

A. I. Nº - 147771.0003/14-4
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO- INTERNET 12.04.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. a) SAÍDAS POR ECF. Defesa apresentou elementos comprovando erros nos levantamentos. Autuante na informação fiscal refez os levantamentos, resultando em redução dos valores das infrações. Infração parcialmente subsistente. b) SAÍDAS POR NOTAS FISCAIS. Defesa não apresentou elementos comprovando erros nos levantamentos. Infração mantida. c) SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIAS. Defesa não apresentou elementos comprovando erros nos levantamentos. Infração mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração reconhecida. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Defesa não apresentou elementos comprovando erros nos levantamentos. Infração mantida. b) FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. DIFERENÇA DE SAÍDAS MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS ENTRADAS. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Os argumentos trazidos pelo autuado não elidem as infrações apuradas por levantamento quantitativo de estoque na forma da Portaria nº 445, de 10/08/1998, com base nos livros e documentos fiscais do contribuinte autuado. Infrações caracterizadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 5. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infrações caracterizadas. Afastada alegação de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão Unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 24/09/2014, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$1.716.564,32, em razão de:

Infração 01 – 03.02.02 – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por ECFs. Conforme Demonstrativo (fls. 15 a 27) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF. Valor histórico autuado R\$168.488,77.

Infração 02 – 03.02.02 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$2.520,85, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por Notas Fiscais. Conforme Demonstrativo (fls. 28 a 30) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Infração 03 - 03.02.02 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$24.447,63, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por transferências para outras Unidades da Federação com alíquota inferior a estabelecida na Legislação. Conforme Demonstrativo (fls. 31 a 42) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Infração 04 – 01.02.41 -Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.314,31, em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais. Utilizou credito fiscal de ICMS na entrada de produtos cujas saídas do remetente deveriam ter ocorrido com a base de cálculo reduzida conforme art.87, inc V e XLIV do RICMS/BA aprovador pelo Dec. 6284/97. Conforme Demonstrativo (fls. 43 a 46) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Infração 05 – 01.02.05- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributaria. Créditos utilizados de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária que não foram tributadas nas saídas. Valor histórico autuado de R\$ 9.973,52. Conforme cópia de Notas Fiscais (amostra fls. 59 a 76). Demonstrativo (fls. 47 a 58) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Infração 06 – 01.05.03 -Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Valor histórico autuado de R\$ 223.615,31. Conforme cópia de Notas Fiscais (amostra fls. 90 a 112). Demonstrativo (fls. 77 a 89) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Infração 07- 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saída efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor histórico autuado R\$461.263,14. Conforme Demonstrativo (fls. 113 a 114) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

INFRAÇÃO 8- 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011. Valor histórico autuado R\$27.194,56. Conforme Demonstrativo (fls. 118 e 119) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

INFRAÇÃO 9- 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo

com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada 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 de 2011. Valor histórico autuado R\$15.059,27. Conforme Demonstrativo (fls. 118 e 119) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

INFRAÇÃO 10- 07.01.02 - 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 e/ou do exterior. Valor histórico autuado R\$15.417,77. Conforme Demonstrativo (fls. 120 e 125) e CD-R (fl. 193) cópia de Notas Fiscais (amostra fls. 59 a 76) anexos ao PAF.

INFRAÇÃO 11- 07.01.03 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadoria sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor histórico autuado R\$ 84.861,57. Conforme Demonstrativo (fls. 126 e 138), CD-R (fl. 193) e cópia de Notas Fiscais (amostra fls. 139 a 157) anexos ao PAF.

INFRAÇÃO 12- 07.15.05 - 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. Valor histórico autuado R\$ 681.407,62. Conforme Demonstrativo (fls. 158 e 170), CD-R (fl. 193) e cópia de Notas Fiscais (amostra fls. 171 a 179) anexos ao PAF.

O autuado, às folhas 236 a 299, ao impugnar parcialmente o lançamento tributário, de início ressalta a tempestividade da impugnação e informa que está procedendo à extinção dos créditos tributários correlatos às infrações 04, 06 e 12, mediante compensação com certificado de crédito. Entretanto, as exigências consubstanciadas nas infrações 01, 02, 03, 05, 07, 08, 09, 10 e 11 deverão ser julgadas insubsistentes.

Em relação as infrações 01 e 02 – operações de saída com suposta aplicação de alíquota incorreta - diz que a fiscalização imputou suposto recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, relativamente a saídas de produtos registradas por meio de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, nos períodos de Janeiro/11 a Dezembro/11, e também por meio de Notas Fiscais, nos períodos de Janeiro/11 a Junho/11, estando essas operações autuadas descritas nos demonstrativos de folhas 15 a 27 e 28 a 30 do PAF, adiante melhor detalhadas.

Entretanto, aduz que existem diversas fragilidades na autuação que devem ser corrigidas por ocasião do presente julgamento, no que certamente acarretará o cancelamento integral das exigências.

A) Operações com produto “leite longa vida” – redução da carga tributária – Frisa que no no entendimento da fiscalização, as operações se sujeitam a regra geral prevista no art. 50, I, do RICMS/97, que prevê a alíquota de 17%, tendo sido supostamente aplicada a alíquota de 7% pela impugnante.

Entretanto, salienta que ao tratar das vendas internas o art. 50, inciso I, do RICMS/97, determina que a alíquota a ser aplicada é a de 17%, salvo as exceções previstas no próprio regulamento. Dessa forma, por medida de política fiscal, há previsão normativa de que as operações internas com “leite longa vida” estão sujeitas a redução da carga tributária. Aduz que eespecificamente no art. 87 do RICMS/97, o legislador incluiu dentre as hipóteses de redução da base de cálculo, nos seus incisos XXI e XXXV, as operações internas com “leite em pó” e “leite de gado tipo longa vida” (esterilizado). A redução é de 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco

milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento):

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Sustenta que tendo em vista que as operações realizadas no varejo via ECF para consumidor final encerram a fase de tributação, ao imputar a alíquota de 7% sobre a respectiva base de cálculo, a carga tributária de ICMS incidente na operação está de acordo com o quanto determinado pelo art. 87, XXXV, do RICMS/97. Entretanto, conforme se depreende do “*DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS ECF ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011*” elaborado pela própria fiscalização, não foi respeitada a redução de base de cálculo prevista para o item “leite longa vida”, devendo o item em referência ser expurgado da presente autuação, uma vez que comprovadamente foi aplicada na operação a tributação de 7% a título de ICMS, conforme previsto no inciso XXXV, do art. 87, do RICMS/97.

B) Redução da carga tributária - leite longa vida não produzido no estado - Relativamente as operações com “leite longa vida” não produzido no Estado da Bahia, entende que deve ser aplicada da mesma forma a redução da carga tributária incidente sobre o referido produto, pelo que não merece prosperar a acusação fiscal, sob pena de violação ao art. 152, da Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional e ao Convênio ICMS nº 128/94. Com efeito, não é lícito ao Legislador estadual estabelecer diferença de alíquota entre produtos produzidos na Bahia em relação aos produtos advindos de outros Estados da Federação, visto que a matriz constitucional veda expressamente a **discriminação em razão da origem**, conforme disciplinam os art. 150, V, e art. 152 da Carta Maior.

Transcreve os dispositivos citados, o § 2º, II, do art. 155 também CF, o artigo 11 do CTN, e doutrina para fundamentar sua tese.

Assim, entende não restar dúvida que o art. 87, XXXV, do RICMS/97 impõe tratamento tributário diferenciado para o produto “leite longa vida” não produzido no Estado da Bahia, em flagrante violação ao princípio constitucional da essencialidade. Sustenta não restar dúvida que os produtos descritos no presente item e que foram adquiridos fora do Estado da Bahia gozam da redução de carga tributária para 7% nas operações de venda interna, sendo indevida a autuação para fins de aplicação da alíquota de 17% pretendida pela fiscalização, seja pela violação ao princípio da não-discriminação, seja pela não observância do caráter essencial do produto.

Transcreve decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Do quanto exposto, pugna a autuada que sejam excluídos do presente Auto de Infração os itens concernentes ao “leite longa vida” listados no “*DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS ECF ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011*” não produzidos no Estado da Bahia.

C) OPERAÇÕES COM COMPOSTO LÁCTEO – APLICABILIDADE DA REDUÇÃO DE CARGA TRIBUTÁRIA – Destaca que conforme “*DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS ECF ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011*”, a Fiscalização entendeu que as operações com o item “composto lácteo” não estão sujeitas a redução de carga tributária prevista no RICMS/97, aplicando a alíquota de 17%.

No entanto, frisa que o já citado art. 87, prevê a redução da carga tributária para o “leite em pó”, de modo que a tributação seja fixada no patamar de 7%, aplicável ao produto “composto lácteo”:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

*XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), **de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).***

Destaca que o chamando “composto lácteo” nada mais é do que leite em pó com adição de vitaminas e nutrientes, conforme detalha o fabricante em seu site:

*Leite em pó integral, maltodextrina, óleo de soja, açúcar, vitaminas, pirofosfato de ferro e emulsificante lecitina de soja. Não Contém Glúten. Este produto não é leite em pó. **Ideal, além de ser composto por leite em pó integral, é adicionado de vitaminas e nutrientes.***

Salienta que o próprio RICMS/12 atualmente prevê a redução de base de cálculo para o composto lácteo no art. 268, XXV, atestando a sua natureza semelhante e a necessidade de tratamento diferenciando desse item de consumo em razão da sua essencialidade.

Argumenta que, em que pese a literalidade do dispositivo original do RICMS/97, não é razoável a descaracterização do benefício de redução de carga tributária única e exclusivamente pelo composto lácteo ter em sua formula vitaminas e minerais, além do leite em pó beneficiado, sob pena de se violar de igual forma a isonomia e a essencialidade do produto de consumo popular.

Do exposto, requer que sejam os itens indicados na planilha acima expurgados da autuação por ocasião do presente julgamento, uma vez que foi observada corretamente pela impugnante a tributação de 7% de ICMS nas operações com “composto lácteo”, aplicando-se o art. 87, XXI, ao produto em comento.

D) Produtos diversos - aplicabilidade da redução de carga tributária não observada pela fiscalização - Diz que diversos itens autuados gozam de redução de carga tributária não foram respeitadas por ocasião da lavratura do presente auto de infração. Conforme se depreende dos itens descritos na planilha abaixo de forma exemplificativa, foi aplicada a alíquota de 17% e 12% nas operações com aparelhos e equipamento de processamento de dados e seus periféricos, sem observar o tratamento tributário previsto na legislação interna para as operações em comento:

DATA	MÊ	VALOR PRODUTO (1)	BASE CÁLCULO (2)	ALÍQUOTA APLICADA (3)	ICMS DEBITADO (4)	ALÍQUOTA CORRETA (5)	ICMS CORRETO (6)=1*5	ICMS DEVIDO (7)=6*4	CÓDIGO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO
01-jan-11	1	338,97	338,97	0,07	23,73	0,17	57,62	33,90	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-fev-11	2	338,97	338,97	0,07	23,73	0,17	57,62	33,90	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-mar-11	3	712,94	712,94	0,07	49,91	0,17	121,20	71,29	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-abr-11	4	39,96	39,96	0,07	2,80	0,17	6,79	4,00	6598952-00	CABO CS5011 CYBER USB X MINI USB
01-abr-11	4	49,95	49,95	0,07	3,50	0,17	8,49	5,00	6598969-00	CABO CS5012 CYBER USB X USB
01-abr-11	4	71,91	71,91	0,07	5,03	0,17	12,22	7,19	4515043-00	CABO DE VIDEO 3 RCA M9262 LEADER
01-abr-11	4	98,1	98,1	0,07	6,87	0,17	16,68	9,81	4515029-00	CABO DE VIDEO COMPONENTE 9265 LEAD
01-abr-11	4	259,98	259,98	0,07	18,20	0,17	44,20	26,00	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-mai-11	5	129,87	129,87	0,07	9,09	0,17	22,08	12,99	6598952-00	CABO CS5011 CYBER USB X MINI USB
01-mai-11	5	439,56	439,56	0,07	30,77	0,17	74,73	43,96	6598969-00	CABO CS5012 CYBER USB X USB
01-mai-11	5	49,95	49,95	0,07	3,50	0,17	8,49	5,00	4515043-00	CABO DE VIDEO 3 RCA M9262 LEADER
01-mai-11	5	259,98	259,98	0,07	18,20	0,17	44,20	26,00	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-jun-11	6	79,92	79,92	0,07	5,59	0,17	13,59	7,99	6598952-00	CABO CS5011 CYBER USB X MINI USB
01-jun-11	6	819,18	819,18	0,07	57,34	0,17	139,26	81,92	6598969-00	CABO CS5012 CYBER USB X USB
01-jun-11	6	59,94	59,94	0,07	4,20	0,17	10,19	5,99	4515043-00	CABO DE VIDEO 3 RCA M9262 LEADER
01-jun-11	6	299,97	299,97	0,07	21,00	0,17	50,99	30,00	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-jul-11	7	14,98	14,98	0,07	1,05	0,17	2,55	1,50	6598952-00	CABO CS5011 CYBER USB X MINI USB
01-jul-11	7	859,14	859,14	0,07	60,14	0,17	146,05	85,91	6598969-00	CABO CS5012 CYBER USB X USB
01-jul-11	7	159,84	159,84	0,07	11,19	0,17	27,17	15,98	4515043-00	CABO DE VIDEO 3 RCA M9262 LEADER
01-jul-11	7	9,99	9,99	0,07	0,70	0,17	1,70	1,00	4515029-00	CABO DE VIDEO COMPONENTE 9265 LEAD
01-jul-11	7	99,99	99,99	0,07	7,00	0,17	17,00	10,00	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-ago-11	8	1068,93	1068,93	0,07	74,83	0,17	181,72	106,89	6598969-00	CABO CS5012 CYBER USB X USB
01-ago-11	8	79,92	79,92	0,07	5,59	0,17	13,59	7,99	4515043-00	CABO DE VIDEO 3 RCA M9262 LEADER
01-ago-11	8	29,97	29,97	0,07	2,10	0,17	5,09	3,00	4515029-00	CABO DE VIDEO COMPONENTE 9265 LEAD
01-ago-11	8	479,96	479,96	0,07	33,60	0,17	81,59	48,00	6990961-00	CARREGADOR NOTEBOOK UNIV BIVOLT
01-set-11	9	24,95	24,95	0,07	1,75	0,17	4,24	2,50	6598952-00	CABO CS5011 CYBER USB X MINI USB
01-set-11	9	1098,9	1098,9	0,07	76,92	0,17	186,81	109,89	6598969-00	CABO CS5012 CYBER USB X USB
01-set-11	9	29,97	29,97	0,07	2,10	0,17	5,09	3,00	4515043-00	CABO DE VIDEO 3 RCA M9262 LEADER
01-set-11	9	39,96	39,96	0,07	2,80	0,17	6,79	4,00	4515029-00	CABO DE VIDEO COMPONENTE 9265 LEAD
01-set-11	9	936	0	0	0,00	0,17	159,12	159,12	4536970-00	MODEM USB OLIVETTI OLICARD 155-BRAN

Ressalta que os produtos listados estão enquadrados na regra do inciso V, do art. 87, com tributação de 7%:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;

Destaca que, do “*DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS ECF ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011*” elaborado pela fiscalização, depreende-se que foi imputada a alíquota de 17% para os referidos itens, não sendo observada a redução de carga tributária prevista na legislação estadual.

De igual modo, os itens referentes a programas para computadores não tiveram a redução de base de cálculo prevista no inciso VI, do art. 87 aplicada na lavratura do presente auto de infração.

DATA	MÊ	VALOR PRODUTO (1)	BASE CÁLCULO (2)	ALÍQUOTA APLICADA (3)	ICMS DEBITADO (4)	ALÍQUOTA CORRETA (5)	ICMS CORRETO (6)=1*5	ICMS DEVIDO (7)=6-4	CÓDIGO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	NC
01-abr-11	4	2476	0	0	0,00	0,07	173,32	173,32	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-mai-11	5	2079	0	0	0,00	0,07	145,53	145,53	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-nov-11	11	1590	0	0	0,00	0,07	111,30	111,30	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-jul-11	7	597	0	0	0,00	0,07	41,79	41,79	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-set-11	9	449,97	0	0	0,00	0,07	31,50	31,50	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-ago-11	8	396	0	0	0,00	0,07	27,72	27,72	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-dez-11	12	347	0	0	0,00	0,07	24,29	24,29	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-jan-11	1	199,99	0	0	0,00	0,07	14,00	14,00	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-jun-11	6	198	0	0	0,00	0,07	13,86	13,86	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022
01-out-11	10	198	0	0	0,00	0,07	13,86	13,86	4314455-00	MS OFFICE 2010 HOME STUDENT	85234022

Registra que a redução está disciplinada da seguinte forma:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

VI - das operações com programas para computadores, em meio magnético ou ótico (disquete ou CD Rom), de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (Conv. ICMS 84/96);

Assim, alega que não tendo a fiscalização observado a tributação reduzida para os itens em comento, deve ser expurgado o item “MS OFFICE 2010” da autuação.

Por fim, aduz que os itens indicados como “óculos” gozam de redução de carga tributária, igualmente não aplicada pela fiscalização:

DATA	MÊ	VALOR PRODUTO (1)	BASE CÁLCULO (2)	ALÍQUOTA APLICADA (3)	ICMS DEBITADO (4)	ALÍQUOTA CORRETA (5)	ICMS CORRETO (6)=1*5	ICMS DEVIDO (7)=6-4	CÓDIGO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO
01-jan-11	1	378,1	378,1	0,12	45,37	0,17	64,28	18,91	0178365-00	OCULOS FREE STYLE SPEEDO 10002
01-abr-11	4	338,3	338,3	0,12	40,60	0,17	57,51	16,92	0178365-00	OCULOS FREE STYLE SPEEDO 10002
01-mar-11	3	199	199	0,12	23,88	0,17	33,83	9,95	0178365-00	OCULOS FREE STYLE SPEEDO 10002
01-fev-11	2	139,3	139,3	0,12	16,72	0,17	23,68	6,97	0178365-00	OCULOS FREE STYLE SPEEDO 10002
01-mai-11	5	79,6	79,6	0,12	9,55	0,17	13,53	3,98	0178365-00	OCULOS FREE STYLE SPEEDO 10002

Informa que o dispõe o art. 87, inciso XL, que as operações internas com produtos de ótica têm tributação reduzida até 30/04/2011:

XL - até 30/04/11, das operações internas com os produtos de ótica, constantes nas posições da NCM abaixo indicadas, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 14,6 % (quatorze inteiros e seis décimos por cento):

CÓDIGO NCM	DESCRIÇÃO
9001.30.00	lentes de contato
Nota: O item acima foi acrescentado pela Alteração nº 122 (Decreto nº 11656, de 11/08/09, DOE de 12/08/09), efeitos a partir de 12/08/09.	
9001.40 e 9001.50	lentes para óculos
9003	armações para óculos e artigos semelhantes, e suas partes
9004	óculos para correção, proteção ou outros fins, e artigos semelhantes

Destaca que, conforme visto, a fiscalização aplicou a alíquota de 17%, enquanto o RICMS/97 prevê uma tributação máxima de 14,6% nas operações com os produtos em comento. Dessa forma, por ocasião do presente julgamento deve ser reduzida a autuação para o patamar máximo de 14,6%.

E) Produtos sujeitos à substituição tributária – Destaca que na presente autuação, a fiscalização não se atentou para o fato de que os itens listados na planilha abaixo estão enquadrados nas hipóteses de substituição tributária, pelo que o ICMS devido já foi recolhido de forma antecipada, pelo que não há que se falar em débito do imposto na saída dos seguintes produtos listados de forma exemplificativa:

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

DATA	MÊ	VALOR PRODUTO (1)	BASE CÁLCULO (2)	ALÍQUOTA APLICADA (3)	ICMS DEBITADO (4)	ALÍQUOTA CORRETA (5)	ICMS CORRETO (6)=1*5	ICMS DEVIDO (7)=6*4	CÓDIGO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO	Nº
01-jul-11	7	3076,1	0	0	0,00	0,17	522,94	522,94	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-ago-11	8	2155,5	0	0	0,00	0,17	366,44	366,44	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-jun-11	6	2088,9	0	0	0,00	0,17	355,11	355,11	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-jul-11	7	1838,6	0	0	0,00	0,17	312,56	312,56	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-nov-11	11	1668,9	0	0	0,00	0,17	283,71	283,71	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-jun-11	6	1592	0	0	0,00	0,17	270,64	270,64	6842338-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-out-11	10	1107,6	0	0	0,00	0,17	188,29	188,29	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-nov-11	11	1093,5	0	0	0,00	0,17	185,90	185,90	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-mar-11	3	1076,4	328,9	0	0,00	0,17	182,99	182,99	4200765-00	CASI ALM FUTTON 40X40CM VELUDO	94049000
01-mar-11	3	965,9	249	0	0,00	0,17	164,20	164,20	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-mar-11	3	959,4	0	0	0,00	0,17	163,10	163,10	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-mar-11	3	866,3	124,5	0	0,00	0,17	147,27	147,27	4411703-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS GIRLS	94049000
01-abr-11	4	866,2	0	0	0,00	0,17	147,25	147,25	4411703-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS GIRLS	94049000
01-set-11	9	787,1	0	0	0,00	0,17	133,81	133,81	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-set-11	9	783,1	0	0	0,00	0,17	133,13	133,13	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-mai-11	5	706,5	0	0	0,00	0,17	120,11	120,11	4411703-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS GIRLS	94049000
01-out-11	10	639,6	0	0	0,00	0,17	108,73	108,73	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-out-11	10	628,2	0	0	0,00	0,17	106,79	106,79	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-abr-11	4	606,4	0	0	0,00	0,17	103,09	103,09	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-ago-11	8	600,5	0	0	0,00	0,17	102,09	102,09	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-mar-11	3	597,6	0	0	0,00	0,17	101,59	101,59	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-abr-11	4	547,8	0	0	0,00	0,17	93,13	93,13	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-fev-11	2	419,7	0	0	0,00	0,17	71,35	71,35	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-mai-11	5	398,4	0	0	0,00	0,17	67,73	67,73	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-dez-11	12	366,3	0	0	0,00	0,17	62,27	62,27	6842338-00	CASI ALMOFADA BICHOS - BOL BICHOS	94049000
01-mar-11	3	338,3	0	0	0,00	0,17	57,51	57,51	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-mai-11	5	319,8	0	0	0,00	0,17	54,37	54,37	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-nov-11	11	319,8	0	0	0,00	0,17	54,37	54,37	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-mai-11	5	294,4	0	0	0,00	0,17	50,05	50,05	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-abr-11	4	273,8	0	0	0,00	0,17	46,55	46,55	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-mar-11	5	271,9	0	0	0,00	0,17	37,21	37,21	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-mar-11	3	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	6394974-00	ANDADOR INFANTINO 4080 FROG	94037000
01-abr-11	4	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	6394974-00	ANDADOR INFANTINO 4080 FROG	94037000
01-jun-11	6	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-jun-11	6	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	6394974-00	ANDADOR INFANTINO 4080 FROG	94037000
01-jul-11	7	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-jul-11	7	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	6394974-00	ANDADOR INFANTINO 4080 FROG	94037000
01-ago-11	8	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-set-11	9	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	3257432-00	ANDADOR INFANTINO 4080 BORBOLETA	94037000
01-set-11	9	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	6394974-00	ANDADOR INFANTINO 4080 FROG	94037000
01-dez-11	12	159,9	0	0	0,00	0,17	27,18	27,18	6394974-00	ANDADOR INFANTINO 4080 FROG	94037000
01-jul-11	7	131,3	0	0	0,00	0,17	22,32	22,32	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-ago-11	8	119,4	0	0	0,00	0,17	20,30	20,30	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-jun-11	6	99,5	0	0	0,00	0,17	16,92	16,92	4411703-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS GIRLS	94049000
01-abr-11	4	89,7	0	0	0,00	0,17	15,25	15,25	4200765-00	CASI ALM FUTTON 40X40CM VELUDO	94049000
01-jun-11	6	59,7	0	0	0,00	0,17	10,15	10,15	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-dez-11	12	59,4	0	0	0,00	0,17	10,10	10,10	6842475-00	CASI ALMOFADAS BICHOS - ALM BICHOS	94049000
01-mar-11	3	49,8	0	0	0,00	0,17	8,47	8,47	6845575-00	CASI ALMOFADAS MENINOS	94049000
01-nov-11	11	39,8	0	0	0,00	0,17	6,77	6,77	4411673-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS BOYS	94049000
01-mar-11	3	19,9	0	0	0,00	0,17	3,38	3,38	6845636-00	CASI ALMOFADA PEI	94049000
01-out-11	10	19,9	0	0	0,00	0,17	3,38	3,38	4411703-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS GIRLS	94049000
01-abr-11	4	19,8	0	0	0,00	0,17	3,37	3,37	6845575-00	CASI ALMOFADAS MENINOS	94049000
01-jul-11	7	15,9	0	0	0,00	0,17	2,70	2,70	4411703-00	CASI ALMOFADA DIVERTIDAS GIRLS	94049000
01-jul-11	7	9,9	0	0	0,00	0,17	1,68	1,68	4200765-00	CASI ALM FUTTON 40X40CM VELUDO	94049000

Diz que vale a transcrição dos dispositivos em comento para que não reste dúvida de que a fiscalização não observou a aplicação da substituição tributária relativamente aos itens autuados:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

37 - triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo - NCM 9503.00;

41 - suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00; colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2; travesseiros e pillow, NCM-SH 9404.90.00, (Prot. ICMS 190/09)

Destaca que, conforme se depreende do “*DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS ECF ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011*”, a fiscalização entendeu ser devido ICMS nas operações de saída com os referidos produtos com base na alíquota interna de 17%, desconsiderando que já houve a tributação antecipada dos referidos itens. Assim, entende que devem ser expurgados da autuação todos os itens sujeitos a substituição tributária prevista no art. 353 do RICMS/97, sob pena de cobrança duplicada e indevida do imposto.

F) SAÍDA REGISTRADAS POR NOTA FISCAL – BAIXA DE ESTOQUE POR PERDA, ROUBO OU DETERIORAÇÃO: Aduz que a fiscalização imputou a ocorrência das saídas registradas em notas fiscais tributadas com alíquota incorreta na **infração 02**.

Assegura que parte das notas fiscais foram emitidas para fins de regularização e baixa de estoque, não havendo que se falar em débito de ICMS. Transcreve demonstrativo elaborado pela própria fiscalização em que indica CFOP 5927 para as operações em comento:

DATA	MÊ	U	NOTA FISCAL	CFOP	VALOR PRODUT	BASE CÁLCUL	ALÍQUOTA APLIC	ICMS DEBITA	ALÍQUOTA CORRET	ICMS CORRE	ICMS DEVID	CÓDIG	DESCRIÇÃO DO PRODUTO
31-jan-11	1	BA	270476	5927	5,04	5,04	0,12	0,60	0,17	0,86	0,25	4073253	IOGURTE JL MASTER SDA FRUTAS
31-jan-11	1	BA	270472	5927	620,47	620,47	0,07	43,43	0,17	105,48	62,05	4324591	LEITE CILPE UHT INTEGRAL 1 L
31-jan-11	1	BA	270472	5927	95,73	95,73	0,07	6,70	0,17	16,27	9,57	7126716	LEITE L V INTEGRAL BOM GOSTO 1L
28-fev-11	2	BA	271350	5927	423,14	423,14	0,07	29,62	0,17	71,93	42,31	4324591	LEITE CILPE UHT INTEGRAL 1 L
31-mar-11	3	BA	272326	5927	9,6	9,6	0,12		0,17	1,63	1,63	2424941	IOG LIQ MORANGO TINA 1000G
31-mar-11	3	BA	272326	5927	4,8	4,8	0,12		0,17	0,82	0,82	3744291	IOGURTE JL MASTER AMEIXA 950ML
31-mar-11	3	BA	272326	5927	2,4	2,4	0,12		0,17	0,41	0,41	3746127	IOGURTE JL MASTER MORANGO 950 ML
31-mar-11	3	BA	272326	5927	2,4	2,4	0,12		0,17	0,41	0,41	4073253	IOGURTE JL MASTER SDA FRUTAS
31-mar-11	3	BA	272324	5927	649,98	649,98	0,07		0,17	110,50	110,50	4324591	LEITE CILPE UHT INTEGRAL 1 L
31-mar-11	3	BA	272341	5927	2,78	0			0,17	0,47	0,47	4615015	PHATO HASO 3820 VDO
30-abr-11	4	BA	273288	5927	722,49	722,49	0,07		0,17	122,82	122,82	4324591	LEITE CILPE UHT INTEGRAL 1 L
31-mai-11	5	BA	274364	5927	93,35	93,35	0,07		0,17	15,87	15,87	4324591	LEITE CILPE UHT INTEGRAL 1 L
31-mai-11	5	BA	274364	5927	159,92	159,92	0,07		0,17	27,19	27,19	799812	LEITE L V ELEGE INT 1000ML
Total											394,30		

Diz que o CFOP 5927 refere-se lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração. Classificam-se neste código os registros efetuados a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração das mercadorias. Diante do porte da impugnante, o manuseio, acondicionamento e exposição dos produtos gera, por vezes, as situações de roubo/deterioração, sendo necessário o ajuste de estoque com a emissão de nota fiscal de saída, conforme determina o próprio RICMS/97.

Assegura que sequer é devido ICMS nestes casos, uma vez que os fatos ocorrem dentro do estabelecimento da impugnante, sem que tenha havido o comércio, a venda propriamente dita das referidas mercadorias, ou seja, não houve circulação de mercadoria. Isso porque, nos termos do art. 1º da Lei do ICMS (Lei nº 7.014/96) o fato gerador do ICMS é a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. O art. 4º do mesmo diploma legal, por sua vez, traz como aspecto temporal do imposto a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Sustenta que não constitui fato gerador de ICMS as hipóteses de perda, furto ou deterioração das mercadorias ocorridas dentro do estabelecimento da Impugnante, tendo em vista que a transferência de propriedade é condição essencial para incidência do ICMS, citando que neste sentido o STJ já pacificou sua jurisprudência em casos análogos.

Do exposto, conclui que não havendo circulação das mercadorias nas hipóteses de perda, furto ou deterioração, devem ser expurgadas da autuação as operações registradas por Notas Fiscais com CFOP 5927 do “*DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS N. FISCAIS ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011*” elaborado pela fiscalização.

Em relação a infração 3 – recolhimento a menor em operações de transferências – diz que essa Infração em comento decorre da aplicação incorreta da alíquota em operações de saída de mercadoria em transferência para outros estabelecimentos da Impugnante, indicadas no demonstrativo de fls. 31 a 42 do PAF.

Aduz que apesar de ter recolhido o ICMS no percentual de 7% para as citadas operações, frisa a não incidência do ICMS nas operações de transferências de produtos para estabelecimentos da própria Impugnante.

Assim, entende que não há que se falar em débito do ICMS nas citadas operações conforme pretende a acusação fiscal, mas sim de recolhimento indevido ao Estado da Bahia, isso porque a doutrina e a jurisprudência firmaram-se pela não incidência do imposto nas transferências, tendo em vista que o aspecto material da Regra Matriz de Incidência do ICM denota a necessidade de uma operação de “mercancia”, que implique na circulação jurídica da mercadoria, o que não seria o caso da transferência, citando o art. 155, II, da CF, doutrina para embasar sua tese e a Súmula 166 do STJ, que ensejou a consolidação da jurisprudência acerca da inexistência de fato gerador nas transferências de mercadorias para estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Súmula STJ nº 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Cita, ainda, que Supremo Tribunal Federal julgou recentemente a questão, estando consolidado nas duas turmas a não incidência do ICMS nas operações de transferência:

1ª Turma do STF, em decisão de 30/05/2014, concluiu que a mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura

operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação (AgRgREAg nº 756636 – Rel. Ministro Dias Toffoli);

*2ª Turma do STF, em decisão de **04/06/2014**, também concluiu que mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação. (AgRgRE nº 765486 – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski).*

Diz que esse entendimento também é pacífico no Eg. Tribunal de Justiça da Bahia, conforme recentes julgados que descaracterizam a cobrança do imposto em razão da inexistência de mercancia nas transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte:

“O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. 2. ‘Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.’ (Súmula 166 do STJ). 3. Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.” (TJ-BA - APL: 03236775120128050001 BA 0323677-51.2012.8.05.0001, Relator: Gesivaldo Nascimento Britto, Data de Julgamento: 11/02/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 18/02/2014)

Ao final, aduz como na transferência entre estabelecimentos não há “troca/mudança” da titularidade da mercadoria, não haveria de se falar em mercancia e, por conseguinte, na incidência da exação. Frise-se que não há distinção na jurisprudência que amparou a citada súmula e nas outras decisões prolatadas pelos diversos tribunais estaduais pátrios e mesmo pelo STF, acerca das transferências interestaduais e as que ocorrem dentro de um mesmo Estado.

Relativo às infrações 07, 08 e 09 - omissão apurada em levantamento quantitativo de estoque - observa que as omissões de entrada e saídas foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, por espécie de produto comercializado, cujo procedimento, regulamentado pela Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, exige um caráter abrangente e rigoroso do trabalho fiscal.

Afirma que o levantamento fiscal executado não retrata a realidade da movimentação mercantil dentro do exercício social fiscal, contendo vícios tanto no seu aspecto legal material, bem como formal.

Em relação aos vícios de natureza material, frisa que após análise dos anexos (Notas Fiscais, Demonstrativos de Omissões) apresentados pela fiscalização, conforme será demonstrado/comprovado, a fiscalização incluiu no seu demonstrativo Notas Fiscais de **devolução de mercadorias** com evidente distorção do quantitativo, bem como desconsiderou outros elementos (**perdas e/ou quebras e “códigos diversos”**).

Sob o ponto de vista formal, em relação às infrações 08 e 09, aduz que o procedimento adotado pela fiscalização é pertinente ao regime de **exercício aberto**, e não ao de **exercício fechado** que está sendo aqui discutido, de modo que não encontra qualquer respaldo legal na Portaria nº 445/98, sendo, portanto, nulo.

Especificamente em relação à infração 07, destaca que a Legislação exige que a emissão da nota fiscal envolvendo operações com mercadorias seja feita de forma a permitir uma perfeita identificação do produto vendido, operação (CFOP), valores, remetente, destinatário, etc. De igual forma, o demonstrativo quantitativo de estoque, para ser de boa técnica, e pela própria natureza do levantamento deve, o máximo possível, levar em consideração referida formalidade, sob pena de produzir resultado desconforme na coleta dos dados (entradas, saídas ou estoques), em desrespeito ao quanto disposto no art. 936 do RICMS/97, aplicável aos fatos geradores autuados, que assim dispõe:

Art. 936. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento, em determinado período, poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, a depender do roteiro de fiscalização desenvolvido, os dados das operações de entradas ou de saídas, os estoques inicial e final, os serviços tomados ou conforme o caso, prestados pelo estabelecimento, as despesas e encargos do contribuinte, o lucro auferido, e outros elementos, dados ou informações concernentes às atividades do contribuinte ou responsável.

Parágrafo Único. O levantamento fiscal poderá ser renovado, sempre que forem apurados dados não considerados quando de sua realização.

Argumenta que, após análise dos anexos do presente AI, a Impugnante verificou que a suposta infração cometida pela “falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas”, decorreu da inclusão pela fiscalização de “**Devolução de Mercadoria**” em seu quantitativo, ensejando na consequente “omissão de saída”, em razão da quantificação em duplicidade da mesma mercadoria, que estava acobertada por Notas Fiscais distintas (**NF Aquisição** e **NF Devolução**).

Lembra que a impugnante atua no comércio varejista e atacadista de diversos produtos, sendo que as Devoluções de Mercadorias são operações corriqueiras no seu estabelecimento. Desse modo, para facilitar o controle dessas operações, a Legislação Estadual permitiu que, em relação às Devoluções Ocorridas no seu estabelecimento, pode a impugnante emitir, em seu favor, uma única Nota Fiscal de entrada englobando todas as **devoluções ocorridas durante a semana**.

Sustenta que ao longo do Exercício de 2011, conforme pode se constatar do exemplo abaixo indicado, extraídos dos Demonstrativos da Fiscalização correlatos a Infração, a impugnante emitiu uma série de Notas Fiscais de Devolução, contemplando, em cada nota, produtos distintos, de modo que, equivocadamente, a fiscalização inseriu as mesmas no seu quantitativo. Vejamos o racional adotado pela Fiscalização no presente Auto de Infração:

RACIONAL DA FISCALIZAÇÃO:

*Ex.) **Produto** – Gar. Term. GLT Rolha 1L 8311 IN – Cód. 0116466-00*

ETAPA 1 - Quantificação das Entradas

	DATA	NOTA FISCAL	QUANT	CFOP	UNIDADE
CÓD.	0116466-00	GAR TERM GLT ROLHA 1L 8311 IN			
	04/01/2011	434658	6,000	2152	UN
	08/02/2011	270801	1,000	1202	UN
	28/03/2011	784855	6,000	2152	UN
	16/07/2011	240600	12,000	2152	UN
	22/07/2011	276016	1,000	1202	UN
	07/08/2011	276532	1,000	1202	UN
	23/08/2011	392261	12,000	2152	UN
	29/11/2011	853964	6,000	2152	UN
	Quantidade Total		45,000		

Obs.: Relacionou as Notas Fiscais de Entradas, em grupo, dos produtos em que houve a omissão de saídas (Anexo: “Relação de Notas Fiscais de Entradas - Omissão Saídas 42601557 2011” Pg. 10).

ETAPA 2 – Quantificação das Saídas:

	DATA	QUANT	VALOR	UNIDADE	VALOR UNIT
CÓD.	0116466-00				
	01/01/2011	2,000	69,80	UN	34,90
	01/02/2011	2,000	69,80	UN	34,90
	01/03/2011	5,000	144,50	UN	28,90
	01/04/2011	3,000	84,70	UN	28,23
	01/05/2011	1,000	34,90	UN	34,90
	01/07/2011	10,000	249,00	UN	24,90
	01/08/2011	4,000	139,60	UN	34,90
	01/09/2011	4,000	139,60	UN	34,90
	01/10/2011	4,000	139,60	UN	34,90
	01/11/2011	1,000	34,90	UN	34,90
	01/12/2011	5,000	174,50	UN	34,90
Total		41,00			

Obs.: Relacionou as Notas Fiscais de Saídas e/ou Cupons Fiscais, em grupo, dos produtos em que houve a omissão de saídas (Anexo: “Levantamento Quantitativo - Relação De Cupons Fiscais 42601557 2011” Pg. 11/12).

ETAPA 3) Apuração de Eventual Omissão de Entrada ou Saída

CÓDIGO	DESCRIÇÃO	UN	ENT	EI	SAÍDAS	EF	OMISSÃO ENT	OMISSÃO SAÍDAS
0116466-00	GAR TERM GLT ROLHA 1L 831	UN	45,000	4,000	41,000	5,000	0,000	3,000

Obs.: Aplicou a fórmula: $Est.Ini + Entradas - Saídas = Estofinal$, para detectar eventuais omissões de entradas/saídas sem analisar a natureza das Operações (CFOPs) (“Demonstrativo Auditoria Estoques Omissões” 4601557 2011 Pág. 3)

Frisa que depreende-se da análise acima, que através da aplicação da fórmula ($Est.Ini + Entradas - Saídas = Estofinal$), a fiscalização apurou no seu levantamento a “omissão de saídas” referente à 3 (três) Unidades, efetuando a cobrança do ICMS, no valor de R\$17,80 (dezessete reais e oitenta centavos).

Argumenta que a fiscalização incorreu em erro na Etapa 1 ao quantificar no seu levantamento, como se mercadoria “nova” fosse, as Notas Fiscais de Devolução de Mercadoria (CFOP 1202) n.ºs 270801, 276016 e 276532, expedidas em 08/02/2011, 22/07/2011 e 07/08/2011, respectivamente, que somadas totalizam as 3 (três) Unidades supostamente omitidas. Portanto, na realidade, a totalidade das entradas de mercadorias no estabelecimento da empresa, para fins de levantamento quantitativo de estoque não representa 45 (quarenta e cinco unidades), mas sim 42 (quarenta e duas unidades), sendo que a suposta diferença apurada (falta de registro/omissão de 3 (três) unidades), são referentes à devolução, conforme consta no próprio demonstrativo da fiscalização.

Sustenta que, nessa linha, em desrespeito ao quanto disposto no art. 936 do RICMS/97, a fiscalização apenas se atentou às quantidades, não observando os CFOPs das Notas Fiscais emitidas, bem como outros elementos que se tivessem sido analisados, não ensejaria a distorção encontrada e, conseqüentemente, a lavratura do presente AI.

Ressalta que, conforme já mencionado anteriormente, o levantamento feito pelo fiscal não retrata a realidade da movimentação de estoque da Impugnante, de modo que a inclusão de Notas Fiscais de Devolução de Mercadoria em todo o trabalho realizado pela fiscalização acabou contaminando o seu trabalho e, conseqüentemente a Impugnante, que está sendo compelida a efetuar, novamente, o recolhimento do imposto sobre a mesma mercadoria.

Acrescenta que como a impugnante emite Notas Fiscais de Devolução única englobando diversas mercadorias, logicamente que muitas saídas realizadas em Dezembro de 2010 são devolvidas apenas em Janeiro de 2011, razão pela qual caso se considere essas entradas com “nova” mercadoria, sempre encontrará “omissões”.

Por fim, salienta que tal racional foi aplicado em grande parte dos produtos autuados, conforme se verifica na coluna CFOP do Anexo: “Relação de Notas Fiscais de Entradas - Omissão Saídas 42601557 2011”, razão pela qual o presente Auto de Infração é completamente nulo. Por hipótese, caso assim não entenda, mostra-se imprescindível o refazimento do trabalho do fiscal para expurgar essas mercadorias.

Prosseguindo, trata de “PRODUTOS NÃO ADQUIRIDOS NA FORMA FINAL”, salientando que outra parte da diferença apurada se deve ao fato de ter sido considerado pela fiscalização diversos produtos que não são adquiridos na sua forma final, sendo produzidos no estabelecimento do Autor a partir das entradas das matérias primas, classificadas em códigos fiscais diversos. Isso se aplica, por exemplo, ao Cachorro Quente, conforme quadro abaixo colhido do demonstrativo da fiscalização:

CÓDIGO	DESCRIÇÃO	UN	ENT	E I	SAÍDAS	E F	OMISSÃO ENT	OMISSÃO SAÍDAS	PREÇO MÉDIO	BASE DE CÁLCULO
5576494-00	TAPETE PTO FORD FIESTA 131	UN	0,000	0,000	5,000	0,000	5,000	0,000	R\$ 24,96	R\$ 124,79
5576500	TAPETE PTO VW SEDAN BOR	UN	0,000	9,000	12,000	5,000	8,000	0,000	R\$ 23,94	R\$ 191,54
5576791	TAPETE PTO CELTA GM 12111	ZC1	6,000	0,000	5,000	0,000	0,000	1,000	R\$ 51,90	R\$ 51,90
5577248	TAPETE PTO PALIO/SIENA 141	UN	16,000	4,000	22,000	0,000	2,000	0,000	R\$ 17,87	R\$ 35,73
5578023	SAIA P/PALLET ROLO-EX	UN	0,000	0,000	0,000	36,000	36,000	0,000	R\$ 4,82	R\$ 173,52
5578573-00	COPO ALTO 0010901 FIORELL	UN	0,000	0,000	117,000	0,000	117,000	0,000	R\$ 0,42	R\$ 48,75
5584482	VENT BRITANIA COLUMA 30C	UN	259,000	0,000	249,000	0,000	0,000	10,000	R\$ 111,66	R\$ 1.116,65
5584529	CD DIVERSOS ULTRASSOM 2	UN	0,000	2,000	1,000	0,000	0,000	1,000	R\$ 4,95	R\$ 4,95
5585915	CACHORRO QUENTE SIMPLES	UN	26,000	0,000	794,000	0,000	768,000	0,000	R\$ 2,17	R\$ 1.664,00
5586066	CACHORRO QUENTE COMPLE	UN	43,000	0,000	851,000	0,000	808,000	0,000	R\$ 2,92	R\$ 2.356,67

Argumenta que, novamente aqui, em relação às supostas entradas constatadas pela fiscalização, verifica-se no seu relatório de Notas Fiscais de Entrada, que se trata de Devolução de Mercadoria. Ou seja, estamos diante de um caso onde a impugnante adquire insumos classificados em “códigos diversos”, confecciona o produto internamente, e efetua a venda. Assim, essa “omissão” de saída apurada no exemplo acima, foi fruto da devolução do produto pelos clientes. Portanto, entende que devem ser expurgados do Auto de Infração todas as mercadorias da mesma natureza, e não há em que se falar de entrada desses produtos da forma final, mas sim em aquisição dos insumos para a confecção desses produtos, através de códigos diversos.

Destaca que outra parte dessa diferença de estoque foi ocasionada em virtude de “QUEBRAS E PERDAS” de mercadorias inerentes à atividade da impugnante, pois na atividades de varejo é notória a ocorrência de perda e/ou quebra de mercadorias em estoque, seja pelo extravio, quebra (Transporte de eletrodomésticos), furtos, perecimento (alimentos) etc., ensejando, portanto, a diferenças de estoque.

Destaca que a própria legislação baiana admite a ocorrência de perdas “normais” nas atividades do contribuinte, é o que se pode concluir da leitura do inciso V, do artigo 100, do RICMS/BA, *in verbis*:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;

Ressalta que no ano calendário de 2011, a impugnante obteve faturamento anual no valor de R\$118.894.518,74, ficando, em seu entendimento, mais clara a existências de “perdas normais”. Sendo assim, a diferença apurada, aproximadamente, R\$2.720.000,00 representa, aproximadamente, 2% sobre o faturamento anual (2011) da impugnante, ou seja, absolutamente razoáveis e normais, por ser inerentes à atividade comercial, citando estudos feitos pela ABRAS – Associação Brasileira de Supermercados e pela FIA – Fundação Instituto de Administração, aponta que a variação do índice de perdas no varejo tem superado a marca de dois pontos percentuais.

Contudo, em sentido contrário, a fiscalização desconsiderou essas quebras e/ou perdas razoáveis e normais, procedendo à lavratura do presente Auto de Infração, ao arrepio da razoabilidade prevista, expressamente, na Legislação Estadual Baiana, quando o assunto é “perdas normais”.

Em consonância com o exposto acima, cita que já há precedentes deste Egrégio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, em casos idênticos (levantamento quantitativo de estoque), no sentido de ser indevida a exigência do ICMS, quando demonstrada a existência de perdas normais e/ou quebras:

“ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não observada na

auditoria de estoque a quebra de peso do cacau em amêndoas, cujo índice foi atestado através Parecer Técnico da CEPLAC. Verificada a insubsistência da infração, quanto à obrigação principal, após a devida consideração, remanesce a multa pela infração a obrigação acessória de emitir documento fiscal para regularização do estoque, decorrente das quebras normais, nos termos do art. 157 do RPAF/99. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime” (SEF - BA - 147162.0038/01-2b - 16/10/2001) (g.n.)

Destaca que em relação à maior parte dos produtos, a diferença de estoque apurada é inferior a 10 unidades em todo um ano, sendo que muitas vezes é de apenas unidade de determinado produto, conforme se observa do demonstrativo do fiscal, transcrito à folha 276 dos autos.

PRODUTOS GENÉRICOS – Aduz também improcedência das infrações decorre da desconsideração de operações de entradas e saídas registradas em “códigos genéricos”, conforme será demonstrado a seguir.

Aduz que, além dos outros motivos já veiculados acima, o fiscal deixou de considerar integralmente os produtos registrados pela impugnante com “códigos genéricos”, fato este que em parte, ensejou a diferença apontada pelo Fiscal. Isso porque, a impugnante utiliza em seu controle de estoque alguns códigos de produtos com descrição “Produtos Genéricos”, os quais são empregados nas hipóteses em que, no momento das saídas ou entradas, os usuários não têm conhecimento do real código dos produtos no estoque.

Desta forma, assegura que, utilizando-se, exclusivamente, de arquivos magnéticos, o levantamento do fiscal, mais uma vez, não retrata a realidade do quantitativo/movimentação do estoque, pois não levou em consideração a saída de mercadorias sob código “produtos genéricos”.

Esclarece que, tendo em vista a quantidade de produtos diferentes, de espécies distintas, em embalagens de apresentação e quantidade diversas, oriundos de fabricantes e fornecedores distintos (aproximadamente 350.000,00), o mesmo tipo (espécie) da mercadoria (gênero) é registrado no sistema da Impugnante com mais de um código, caso haja, por exemplo, mais de um fabricante daquele produto.

A título de exemplo, diz que computando a listagem acostada pela fiscalização, no “Demonstrativo Auditoria Estoques Omissões Saídas”, apenas em relação à mercadoria absorvente, foram identificados 55 códigos distintos, conforme listagem às folhas 278 e 279.

Sustenta que ainda que tenham códigos distintos no sistema da impugnante, trata-se da mesma mercadoria, sujeita à mesma tributação, não acarretando qualquer repercussão no recolhimento do ICMS o eventual registro inadequado na entrada ou na saída de tais itens, seja no código ordinário ou no “código genérico”. Assim, caso na entrada da mercadoria seja utilizado o “código genérico” e na saída seja utilizado o “código ordinário” (específico do produto), ou vice-versa, também será apontada a diferença de estoque ou até mesmo falta de registro de entradas ou de saídas, o que não se verifica de fato. Trata-se de uma diferença decorrente exclusivamente da forma de lançamento de informações no sistema.

Diz que outro exemplo de utilização de “código genérico” ocorre quando, no momento da venda, não é possível a identificação do “código ordinário” do produto (ausência de embalagem ou código danificado, entre outras hipóteses). Com vistas a atender ao cliente e viabilizar a venda é, então, disponibilizado “código genérico”, que se presta, como visto, a identificar a natureza do produto vendido e sua correspondente tributação.

Desta forma, entende que é imprescindível a consideração da movimentação de estoque registrada nos aludidos “códigos genéricos”, para a correta quantificação de eventual diferença de estoque. Por tais razões, resta demonstrado que a infração 07 devem se integralmente canceladas ou, caso assim não entendam os julgadores, convertidas em diligência.

DA APLICAÇÃO EQUIVOCADA DA MULTA (INFRAÇÃO 07)

Realça que, na remotíssima hipótese de a fiscalização entender pela procedência da infração, verifica-se, que o fiscal aplicou, equivocadamente, a multa de 100% na infração 07. Isso porque,

conforme visto acima, a autuação engloba tanto as supostas omissões de entrada e de saída num mesmo exercício (2011), cuja omissão de saídas superou a entrada, de modo que, a multa prevista pela legislação no caso do procedimento adotado pela fiscalização é **no percentual de 70%**, conforme previsto no artigo 13, I, da Portaria nº 445/98. Confira-se:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

Portanto, sustenta que, caso a presente infração subsista, o que a impugnante veemente não acredita, deve ser aplicada a multa no percentual de 70% sobre o valor do imposto e não de 100%.

INFRAÇÕES 08 e 09

Ressalta que ambas as infrações foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, alegando a fiscalização que houve a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável tributário. Contudo, depreende-se da análise destas infrações e da infração 07, que ambas versam sobre supostas omissões de entrada e de saída em exercício fechado (2011), de modo que o procedimento correto a ser adotado pela fiscalização seria o previsto no artigo 13, inciso I, da Portaria nº 445/98:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, I, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

Destaca que depreende da leitura do dispositivo transcrito, que o procedimento acima foi realizado/materializado através da infração 07, procedendo a fiscalização a cobrança do imposto. Todavia, ao revés do autuante ter se limitado à referida infração 07, também autuou, equivocadamente, as infrações 08 e 09. Isto porque, não foi levado em consideração pela Fiscalização o quanto previsto no artigo 15 da Portaria nº 445/98, que assim dispõe:

*Art. 15. Tratando-se de levantamento quantitativo em **exercício aberto** detectando-se tanto omissão de entrada como omissão de saída de mercadoria:*

I - deve ser cobrada:

o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhas de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas ainda estiverem fisicamente em estoque, observado o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor das mercadorias adquiridas, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, I, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%); e

[...]

Assim, destaca que nos termos da legislação acima, verifica-se que o procedimento adotado no presente caso (infrações 08 e 09), só poderia ter sido realizado caso se tratasse de exercício aberto, mas não nos casos onde o exercício é fechado, como no presente. Portanto, entende que resta demonstrado o equívoco cometido no momento da autuação, já que a única infração que o Auto de Infração deveria ter é a infração 07.

Nessa esteira de raciocínio, cita que é importante transcrever alguns trechos do voto proferido, no julgamento abaixo do Auto de Infração nº 274068.0014/13-0, pela Ilustre Relatora Rosany Nunes de Mello Nascimento:

De fato, assiste razão ao Recorrente. Contrariamente ao consignado no acórdão recorrido, as mercadorias listadas nos Anexos 7 e 8 que subsidiam a exigência do imposto devido por solidariedade – item 2 – e

aquele devido em função da aplicação do MVA – item 3 são as mesmas que compuseram o Anexo I, cuja movimentação evidencia omissões de entrada.

Aplicando as disposições do artigo 13 à hipótese dos autos tem-se que, uma vez realizada a movimentação dos estoques do Recorrente no exercício de 2009 e tendo esta evidenciado a ocorrência das duas situações – omissões de entrada e saída –deveria a fiscalização, como de fato fez, proceder ao lançamento da parcela do imposto correspondente à omissão de maior expressão monetária, no caso, a de saídas, acrescido de multa correspondente a 70%, mas apenas isto!

Em se tratando de auditoria de estoque em exercício fechado e considerando que o resultado da movimentação das mercadorias sujeitas à substituição tributária compôs o Anexo I servindo de comparação com a movimentação das demais mercadorias em que se verificou omissão de saídas, não há o que se cogitar de adoção dos procedimentos previstos nos artigos 10 e 15 da mesma Portaria, por que estes são aplicáveis tão somente às hipóteses de levantamento quantitativo em exercício aberto, onde é possível aferir a permanência ou não em estoque das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato que dá ensejo à exigência do imposto devido por solidariedade, bem assim o de responsabilidade própria, incidente sobre o valor agregado.

Diante do quanto expendido, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reformando parcialmente o acórdão recorrido para Manter Integralmente a exigência consubstanciada no item 1 do Auto de Infração e julgar IMPROCEDENTES as exigências a que se referem os itens 2 e 3.

Ainda nessa linha de raciocínio, cita outra decisão proferida pelo CONSEF do Estado da Bahia no julgamento do Acórdão nº 0305-02/11, que assim entendeu:

Em sua defesa o autuado arguiu nulidade da autuação, argumentando que o autuante aponta no auto de infração a cobrança do imposto baseada na diferença a maior entre as omissões de saídas em confronto com as omissões de entradas. Frisa que no auto, a cobrança baseou-se nas operações de saídas omitidas, cobrança na qual já está inserida a omissão de entrada, conforme descreve o art. 60, II, § 1º, do RICMS. Ao realizar a cobrança dessa infração o autuante infringe o art. 13, I da Portaria 445/98, juntamente com o art. 60, II, § 1º, do RICMS.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois o roteiro aplicado pela auditoria realizada no estabelecimento autuado foi o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias.

[...]

A citada Portaria foi editada com o fim específico de orientar os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais, inclusive, esclarecendo o alcance das disposições contidas no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, com vistas a proporcionar ao corpo fiscal e demais instâncias desta Secretaria entendimento uniforme na aplicação da aludida norma.

[...]

Somente seria devido a cobrança se o valor da omissão de entradas fosse maior do que o da omissão de saídas, o que não ocorreu, conforme demonstrado na infração anterior.

Portanto, entendo que a infração 02 é nula por falta de previsão legal.

Ao final, frisa que resta comprovada a improcedência das infrações 08 e 09, motivo pelo qual devem ser julgadas nulas, tendo em vista que foram lavradas sem qualquer embasamento legal previsto na Portaria nº 445/98, contrariando, especialmente, o quanto previsto nos seus artigos 13, inciso I e 15, haja vista que não poderia o fiscal ter adotado um procedimento de fiscalização pertinente ao regime aberto, em se tratando o caso de regime fechado.

Quando constada omissões de saída de mercadoria mediante levantamento quantitativo de estoque, verifica-se no RICMS/BA que a base de cálculo do ICMS é calculada através das regras abaixo:

o preço médio das saídas praticadas pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

inexistindo comercialização da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado, acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese de ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado, atualizado monetariamente na forma prevista no art. 137 do RICMS-Ba e acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio das entradas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido adquirida no período fiscalizado, acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.

Nos termos do disposto nos arts. 123, § 3º e 145 do RPAF, requer seja procedida diligência fiscal, por auditor fiscal estranho ao feito, de modo que os documentos apresentados pela fiscalização sejam reprocessados, a fim de expurgar do auto de infração as supostas mercadorias tidas como “omissas”, conforme argumentos veiculados na presente defesa, com reflexos diretos na base de cálculo, tornando-se, imprescindível, toda a recomposição do trabalho da fiscalização.

INFRAÇÃO 5 – CRÉDITO INDEVIDO – Antecipação Tributária/ST.

Quanto à infração 05 a defesa aduz 1) a improcedência da infração devido à inexistência de prejuízo ao erário público; e 2) o caráter confiscatório da multa lavrada no percentual de 60%, do crédito indevido (ITEM ESPECÍFICO).

No item INEXISTENCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO frisa que detectou que grande parte das mercadorias objeto da presente glosa tiveram subsequente saída com débito do imposto, sendo, portanto, tributadas com base na alíquota interna baiana, conforme se observa em seus arquivos magnéticos - “Registros 60i do SINTEGRA” (Cf. mídia - **Doc. 02**).

Relaciona os produtos que tiveram suas saídas tributadas, fls. 288 e 289.

Argumenta que, em que pese a impugnante tenha apropriado os créditos nas entradas de produtos sujeitos a antecipação tributária/ST, o valor do creditado compôs o valor da subsequente saída, ou seja, foi devidamente recolhido aos cofres públicos, descaracterizando qualquer prejuízo ao erário. Ou seja, a pretensão arrecadatória do fisco baiano não foi frustrada, sendo a tributação incidente na cadeia comercial totalmente recolhida aos cofres públicos, quando da saída do estabelecimento da impugnante.

Assim, sustenta que a exigência baseada na presente glosa, ensejará arrecadação de valores já recolhidos, caracterizando enriquecimento sem ilícito (ou sem causa) do fisco baiano.

Aduz que o fisco baiano vem relativizando a aplicação de glosas e multa punitivas, quando após as operações de entrada e saída do estabelecimento, a tributação da cadeia seja recolhida (sem prejuízo ao fisco). Exemplo: não aplicação de diferimento em operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular – aceitação do crédito indevido na entrada sujeita ao diferimento, por entender que a saída subsequente será tributada, entregando ao fisco o devido do ICMS na cadeia.

Entende que, diante do exposto, à infração 5 do AI em epígrafe deve ser cancelada, afastando a cobrança do suposto crédito indevido e da multa punitiva, lembrando que o caráter confiscatório da multa será demonstrado em item específico dessa Impugnação.

No tocante à infração 10 aduz que demonstra que recolheu os valores devidos, conforme documentos em anexo (Doc. 03), devendo a presente infração ser julgada integralmente improcedente. Caso seja ultrapassada a questão relativa ao pagamento, a Impugnante retoma os seus argumentos de defesa direcionados à infração 05.

Aduz que para melhor compreensão, discutirá a seguir: 1) a improcedência da infração devido à inexistência de prejuízo ao erário público; e 2) o caráter confiscatório da multa lavrada no percentual de 60%, do crédito indevido.

No item INEXISTENCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO frisa que não houve prejuízo ao erário baiano, vez que, caso se confirme o pagamento a menor a título de ICMS por antecipação, o valor não recolhido será pago ao fisco por ocasião da subsequente saída do produto, sendo preservada a cadeia de tributação do imposto estadual. Ou seja, a pretensão arrecadatória do fisco baiano

não foi frustrada, sendo a tributação incidente na cadeia comercial totalmente recolhida aos cofres públicos, quando da saída do estabelecimento da impugnante.

Assim, sustenta que a exigência baseada na presente glosa, ensejará arrecadação de valores já recolhidos, caracterizando enriquecimento sem ilícito (ou sem causa) do fisco baiano.

Aduz que o fisco baiano vem relativizando a aplicação de glosas e multa punitivas, quando após as operações de entrada e saída do estabelecimento, a tributação da cadeia seja recolhida (sem prejuízo ao fisco). Exemplo: não aplicação de diferimento em operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular – aceitação do crédito indevido na entrada sujeita ao diferimento, por entender que a saída subsequente será tributada, entregando ao fisco o devido do ICMS na cadeia.

Entende que, diante do exposto, à infração 10 do AI em epígrafe deve ser cancelada, afastando a cobrança do suposto crédito indevido e da multa punitiva, lembrando que o caráter confiscatório da multa será demonstrado em item específico dessa impugnação.

No tocante à infração 11, MULTA PERCENTUAL DO ICMS NÃO RECOLHIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, aduz que para melhor compreensão, discutirá a seguir: 1) a não aplicação da regra de antecipação tributária a determinados produtos, nos termos do RICMS-BA de 1997; 2) a improcedência da infração devido à inexistência de prejuízo ao erário público; e 3) o caráter confiscatório da multa lavrada no percentual de 60%, do crédito indevido.

No item NÃO APLICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA frisa que identificou no referido demonstrativo do presente AI, a presença de itens não sujeitos a antecipação tributária, nos termos da legislação vigente a época dos fatos geradores objeto desta acusação fiscal.

Cita abaixo exemplos de produtos não sujeitos a antecipação tributária, nos termos do Anexo 88, do RICMS/BA - 1997:

DESCRIÇÃO PRODUTO	NCM	APLICAÇÃO DA REGRA
CONFEITO CHOCOVINHO ARCOR 50G	18069000	Os chocolates estiveram na ST até outubro de 2008 e depois foram incluídos no RICMS/12 (item 11 do Anexo 1)
SALG PIPPO S QUEIJO S BRAZ 75G	19041000	Os salgados estão sujeitos ao CIMS-ST somente no RICMS/12 (item 38 do Anexo 1)
CASTANHA CAJU CASHEWS ROYALE 100G	20081900	Os salgados estão sujeitos ao CIMS-ST somente no RICMS/12 (item 38 do Anexo 1)
TRAVESSEIRO 50X70CM BRISA	94049000	Item 44 do Anexo 88 - o produto ingressou na ST apenas em 01/03/2011

Salienta ser flagrante a improcedência da presente infração, vez que, com o devido respeito, o trabalho da fiscalização não seguiu a legislação aplicável às operações atuadas, ferindo, dentre outros princípios, o da legalidade e da segurança jurídica.

No item INEXISTENCIA DE PREJUIZO AO ERÁRIO PÚBLICO, aduz que as mercadorias objeto da presente glosa tiveram subsequente saída com débito do imposto, sendo, portanto, tributadas com base na alíquota interna baiana, conforme se observa em seus arquivos magnéticos - “Registros 60i do SINTEGRA” (Cf. mídia - **Doc. 02**) e na própria indicação da fiscalização na descrição da presente infração, as quais listou às folhas 294 a 296.

Assim, frisa que a pretensão arrecadatória do fisco baiano não foi frustrada, sendo a tributação incidente na cadeia comercial totalmente recolhida aos cofres públicos, quando da saída do estabelecimento da Impugnante, devendo a multa punitiva ser cancelada.

Aduz que o fisco baiano vem relativizando a aplicação de glosas e multa punitivas, quando após as operações de entrada e saída do estabelecimento, a tributação da cadeia seja recolhida (sem prejuízo ao fisco). Exemplo: não aplicação de diferimento em operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular – aceitação do crédito indevido na entrada sujeita ao

diferimento, por entender que a saída subsequente será tributada, entregando ao fisco o devido do ICMS na cadeia.

Entende que, diante do exposto, à infração 11 do AI em epígrafe deve ser cancelada, afastando a cobrança do suposto crédito indevido e da multa punitiva, lembrando que o caráter confiscatório da multa será demonstrado em item específico dessa impugnação.

Aduz que as multas aplicadas são confiscatórias, citando o inciso IV, do art. 150, da Constituição Federal/1988, destacando que o percentual igual ou maior ao de 25% (vinte e cinco por cento) do imposto devido possuem caráter confiscatório, por terem o condão de atingir o patrimônio do contribuinte e não apenas compeli-lo a adimplir suas obrigações junto ao fisco.

Por fim, requer provimento à impugnação para julgar improcedente o lançamento, com o consequente arquivamento do presente processo, bem como a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

O autuante, fls. 334 a 370, ao prestar a informação fiscal que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente. Aduz que a descrição das infrações imputadas à autuada, é clara e precisa, a tipificação legal das irregularidades apuradas está correta e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado.

Frisa que todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado, foram levantados através dos dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Sefaz, que foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme podemos verificar no Relatório fl. 192 do PAF 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.

Em relação as Infrações 01 e 02 - Operações de saída com suposta aplicação de alíquota incorreta, aduz que as alegações da defesa não podem prosperar uma vez que as Infrações 01 e 02, estão respaldadas na Legislação estadual, conforme segue.

- Operações com Produto "Leite Longa Vida" - Redução da Carga Tributária – Frisa que a defesa cita que no art. 87 do RICMS/97, o legislador incluiu dentre as hipóteses de redução de base de cálculo, nos seus incisos XXI e XXXV, as operações internas com leite em pó e leite de gado longa vida (esterilizado), sendo a redução é de 58,825% de forma que a carga tributária corresponda a 7%. Contudo a defesa não observou que o dispositivo legal condiciona o benefício fiscal desde que o leite de gado longa vida (esterilizado), seja fabricado neste Estado, conforme segue:

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Salienta que os produtos lançados no Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta 42601557 2011 e Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta 42601557 2011, que a defendente deu saída com carga tributária de 7%, conforme consta também da sua planilha ilustrativa lançada nas suas razões de defesa, fl. 242 do PAF, deveriam ter sido tributadas com alíquota de 17%, pois os referidos produtos **não foram produzidos neste Estado, condição estabelecida no RICMS**, ou seja, o procedimento fiscal está correto e respaldado na Legislação Estadual, sendo assim o Auto de Infração é procedente neste item.

- Redução da Carga Tributária - Leite Longa Vida Não Produzido no Estado.

Afirma o autuante que a infração está totalmente respaldada na Legislação Estadual, uma vez que o artigo 87, inciso XXXV, do RICMS aprovado pelo Dec. 6284/97 concede a redução da base de cálculo apenas para o produto fabricado no Estado da Bahia, *in verbis*:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de

forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Quanto ao afrontamento à Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional e ao Convênio 128/94, ressalta que no seu entendimento não procedem, pois, o Judiciário já se manifestou caracterizando a redução da base de cálculo como uma isenção parcial, benefício que não ofende qualquer princípio constitucional.

Registra que esta mesma infração foi julgada procedente através do Acórdão 0291-04/12 da 4ª JJF, com Recuso não provido através Acórdão 0291/-04/12 da 3ª CJF.

Salienta que em conformidade com o artigo 167, inciso I do RPAF, não se incluem em sua competência discutir a inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado do Secretaria da Fazenda ou do Governador do Estado da Bahia.

Tendo em vista o exposto acima, opina pela manutenção da infração 01 neste item.

Operações com Composto Lácteo - Aplicabilidade da Redução da Carga Tributária

Confirma que a exigência fiscal está totalmente embasada na Legislação Estadual, haja vista que o benefício fiscal, ou seja a redução da base de cálculo previsto no art. 87, inciso XXI, do RICMS, aplica-se exclusivamente ao leite em pó e não ao composto lácteo.

Aduz que Instrução Normativa nº 28/07, expedida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA – assim classifica os mencionados produtos, obrigando os fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, no item 9.3 (IN-28/07).

Salienta que no ordenamento jurídico pátrio, as normas complementares, como a citada Instrução Normativa, têm validade concedida pela norma hierárquica superior, no particular, pela Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950 – Código Tributário nacional. Como é de conhecimento geral, as leis são criadas para atender a um propósito da sociedade, logo, este no particular, seria o de regular a produção e comercialização dos produtos lácteos, de forma a atender aos interesses e necessidades regulatórias para assegurar o bem-estar da população.

Destaca que o Estado da Bahia estabeleceu um tratamento diferenciado apenas ao Leite em pó objetivando desonera-lo parcialmente do ICMS e facilitando o acesso de todas as classes sociais ao produto.

Para demonstrar a procedência da ação fiscal, cita o Acórdão JJF nº. 0268-02/12, conforme ementa abaixo:

2a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0268-02/12

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. COMPOSTO LÁCTEO IDEAL.RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que o produto em questão COMPOSTO LÁCTEO não é LEITE EM PÓ, não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

Salienta que a Decisão acima citada foi ratificada pela 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF Nº 0289-13/13, conforme Ementa abaixo:

EMENTA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. COMPOSTO LÁCTEO IDEAL.RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado que o produto em questão COMPOSTO LÁCTEO não é LEITE EM PÓ, não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

Cita também o Acórdão nº 0314-01/13 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa transcrevemos abaixo:

1a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-01/13

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida.

ALÍQUOTA ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. COMPOSTO LÁCTEO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que as mercadorias vendidas e constantes dos demonstrativos de débito não são “creme vegetal”, mas “margarina”, tendo ocorrido erro ao nomear tais mercadorias para revenda. O próprio autuante na informação fiscal acata a argumentação defensiva e exclui os valores indevidos. Quanto ao produto “composto lácteo” não é o mesmo produto “leite em pó”, sendo, desse modo, inaplicável a redução de base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97, para o produto “composto lácteo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

Salienta que o benefício fiscal, ou seja a redução da base de cálculo para o produto Composto Lácteo só foi concedido a partir de 01/08/2013, através do Decreto 14.681 de 30/07/2013 até 31/12/2013. Sendo alterado a partir de 01/01/2014 para o referido produto fabricado neste estado. Sendo assim no período fiscalizado, cujo imposto está sendo reclamado neste Auto de Infração o produto *Composto Lácteo* não gozava do benefício da redução da base de cálculo, devendo a autuada nas saídas do referido produto ter destacado o ICMS aplicando a alíquota de 17%, conforme está demonstrado no presente Auto de Infração.

Produtos Diversos - Aplicabilidade da Redução de Carga Tributária não observada pela Fiscalização

Frisa que a autuada alega que diversos itens autuados gozam de redução de carga tributária não respeitada por ocasião da lavratura do presente auto de infração. Que foi aplicada a alíquota de 17% e 12% nas operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, sem observar o tratamento tributário previsto na legislação interna. Que os produtos abaixo relacionados estão enquadrados na regra do inciso V do art. 87 com tributação de 7% e que no Auto de Infração foi imputada a alíquota de 17%. A autuada selecionou da planilha do Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta 42602557 2011 os seguintes produtos:

Código	Descrição	NCM
4515029-00	Cabo de Vídeo Componente 9265	85444200
4515043-00	Cabo de Vídeo 3Rca M9262 Leader	85444200
4536970-00	Modem USB Olivetti Olicard 155-Bran	85176262
6597931-00	Cabo CS5002 Cyber Audio 3 5mm 2m	85444200
6598952-00	Cabo CS5011 Cyber USB X Mini USB	85444200
6598969-00	Cabo CS5012 Cyber USB X USB	85444200
6990961-00	Carregador Notebook Univbivolt	85044010

Esclarece o autuante que os produtos acima relacionados pela autuada nas suas razões de defesa, não estão contemplados com o benefício da redução da base de cálculo alegada pela impugnante, pois não estão relacionados no Anexo 5-A conforme a descrição dos produtos e os NCMS correspondente. Sendo assim não procedem as alegações da autuada, razão pela qual mantém os termos do Auto de Infração.

Frisa que a autuada afirmou que de igual modo, os itens referentes a programas para computadores não tiveram a redução de base de cálculo prevista no inciso VI, do art. 87 aplicada na lavratura do auto de infração. A autuada selecionou da planilha do Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta 42602557 2011 (fls. 253 do PAF), os produtos:

Código	Descrição	NCM
4314455-00	MS Office 2010 Home Student	85234022

Entende o autuante, com relação aos programas para computadores, reconhece a procedência das alegações da impugnante, tendo em vista o previsto no art. 87, inciso VI e o Anexo 5-A. Os referidos produtos estão relacionados no anexo 02 (fls. 371 do PAF) totalizando o valor de R\$597,17 que estão sendo excluídos do Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta

42601557 2011, através do novo Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011 Informação Fiscal - Anexo 01 (fls. 372 a 384 do PAF).

Salienta o autuante que a autuada alega também que os itens indicados como óculos gozam de redução de carga tributária, igualmente não aplicada pela fiscalização. A autuada selecionou da planilha do Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta 42602557 2011 (fls. 253 do PAF), os produtos

<i>Código</i>	<i>Descrição</i>	<i>NCM</i>
0178365-00	Óculos Free Style Speedo 1002	90049090

Acrescenta o autuante que a autuada afirma que a fiscalização aplicou a alíquota de 17%, enquanto que o RICMS/97 prevê uma tributação de 14,6%, dessa forma, por ocasião do julgamento deve ser reduzida a autuação para a alíquota de 14,6%.

No entendimento do autuante, para as operações com os produtos de ótica o inciso XL do artigo 87 do RICMS/Ba estabelece uma redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 14,6 % até 30/04/2011, sendo assim as alegações da autuada neste item procedem, portanto elabora o Demonstrativo com os referidos produtos anexo 03 (fls. 385 do PAF) totalizando o valor de R\$52,74 que estão sendo excluídos do Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011, através do novo Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011 Informação Fiscal - Anexo 01 (fls. 372 a 384 do PAF).

Produtos Sujeitos à Substituição Tributária - Não incidência do ICMS na saída.

Diz que a autuada afirma que na presente autuação, a fiscalização não se atentou para o fato de que os itens abaixo estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, pelo que o ICMS devido já foi recolhido de forma antecipada, pelo que não há de se falar em débito do imposto na saída:

Código	Descrição	NCM
3257432-00	Andador Infantilino 4080 Borboleta	94037000
4200765-00	Cast Alm Futton 40x40cm Veludo	94049000
4411673-00	Cast Almofada Divertidas Boys	94049000
4422703-00	Cast Almofada Divertidas Gils	94049000
6394974-00	Andador Infantilino 4080 Frog	94049000
6842338-00	Cast Almofada Bichos - Bol Bischos	94049000
6842475-00	Cast Almofadas Bichos - Alm Bichos	94049000
6845575-00	Cast Almofadas Meninos	94049000
6845636-00	Cast Almofada Pet	94049000

Aduz que as alegações da autuada que os produtos acima relacionados estão enquadrados no regime de substituição tributária não procedem, pois “almofadas” e “andador infantilino” não estão relacionados entre os produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária no artigo 353 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto 6284/97. Os produtos “brinquedos” enquadrados no regime de Substituição Tributária estão restritos ao NCM 9503.00 item 41 inciso II do art. 353, enquanto que o item 37 do citado dispositivo inclui apenas “travesseiros” e “pillow” excluindo assim o produto “almofada”, apesar deste produto ter o NCM 9404.9000. Para definir que um produto está enquadrado no regime de Substituição Tributária há de se observar a Descrição e o NCM.

Ao final, aduz que tendo em vista tudo o que foi exposto acima, as alegações da autuada que foram acatadas mediante as alterações efetuadas através dos itens D) Produtos Diversos - Aplicabilidade da Redução de Carga Tributária não observada pela Fiscalização no valor de R\$597,17 e no item E) Produtos Sujeitos à Substituição Tributária - Não incidência do ICMS na saída no valor de R\$52,74 foi elaborado o novo DEMONSTRATIVO AUDITORIA SAÍDAS ECF ALÍQUOTA INCORRETA 42601557 2011 - Informação Fiscal - Anexo 01, que altera o valor da

Infração 01 de R\$168.488,76 para o valor de R\$ 167.838,86, conforme Demonstrativo de Débito abaixo.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/11	09/02/11	121.421,84	17	60	20.641,71
28/02/11	09/03/11	114.742,13	17	60	19.506,16
31/03/11	09/04/11	127.018,26	17	60	21.593,10
30/04/11	09/05/11	137.617,79	17	60	23.395,02
31/05/11	09/06/11	85.089,30	17	60	14.465,18
30/06/11	09/07/11	68.134,07	17	60	11.582,79
31/07/11	09/08/11	65.463,46	17	60	11.128,79
31/08/11	09/09/11	52.678,23	17	60	8.995,30
30/09/11	09/10/11	62.363,95	17	60	10.584,87
31/10/11	09/11/11	49.763,09	17	60	8.459,73
31/11/11	09/12/11	30.795,25	17	60	5.235,19
31/12/11	09/01/12	72.300,06	17	60	12.291,01

Total da Infração 01

167.838,86

INFRAÇÃO 02 - Saída Registradas por Nota Fiscal - Baixa de Estoque por Perda, Roubo ou Deterioração

Com relação a Infração 02 afirma que as alegações da autuada não procedem, uma vez que no caso de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, o contribuinte está obrigado a emitir a Nota Fiscal com destaque do imposto para estornar o crédito apropriado quando da entrada das referidas mercadorias, conforme estabelece o artigo 100 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6284/97:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

(...)

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de uebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;

Sendo assim, opina pela manutenção integral infração 02.

Infração 03 - Recolhimento a menor em Operações de Transferências - Intercompany.

Aduz que as alegações da Autuada não podem prosperar, uma vez a que Infração está totalmente respaldada na Legislação, conforme a Lei Complementar 87/96 no seu artigo 12 que estabelece como fato gerador do imposto a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular e o artigo 13 define a base de cálculo do imposto na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, *in verbis*:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Salienta que o RICMS/Ba também vem respaldar a autuação, pois define como fato gerador do imposto as operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme segue:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;

Diante do exposto, conclui que as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, são tributadas pelo ICMS, principalmente porque na situação em tela, trata-se de operações interestaduais. Sendo assim mantem integralmente os termos da Infração 03 deste Auto de Infração no valor de R\$24.447,63.

Infração 07 - Da inclusão de NFs de Devolução no Levantamento Quantitativo

Salienta o autuante que o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias foi efetuado em conformidade com Legislação Estadual, principalmente o RICMS/BA e a Portaria 445/98. As alegações da autuada que as Notas Fiscais de Devoluções não devem ser incluídas no Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias, são totalmente improcedentes, tendo em vista que para efetuar o Levantamento Quantitativo de Estoques, devem ser computadas todas as entradas e saídas que representem a movimentação física das mercadorias, para o resultado do levantamento refletir as operações do contribuinte no exercício, para em conformidade com a Portaria 445/98 considerar as Entradas e Saídas de mercadorias, tomando-se como referência os Inventários Inicial e Final.

PRODUTOS NÃO ADQUIRIDOS NA FORMA FINAL – Frisa que a autuada alega que outra parte da diferença apurada se deve ao fato de ter sido considerado pela fiscalização diversos produtos que não são adquiridos na sua forma final, sendo produzidos no estabelecimento da autuada a partir das entradas das matérias primas, classificadas em códigos diversos. A autuada cita o produto Cachorro Quente como exemplo, colhido do demonstrativo da fiscalização.

Informa o autuante que foram excluídos do Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias, os produtos comestíveis decorrentes de transformações no estabelecimento da autuada, (derivados de carnes, queijos, pizzas, etc.) exatamente para evitar tais distorções alegadas pela autuada, infelizmente por equívoco ficaram os produtos citados pela autuada, ou seja o produto cachorro quente, contudo cabe salientar que para estes produtos foi apurada omissão de entrada que por ter apresentado um valor inferior ao valor da omissão de saídas no Levantamento Quantitativo, não foi reclamada no presente auto de Infração como determina a Portaria 445/98, sendo assim as alegações da autuada não devem ser acolhidas.

DAS PERDAS E/OU QUEBRAS – Aduz que a própria autuada confirma textualmente nas suas razões de defesa a existência da diferença no levantamento de estoque, afirmando que parte da diferença, decorreu de quebras e perdas de mercadorias inerentes à atividade da impugnante.

O autuante chama a atenção, neste item, que a própria autuada é quem afirma ter infringido a legislação tributária e fundamenta totalmente a ação fiscal, ao confirmar e reconhecer a existência das diferenças apuradas no levantamento de estoques efetuados pela Fiscalização, apenas alegando tratar-se em parte de Perdas e Quebras das mercadorias. Para a existência de perdas e quebras de mercadorias cabe a autuada adotar controles internos na sua organização e aplicar a Legislação estadual que citará adiante.

A própria autuada afirma nas suas razões de defesa que reconhece que deixou de emitir documento fiscal regularizando o seu estoque no ano calendário de 2011.

Argumenta que o levantamento de estoques por espécie de mercadorias não deixa qualquer dúvida quanto a existência de saída de mercadorias sem a emissão da documentação fiscal

exigida, caracterizando omissão de saída de mercadorias no exercício fiscalizado. E, se parte ou toda a diferença apurada no levantamento Quantitativo de estoque correspondesse a Perdas e Quebras nas mercadorias comercializadas no período fiscalizado, a autuada simplesmente não teria considerado o que determina a legislação estadual, que ela própria cita nas suas razões de defesa, ou seja, o RICMS estabelece de forma clara e específica que a defendente deveria emitir as Notas Fiscais para estornar o crédito de ICMS e por conseguinte ajustar os seus estoques (CFOP 5927 – Lançamento a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração). E, deixando de cumprir o que determina a legislação tributária, a autuada recolheu o ICMS a menor no decorrer do exercício fiscalizado. Tendo em vista o exposto acima, a autuada teria deixado de cumprir a legislação tributária (RICMS/BA), conforme segue:

“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - ...

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;”

“Das Hipóteses em que Devem Ser Emitidos os Documentos Fiscais

Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

I - ...

X - para efeito de estornos de créditos ou de débitos fiscais;”

Salienta que não foram incluídos neste levantamento de estoques os gêneros alimentícios comercializados pela autuada, para evitar distorções em função de embalagens, unidades, etc. Pode verificar nos Demonstrativos que os produtos relacionados no Levantamento Fiscal não correm risco de perecimento.

Reitera que para a maioria dos produtos relacionados a ocorrência de quebras ou defeitos, cabe a devolução aos respectivos fornecedores, com a emissão da respectiva Nota Fiscal.

Quanto ao índice de perdas apresentado pela autuada tem a informar o seguinte: No exercício foram movimentados 52796 itens, contudo só foram selecionados para o Levantamento Quantitativo 32083 itens dos quais 16279 apresentaram omissão de saídas. Ora o valor de saídas apurado de R\$ 2.716.034,24 corresponde apenas as mercadorias selecionadas que correspondem a 60,8% dos itens de mercadorias movimentadas no exercício, ou seja, se fossem lançados no levantamentos todos os itens comercializados possivelmente encontrariam um valor de omissão de saídas superior àquele apurado. Isto posto, conclui-se que o índice de perdas calculado pela autuada de 2,2% não corresponde a verdade, uma vez que o valor de omissão de saídas apurado no levantamento de estoques correspondente apenas a uma parte das mercadorias e foi comparado com o valor total das saídas do Exercício.

Salienta ainda, que mesmo comprovando perdas normais, não existe previsão legal, para consideração das mesmas em diferença de Auditoria de Estoques na atividade da autuada.

Quanto as alegações da autuada que em relação à maior parte dos produtos a diferença de estoque apurada é inferior a 10 unidades em todo o ano e que muitas das diferenças apontadas é de apenas uma unidade de determinado produto, não tem nenhuma repercussão no presente auto de infração, pois não existe qualquer dispositivo legal que estabeleça quantidades mínimas na apuração do resultado no Levantamento Quantitativo por espécie de mercadoria.

Ressalta que a Defendente cita nas suas razões de defesa algumas decisões proferidas por outros órgãos julgadores, porém não se aplicam ao presente Auto de Infração, pois tratam de situações diversas ao presente processo.

PRODUTOS GENÉRICOS – Quanto as alegações da autuada da existência de alguns produtos cadastrados como “Produto Genérico” que não foram considerados no Levantamento

Quantitativo por espécie de mercadorias, informa o autuante que se a defendente utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou que a Legislação não permite tal procedimento, conforme artigo 824-F do RICMS/BA, in verbis:

“Art. 824-F. O contribuinte deverá adotar código único para cada item de mercadoria ou serviço.

§ 1º É vedada a utilização em um mesmo exercício fiscal, de um mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço.”

Destaca que devido a grande quantidade de documentos fiscais (Notas Fiscais e Cupons Fiscais) movimentados pela empresa no exercício, a identificação por item de mercadoria deve estar contida nos Registros dos arquivos Sintegra o que não foi cumprido pela autuada apesar de intimada em mais de uma oportunidade conforme cópias de documentos que anexa a Informação Fiscal, ou seja, Intimação para Apresentação de Informações em meio Magnético, Demonstrativo da Irregularidades nos Arquivos Magnéticos e Recibo de Arquivos Magnéticos (fls.386 a 388 do PAF), não atendendo até a presente data, infringindo assim a legislação tributária (RICMS/BA), conforme abaixo:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Em relação as alegações da autuada com referência aos denominados produtos genéricos, não podem ser acolhidas, visto que é obrigação do contribuinte escriturar os livros fiscais e por consequência os arquivos Sintegra de maneira que reflitam a realidade das operações da empresa, sob pena de ensejar descontroles não somente no âmbito interno, mas também relativos aos entes tributantes e suas competências de arrecadação e fiscalização.

Ressalta que na hipótese de no momento da comercialização o operador não ter conhecimento do código do produto, a medida adequada é uma posterior retificação, para que a imperfeição não contamine o fechamento do balanço físico e contábil.

Registra que as alegações da autuada de que uma determinada mercadoria pode ter dezenas de códigos diante de determinadas especificidades, que apesar de códigos distintos, não acarreta qualquer repercussão no recolhimento do ICMS o eventual registro inadequado na entrada ou na saída de tais itens, não fazem sentido, pois trata-se de produtos diferentes, com preços diferentes, que se no momento da comercialização o operador não tiver conhecimento do código do produto, esta incorreção certamente terá reflexos nos valores das operações, por este motivo, cabe uma posterior e imediata retificação, para que a imperfeição não contamine o fechamento do balanço físico e contábil.

Destaca que os Estados elaboraram as normas e a estrutura do Convênio 57/95, com Layout definido e obrigatório o seu cumprimento pelos contribuintes, para através da escrituração fiscal e emissão de documentos fiscais através de meios eletrônicos, desenvolverem sistemas automatizados de fiscalização, objetivando permitir ao Fisco efetuar Auditorias em grandes empresas, com uma gama de informações gigantesca, com milhares de documentos fiscais emitidos e milhares de produtos envolvidos nas operações das empresas.

Salienta que para possibilitar a execução de um Roteiro de Auditoria de Estoques em uma empresa do porte da autuada, de tradição, com rede de centenas de estabelecimentos, que atua no segmento varejista de Supermercado, operando com mais de 50.000 itens de mercadorias, é necessário um Sistema que processe informações de forma automatizada. Para se processar informações de forma automatizada, necessário se faz padroniza-las, ou seja, eventuais falhas internas dos contribuintes não podem comprometer todo um sistema.

Informa que a autuada teve também vários autos de infração (PAF 1477710001117 Acórdão 3290511, PAF 1477710002113 Acórdão 420312, PAF 1477710003101 Acórdão 1030511, 670113 do PAF

147771.0001/12-5, 710113 do PAF 147771.0002-12/1, e 0222-05/13 do PAF 1477710001/13-3, 0151-11/13 do PAF 147771.0002/11-3 (1ª Câmara) e PAF 1477710002/13-0, com o brilhante voto vencedor do Conselheiro José Raimundo Conceição contendo esta infração julgado procedente por este D. Conselho.

Aduz que no Levantamento Quantitativo de Estoque por Espécie por Mercadorias, foram relacionados todos os documentos que compõem o total de entradas e de saídas correspondentes a cada item constante do levantamento e entregues à autuada através dos demonstrativos constantes do Auto de Infração e do CD-R que foi anexado ao auto com cópia entregue também a autuada conforme recibo anexado ao PAF (fls. 198 a 201). Assim, se a autuada afirma que foram cadastradas algumas mercadorias como Produto Genérico, ela deveria ter apresentado as provas das suas alegações relacionando os documentos fiscais de cada item que não foram considerados no Levantamento Fiscal.

Ressalta que as alegações da autuada nas suas razões de defesa vem apenas demonstrar que problemas operacionais do contribuinte não foram devidamente analisados e evitados pela empresa para o devido cumprimento à Legislação Estadual. Por tudo que foi exposto, acredita não restar mais dúvidas que o Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias que serviu de base para a infração 07 está totalmente revestido de respaldo legal, pois está de acordo com as Normas que regem o RICMS/BA, ou seja, mantem integralmente os termos e os valores constantes da Infração 07 deste Auto de Infração.

Em relação ao argumento defensivo de equívoco na aplicação da multa, frisa que a impugnante não observou que Lei 7.104 de 04 de Dezembro de 1996 teve o seu artigo 42 alterado pela Lei 11.899 de 30/03/10, efeitos a partir de 31/03/2010, estabelecendo a multa para a infração 07 deste Auto de Infração 07 em 100%, o qual transcreveu.

Tendo em vista o acima exposto, opina pela manutenção, mais uma vez, da Infração 07.

INFRAÇÕES 08 E 09

Destaca que na infração 07 foi reclamado o imposto relativo à omissão de saída de mercadorias por ser o valor superior ao valor apurado de omissão de entrada dos produtos sujeitos ao regime normal de apuração do ICMS, conforme determina o §1º do artigo 60 do RICMS/BA e do artigo 13 da Portaria 445/98.

Salienta que, já o ICMS exigido nas infrações 08 e 09, refere-se a omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, em que a omissão de entrada ensejou a cobrança do ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário (art. 10, I da Portaria 445/98) e devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, I, b da Portaria 445/98).

Aduz que a autuada cita nas suas razões de defesa alguns trechos do voto proferido, no julgamento do Auto de Infração 274068.0014/13-0, contudo salienta o autuante que este voto foi vencido, sendo proferido o Voto Vencedor pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, mantendo a decisão da 3ª Junta de Julgamento através do Acórdão 0041-03/14, pela Procedência do Auto de Infração, conforme Ementa que transcreveu.

Assegura que para demonstrar a consistência do Auto de Infração cita abaixo alguns exemplos de Acórdãos de Julgamentos deste Conselho, sobre a matéria em discussão, de Autos de Infração lavrados contra a Impugnante que foram julgados Procedentes, conforme Ementas transcritas.

Relativamente ao pedido de diligência, afirma que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente. A descrição das infrações imputadas à autuada, é clara e precisa, a tipificação legal das irregularidades apuradas está correta e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado, foram levantados através dos dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Sefaz, após confronto com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme podemos verificar no Relatório fl.

192 do PAF, 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. Portanto, não pode prosperar a solicitação de Diligência fiscal, uma vez que os autos estão devidamente instruídos.

INFRAÇÃO 05 - CRÉDITO INDEÍDO - Antecipação Tributária/ST

INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO

No tocante ao argumento defensivo de **INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO**, frisa que a Infração está revestida de legalidade uma vez que o contribuinte utilizou o crédito fiscal de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária que é vedado de forma clara pelo RICMS/BA através do seu artigo 97, inciso IV, alínea b".

Quanto a alegação da autuada que as mercadorias foram tributadas nas saídas, aduz que não podem prosperar, uma vez que todas as mercadorias relacionadas no DEMONSTRATIVO AUDITORIA DE CRÉDITO INDEÍDO ST 42601557 2011, estão enquadradas no regime de Substituição Tributária e não tiveram saídas no período com tributação do ICMS.

Argumenta que a autuada não adota um padrão uniforme da situação tributária das mercadorias, ora tributando na saída, ora não tributando, o que cria um embaraço para o Fisco. Pode-se constatar que as mercadorias relacionadas pela autuada afirmando que as saídas ocorreram com tributação, que estas mercadorias no período da aquisição constante do DEMONSTRATIVO AUDITORIA DE CRÉDITO INDEÍDO ST 42601557 2011, não foram tributadas no mesmo período, através da Planilha Produtos Crédito Indevido Saídas ECF sem Tributação anexo 04 que foi extraída do Registro Sintegra 60R.

Sendo assim, opina pela manutenção integral da Infração 05.

INFRAÇÃO 10 - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS POR ANTECIPAÇÃO, aduz que a Infração está revestida de legalidade uma vez que o contribuinte não comprova que efetuou o recolhimento do ICMS referente as mercadorias no DEMONSTRATIVO AUDITORIA SUBST TRIBUT ANEXOS 88 E 89 SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO 42601557 2011 que ingressaram no estabelecimento e foram registradas como mercadorias submetidas ao regime normal de apuração, utilizando-se do crédito fiscal, inclusive especificando o CFOP 2152 que não se refere a mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Salienta mais uma vez a desorganização da empresa com relação ao tratamento tributário das mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária que não adota um padrão, ora tributando nas saídas, ora não tributando, conforme observamos na Planilha Produtos Crédito Indevido Saídas ECF sem Tributação anexo 04 do PAF

INFRAÇÃO 11 - MULTA PERCENTUAL DO ICMS NÃO RECOLHIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Em relação ao argumento defensivo de não aplicação da Antecipação Tributária, diz que não pode prosperar, pois estão relacionados no art. 353 inciso II, conforme segue:

Confeito Chocovinho Arcor, NCM 18069000:

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

Salg Pippo S Queijo S Braz, NCM 19041000 e Castanha de Caju Cashews Royale, NCM 20081900:

29 - salgados industrializados (Lei nº 7667/00):

29.1 - salgados produzidos à base de cereais - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00;

29.2 - salgados preparados à base de batata - NCM 2005.20.00;

29.3 - salgados à base de amendoim ou castanha de caju - NCM 2008.11.00 e 2008.19.00.

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;

Travesseiro 50 x 70CM Brisa NCM 94049000:

41 - suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00; colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2; travesseiros e pillow, NCM-SH, 9404.90.00, (Prot. ICMS 190/09)

Aduz que a infração está caracterizada pela falta de recolhimento do imposto nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária e embasada na legislação conforme estabelece a lei 7014/96, in verbis:

Art. 42.

Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II

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

(...)

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

Portanto, afirma que não resta nenhuma dúvida que a Infração é procedente, pois os produtos relacionados no DEMONSTRATIVO AUDITORIA SUBST TRIBT ANEXOS 88 E 89 SAIDAS COM TRIBUTAÇÃO 42601557 2011, estão enquadrados no regime de Substituição tributária.

Em relação ao argumento de confisco das multas aplicadas, observa que as alegações da autuada não podem prosperar, pois 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. Além do que não se incluem em sua competência discutir a inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado pelo Secretário da Fazenda ou pelo Governador do Estado da Bahia.

Concluindo, frisa que, exceto pequeno ajuste que foi efetuado na infração 01 do valor de R\$168.488,76 para o valor de R\$ 167.838,86, opina pela manutenção dos demais termos do Auto de Infração que fica alterado do valor de **R\$ 1.716.564,32 para o valor de R\$ 1.715.914,42**, pois está de acordo com as normas que regem o ICMS/Ba, como ficou demonstrado, nem tampouco nele não constam quaisquer motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/Ba, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

Frisa, ainda, que Autos de Infração com as mesmas infrações já foram julgados procedentes, à título ilustrativo cita os Acórdãos 1851110 do PAF 2074940001084, 3290511 do PAF 1477710001117, 420312 do PAF 1477710002113, 1851110 do PAF 2074940001084, 1030511 do PAF 1477710003101, 670113 do PAF 147771.0001/12-5, 710113 do PAF 147771.0002-12/1, 0222-05/13 do PAF 1477710001/13-3 e 0151-11/13 do PAF 147771.0002/11-3 (1ª Câmara).

O autuado recebeu, fls. 391 e 392, cópia da informação fiscal, sendo intimado para se manifestar no prazo legal.

Em nova manifestação defensiva, folhas 394 a 420, em relação às Infrações 01, 02, 03, 05, 07, 08, 09, 10 e 11 reiterou argumentos da defesa inicial.

Reitera, ainda, o pedido de diligência.

O autuante, na sua 2ª informação fiscal, fls. 425 e 426, ressalta que a autuada na sua Manifestação fls. 393 a 423, não traz qualquer fato novo que não tenha sido devidamente contestado na Informação Fiscal fls. 334 a 370 e seus anexos.

Aduz que as alegações da autuada nas suas razões de defesa que continham elementos comprobatórios foram acatadas na Informação Fiscal, frisando que as alterações implementadas no Auto de Infração em função das razões apresentadas pela defendente nas suas razões de defesa representaram apenas o valor de R\$649,90, ou seja valor do Auto de Infração foi alterado de R\$1.716.564,32 para R\$1.715.914,42 o que corresponde a 0,004%, evidenciando assim o acerto da ação fiscal.

Reitera os argumentos da informação fiscal anterior.

Às folhas 428 a 433, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor reconhecido.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 12 (doze) infrações.

Em sua defesa o autuado reconheceu a infração 04, 06 e 12, informando que procedeu à extinção dos créditos tributários correlatos às infrações mediante compensação com certificado de crédito, logo entendo que as mesmas restaram caracterizadas, pois não existe lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Como relação ao argumento de que as multas aplicadas são confiscatórias, também não pode ser colhido, pois as multas aplicadas encontram-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, conforme especificado no Auto de Infração.

Na infração 01 – 03.02.02 – é imputado o recolhimento a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias tributadas por ECF's. Conforme Demonstrativo acostado aos autos às folhas 15 a 27 e CD-R à folha fl. 193. Por sua vez, na infração 02 é imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nas saídas de mercadorias tributadas por Notas Fiscais, conforme Demonstrativo às folhas fls. 28 a 30 e CD-R à folha 193.

Em sua defesa o autuado alegou a existência de diversas fragilidades na autuação, as quais passo ao exame.

1) Operações com produto “leite longa vida” – redução da carga tributária – No entendimento da fiscalização as operações se sujeitam a regra geral prevista no art. 50, I, do RICMS/97, que prevê a alíquota de 17%, tendo sido aplicada a alíquota de 7% pela impugnante.

A defesa alega que, ao tratar das vendas internas o art. 50, inciso I, do RICMS/97, determina que a alíquota a ser aplicada é a de 17%, salvo as exceções previstas no próprio regulamento, havendo, por medida de política fiscal, previsão normativa de que as operações internas com “leite longa vida” estão sujeitas a redução da carga tributária, citando o art. 87 do RICMS/97, nos seus incisos XXI e XXXV.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois os incisos XXI e XXXV, do art. 87 do RICMS/97, tratam das operações internas, com Leite fabricado no Estado da Bahia, in verbis:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Portanto, o procedimento da fiscalização foi correto, considerando que os produtos lançados no Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta e Demonstrativo Auditoria Saídas ECF Alíquota Incorreta, aponta que a defendente deu saída com carga tributária de 7%, conforme consta também da sua planilha ilustrativa lançada nas suas razões de defesa, fl. 242 do PAF, como

bem ressaltou o autuante na informação fiscal, deveriam ter sido tributadas com alíquota de 17%, pois os referidos produtos não foram produzidos neste Estado, condição estabelecida no RICMS nos incisos acima transcritos.

2) Redução da carga tributária - leite longa vida não produzido no Estado - relativamente as operações com “leite longa vida” não produzido no Estado da Bahia, a defesa entende que deve ser aplicada da mesma forma a redução da carga tributária incidente sobre o referido produto, pelo que não merece prosperar a acusação fiscal, sob pena de violação ao art. 152, da Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional e ao Convênio ICMS nº 128/94. Com efeito, diz que não é lícito ao Legislador estadual estabelecer diferença de alíquota entre produtos produzidos na Bahia em relação aos produtos advindos de outros Estados da Federação, visto que a matriz constitucional veda expressamente a discriminação em razão da origem, conforme disciplinam os art. 150, V, e art. 152 da Carta Maior.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Por sua vez, a autuação encontra-se respalda na Legislação Estadual, uma vez que o artigo 87, inciso XXXV, do RICMS aprovado pelo Dec. 6284/97 concede a redução da base de cálculo apenas para o produto fabricado no Estado da Bahia, acima transcrito.

Quanto a alegação de afronta ao Código Tributário Nacional e ao Convênio 128/94, não procede, pois o Judiciário já se manifestou caracterizando a redução da base de cálculo como uma isenção parcial, benefício que não ofende qualquer princípio constitucional, sendo esse o entendimento manifestado nos Acórdão 0291-04/12 da 4ª JF, com Recurso não provido através Acórdão 0291/-04/12 da 3ª CJF.

Assim, entendo que o procedimento fiscal deve ser mantido.

3) OPERAÇÕES COM COMPOSTO LÁCTEO – APLICABILIDADE DA REDUÇÃO DE CARGA TRIBUTÁRIA

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a exigência fiscal está totalmente embasada na Legislação Estadual, haja vista que o benefício fiscal, ou seja a redução da base de cálculo previsto no art. 87, inciso XXI, do RICMS, aplica-se exclusivamente ao leite em pó e não ao composto lácteo.

Cabe ressaltar que a Instrução Normativa nº 28/07, expedida pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA –classifica o mencionado produto, obrigando os fabricantes a grafarem nas suas embalagens a frase “COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ” ou “ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ”, no item 9.3 (IN-28/07).

Saliento que o Estado da Bahia estabeleceu um tratamento diferenciado apenas ao Leite em pó objetivando desonerá-lo parcialmente do ICMS e facilitando o acesso de todas as classes sociais ao produto, sendo o esse entendimento manifestado nos julgamentos reiterado desse CONSEF, a título de exemplo, temos o Acórdão JF nº. 0268-02/12 da 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF Nº 0289-13/13 da 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL e Acórdão nº 0314-01/13 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ressalta que o benefício fiscal, ou seja a redução da base de cálculo para o produto Composto Lácteo só foi concedido a partir de 01/08/2013, através do Decreto 14.681 de 30/07/2013 até 31/12/2013. Sendo alterado a partir de 01/01/2014 para o referido produto fabricado neste estado. Sendo assim no período fiscalizado, cujo imposto está sendo reclamado neste Auto de Infração o produto *Composto Lácteo* não gozava do benefício da redução da base de cálculo, devendo a autuada nas saídas do referido produto ter destacado o ICMS aplicando a alíquota de 17%, conforme está demonstrado no presente Auto de Infração.

Logo, fica mantida a exigência fiscal.

4) Produtos diversos - aplicabilidade da redução de carga tributária não observada pela fiscalização

—a defesa salienta que diversos itens autuados gozam de redução de carga tributária não foram respeitadas por ocasião da lavratura do presente auto de infração. Conforme se depreende dos itens descritos na planilha nas transcritas no relatório do presente acórdão, foi aplicada a alíquota de 17% e 12% nas operações com aparelhos e equipamento de processamento de dados e seus periféricos, sem observar o tratamento tributário previsto na legislação interna para as operações em comento, citando os seguinte produtos:

<i>Código</i>	<i>Descrição</i>	<i>NCM</i>
4515029-00	Cabo de Vídeo Componente 9265	85444200
4515043-00	Cabo de Vídeo 3Rca M9262 Leader	85444200
4536970-00	Modem USB Olivetti Olicard 155-Bran	85176262
6597931-00	Cabo CS5002 Cyber Audio 3 5mm 2m	85444200
6598952-00	Cabo CS5011 Cyber USB X Mini USB	85444200
6598969-00	Cabo CS5012 Cyber USB X USB	85444200
6990961-00	Carregador Notebook Univbivolt	85044010

Acolho o entendimento da fiscalização, a qual esclarece o autuante que os produtos acima relacionados pela autuada nas suas razões de defesa, não estão contemplados com o benefício da redução da base de cálculo alegada pela impugnante, pois não estão relacionados no Anexo 5-A conforme a descrição dos produtos e os NCMS correspondentes. Sendo assim, não procedem as alegações da autuada, razão pela qual mantem os termos do Auto de Infração.

Em relação aos itens referentes a programas para computadores, Código 4314455-00 - MS Office 2010 Home Student - NCM 85234022, entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, tendo em vista o previsto no art. 87, inciso VI e o Anexo 5-A, conforme reconheceu o autuado na informação, tendo destacado que os referidos produtos estão relacionados no anexo 02 (fls. 371 do PAF) totalizando o valor de R\$597,17 que foram sendo excluídos do Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011, através do novo Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011, Informação Fiscal - Anexo 01 (fls. 372 a 384 do PAF). Valor excluído da autuação.

Outro produto questionado pela defesa é “óculos”, alegando que goza de redução de carga tributária, igualmente não aplicada pela fiscalização, citando o artigo 87, inciso XL, que as operações internas com produtos de ótica têm tributação reduzida até 30/04/2011.

Acolho o argumento defensivo, ressaltando que o próprio autuante acatou e revisou os levantamentos fiscais, tendo destacado na informação fiscal que, em seu entendimento, para as operações com os produtos de ótica que o inciso XL do artigo 87 do RICMS/Ba estabelece uma redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 14,6 % até 30/04/2011, sendo assim as alegações da autuada neste item procedem, portanto elabora o Demonstrativo com os referidos produtos anexo 03 (fls. 385 do PAF) totalizando o valor de R\$52,74 que estão sendo excluído do Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011, através do novo Demonstrativo de Auditoria Saídas ECF alíquota incorreta 42601557 2011 Informação Fiscal - Anexo 01 (fls. 372 a 384 do PAF).

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor histórico de R\$167.838,86, conforme abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2011	09/02/2011	121.421,84	17	60	20.641,71
28/02/2011	09/03/2011	114.742,13	17	60	19.506,16
31/03/2011	09/04/2011	127.018,26	17	60	21.593,10
30/04/2011	09/05/2011	137.617,79	17	60	23.395,02
31/05/2011	09/06/2011	85.089,30	17	60	14.465,18

30/06/2011	09/07/2011	68.134,07	17	60	11.582,79
31/07/2011	09/08/2011	65.463,46	17	60	11.128,79
31/08/2011	09/09/2011	52.678,23	17	60	8.995,30
30/09/2011	09/10/2011	62.363,95	17	60	10.584,87
31/10/2011	09/11/2011	49.763,09	17	60	8.459,73
31/11/11	09/12/2011	30.795,25	17	60	5.235,19
31/12/2011	09/01/2012	72.300,06	17	60	12.291,01
TOTAL					167.878,85

5) **SAÍDA REGISTRADAS POR NOTA FISCAL – BAIXA DE ESTOQUE POR PERDA, ROUBO OU DETERIORAÇÃO:** Defesa aduz que a fiscalização imputou a ocorrência das saídas registradas em notas fiscais tributadas com alíquota incorreta na infração 02. Assegura que parte das notas fiscais foram emitidas para fins de regularização e baixa de estoque, não havendo que se falar em débito de ICMS. Diz que o CFOP 5927 refere-se lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Não acolho o entendimento manifestado pela defesa, uma vez que no caso de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, o contribuinte está obrigado a emitir a Nota Fiscal com destaque do imposto para estornar o crédito apropriado quando da entrada das referidas mercadorias, conforme estabelece o artigo 100 do RICMS/Ba aprovado pelo Decreto 6284/97, *in verbis*:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

(...)

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de uebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;

Logo, a infração 02 fica integralmente mantida.

Infração 03 - 03.02.02 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$24.447,63, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por transferências para outras Unidades da Federação com alíquota inferior a estabelecida na Legislação. Conforme Demonstrativo (fls. 31 a 42) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Em sua peça de defesa o autuado argumentou que, apesar de ter recolhido o ICMS no percentual de 7% para as citadas operações, frisa a não incidência do ICMS nas operações de transferências de produtos para estabelecimentos da própria impugnante.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, pois como bem ressaltou o autuante, a Infração está totalmente respaldada na Legislação, conforme a Lei Complementar 87/96 no seu artigo 12 que estabelece como fato gerador do imposto a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular e o artigo 13 define a base de cálculo do imposto na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, *in verbis*:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Devo ressaltar que o RICMS/BA também respalda a autuação, pois define como fato gerador do imposto as operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme segue:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;

Logo, a infração fica mantida, uma vez que as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, são tributadas pelo ICMS, principalmente porque na situação em tela, trata-se de operações interestaduais.

Infração 05 – 01.02.05- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, que não foram tributadas nas saídas, no valor histórico autuado de R\$9.973,52.

Para embasar a autuação o autuante acostou cópia de Notas Fiscais por amostragem às folhas 59 a 76, tendo elaborado Demonstrativo às folhas 47 a 58 e CD-R à folha 193 dos autos.

A defesa aduziu que: 1) a improcedência da infração devido à inexistência de prejuízo ao erário público, sustentando que grande parte das mercadorias objeto da presente glosa tiveram subsequente saída com débito do imposto, sendo, portanto, tributadas com base na alíquota interna baiana; e 2) o caráter confiscatório da multa lavrada no percentual de 60%, do crédito indevido.

Em relação ao argumento defensivo de que o percentual da multa aplicado é confiscatório, o mesmo já foi afastado no início do presente voto.

Quanto ao argumento de inexistência de prejuízo ao erário público, entendo que não é capaz de elidir a autuação, pois conforme foi demonstrado pela auditoria realizada nos livros e documentos da empresa restou comprovado que todas as mercadorias relacionadas no DEMONSTRATIVO AUDITORIA DE CRÉDITO INDEVIDO ST 42601557 2011, estão enquadradas no regime de Substituição Tributária e não tiveram saídas no período com tributação do ICMS.

Restou ainda comprovado, com bem destacou o autuante, que a autuada não adota um padrão uniforme da situação tributária das mercadorias, ora tributando na saída, ora não tributando, o que cria um embaraço para o Fisco. Pode-se constatar que as mercadorias relacionadas pela autuada afirmando que as saídas ocorreram com tributação e que estas mercadorias no período da aquisição constante do DEMONSTRATIVO AUDITORIA DE CRÉDITO INDEVIDO ST 42601557 2011, não foram tributadas no mesmo período, através da Planilha Produtos Crédito Indevido Saídas ECF sem Tributação anexo 04 que foi extraída do Registro Sintegra 60R.

Portanto, a infração está revestida de legalidade uma vez que o contribuinte utilizou o crédito fiscal de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária que é vedado de forma clara pelo RICMS/BA através do seu artigo 97, inciso IV, alínea b", ficando mantida integralmente.

Infração 07- 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saída efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor histórico autuado R\$461.263,14. Conforme Demonstrativo (fls. 113 a 114) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF. INFRAÇÃO 8- 04.05.08 - Falta de

recolhimento do imposto, 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011. Valor histórico autuado R\$27.194,56. Conforme Demonstrativo (fls. 118 e 119) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF. INFRAÇÃO 9- 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada 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 de 2011. Valor histórico autuado R\$15.059,27. Conforme Demonstrativo (fls. 118 e 119) e CD-R (fl. 193) anexos ao PAF.

Em sua defesa o sujeito passivo afirma que o levantamento fiscal executado não retrata a realidade da movimentação mercantil dentro do exercício social fiscal, contendo vícios tanto no seu aspecto legal material, bem como formal. Em relação aos vícios de natureza material, frisa que após análise dos anexos (Notas Fiscais, Demonstrativos de Omissões) apresentados pela fiscalização, observa que a fiscalização incluiu no seu demonstrativo Notas Fiscais de **devolução de mercadorias** com evidente distorção do quantitativo, bem como desconsiderou outros elementos (**perdas e/ou quebras e “códigos diversos”**).

Entendo que as alegações defensivas não são capazes de elidir as infrações em tela, pois o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias foi efetuado em conformidade com Legislação Estadual, principalmente o RICMS/BA e a Portaria 445/98.

Relativamente às **Notas Fiscais de devolução de mercadorias** o procedimento do autuante foi acertado, pois para efetuar o Levantamento Quantitativo de Estoques, devem ser computadas todas as entradas e saídas que representem a movimentação física das mercadorias, para o resultado do levantamento refletir as operações do contribuinte no exercício, em conformidade com a Portaria 445/98 considerar as Entradas e Saídas de mercadorias, tomando-se como referência os Inventários Inicial e Final.

Em relação aos **produtos não adquiridos na forma final**, sendo produzidos no estabelecimento da autuada a partir das entradas das matérias primas, classificadas em códigos diversos, citando o produto Cachorro Quente, também não justifica as diferenças apuradas, uma vez que o autuante não incluiu no Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias, os produtos comestíveis decorrentes de transformações no estabelecimento da autuada, (derivados de carnes, queijos, pizzas, etc.). Entretanto, embora tenha ficado o produto Cachorro Quente, devo frisar que para estes produtos foi apurada omissão de entrada que por ter apresentado um valor inferior ao valor da omissão de saídas no Levantamento Quantitativo, não foi reclamada no presente auto de Infração como determina a Portaria 445/98, sendo assim as alegações da autuada não devem ser acolhidas. Logo, nenhum valor foi lançado de ICMS relativo ao citado produto no Auto de Infração em lide.

No tocante às **perdas e/ou quebras**, observo que a própria defesa reconheceu a existências de diferença em seus estoques, sem ter regularizado, mediante emissão de notas fiscais, tais acontecimentos. O RICMS estabelece de forma clara e específica que o contribuinte deveria emitir as Notas Fiscais para estornar o crédito de ICMS e por conseguinte ajustar os seus estoques (CFOP 5927 – Lançamento a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração). E, deixando de cumprir o que determina a legislação tributária, a autuada recolheu o ICMS a menor no decorrer do exercício fiscalizado. Tendo em vista o exposto acima a autuada deixou de cumprir a legislação tributária (RICMS/BA), conforme segue:

“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - ...

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;”

“Das Hipóteses em que Devem Ser Emitidos os Documentos Fiscais

Art. 201. Os documentos fiscais especificados no art. 192 serão emitidos pelos contribuintes do ICMS (Conv. SINIEF, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/85, 01/86 e 01/89):

I - ...

X - para efeito de estornos de créditos ou de débitos fiscais;”

Como foi salientado pelo autuante, não foram incluídos neste levantamento de estoques os gêneros alimentícios comercializados pela autuada, para evitar distorções em função de embalagens, unidades, etc.

No tocante ao índice de perdas apresentado pela autuada, devo registrar que, para a atividade do autuado, não existe provisão legal para tal.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo que em relação à maior parte dos produtos a diferença de estoque apurada é inferior a 10 unidades em todo o ano e que muitas das diferenças apontadas é de apenas uma unidade de determinado produto, não tem nenhuma repercussão no presente auto de infração, pois não existe qualquer dispositivo legal que estabeleça quantidades mínimas na apuração do resultado no Levantamento Quantitativo por espécie de mercadoria.

Quanto as decisões proferidas por outros órgãos julgadores, entende que não se aplicam ao presente Auto de Infração, pois tratam de situações diversas ao presente processo.

Portanto, não cabe nenhum reparo no levantamento fiscal em razão dos argumentos acima em analisados.

Relativamente ao argumento defensivo relativo aos “Produtos Genéricos” que não foram considerados no Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias, cabe destacar que se o contribuinte utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou que a Legislação determina, conforme artigo 824-F do RICMS/BA, *in verbis*:

“Art. 824-F. O contribuinte deverá adotar código único para cada item de mercadoria ou serviço.

§ 1º É vedada a utilização em um mesmo exercício fiscal, de um mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço.”

Devido a grande quantidade de documentos fiscais (Notas Fiscais e Cupons Fiscais) movimentados pela empresa no exercício, a identificação por item de mercadoria deve estar contida nos Registros dos Arquivos Sintegra o que não foi cumprido pela autuada apesar de intimada em mais de uma oportunidade conforme cópias de documentos que anexa a Informação Fiscal, ou seja, Intimação para Apresentação de Informações em meio Magnético, Demonstrativo da Irregularidades nos Arquivos Magnéticos e Recibo de Arquivos Magnéticos (fls.386 a 388 do PAF), não atendendo até a presente data, infringindo assim a legislação tributária (RICMS/BA), conforme abaixo:

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Portanto, não cabe acolhimento o argumento da defesa em relação aos denominados produtos genéricos, posto que é obrigação do contribuinte escriturar os livros fiscais e por consequência os arquivos Sintegra de maneira que reflitam a realidade das operações da empresa, sob pena de ensejar desconroles não somente no âmbito interno, mas também relativos aos entes tributantes e suas competências de arrecadação e fiscalização. Como foi ressaltado na informação fiscal, na

hipótese de no momento da comercialização o operador não ter conhecimento do código do produto, a medida adequada é uma posterior retificação, para que a imperfeição não contamine o fechamento do balanço físico e contábil.

Devo ressaltar que os Estados elaboraram as normas e a estrutura do convenio 57/95, com Layout definido e obrigatório o seu cumprimento pelos contribuintes, para através da escrituração fiscal e emissão de documentos fiscais através de meios eletrônicos, desenvolverem sistemas automatizados de fiscalização, objetivando permitir ao Fisco efetuar Auditorias em grandes empresas, com uma gama de informações gigantesca, com milhares de documentos fiscais emitidos e milhares de produtos envolvidos nas operações das empresas. Por outro lado, cabe destacar que a autuada teve também vários autos de infração (PAF 1477710001117 Acórdão 3290511, PAF 1477710002113 Acórdão 420312, PAF 1477710003101 Acórdão 1030511, 670113 do PAF 147771.0001/12-5, 710113 do PAF 147771.0002-12/1, e 0222-05/13 do PAF 1477710001/13-3, 0151-11/13 do PAF 147771.0002/11-3 (1ª Câmara) e PAF 1477710002/13-0, fato que comprova que teve diversas oportunidades para regularizar seus procedimentos, entretanto não adotou medidas pertinentes.

Observo que no Levantamento Quantitativo de Estoque por Espécie por Mercadorias, foram relacionados todos os documentos que compõem o total de entradas e de saídas correspondentes a cada item constante do levantamento e entregues à autuada através dos demonstrativos constantes do Auto de Infração e do CD-R que foi anexado ao auto com cópia entregue também a autuada conforme recibo anexado ao PAF (fls. 198 a 201). Assim, se a autuada afirma que foram cadastradas algumas mercadorias como Produto Genérico, ela deveria ter apresentado as provas das suas alegações relacionando os documentos fiscais de cada item que não foram considerados no Levantamento Fiscal.

Também não cabe nenhuma correção no percentual da multa aplicada, uma vez que Lei 7.104 de 04 de Dezembro de 1996 teve o seu artigo 42 alterado pela Lei 11.899 de 30/03/10, efeitos a partir de 31/03/2010, estabelecendo a multa para a infração 07 deste Auto de Infração 07 em 100%, conforme segue:

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

(...)

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Logo, a infração 07 fica mantida.

A defesa alegou, ainda, que sob o ponto de vista formal, em relação às infrações 08 e 09, que o procedimento adotado pela fiscalização é pertinente ao regime de **exercício aberto**, e não ao de **exercício fechado** que está sendo aqui discutido, de modo que não encontra qualquer respaldo legal na Portaria nº 445/98, sendo, portanto, nulo.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Verifica-se que na infração 07 foi reclamado o imposto relativo à omissão de saída de mercadorias por ser o valor superior ao valor apurado de omissão de entrada dos produtos sujeitos ao regime normal de apuração do ICMS, conforme determina o §1º do artigo 60 do

RICMS/Ba e do artigo 13 da Portaria 445/98. Por sua vez, o ICMS exigido nas infrações 08 e 09, refere-se a omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, em que a omissão de entrada ensejou a cobrança do ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário (art. 10, I da Portaria 445/98) e devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, I, b da Portaria 445/98).

Em relação aos trechos do voto proferido, no julgamento do Auto de Infração 274068.0014/13-0, citado pela defesa, cabe registrar que este voto foi vencido, sendo proferido o Voto Vencedor pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, mantendo a decisão da 3ª Junta de Julgamento através do Acórdão 0041-03/14, pela Procedência do Auto de Infração, conforme Ementa abaixo:

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-03/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL.

*REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração não elidida. 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 SOBRE A MARGEM DO VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Itens mantidos sem qualquer alteração. Infrações caracterizadas. Negado pedido de diligência. Não acatada preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.*

Cabe registrar alguns exemplos de Acórdãos de Julgamentos deste Conselho, sobre a matéria em discussão, de Autos de Infração lavrados contra a Impugnante que foram julgados Procedentes, conforme segue:

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0329-05/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE SCRITURAÇÃO 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 ALÍQUOTA 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, consequentemente, 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.

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-05/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA PROCEDENTE DE OUTRO ESTADO. a) SAÍDAS POR ECF. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante; b) TRIBUTADAS POR TRASFERÊNCIA. SAÍDAS POR NOTAS FISCAIS. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA: a) TRASFERÊNCIA COM BASE DE CÁLCULO MAIOR DO QUE A LEGALMENTE PREVISTA. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante; b) MERCADORIA COM ETAPA DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 3. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO. SAÍDA COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Os produtos alvo da presente exigência são contemplados com a redução da base de cálculo, em alguns casos com 100% como é o caso do arroz e feijão, previsto Art. 78-A do RICMS/BA. Quanto aos demais produtos, a exemplo de vinagre e margarina, têm previsão de redução da base de cálculo no art. 87 do RICMS/BA. Infração caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES: a) SAÍDAS MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS: b) ENTRADA DE MERCADORIAS ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM O DEVIDO REGISTRO FISCAL E CONTÁBIL. b1) RESONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Não foram apontados efetivamente quaisquer erros de ordem material ou legal nas infrações 7 e 8 que justificassem modificação no levantamento e conforme análise dos demonstrativos foram cumpridas todas as obrigações exigidas pela Portaria nº 445/98, no que tange às considerações e ao cálculo do levantamento quantitativo de estoque; b2) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS QUE PASSARAM A SER INCLUIDAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (infrações 10, 11, 12, 13, 14 e 15). Infrações caracterizadas, reconhecidas pelo impugnante. 6. MULTA POR PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL FORA DO PRAZO. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-05/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS POR ECF. b) SAÍDAS EM TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. Infrações 1 e 2 reconhecidas. 2. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 3 reconhecida. b) ESTORNO DE CRÉDITO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Supremo Tribunal Federal, em julgamentos recentes, tem sistematicamente decidido que a redução da base de cálculo e a isenção parcial se equiparam. Assim, a menos que exista norma infra-constitucional autorizando o crédito, a fiscalização poderá glosar o valor proporcional ao que foi exonerado pela redução de base de cálculo. Infração não elidida. Infração 4 não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS NQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. Não foram apontados efetivamente quaisquer erros de ordem material ou legal nas infrações 5 e 6, e conforme análise dos demonstrativos foram cumpridas todas as obrigações exigidas pela Portaria nº 445/98, no que toca às considerações e ao cálculo do levantamento quantitativo de estoque. Infrações 5 e 6 procedentes. c) OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS. FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infração 7 reconhecida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Infração 8 reconhecida. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Não apontou a impugnação qualquer erro de ordem material, mas tão somente arguiu o princípio constitucional da razoabilidade, por considerar a multa abusiva e inconstitucional. De acordo com o art. 167, inciso I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores tal declaração e essa mesma razão, não cabe a este Conselho, discutir a respeito da inconstitucionalidade da legislação do Estado da Bahia. Infração 9 não elidida. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AJUSTE DE ESTOQUE. PRODUTO INCLUÍDO NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações 10 a 14 reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão Sendo assim não podem ser acatadas as alegações da autuada, as Infrações 08 e 09 estão respaldadas na Legislação Estadual, portanto mantem integralmente os valores reclamados, ou seja R\$27.194,56 e R\$15.059,27, respectivamente.**

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Assim, ficam mantidas às infrações 08 e 09.

INFRAÇÃO 10- 07.01.02 - 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 e/ou do exterior. Valor histórico autuado R\$15.417,77. Conforme Demonstrativo (fls. 120 e 125) e CD-R (fl. 193) cópia de Notas Fiscais (amostra fls. 59 a 76) anexos ao PAF.

Em sua defesa o autuado alegou que: 1) a improcedência da infração devido à inexistência de prejuízo ao erário público; e 2) o caráter confiscatório da multa lavrada no percentual de 60%, do crédito indevido.

O argumento de que a multa é confiscatória já foi afastado no início do voto.

O argumento defensivo de inexistência de prejuízo ao erário público não é capaz de elidir a imputação, pois o contribuinte não comprovou em sua defesa que efetuou o recolhimento do ICMS referente as mercadorias no DEMONSTRATIVO AUDITORIA SUBST TRIBUT ANEXOS 88 E 89 SAIDAS SEM TRIBUTAÇÃO 42601557 2011 que ingressaram no estabelecimento e foram registradas como mercadorias submetidas ao regime normal de apuração, utilizando-se do crédito fiscal, inclusive especificando o CFOP 2152 que não se refere a mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Logo, a infração 10 fica mantida.

INFRAÇÃO 11- 07.01.03 – Aplica multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadoria sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor histórico autuado R\$ 84.861,57.

Para embasar a autuação o autuante elaborou o Demonstrativo às folhas 126 e 138, CD-R à folha 193, tendo acostado, por amostra, cópia de Notas Fiscais às folhas 139 a 157.

Em sua defesa o autuado alegou que: 1) a não aplicação da regra de antecipação tributária a determinados produtos, nos termos do RICMS-BA de 1997; 2) a improcedência da infração devido à inexistência de prejuízo ao erário público; e 3) o caráter confiscatório da multa lavrada no percentual de 60%, do crédito indevido. Cita abaixo exemplos de produtos não sujeitos a antecipação tributária, nos termos do Anexo 88, do RICMS/BA - 1997:

DESCRIÇÃO PRODUTO	NCM	APLICAÇÃO DA REGRA
CONFEITO CHOCOVINHO ARCOR 50G	18069000	Os chocolates estiveram na ST até outubro de 2008 e depois foram incluídos no RICMS/12 (item 11 do Anexo 1)
SALG PIPPO S QUEIJO S BRAZ 75G	19041000	Os salgados estão sujeitos ao CIMS-ST somente no RICMS/12 (item 38 do Anexo 1)
CASTANHA CAJU CASHEWS ROYALE 100G	20081900	Os salgados estão sujeitos ao CIMS-ST somente no RICMS/12 (item 38 do Anexo 1)
TRAVESSEIRO 50X70CM BRISA	94049000	Item 44 do Anexo 88 - o produto ingressou na ST apenas em 01/03/2011

Entendo que o argumento defensivo de não aplicação da Antecipação Tributária não pode ser acolhido, pois estão relacionados no art. 353 inciso II, conforme segue:

Confeito Chocovinho Arcor, NCM 18069000:

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

Salg Pippo S Queijo S Braz, NCM 19041000 e Castanha de Caju Cashews Royale, NCM 20081900:

29 - salgados industrializados (Lei nº 7667/00):

29.1 - salgados produzidos à base de cereais - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00;

29.2 - salgados preparados à base de batata - NCM 2005.20.00;

29.3 - salgados à base de amendoim ou castanha de caju - NCM 2008.11.00 e 2008.19.00.

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;

Travesseiro 50 x 70CM Brisa NCM 94049000:

41 - suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00; colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2; travesseiros e pillow, NCM-SH, 9404.90.00, (Prot. ICMS 190/09)

Igualmente não acolho o argumento de inexistência de falta de prejuízo ao erário público, uma vez que restou comprovado a falta de recolhimento do imposto nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, estando o procedimento fiscal embasado na legislação conforme estabelece a lei 7014/96, *in verbis*:

Art. 42.

Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II

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

...

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

Reitero, que o argumento defensivo de que a multa é confiscatória já foi afastado no início do voto.

Logo, entendo que a infração deve ser mantida na autuação.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, no valor de **R\$1.715.954,40**, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	VALOR APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	167.878,85
2	PROCEDENTE	2.520,85
3	PROCEDENTE	24.447,63
4	PROCEDENTE	2.314,31
5	PROCEDENTE	9.973,52
6	PROCEDENTE	223.615,31
7	PROCEDENTE	461.263,14
8	PROCEDENTE	27.194,56
9	PROCEDENTE	15.059,27
10	PROCEDENTE	15.417,77
11	PROCEDENTE	84.861,57
12	PROCEDENTE	681.407,62
TOTAL		1.715.954,40

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147771.0003/14-4**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$949.685,21**, acrescido das multas de 60%, sobre

R\$461.227,51 e de 100% sobre de R\$488.457,70, previstas no art. 42, II, “a”, “d”, III, VII, “a”, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no total de **R\$766.269,19**, previstas nos incisos II, “d”, § 1º, do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADOR