

A. I. Nº - 147771.0002/12-1
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16. 04. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-01/13

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. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) OPERAÇÕES ATRAVÉS DE ECF. Recolheu a menos o ICMS em virtude da utilização equivocada da alíquota, quando da saída das mercadorias tributadas através de ECF. Excluídos os produtos da substituição tributária. Infração em parte subsistente. b) OPERAÇÕES ATRAVÉS DE NOTA FISCAL. Recolheu a menos o ICMS em virtude da utilização equivocada da alíquota, quando da saída das mercadorias tributadas através de notas fiscais. Excluídos os produtos da substituição tributária. Infração reconhecida. c) TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA PARA OUTRO ESTADO. Ficou confirmado o erro na aplicação da alíquota interestadual nas transferências de mercadorias para outro Estado. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Não cabe a utilização de crédito relativo às mercadorias adquiridas com imposto já recolhido através do regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontre encerrada. Excluídos os produtos que não estão no regime ST. Infração em parte subsistente. 4. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. OPERAÇÃO DE SAÍDA SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. O contribuinte estornará o crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo. Não acolhidas as alegações das saídas com produtos da cesta básica à alíquota de 7% ou sobre o caráter autorizativo do Convênio ICMS 128/94. Infração caracterizada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO

DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. **6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. MERCADORIAS REGISTRADAS. Infração reconhecida.** **7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. É devida a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, Lei 7.014/96 para o caso de inobservância do dispositivo legal concernente ao recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial contido no art. 12-A da mesma Lei. Auditor Fiscal exclui do demonstrativo fiscal os produtos do regime da Substituição Tributária, questionados pelo autuado. Exigência subsistente em parte.** **8. MERCADORIAS DO REGIME SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SEM REGISTRO FISCAL E CONTÁBIL. PAGAMENTO DO ICMS-ST NA SAÍDA. MULTA. Apurada a falta de recolhimento do imposto por antecipação, mas constatada tributação regular nas operações subsequentes, não se exige o imposto antecipado, mas a multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado. Auditor Fiscal exclui do demonstrativo fiscal os produtos que não estavam no regime da Substituição Tributária, questionados pelo autuado. Exigência subsistente em parte. Rejeitadas preliminares de nulidades e solicitação de diligência. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2012, para reclamar ICMS e multa por obrigação acessória no valor total de R\$1.370.621,22, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal apurado através das vias das notas fiscais (fls. 16 a 30 do PAF) retidas nos Postos Fiscais e constantes do CFAMT, conforme Demonstrativo (fls. 14 e 15) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$12.817,63 e multa de 10%.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por ECF s, conforme demonstrativo (fls. 31 a 43) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$65.819,64 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por notas fiscais, conforme demonstrativo (fls. 44 e 45) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$4.628,21 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por transferências para outras unidades da Federação com alíquota inferior a estabelecida na legislação, conforme demonstrativo (fl. 46 a 58) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$31.288,72 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária conforme notas fiscais (amostra), às fls. 72 a 86, demonstrativos (fls. 59 a 71) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$72.984,13 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - 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 conforme notas fiscais (amostra), às fls. 100 a 114, demonstrativos (fls. 87 a 99) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$434.887,63 e multa 60%.

INFRAÇÃO 7 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas 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 conforme demonstrativo (fls. 115 e 116) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$346.594,88 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 8 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, 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, conforme demonstrativo (fls. 122 a 125) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$35.538,58 e multa de 70%.

INFRAÇÃO 9 – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado conforme demonstrativo (fls. 122 a 125) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Valor R\$13.060,09 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 10 – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente conforme notas fiscais (amostra), fls. 139 a 158, demonstrativos (fls. 126 a 138) e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Multa de 60%, valor R\$303.750,37.

INFRAÇÃO 11 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89, conforme demonstrativos, fls. 159 a 171, notas fiscais (amostra), fls. 72 a 86 e CD-R (fls. 187) anexos ao PAF. Valor R\$30.134,13 e multa de 60%;

INFRAÇÃO 12 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Demonstrativos, às fls. 172 a 178; notas fiscais (amostra), às fls. 72 a 86 e CD-R (fl. 187) anexos ao PAF. Multa de 60% e valor R\$19.117,21.

Nas razões, fls. 199/229, o autuado descreve as infrações constantes do Processo Administrativo Fiscal – PAF. Reconhece as infrações 1, 3, 4, 8, 9 e 11, procedendo aos respectivos recolhimentos, acorde fls. 570 a 574. Apresenta impugnação para as infrações 2, 5, 6, 7, 10 e 12.

No item 2, aduz que a exigência decorre do erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos ECF,s, que o autuado teria aplicado a alíquota 0%, enquanto para o Fisco a alíquota é 17%. Argui que o Fisco não observou que parte das mercadorias estava adstrita à sistemática de substituição tributária, de modo que o imposto já havia sido antecipado, nas operações anteriores. Exemplificou com algumas das mercadorias abordadas pela

fiscalização, através de demonstrativos às fls. 31/43 e que embasaram a infração (fls. 202). Reproduz redação do art. 353 do RICMS/BA (decreto nº 6.284/97).

Frisou que o próprio fiscal reconheceu a condição de substituição tributária das mercadorias, o que pode ser observado a partir das infrações 8 e 11, cujo demonstrativo descreve.

Em relação às infrações 5 e 12, utilização indevida de crédito e multa pela ausência de pagamento do ICMS por antecipação tributária, ambas as situações adstrita também ao regime da substituição tributária, assevera que não merecem prosperar. Diz que parte das mercadorias adquiridas, objeto da autuação, sequer estavam submetidas à ST, à época dos respectivos fatos geradores. Ilustrou tal afirmação com a descrição de alguns dos produtos constantes dos demonstrativos fiscais, fls. 59/71 e 172/178.

Salienta que, ao analisar o art. 353, II, do RICMS/BA, em redação vigente à época dos fatos, nota-se que nem o computador portátil “TOS CEL D420/D430 1 GB 169HD LNX” – Código NCM 8471.50.10, nem a “CADEIRA P AUTO PICOLLINA” – Código NCM 9401.80.00 estavam elencados como produtos sujeitos à substituição tributária por antecipação. Em relação ao produto cadeira para auto, embora possa ser considerado acessório para veículos, enquadrando-se no item 30 do citado dispositivo, tal conclusão não deve prosperar porque o item faz menção aos Protocolos ICMS 41/08 e 49/08 e tais diplomas não trazem o produto específico (código NCM 9401.80.00). Diz que as mesmas razões devem ser aplicadas em relação à infração 12. Elabora demonstrativo e pede a exclusão das exigências.

Na sexta infração, questiona o entendimento fiscal, uma vez que as mercadorias estão na cesta básica, conseqüentemente, o crédito deve ser usado de forma integral. Diz que a manutenção integral do crédito está previsto no Convênio ICMS 128/94. Explica que a exigência fiscal deve ser cancelada, pois o autuado agiu de acordo com o convênio citado (revogou o Convênio ICMS 139/93) e o Estado da Bahia estabeleceu carga tributária mínima de 7% do ICMS, sem exigir estorno proporcional do crédito deste tributo.

Diz que segundo a Lei Complementar nº 24/75 e maciça jurisprudência do STF, os convênios de ICMS, firmados pelos entes federados não conferem poder aos signatários para conceder, alterar ou revogar os benefícios fiscais, mas os vinculam para que executem sua ordem, de forma a conferir benefícios aos contribuintes, nos termos celebrados. Conclui que, enquanto signatário do Convênio ICMS 128/94, o Estado da Bahia está compelido à obedecer suas regras, exigir carga tributária de ICMS sobre os produtos da cesta básica em 7% e não exigir estorno proporcional dos créditos, nas saídas. Diz que haveria aumento no preço de venda dos produtos, se adotado o modelo pretendido pela fiscalização. Lembra que o Convênio fala em “redução da carga tributária” e não em “redução da base de cálculo”; diz que o caso trata de redução da alíquota interna do ICMS e não redução da base de cálculo.

Explica que no revogado Convênio ICMS 139/93, a intenção dos Estados e do Distrito Federal era beneficiar aos contribuintes, por meio de redução de base de cálculo, diferente ao Convênio 128/94, que prevê a redução da alíquota interna e não redução da base de cálculo. Nesse caso, a exigência de estorno fere disposições constitucionais, além da LC 24/75.

Ressalta que o caso concreto não se trata de isenção ou não incidência, mas da redução de carga tributária. Todos os produtos componentes da cesta básica adquiridos pelo autuado conferem direito ao crédito do ICMS de forma irrestrita, independentemente da base de cálculo do ICMS por ele adotada, na subsequente saída, por força do princípio constitucional da não-cumulatividade. Destaca que o autuado agiu conforme o Convênio citado e não pode sofrer a imposição de multa, conforme Parágrafo Único, art.100, CTN.

No item 7, saída de mercadorias sem documento fiscal, diz que o Fisco presumiu a infração, pois em nenhum momento a provou. Aduz que a fiscalização deveria determinar claramente como apurou as supostas diferenças e demonstrar detalhadamente como alcançou os valores, trazendo aos autos as provas necessárias para embasar sua acusação, o que não ocorreu.

Reclama que, em nenhum momento, o fisco comprovou ou trouxe indícios de provas de que o autuado realmente efetivou a “suposta” venda de mercadorias sem o respectivo documento fiscal. Pelo contrário, informou apenas “suposta” diferença no estoque de mercadorias, sem buscar a verdade material, propósito a que se deve prestar todo ato administrativo.

Discorre sobre o procedimento fiscal, presunção fiscal, lançamento do crédito tributário (art. 142, CTN), nas lições de Alberto Xavier, Ives da Silva Martins, Paulo de Barros Carvalho, concluindo que os tribunais administrativos, diante da precariedade da acusação fiscal, vêm proferindo decisões favoráveis aos contribuintes. Conclui que a infração baseou-se em mera presunção e deve ser cancelada.

Argui que as diferenças nos estoques são originadas de quebras, perdas, inerentes a sua atividade comercial varejista de mercadorias em geral com predominância em alimentos. Explica que na atividade, além de perdas e quebras das mercadorias, existe ainda a possibilidade de extravio, furto, etc., e, no caso dos alimentos, o perecimento, deterioração, decomposição; em relação aos eletroeletrônicos, a quebra, em virtude do transporte e manuseio. Diz que o art. 100, V, RICMS/BA, disciplina o estorno do crédito do ICMS, nas hipóteses de quebras “anormais” das mercadorias. Deduz a regularidade de quebras normais nas atividades comerciais dos contribuintes.

Argumenta que a diferença no estoque de R\$2.688.214,06, em 2009, diante de um faturamento anual de R\$ 143.100.678,14, representa um percentual de 1,88%, absolutamente razoável, normal e próprio da atividade comercial. Lembra que no estudo realizado pela ABRAS – Associação Brasileira de Supermercados e pela FIA – Fundação Instituto de Administração, o percentual de média nacional de perdas no varejo, no período 2003 / 2009, foi 2,33%, superior ao percentual verificado na atividade do autuado.

Rechaça a idéia de a Fiscalização somente considerar tal percentual de perdas, via prova documental, pois, em termos práticos, entende que não há como formalizar a quebra ou perda de mercadorias. Pergunta como formalizar a ocorrência de um furto, se muitas vezes sequer o estabelecimento toma conhecimento? Como formalizar o perecimento de produtos alimentícios?

Aduz que a empresa tem 350.000 itens e os percentuais levantados pela ABRAS servem de patamar razoável de perdas e quebras. Transcreve decisões do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia e firma que, nesse particular, o presente auto de infração deve ser cancelado por ofensas aos princípios vinculados à Administração Pública.

Reconhece, no entanto, que deixou de emitir documento fiscal (art. 201, RICMS BA) e propõe a aplicação da multa do art. 42, inciso XXII, citando trecho de decisão do CONSEF, nesse sentido.

Além da desconsideração das perdas, quebras e perecimentos das mercadorias, eventos próprios da atividade comercial varejista, diz que o Fisco também não avaliou as saídas por códigos genéricos, o que justifica a baixa dos autos em diligências.

Esclareceu a utilização, no controle de seus estoques, dos códigos com a descrição de “Produtos Genéricos”, empregados nas hipóteses de saídas ou entradas de produtos, quando os usuários não têm conhecimento do real código dos produtos no estoque. Explica que os produtos são disponibilizados aos seus clientes, e, não raras vezes, em virtude do grande volume e da diversidade dos itens no estoque, no momento da emissão dos documentos fiscais, não se consegue registrar a mercadoria corretamente. Nesse caso, é utilizado o código genérico para dar baixa no estoque, de modo que a correta leitura possa ser feita oportunamente no momento de fechamento desse estoque, evitando-se, prejuízos no exercício da atividade econômica.

Diz que tal situação foi totalmente desprezada pelo fisco, o que deve ser verificado *in loco*, quando da realização da diligência no estabelecimento da empresa autuada. Não podendo um “*simples confronto entre entradas, saídas e saldos iniciais e finais de estoque*” ser utilizado como único e exclusivo meio de comprovar tão sérias e graves acusações.

Ressalta que, em nenhum momento, a Fiscalização buscou entender as peculiaridades e especificidades das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, que não podem ser dirimidas pelo simples confronto entre entradas, saídas e saldos iniciais e finais dos estoques. Argui que se a Fiscalização tivesse debruçado com maior afinco sobre os documentos fiscais disponibilizados, teria constatado que não houve omissão de qualquer entrada ou saída de mercadorias, considerando o porte do estabelecimento autuado em nível nacional e o fiel cumpridor de suas obrigações tributárias. Reitera a reclamação que o Fisco da Bahia sequer cogitou a existência e utilidade dos aludidos códigos genéricos, que representam efetivas saídas de mercadorias do estabelecimento, mas, que foram integralmente ignoradas.

Na infração 10, alega não prosperar a multa percentual sobre parcela do ICMS antecipação parcial do art. 352-A, RICMS/BA, tendo em vista que parte das mercadorias não se sujeitava a tal sistemática, pois, sujeitas à substituição tributária (§ 1º, III, art. 352-A, RICMS/97). Ilustra sua assertiva com a descrição de alguns desses produtos, constantes do demonstrativo fiscal, fls. 126/138, aduzindo que as mercadorias questionadas estavam enquadradas na substituição tributária para as operações internas, no Estado da Bahia, prevista no RICMS/97 (art. 353, II), destacando os itens 29.1 – salgados à base de cereais; 33 – álcool para fins carburantes e 34 – rações tipo PET. Pede a juntada do DAE, fl.393/395, provando o recolhimento das infrações reconhecidas e o conseqüente cancelamento da infração.

Na Informação Fiscal prestada, fls. 398/422, diz o autuante que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente, que a descrição das infrações é clara, precisa e correta a tipificação legal das irregularidades. Diz ainda que o PAF está acompanhado dos demonstrativos que evidenciam os elementos constitutivos do débito tributário exigido.

Lembra que a autuação tem origem nos dados levantados a partir dos arquivos magnéticos enviados pelo próprio contribuinte, respaldados nos documentos fiscais emitidos pela empresa e registrados na sua escrita fiscal.

Com relação à infração 2, diz que são procedentes as alegações do autuado com relação aos produtos CD's e DVD's e aparelhos celulares, que estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, conforme artigo 353, II, 20, RICMS/BA. Aduz que o mesmo não ocorre, quanto ao Dermacyd, que é produto de higiene, não classificado como medicamento, enquadrado no regime normal de apuração do ICMS e sujeito à alíquota interna de 17%. Reduz a exigência de R\$65.819,64 para R\$57.788,71 (fl. 407), conforme demonstrativo analítico, fls. 423/435.

Na infração 5, “Uso indevido de crédito fiscal”, informa que os produtos cadeira para autos e celulares não estão enquadradas no Regime de Substituição Tributária e a alegação do autuado é procedente. Elabora novo demonstrativo (fls. 436 a 448 do PAF) com a exclusão de tais produtos, alterando a exigência de R\$72.887,63 para R\$38.586,54.

Quanto à Infração 12, “Multa por antecipação tributária parcial”, foram reconhecidos também os argumentos do autuado e o valor do débito de R\$19.117,21 passa para R\$7.860,23, conforme novo demonstrativo (fls. 449 a 453 do PAF), excluindo os produtos.

Na sexta infração, valores correspondentes à falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias com saídas subseqüentes com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Exigência respaldada na Legislação Estadual, arts. 30, I, da Lei nº 7.014/96 e 100, incisos I e II, RICMS/97. Fundamento na LC nº 87/96 e na Constituição Federal (art. 155, § 2º, o inc. II, letras “a” e “b”).

Afirma que os argumentos defensivos com relação ao Convenio ICMS 128/94 estão equivocados, pois se trata de dispositivo de caráter apenas autorizativo (cláusula Primeira § 1º), significa dizer que os entes federativos não estão obrigados a segui-lo. A autuação foi fundamentada na legislação estadual que estabelece redução na base de cálculo de 100% para os produtos da cesta básica. Esclarece que o artigo 51 do RICMS BA estabelece as alíquotas especiais para os produtos da cesta básicas e a autuação foi embasada na falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas ou

aquisições de mercadorias com saídas subseqüentes com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Com relação ao Convênio ICMS 128/94, frisa que uma coisa é o Estado da Bahia ter concordado com a aplicação da carga tributária de 7% para os produtos da cesta básica. Outra situação, bastante diferente, é a admissão de crédito integral na aquisição de tais mercadorias, posição que contraria a legislação tributária estadual, além dos ditames contidos na própria Constituição Federal. Salienta que os valores apurados nesta infração, quase que totalmente, são de produtos que não estão enquadrados como cesta básica, ou seja, os valores dos produtos da cesta básica correspondem apenas a 21,5% do valor apurado, o que significa que, se procedentes as alegações da defesa, a exigência não alcançaria a grande maioria dos produtos.

Transcreve parte do voto do ACÓRDÃO CJF Nº 0185-11/10 para ratificar a legalidade da autuação no Auto de Infração nº 207494.0001/08-4, lavrado contra a mesma empresa, além de excerto do voto no ACÓRDÃO CS Nº 0031-21/09.

Salienta a posição da Procuradoria Geral do Estado – PGE, sobre a falta de supedâneo da matéria na Carta Política e retifica, contudo, os termos da autuação que tem embasamento na Legislação Estadual. Mantém a infração no valor de R\$434.887,63.

Em relação à infração 7, informa que não prospera a alegação defensiva da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, posto que os valores que embasaram a exigência têm origem na Auditoria de Estoques por espécie de Mercadorias. De outro lado, o impugnante não traz nenhuma prova que sustente suas alegações ou que possa contestar os dados apurados pela Fiscalização.

Reitera que os dados utilizados no levantamento fiscal constam dos arquivos magnéticos do contribuinte e foram confrontados com os registros da sua escritura fiscal, como se pode verificar no Relatório fl. 182 do PAF, ou seja, todos os elementos constantes deste Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais emitidos pela própria empresa e registrados escritura fiscal.

Diz que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias está respaldada em demonstrativos que relacionam as entradas, as saídas, estoques inicial e final e os preços médios de todas as mercadorias incluídas na apuração, conforme determina a Portaria nº 445/98 (artigos 1º e 4º), orientando, inclusive que, num mesmo exercício, não se pode cobrar ICMS, concomitantemente, sobre a omissão de entrada e omissão de saída, mas, que seja cobrado o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, que no caso presente foi a saída (§ 1º do artigo 60 do RICMS/BA e do artigo 13 da Portaria nº 445/98).

Com relação ao imposto apurado, todos os valores apurados estão devidamente relacionados nos demonstrativos anexados ao auto de infração, cujas cópias foram entregues ao contribuinte através CD-R mediante recibo, às fls. 183 a 186 do PAF. Explica que valores dos preços médios das mercadorias e o valor do imposto foram apurados em conformidade com o que determina a legislação estadual (art. 60, RICMS/BA e art. 5º, I Portaria nº 445/98).

Sobre as quebras e perdas, diz que o próprio autuado não considerou a legislação estadual do RICMS, que estabelece o estorno do crédito de ICMS, além da emissão de notas fiscais para o fim de corrigir os seus estoques (CFOP 5927 – Lançamento a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração). Conclui que ao deixar de cumprir a legislação, o autuado incidiu na infração imputada (artigos 100, V e 201, X, RICMS BA).

Salienta que não foram incluídos no levantamento fiscal, os gêneros alimentícios, justamente para evitar distorções em função de embalagens, unidades, etc. Diz que apurou apenas 9.799 itens de mercadorias de um total de 72.599 itens de mercadorias movimentados no exercício (13,5 %). Lançados outros itens comercializados, possivelmente, encontraria um valor superior àquele apurado. Conclui que o índice de perdas calculado pelo autuado (1,88%) não explica a diferença, uma vez que o valor de omissão de saídas apurado no presente levantamento corresponde apenas a uma parte das mercadorias (13,5 %). Rebate que as decisões proferidas por órgãos de julgamento e

anexadas pelo autuado, não se aplicam ao presente Auto de Infração, pois tratam de situações diversas ao PAF.

Com relação aos produtos genéricos, lembra que a identificação por item de mercadoria deve estar contida nos Registros dos arquivos SINTEGRA (Convenio ICMS 57/95). Diz que intimou o autuado para apresentar informações, através de demonstrativo das irregularidades nos arquivos magnéticos, relatórios dos produtos com descrição de “produtos genéricos”, (fls. 454 a 465 do PAF do PAF) e que também não foi atendido. Diz que relacionou cópias dos documentos utilizados no presente “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias”, anexados aos autos e entregues ao contribuinte autuado (fls. 183 / 186), sublinhando a existência apenas de mercadorias tributadas pelo regime normal.

Quanto às mercadorias tributadas classificadas no SINTEGRA como “produtos genéricos”, diz que apresenta um valor total das saídas (ECF + N. Fiscais), no valor de R\$3.688,51, (fls. 466 a 467 do PAF), irrelevante em relação ao valor total apurado no Auto de Infração de R\$2.688.214,06; diz ainda que o valor de entradas das mercadorias tributadas classificadas como Produto Genérico corresponde a R\$91.093,51 (fls. 468 / 472), significando que a inclusão dessas mercadorias como produto genérico, no levantamento quantitativo em questão, o valor de omissão de saídas seria ainda maior. Mantém integralmente a Infração 7, no valor de R\$ 346.594,88.

Na décima infração (10), “Multa percentual sobre a parcela de ICMS por antecipação parcial”, diz que entre os produtos reclamados pelo autuado, à exceção do produto DERMACYD DELICATA GTS LENCO POCKET, à época do levantamento fiscal, as demais mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária. Salienta que a empresa registrou as entradas dos produtos descritos nos demonstrativos de fls 126 a 138 PAF, nos CFOP's 2102 ou 2152, utilizando crédito fiscal, inclusive de produtos que relacionou na defesa, alegando tratar de produtos da Substituição Tributária.

O autuante identificou e excluiu os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, à época da infração, que não deveriam sujeitar-se à antecipação do artigo 352-A § 1º, RICMS/BA. Reduziu a exigência de R\$303.750,37 para R\$300.199,64, conforme demonstrativo de Auditoria Antecipação Parcial (fls. 473 a 485 do PAF).

Concluiu, pela procedência parcial do auto de infração, considerando que as razões da defesa foram criteriosamente analisadas; as provas consideradas procedentes foram acatadas alterando o valor do Auto de Infração de R\$ 1.370.621,22 para R\$ 1.313.384,99.

Em nova manifestação, fls. 490/504, o autuado, com relação à infração 06, reitera os termos do Convênio ICMS 128/94 e anexa uma planilha, com objetivo de provar que a maior parte dos produtos que compõe a infração pertence à cesta básica e não enseja o estorno proporcional de crédito fiscal. Pede que a infração seja cancelada.

Com relação à infração 07, mantém a arguição das quebras e perdas na sua atividade; quanto aos produtos genéricos, diz que, não obstante a afirmação do Auditor Fiscal, não computou os produtos genéricos para evitar distorções, os produtos desse gênero compõem o levantamento fiscal, conforme consta do DOC 02, anexo à presente manifestação.

Reitera pela conversão da exigência em multa do R\$ 50,00 (art. 42, XXII, Lei 7.014/96), sublinhando que parte das mercadorias estava adstrita ao regime da substituição tributária, razão porque relação às parcelas não reconhecidas pelo autuado.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário originados das infrações descritas e relatadas na inicial. O sujeito passivo reconheceu o cometimento dos itens 1, 3, 4, 8, 9 e 11, procedeu aos respectivos recolhimentos, conforme comprovantes acostados aos autos, fls. 570 a 574. Tais infrações estão devidamente caracterizadas e excluídas da lide. Os demais itens, infrações 2, 5, 6, 7, 10 e 12, devidamente impugnados, serão apreciados, nas linhas precedentes.

Preliminarmente, ficam rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que os fatos observados pela Fiscalização foram descritos de forma clara e a capitulação legal está condizente com o direito aplicável. Devidamente motivada a autuação, eis que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o seu objeto que é a constituição do crédito tributário, não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal com o exercício da ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa e pode livremente contraditar com os elementos e provas de que dispunha; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e os levantamentos foram realizados com base nos arquivos magnéticos, em consonância com os dados constantes dos livros fiscais do autuado, conforme afirmou o Auditor Fiscal, não existindo contrariedade, nesse ponto, ou prova diversa. Observo que o processo está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem a Administração Pública, em particular, aqueles inerentes ao processo administrativo fiscal - PAF.

Solicita o autuado que seja designada diligência fiscal para verificação das perdas, quebras e furtos em seus estoques, além das saídas com a utilização dos chamados “códigos genéricos. Indefiro a solicitação de diligência, nos termos do art. 147, I, RPAF BA, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação de juízo sobre a matéria, mesmo porque diligência não se presta a trazer provas ausentes nos autos, cuja incumbência compete ao responsável pela ação fiscal de um lado e ao autuado de outro lado.

É o próprio autuado quem sustenta a ocorrência regular das quebras, perdas, e mesmo furto dos produtos, na sua atividade de comércio varejista de mercadorias em geral com predominância em alimentos. No caso, caberia ao autuado laborar de acordo com as orientações contidas na legislação do ICMS. Com relação aos códigos aplicados aos chamados “produtos genéricos”, constato pelas suas declarações que foi uma solução gerencial engendrada pelo contribuinte autuado, no sentido de facilitar o controle de seus estoques, possibilitando uma correta leitura, oportunamente, no momento de fechamento desses estoques.

Portanto, em se tratando de ferramenta utilizada para viabilizar os negócios e no gerenciamento de seus próprios estoques, em havendo quaisquer interferências na prática escolhida pela Auditoria Fiscal, caberia ao próprio autuado trazer aos autos os elementos necessários em favor de suas alegações, uma vez que o contribuinte é que tinha o domínio desses elementos. Resta, pois, indeferido o pedido de diligência fiscal para os fins propostos pelo contribuinte.

Superadas as questões formais, adentro no exame das questões de mérito.

A infração 02 trata do recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em equipamento emissor de cupom fiscal – ECF. A exigência inicial de R\$ 65.819,64, conforme demonstrativos iniciais de fls. 31 a 43 e CD-R (fl. 187), após o acatamento das alegações apresentadas pelo autuado com relação aos produtos CD's, DVD's, além dos aparelhos celulares, uma vez que os referidos produtos estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, conforme artigo 353, II, 20, RICMS/BA, permitiram a redução da exigência para R\$57.788,71, conforme demonstrativo analítico, fls. 423/435. A infração 02 resta, então, subsistente em parte no valor de R\$ 57.788,71.

A infração 5 acusa o sujeito passivo da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária, no valor de R\$72.984,13.

Nas razões defensivas, o autuado argui que nem os produtos cadeira para autos (Código NCM 9401.80.00), nem o computador portátil “TOS CEL D420/D430 1 GB 169HD LNX” (Código NCM 8471.50.10), estão enquadrados no Regime de Substituição Tributária (art. 353, II, do RICMS/BA), na época dos fatos. O Auditor Fiscal acata as ponderações do autuado com relação aos produtos supra mencionados e reduz a exigência de R\$72.984,13 para R\$ 38.586,54. A infração 05 resta, então, parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 38.586,54, conforme demonstrativo fiscal, fls. 436 a 448.

A infração 6 descreve que o autuado deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no valor de R\$ 434.887,63.

O autuado alega que a lide envolve mercadorias da cesta básica com direito à manutenção integral do crédito de ICMS, fundamento no Convênio ICMS 128/94. Insiste que nem a Carta Federal ou a Lei Complementar nº 87/96 estabelecem hipóteses de estorno de créditos do ICMS, quando a operação subseqüente ocorrer com redução da base de cálculo.

Analisando as disposições legais argüidas pelo sujeito passivo, constato, antes, que o Convênio ICMS 128/94, dispondo sobre tratamento tributário nas operações com mercadorias que compõem a cesta básica, combinado com disposições constantes no Convênio 24/75, citados insistentemente nas razões, não se aplicam à pretensão defensiva, isto porque a cláusula primeira do Convênio ICMS 128/94 não revela uma imposição, mas veicula uma autorização.

Ainda, segundo o acordo, nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica, os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% e não exigir a anulação proporcional do crédito fiscal. O dispositivo sublinha, na sua cláusula segunda (§ 2º), reforçando o entendimento não impositivo, que a fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas pela legislação de cada unidade federada

A regra geral de aplicação dos estornos de créditos fiscais, estabelecida pelo Estado da Bahia, encontra-se regulamentada no art. 100, II do Decreto nº 6.284/97 e prevê que, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, deve ser feito o estorno (anulação) do crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias que forem objeto de operação subseqüente com redução da base de cálculo, procedendo-se ao estorno proporcionalmente à redução. Por outro lado, não há previsão da manutenção do crédito para as operações com as mercadorias objeto deste levantamento, o que caracteriza plenamente a infração fiscal formulada na presente exação.

A matéria, inclusive, está pacificada em precedentes nesse Conselho de Fazenda, a exemplo da decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão nº 0160-12/07), além da decisão similar em outro Auto de Infração, lavrado contra o mesmo contribuinte, ora autuado (Acórdão CJF 0185-11/10, colado nos presentes autos, restando firmado o entendimento que é devido o estorno de crédito proporcional nas saídas com redução da base de cálculo, por força da norma constitucional (art. 155, §2º, inc. II, letras “a” e “b” da CF/88).

A referida decisão da 2ª Câmara, robustecida pela decisão do STF, através da sua 2ª turma, nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento, relator Min. Carlos Velloso e, através do Pleno, no Recurso Extraordinário nº 174.478-2, relator Min. Cezar Peluso, adotou o entendimento de que a redução da base de cálculo é espécie de isenção, enquadrada doutrinariamente no conceito de isenção parcial.

Por derradeiro, e para sepultar de vez o questionamento da defesa, dando azo ao entendimento fiscal, a determinação de estorno de crédito relativo à saída com base de cálculo reduzida, constante do RICMS/BA, encontra lastro legal na previsão genérica, contemplada no art. 30 da Lei 7.014/96, que tem supedâneo na norma constitucional veiculada através do art. 155, §2º, inc. II, letras “a” e “b” da CF/88, relativamente ao estorno de crédito decorrente de isenção. Segue, *in verbis*, o art. 30 da Lei 7014/96:

“Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;”

Diante do todo exposto e em consonância com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, considero subsistente a exigência tributária, no valor de R\$ 434.887,63, constante da infração 06, relativa o estorno de crédito fiscal de ICMS nas entradas de mercadorias, cujas saídas

subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução deste tributo, conforme consta do demonstrativo fiscal de fls. 87/99.

Quanto à infração 07, a Fiscalização apurou a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício fechado de 2009 e valor total de R\$ 346.594,88.

A Fiscalização elaborou demonstrativos do levantamento quantitativo dos estoques, fls. 115 e 116, cujas cópias foram entregues ao contribuinte autuado, além de cópias eletrônicas, CD-R (fl. 187).

A argumentação defensiva é que a fiscalização deveria determinar claramente como apurou as diferenças nos estoques e os valores exigidos, acostando as provas da acusação fiscal. Diz que as diferenças apuradas são originadas de quebras, perdas de mercadorias, além de extravio, furto, perecimento, deterioração dos alimentos. Aduz que o estudo da ABRAS – Associação Brasileira de Supermercados apontou 2,33% como média nacional de perdas no varejo, no período, enquanto o autuado apurou perda de 1,88%, absolutamente razoáveis, normais e própria da sua atividade comercial. Rechaça a idéia de identificar as perdas pela emissão de documento fiscal e diz que a legislação disciplina o estorno do crédito do ICMS, nas quebras “anormais” das mercadorias (art. 100, V, RICMS/BA).

Não existe qualquer presunção tributária, na questão em tela, uma vez que as omissões apuradas originaram-se de levantamento quantitativo de estoques, manejado em obediência à legislação do ICMS do Estado da Bahia e elaborado em observância às orientações contidas na Portaria 445/98, ao princípio da legalidade e demais princípios que norteiam o processo administrativo fiscal.

Em se tratando de Levantamento quantitativo de Estoque por espécie de mercadorias, cujos dados foram extraídos da escrita fiscal e eletrônica do contribuinte, além de ter à sua disposição todos os demonstrativos que embasaram a exigência, observo que o contribuinte não apresentou uma impugnação objetiva, que pudesse tangenciar os números apurados pela fiscalização. Não trouxe quaisquer elementos que indicassem equívocos ou incorreções do levantamento fiscal.

O sujeito passivo argüiu descon sideração do índice de quebras, perdas de mercadorias, extravio, furto, perecimento, deterioração dos alimentos, mas não cuidou de colacionar aos autos as provas das alegadas perdas/quebras, no período da ação fiscal. Em que pese o esforço na indicação do índice de perdas do estabelecimento autuado e o percentual de média nacional de perdas no varejo, tais dados não são suficientes para elidir a acusação. O contribuinte não demonstrou cabalmente as quantidades e os valores de perdas e/ou quebras ocorridas no período fiscalizado, bem como que não foram emitidas as notas fiscais relativas às quantidades das mercadorias ditas sem condições de comercialização ou perdas. Somente mediante tais providências, seria possível o exame, a justificação, parcial ou total, das diferenças relativas às mercadorias imprestáveis, na omissão de saídas detectadas no levantamento de estoques em tela.

Trata-se também de claro equívoco do autuado a interpretação que o sujeito passivo faz ao inciso V, do art. 100, do RICMS. Isso porque na presente ação fiscal está sendo exigido o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques e, na identificação de mercadorias perecidas, sinistradas, furtadas, o contribuinte deveria estornar o crédito fiscal correspondente, mediante as providências retro mencionadas.

Diante de tais pressupostos, reitero que a apuração dos valores das infrações contidas no Auto de Infração foi efetuada através de procedimento fiscal devidamente previsto na legislação tributária do Estado da Bahia (art. 936 do RICMS/97) e disciplinado pela Portaria nº 445/98,

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. No caso em apreço, foram tomadas como referência as

informações contidas nos arquivos magnéticos fornecidos à SEFAZ pelo próprio sujeito passivo no cumprimento das normas contidas no Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA), que, necessariamente, devem refletir a realidade do movimento comercial do contribuinte.

Fundando-se em documentação idônea, o lançamento tributário de ofício goza de presunção de certeza e, conforme prevê o art. 123 do RPAF/99, cabe ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação, no sentido de elidir a acusação fiscal. Tais provas não foram trazidas aos autos.

Por fim, o contribuinte reconheceu na defesa que deixou de emitir documento fiscal no ano calendário de 2009 para regularização das perdas ocorridas no período levantado, solicitando que fosse aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XXII da Lei 7.014/96, no valor de R\$ 50,00, em substituição à exigência antes apreciada. Não há de ser acolhida tal pretensão, posto que o alvo da imputação, que restou comprovada, decorreu de descumprimento de obrigação principal.

A infração 07 resta devidamente caracterizada no valor de R\$ 346.594,88.

A infração 10 exige a multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$303.750,37.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo fiscal relacionando as operações sujeitas à antecipação parcial, prevista no art. 352-A, RICMS BA, às fls. 126 a 138 (resumido) e CD (integral), fl. 187; cópias de algumas dessas notas fiscais foram acostadas aos autos, fls. 139 a 158. Acata parcialmente as alegações defensivas de que as mercadorias relacionadas estavam enquadradas no regime de substituição, e reduz a exigência para R\$ 300.199,64, demonstrativos acostados às fls. 473/485.

A exigência tributária da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1º/03/2004, foi estabelecida no Estado da Bahia por meio da Lei nº 8.967/03, acrescentando o art. 12-A na Lei nº 7.014/96. Tal dispositivo consta no RICMS BA, nos seguintes termos:

“Art. 352-A. Ocorre à antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

A aplicação da multa em face ao seu descumprimento está prevista no art. 42, II, d, Lei 7.014/96

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”

A presente infração se caracteriza em razão de o autuado ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS a título de Antecipação Parcial, nas entradas de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, devidamente registradas. O autuado não demonstra o recolhimento dentro do prazo estabelecido na legislação vigente, o que autoriza a aplicação da multa de 60% sobre o imposto não recolhido, constante da presente infração. A arguição de que os produtos, objeto da autuação, estavam sujeitos à substituição tributária, não se sustenta em sua inteireza, bastante a verificação da descrição dos produtos relacionados nos autos, além das planilhas eletrônicas em CD, fls. 187 e 486. Aqueles produtos que, efetivamente, estavam sujeitos ao regime ST foram excluídos da exigência.

Além do mais, todos os produtos alcançados pela fiscalização foram registrados na escrita fiscal do autuado com o aproveitamento do crédito fiscal, o que desabona o argumento defensivo de sujeição ao regime da substituição tributária. Infração subsistente em parte, valor R\$ 300.199,64.

Por fim, a última infração, item 12, exige igualmente a multa percentual relacionada à parcela do (ICMS) que deixou de ser paga antecipadamente por Substituição Tributária, no valor de R\$ 19.117,21, tributada, contudo, nas saídas dos produtos.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo fiscal relacionando as operações sujeitas à antecipação tributária, às fls. 172 a 178 (resumido) e CD (integral), fl. 187; cópias de algumas dessas notas fiscais foram acostadas aos autos, fls. 72 a 88. O autuado alega a inconsistência da autuação e que parte das mercadorias não estava enquadrada no regime de Substituição Tributária. Após as razões, o Auditor Fiscal acata as ponderações da defesa com relação aos produtos que não estavam efetivamente enquadradas no Regime de Substituição Tributária (art. 353, II, do RICMS/BA), na época dos fatos e reduz a exigência para R\$ 7.860,23, em conformidade com os novos demonstrativos acostados ao PAF, fls. 449 a 453. Entendo pela procedência das exclusões efetuadas e a infração 12 resta parcialmente procedente, no valor de R\$ 7.860,23.

Posto isso, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para constituir créditos tributários de R\$ 1.313.384,99, devendo ser homologados os valores pagos, conforme quadro abaixo, que resume as infrações:

Infração 01 – Reconhecida – multa de R\$ 12.817,63
Infração 02 - Procedente em parte R\$ 57.788,71
Infração 03 – Reconhecida R\$ 4.628,21
Infração 04 – Reconhecida R\$ 31.288,72
Infração 05 - Procedente em parte R\$ 38.586,54
Infração 06 - Procedente R\$ 434.887,63
Infração 07 – Procedente R\$ 346.594,88
Infração 08 - Reconhecida R\$ 35.538,58
Infração 09 - Reconhecida R\$ 13.060,09
Infração 10 – Procedente em parte – multa de R\$ 300.199,64
Infração 11 - Reconhecida R\$ 30.134,13
Infração 12 – Procedente em parte – multa de R\$ 7.860,23

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147771.0002/12-1**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 992.507,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$610.374,03 e 70% sobre R\$382.133,46, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “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\$320.877,50**, prevista no inciso II, “d” e §1º e IX, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

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, 28 de março de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR