se a alegar a existência de distorções no levantamento

quantitativo de estoque, a exemplo de: perdas e extravios, produto com códigos diferentes na entrada e na saída e falta de agrupamento de produtos similares.

Contudo, há de se ressaltar que na auditoria de estoque deve se considerar as quantidades existentes nos estoques iniciais e finais, como também as quantidades constantes em todas as notas fiscais de entradas e de saídas que envolvam operações com as mercadorias, objeto do levantamento fiscal, assim, compreendidas: compras, vendas, remessas, retornos, etc. Sendo assim, se o contribuinte não emite documentos fiscais quando das perdas, extravios, furtos, trocas, etc., de forma a documentar tais eventos e a regularizar seus estoques, não pode atribuir à constatação das omissões de saídas apuradas como decorrente de tais eventos, visto não poder comprová-los, uma vez não documentados, sendo inócua a realização de perícia ou de diligência para fatos pretéritos se não, devidamente, comprovados.

Verifico que a auditoria de estoque está fundamentada em levantamentos de estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, identificadas por código, o que destitui a pretensão de agrupamento por categoria ou similaridade, consoante diversos demonstrativos apensados aos autos e entregues ao sujeito passivo, cujo levantamento se baseou nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos, não tendo o defendente conseguido elidir a acusação fiscal, limitando-se, apenas, a negar a infração, sem, contudo, comprovar documentalmente suas alegações, apontando equívocos porventura existentes no levantamento fiscal com documentação robusta dos fatos alegados, uma vez que, devolução, troca, perdas, furtos, etc., devem ser documentados para regularização do estoque e para efeito de cumprimento à legislação tributária. Deve-se ressaltar que o art. 123 do RPAF/BA assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Assim, concluo como verdadeiros os números apurados no levantamento fiscal, cuja omissão de saídas apurada constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal exigível e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido, razão de manter subsistente a infração.

No tocante à terceira infração, relativa à exigência do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2009, o defendente repete suas alegações relativas a distorções decorrentes de perdas e extravios, as quais já foram objeto de análise no item anterior, como também alega que o autuante calculou o imposto sem considerar o crédito a que tem direito na operação de entrada, apenas aplicando a alíquota de 17% para apurar o valor exigido.

Da análise das peças processuais, às fls. 185 a 213, cuja cópia foi entregue ao autuado, verifica-se que, por se tratar de um imposto exigido ao autuado, na condição de responsável solidário ao contribuinte de direito, no caso o remetente das mercadorias adquiridas sem documentação fiscal, acertadamente foi aplicada a alíquota de 17% sobre a base de cálculo, conforme procedeu o preposto fiscal, uma vez que se trata de uma exigência relativa à operação anterior, ou seja, quando da remessa do fornecedor ao autuado, logo, não cabe a aplicação da MVA para em seguida se apurar o débito, deduzido do crédito da operação, como alega o autuado (fl. 306). Item subsistente.

Em relação à quarta infração, a qual exige o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzido da parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter o autuado adquirido mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária desacompanhada de documento fiscal, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, o defendente reitera suas razões acerca das perdas e extravios que geram distorções no levantamento de estoque, as quais já foram objetos de análise.

Conforme bem salientou o autuante em sua informação fiscal, a antecipação tributária, ora em análise, é consequência da infração 3, e refere-se à omissão de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurada na auditoria de estoque, tendo sido cobrado na terceira infração o ICMS normal por solidariedade, cujo montante foi abatido do valor a recolher desta exação, conforme demonstrado às fls. 215 a 244 dos autos. Item subsistente.

Referente à quinta infração, decorrente do recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadoria (CPU), inicialmente a defendente apresenta impugnação, contudo, posteriormente, às fls. 994 dos autos, a autuada reconhece como equivocada a sua defesa e informa que concorda com os termos da informação fiscal, pois, realmente, o item CPU não é tributado à alíquota de 7% e sim pela alíquota de 12%, conforme inciso XLIV do art. 87 do RICMS/BA, do que diz que irá efetuar o pagamento desta infração. Assim, diante de tal confissão, subsiste a infração.

Quanto à sexta infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, o autuado aduz em seu favor que o autuante não observou que o contribuinte fez o estorno do crédito em seu livro Registro de Apuração do ICMS, no campo ESTORNO DE CRÉDITO, conforme relatórios às fls. 867 a 882 dos autos. Já o autuante, em sua informação fiscal, diz que os valores dos estornos de crédito lançados no RAICMS dos meses em questão, foram integralmente compensados nas planilhas da infração 1, não restando valor residual para compensar. Por sua vez, o autuado, à fl. 996 dos autos, defende-se afirmando que o crédito não foi utilizado na infração 1, pois, conforme arquivos copiados no CD, entregue juntamente com a informação fiscal, não constam ajustes referentes ao ano de 2010, logo entende que não foi utilizado o estorno, devendo para tal ser considerado o estorno citado na sua defesa e demonstrado fls. 867 a 882 dos autos.

Realmente, por não ter o autuante demonstrado ou mantido valores remanescentes relativos ao exercício de 2010, quando do refazimento dos cálculos referentes à primeira infração, como também por ter o contribuinte apresentado “Relatórios” mensais dos estornos de créditos realizados em seu estabelecimento, inclusive arrolando as notas fiscais de uso e consumo (fls. 867 a 882), as quais correspondem às relacionadas pelo autuante (fls. 253 a 258), considero elidida a exigência fiscal. Item insubsistente.

Por fim, em relação à sétima infração, a qual exige o valor de R\$ 3.464.322,69, referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS pela transferência incorreta de saldo credor do período anterior, sem a respectiva documentação comprobatória que autorize o lançamento e identifique a origem dos mesmos.

O defendente, preliminarmente, aduz que não está se discutindo a procedência do crédito fiscal, mas a utilização do mesmo, pois a fiscalização entendeu que a transferência de crédito está incorreta e assim glosou o crédito fiscal com base no art. 116 do RICMS/BA. Esclarece que o § 3º do art. 116 remete ao art. 114-A, § 2º, do RICMS, que autoriza a transferência de saldos ente os estabelecimentos de forma a compensar os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, de forma que, para tal, deverá a nota fiscal ser lançada no livro Registro de Apuração do ICMS de uso normal. Assim, sustenta que restou comprovada a legitimidade da operação de transferência de crédito, uma vez que ao se creditar no Registro de Apuração de ICMS, no campo (TRANSF. SALDO - CRÉDITO), automaticamente se debitou no Registro de Apuração do ICMS, da filial cedente, no campo (TRANSF. SALDO - DÉBITO), assim como emitiu notas fiscais de transferência de crédito com os respectivos valores transferidos. Como prova de sua alegação, às fls. 884 a 966 dos autos, anexa demonstrativos da movimentação dos saldos, notas fiscais das operações de transferência de saldo credor e mídia com RAICMS das filiais envolvidas.

Da análise das peças processuais descritas, verifica-se que o contribuinte elidiu a acusação fiscal, pois comprovou o procedimento regular das operações, ao emitir notas fiscais com destaque dos

impostos e a apropriar os correspondentes créditos fiscais na escrita do estabelecimento autuado, além de comprovar os respectivos débitos nos estabelecimentos filiais cedentes. Item insubsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 326.522,55, sendo: R\$ 65.276,40, relativo à infração 1; R\$ 229.942,82, relativo à infração 2; R\$ 10.679,92, relativo à infração 3; R\$ 3.737,97, relativo à infração 4 e R\$ 16.885,44, relativo à infração 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140779.0005/11-3**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA COMERCIAL LTDA. – FILIAL 35)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$326.522,55**, acrescido das multas de 60% sobre R\$85.899,81 e 70% sobre R\$240.622,74, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”; VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR