

A. I. N° - 147771.0002/16-4  
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO  
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO- 26.05.2017

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0066-02/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS. Infração reconhecida como procedente. **b)** TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA PARA OUTRO ESTADO. Restou demonstrado nos autos que as mercadorias relacionadas nesse item do lançamento gozavam de redução de base de cálculo, de forma que a acusação imputada ao autuado não subsiste. Infração não caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS. Comprovado o recolhimento a menos de ICMS em virtude de utilização equivocada da base de cálculo, quando da saída das mercadorias tributadas acobertadas por notas fiscais. Infração caracterizada. **b)** TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA PARA OUTRO ESTADO. PREÇO INFERIOR AO DA ÚLTIMA ENTRADA. Comprovado erro na determinação da base de cálculo do imposto nas transferências de mercadorias para outras unidades da Federação, em virtude da utilização de preço interior ao da última entrada da mercadoria. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA BENEFICIADA COM IENÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida como procedente. **b)** MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração reconhecida como procedente. **c)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. OPERAÇÃO DE SAÍDA SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. O contribuinte deverá estornar o crédito fiscal relativo a aquisições de mercadorias, objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo. Infração caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADAS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração caracterizada. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS

AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações comprovadas.

**5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração reconhecida. **6. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Infração reconhecida. Afastada alegação de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão Unâime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 27/06/16 para exigir ICMS no valor total de R\$1.060.936,92, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.02.02. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$68.477,78. Multa: 60%. Consta que se trata de “*ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por Notas Fiscais. Conforme Demonstrativo (fls. 16 a 26), cópia de Notas Fiscais (Amostra fls. 27 a 34) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF*”.

Infração 02 - 03.02.02. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de maio e junho de 2012. ICMS: R\$ 20.480,94. Multa: 60%. Trata-se de “*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. 35 e 36), amostra de Notas Fiscais (fls. 37 a 43) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF*.”

Infração 03 - 03.02.05. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$ 5.103,41. Multa: 60%. Consta que se trata de “*Erro na determinação da Base de Cálculo nas Saídas de Mercadorias tributadas nas saídas por Notas Fiscais. Conforme Demonstrativo (fls. 44 a 47), amostra de cópia de Notas Fiscais (fls. 48 a 53) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF*.”

Infração 04 - 03.02.05. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$ 30.048,80. Multa: 60%. Consta que se trata de “*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 preços inferiores aos preços da última entrada. Conforme Demonstrativo (fls. 54 a 66), amostra de Notas Fiscais (fls. 67 a 77) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF*.”

Infração 05 - 01.02.03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$ 33.247,81. Multa: 60%. Demonstrativos (fls. 78 a 81), cópias de notas fiscais (amostra fls. 82 a 87) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

Infração 06 - 01.02.05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$ 67.607,14. Multa: 60%. Demonstrativos (fls. 88 a 95), cópias de notas fiscais (amostra fls. 96 a 105) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

Infração 07 - 01.05.03. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$ 2.832,79. Multa: 60%. Demonstrativos (fls. 106 a 109), cópias de notas fiscais (amostra fls. 110 a 115) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

Infração 08 - 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo à 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 ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2012. ICMS: R\$ 104.739,09. Multa: 100%. Demonstrativo (fls. 120 e 121) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

Infração 09 - 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal, consequentemente, 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 (2012). ICMS: R\$ 112.455,53. Multa: 100%. Demonstrativo (fls. 126 a 127) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

Infração 10 - 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2012). ICMS: R\$ 27.687,78. Multa: 60%. Demonstrativo (fls. 128 e 129) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

Infração 11 - 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. ICMS: R\$ 533.476,42. Multa: 60%. Demonstrativo (fls. 130 a 142) amostra de cópia de notas fiscais (fls. 143 a 152) e CD-R (fl. 177) 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.” Fato ocorrido nos meses de março a dezembro de 2012. Foi indicada multa de 60% no valor de R\$ 54.779,43. Demonstrativo (fls. 153 a 163), amostra de notas fiscais (fls. 164 a 173) e CD-R (fl. 177) anexos ao PAF.

O autuado apresenta defesa (fls. 186 a 212) e, inicialmente, reconhece como procedentes as Infrações 01, 05, 06, 11 e 12.

Quanto à Infração 02, afirma que apesar de ter recolhido o ICMS no percentual de 7% nas operações em comento, a autuação não procede por dois motivos.

Primeiro, porque não há incidência de ICMS nas transferências de produtos para estabelecimentos da própria empresa, nos termos da Súmula 166 do STJ, a qual prevê que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.*” Cita jurisprudência do STF, STJ e TJ-BA sobre a matéria.

Segundo, porque as operações são referentes a produtos alimentícios abarcados pela redução de base de cálculo prevista no art. 268, XIV, do RICMS-BA/12, cujo teor transcreveu. Assevera que, dessa forma, a autuação não se sustenta e, em consequência, deve ser cancelada.

No que tange à Infração 03, afirma que não houve erro na determinação da base de cálculo, mas apenas a aplicação do benefício previsto no art. 1º do Dec. 7799/00, que foi prorrogado pelo Dec. 8.665/03. Ressalta que a Fiscalização não considerou a redução de base de cálculo prevista para os itens descritos, devendo ser expurgados da presente autuação, uma vez que foi aplicada a redução de base de cálculo prevista no Dec. 7799/00.

Relativamente à Infração 04, frisa que na hipótese de ser convalidado o entendimento fazendário, no sentido de que a base de cálculo das operações autuadas é definida pelo “custo de aquisição da mercadoria”, devem ser considerados não apenas os custos decorrentes da respectiva nota fiscal de entrada, mas também outros custos inerentes à incorporação e manutenção da mercadoria no estoque do autuado.

Afirma que, *de acordo com os termos do item 11, do Pronunciamento Técnico CPC (COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS) 16 (R1), “custo de aquisição” não se limita às exclusões /inclusões acima, a medida que deve compreender os seguintes critérios:*

*O custo de aquisição dos estoques compreende o preço de compra, os Impostos de importação e outros tributos, bem como os custos de transporte, seguro, manuseio e outros diretamente atribuíveis à aquisição de produtos acabados, materiais e serviços. Descontos comerciais, abatimentos e outros itens semelhantes são deduzidos na determinação do custo de aquisição.*

Diz que a análise dos preceitos normativos acima indicados não deixa dúvida que a infração em comento deve ser cancelada.

No que tange à Infração 07, inicialmente destaca que cerca de 80% dos itens autuados são referentes à mercadoria “FORM INF APTAMIL/ FORM INF NAM”. Em seguida, diz que essa mercadoria se trata de leite em pó, cujo tratamento diferenciado é estabelecido pelo art. 87, XXI, do RICMS-BA/97, que prevê redução de base de cálculo nas operações internas com “leite em pó” em 58,825%, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%. Aduz que essa redução de base de cálculo foi mantida no art. 268 do RICMS-BA/12. Transcreve esses dispositivos regulamentar.

Ressalta que, ao aplicar a alíquota de 7% sobre a base de cálculo, a carga tributária incidente nas operações está de acordo com o art. 87, inc. XXI, do RICMS-BA/97, bem como com o art. 268, inc. XXV, do RICMS-BA/12. Assevera que na autuação não foi respeitada essa redução de base de cálculo prevista para “leite em pó”, devendo ser expurgadas as operações com esse produto, uma vez que nelas foi aplicada a tributação de 7%.

No que tange às Infrações 08, 09 e 10 - omissão apurada em levantamento quantitativo de estoque - faz alusão à Portaria 445/98 e, em seguida, afirma que o levantamento quantitativo não retrata a realidade dos fatos e contém vícios materiais e formais.

Quanto ao aspecto formal, diz que o procedimento adotado pela Fiscalização nas Infrações 08 e 09 é pertinente ao regime de exercício aberto, e não ao de exercício fechado que está sendo discutido, de modo que não encontra respaldo na Portaria 445/98 e, portanto, a autuação é nula.

Relativamente ao víncio material, argumenta que o autuante desconsiderou operações de entradas e de saídas registradas em “códigos genéricos”. Discorre sobre a realização de levantamento quantitativo de estoques e, em seguida, explica que utiliza em seus controles de estoques alguns códigos de produtos com descrição “Produtos Genéricos”, os quais são empregados quando não se tem conhecimento do real código dos produtos. Diz que o levantamento não retrata a verdade, pois não levou em consideração a saída de mercadorias sob o código “produtos genéricos”.

Pontua que a utilização de “códigos genéricos” não acarreta repercussão no recolhimento do ICMS. Explica que, caso na entrada da mercadoria seja utilizado o “código genérico” e na saída seja empregado o “código ordinário”, ou vice-versa, será apontada a diferença de estoques ou até mesmo a falta de registro de entradas ou de saídas, o que diz não se verificar de fato, pois se trata exclusivamente da forma de lançamento de informações no sistema.

Afirma que, ao desprezar a movimentação de estoque registrada sob tais códigos, os cálculos e demonstrativos apresentados pelo autuante restaram viciados, já que a Fiscalização presume entradas e saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação/registro, as quais podem ter sido operadas sob os aludidos “códigos genéricos” e com o destaque do imposto.

Sustenta que é imprescindível a consideração da movimentação de estoque registrada nos aludidos “códigos genéricos”, para a correta quantificação de eventual diferença de estoque.

Passa a tratar da multa de 100% que foi indicada pelo autuante para a Infração 09. Diz que essa penalidade está equivocada, pois a prevista na legislação é a de 70%, conforme previsto no art. 13, I, da Portaria 445/98, cujo teor transcreveu. Assim, afirma que caso seja mantida a exigência fiscal, a multa a ser aplicada é de 70% sobre o valor do imposto.

Ressalta que as Infrações 08 e 10 foram apuradas mediante levantamento quantitativo, em exercício fechado, contudo depreende-se da análise dessas infrações e da Infração 09, que todas versam sobre omissões de entradas e de saídas em exercício fechado, de modo que o procedimento a ser adotado era o previsto no art. 13, I, da Portaria 445/98, cujo teor reproduziu.

Diz que o autuante na ação fiscal, em vez de ter se limitado à Infração 09, equivocadamente exigiu ICMS relativamente às Infrações 08 e 10, deixando, assim, de considerar o quanto previsto no art. 15 da Portaria 445/98, que reproduziu. Ressalta que, nos termos desse dispositivo, o procedimento adotado pelo autuante só poderia ter sido realizado caso se tratasse de exercício aberto, o que não é o caso da situação em análise. Transcreve trecho de votos proferidos neste Conselho de Fazenda em lançamentos atinentes a levantamento quantitativo de estoque.

Sustenta que as Infrações 08 e 10 devem ser julgadas nulas, tendo em vista que foram lavradas sem embasamento na Portaria 445/98, contrariando o quanto previsto nos seus artigos 13, I, e 15, haja vista que não poderia o autuante ter adotado um procedimento de fiscalização pertinente ao regime aberto, quando o caso em comento tratava de regime fechado.

Tece considerações acerca da apuração da base de cálculo do ICMS nos casos de levantamento quantitativo, enumerando as regras para a apuração do preço médio. Em seguida, requer a realização de diligência fiscal a ser efetuada 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.”*

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente, pela realização de diligência.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 271 a 288, o autuante faz uma síntese da autuação e da defesa e, em seguida, passa a se pronunciar sobre os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

Ressalta que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente. Diz que a descrição dos fatos imputados ao autuado é clara e precisa, que a tipificação das irregularidades está correta e que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do débito tributário em tela. Aduz que todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado foram obtidos dos arquivos referentes à Escrituração Fiscal Digital (EFD) e às Notas Fiscais Eletrônicas (NFe), cujos arquivos foram anexados ao processo no CD-R de fl. 177 dos autos.

Quanto à Infração 02, acata o argumento defensivo atinente à redução de base de cálculo prevista no art. 268, inc. XIV, do RICMS-BA/12. Sugere o cancelamento desse item do lançamento.

No que tange à Infração 03, afirma que a redução de base de cálculo prevista no Dec. 7799/00, prorrogada pelo Dec. 8665/03, beneficia apenas os estabelecimentos atacadistas, sendo que o autuado não se enquadra nas condições estabelecidas para celebração de termo de acordo previsto no citado decreto. Diz que, portanto, as saídas efetuadas pelo autuado não poderiam ter a base de cálculo reduzida, conforme consta no demonstrativo de fls. 44 a 47.

Relativamente à Infração 04, explica que a autuação se refere a transferências para outras unidades da Federação efetuadas em valores inferiores aos correspondentes às entradas mais recentes das mercadorias no estabelecimento do autuado. Frisa que, portanto, a infração está respaldada no art. 17, §8º, da Lei nº 7.014/96. Ressalta que, caso adicionasse outros custos ao valor da última entrada, como solicita o autuado, a exigência fiscal seria maior.

Explica que a Infração 07 trata falta de estorno de crédito de ICMS, uma vez que os produtos foram tributados com redução de base de cálculo e não havia previsão de manutenção do crédito. Cita os dispositivos legais que respaldam a autuação e, ao final, mantém os termos da ação fiscal.

Quanto às Infrações 08, 09 e 10, afirma que o levantamento fiscal foi efetuado de acordo com a Portaria 445/98 e com o RICMS-BA/12, considerando os estoques inicial e final do exercício fiscalizado (2012) e as quantidades das saídas e das entradas ocorridas durante o exercício, ou seja, o levantamento quantitativo de estoque foi efetuado em exercício fechado.

Informa que, se o defensor utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou que a legislação não permite tal procedimento, conforme o art. 824-F, do RICMS-BA/97, e art. 205, do RICMS-BA/12, cujo teor transcreveu.

Diz que não prosperam as alegações defensivas atinentes aos denominados “produtos genéricos”, visto que é obrigação do contribuinte manter a EFD de maneira que reflita a realidade das operações realizadas pela empresa. Pontua que, caso no momento da venda o operador não conheça o código do produto, a medida adequada é a posterior retificação, para que a imperfeição não contamine o fechamento do balanço fiscal e contábil. Afirma que os produtos incluídos no levantamento eram específicos e possuíam preços diferentes.

Friza que as alegações atinentes às Infrações 08, 09 e 10, segundo as quais o Auto de Infração teria se baseado em mera presunção, não faz o menor sentido porque tal fato não ocorreu.

Em relação à Infração 08, destaca que foi cobrado o imposto quanto à omissão de saída de mercadorias porque essa omissão era superior à omissão de entrada, seguindo o que determinam o §1º do art. 60 do RICMS/BA e o art. 13 da Port. 445/98, os quais estabelecem que deve ser exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária.

Ressalta que na Infração 09 foi cobrada a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário. Já Infração 10 foi exigido ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente sem a escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Diz que, portanto, as Infrações 08, 09 e 10 representam fatos geradores distintos, sendo que a cobrança do ICMS em nenhuma delas foi baseada em presunção. Aduz que, contra o autuado, foram lavrador vários Autos de Infração conforme exemplos que enumera.

Realça que, no levantamento quantitativo, foram relacionados todos os documentos que compõem o total de entradas e de saídas correspondentes a cada mercadoria. Aduz que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos que integram o Auto de Infração conforme recibo às fls. 174 a 176. Assevera que, se o autuado afirma que foram cadastradas algumas mercadorias como “Produto Genérico”, ele deveria ter apresentado as provas das suas alegações relacionando os documentos fiscais de cada item que não foram considerados no levantamento fiscal.

Afirma que o levantamento quantitativo está revestido das formalidades previstas e, portanto, mantém as exigências fiscais atinentes às Infrações 08, 09 e 10.

Ressalta que a multa de 100%, indicada na Infração 09, está correta e devidamente respaldada na legislação. Aduz que a Lei 7.014/96 teve o seu art. 42 alterado pela Lei 11.899/10, estabelecendo a multa de 100% para a irregularidade apurada na Infração 09.

Referindo-se às Infrações 08 e 10, explica que na Infração 08 foi exigido imposto referente à omissão de saída de mercadorias tributáveis, por ser o valor da omissão de saída superior ao da omissão de entrada, conforme o §1º do art. 60, do RICMS-BA/97, e o art. 13, da Portaria 445/98.

Informa que as Infrações 09 e 10 tratam de omissão de entrada de mercadoria enquadrada 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 Port. 445/98) e do ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, I, “b”, da Port. 445/98).

Ressalta que o voto citado na defesa, referente ao Auto de Infração 274068.0014/13-0, foi vencido, sendo que o voto vencedor foi pelo não provimento do Recurso Voluntário. Transcreve a ementa dos Acórdãos JJF Nº 0041-03/14, 0329-05/15, 0047-05/14, 0222-05/13 e 0118-02/16.

Afirma que não há razão para o acolhimento do pedido de realização de diligência, uma vez que os autos estão devidamente instruídos.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, passando o valor devido de R\$ 1.060.936,92 para R\$ 1.040.455,98, em decorrência da improcedência da Infração 02.

Às folhas 291 a 312, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatórios do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes ao pagamento da parte do Auto de Infração que foi reconhecida como procedente pelo autuado.

## VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do lançamento quanto às Infrações 08 e 09, sob o argumento de que o procedimento adotado pelo autuante é pertinente a levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, ao passo que essas infrações tratam de exercício fechado. Diz que foi afrontado o disposto na Portaria 445/98.

Quanto ao exercício fiscalizado, o levantamento quantitativo de estoque pode ser de dois tipos: em exercício aberto e em exercício fechado. No primeiro caso, como o exercício auditado ainda não se encerrou, os estoques finais ainda não foram contados e, portanto, a fiscalização efetua a contagem física das mercadorias existentes no momento da ação fiscal. No segundo caso, quando o exercício fiscalizado já está encerrado, o estoque final a ser considerado é aquele constante no inventário realizado pelo próprio contribuinte no final daquele exercício. No caso em análise, o levantamento quantitativo é do tipo “em exercício fechado”, pois o exercício fiscalizado de 2012 já estava encerrado e, em consequência, os estoques finais, assim como os iniciais, foram corretamente obtidos dos inventários realizados e informados pelo autuado.

Uma vez apurada omissão de saídas de mercadorias, o autuante lançou de ofício o imposto que deixou de ser recolhido relativamente a essas operações omitidas (Infração 08). Sobre a omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, foi exigido o ICMS devido por responsabilidade solidária (Infração 09), bem como o imposto devido em função do valor agregado (Infração 10).

Dessa forma, as Infrações 08 e 09 não padecem da nulidade arguida na defesa, pois a metodologia empregada pelo autuante não foi referente a levantamento quantitativo em exercício aberto e não houve a alegada afronta à Portaria 445/98. Afasto, portanto, essa preliminar de nulidade.

A realização de diligência visa fornecer ao julgador elementos necessários à formação de seu convencimento acerca das matérias tratadas na lide. No caso em análise, os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Assim, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência.

Adentrando ao mérito da lide, inicialmente saliento que o autuado reconheceu, como procedentes, as Infrações 01, 05, 06, 11 e 12. Dessa forma, em relação a esses itens do lançamento não há lide e, portanto, essas referidas infrações são procedentes.

Quanto à Infração 02, o defendant afirma que a autuação não procede, pois os produtos em tela estão abarcados pela redução da base de cálculo prevista no art. 268, XIV, do RICMS-BA/12. Na informação fiscal, o autuante acatou o argumento defensivo e pugnou pela improcedência desse item do lançamento.

Acompanho o posicionamento do autuante, preposto fiscal que executou a ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração ora em análise. Tendo em vista que as mercadorias listadas na infração em tela eram tributadas com redução de base de cálculo, o que não tinha sido considerado pelo autuante, a Infração 02 não subsiste.

Na Infração 03, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto.

O defendant alega que, em relação a produtos que listou, a fiscalização não considerou a redução de base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. 7799/00.

Esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a infração em comento, uma vez que a redução de base de cálculo tratada no art. 1º do Dec. 7799/00 é dirigida a empresas atacadistas, o que não é o caso do autuado. Dessa forma, a Infração 03 resta caracterizada.

Cuida a Infração 04 de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas em transferências interestaduais de mercadorias, utilizando preços inferiores aos preços da última entrada. Visando elidir essa acusação, o defendant alega que, além do custo de aquisição das mercadorias, deveriam ser considerados outros custos inerentes à incorporação e manutenção da mercadoria no seu estoque.

A tese defendida na defesa não se mostra capaz de elidir, nem mesmo parcialmente, a infração em tela, pois, caso se adicionasse qualquer parcela ao valor que foi considerado pelo autuante como o da entrada mais recente, obviamente o montante devido seria ainda maior.

Na sessão de julgamento, durante a sustentação oral, o patrono do autuado afirmou que as parcelas que foram citadas na defesa deveria, em verdade, serem adicionadas ao valor das operações de saídas.

Esse argumento defensivo também não se mostra capaz de elidir a infração em comento, pois o valor a ser considerado na transferência é aquele que foi consignado nos documentos fiscais. Se os valores lançados nos documentos fiscais estivavam equivocados, deveria o defendant ter emitido nota fiscal complementar, o que não foi feito.

Em face ao acima exposto, a acusação imputada ao autuado resta caracterizada e, portanto, a Infração 04 é procedente.

Trata a Infração 07 de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

O defendant afirma que cerca de 80% dos itens relacionados nessa infração são referentes à “FORM INF APTAMIL FOM INF NAM”. Diz que essa mercadoria é leite em pó, para a qual há redução de base de cálculo prevista no art. 87, inc. XXI, do RICMS-BA/97, e art. 268, inc. XXV, do RICMS-BA/12, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%.

Conforme foi bem explicado pelo autuante na informação fiscal, os produtos que o autuado impugnou são compostos lácteos, para os quais não há redução de base de cálculo. A redução de base de cálculo citada na defesa beneficia as operações com leite em pó, porém, não alcança os compostos lácteos. Apenas a partir de 01/08/13, com a Alteração nº 15 do RICMS-BA/12, a redução de base de cálculo prevista no inc. XXV do art. 268 passou a atingir os compostos lácteos. Desse modo, a Infração 07 é subsistente.

Ao tratar das Infrações 08, 09 e 10, o defendant alega que o autuante desconsiderou operações de saídas e de entradas registradas em “códigos genéricos”.

Essa alegação defensiva não se sustenta, pois as mercadorias incluídas nos levantamentos quantitativos de estoques de que tratam as Infrações 08, 09 e 10 foram separadas segundo as diversas espécies. Cada uma dessas diversas espécies de mercadorias possuíam códigos específicos e foi com base nesses códigos que os levantamentos em tela foram realizados. Há que se observar que a utilização de “códigos genéricos” é vedada pela legislação tributária estadual, pois o disposto nos artigos 824-F, do RICMS-BA/97, e 205, do RICMS-BA/12, determina a utilização de código único para cada item de mercadoria ou serviço. Ademais, não se pode olvidar que o defendant não comprovou a suposta utilização de “códigos genéricos”. Dessa forma, afasta essa alegação defensiva.

Referindo-se às Infrações 08, 09 e 10, o defendant sustenta que o autuante deveria ter se limitado à Infração 09, pois, ao também exigir imposto relativamente às Infrações 08 e 10, o auditor deixou de considerar o previsto no art. 15 da Portaria 445/98.

Esse argumento não procede, uma vez que o levantamento quantitativo que apurou a Infração 08 é diverso do levantamento que respalda as Infrações 09 e 10, senão vejamos.

a) A Infração 08 é referente a um levantamento quantitativo de estoques de mercadorias tributáveis, no exercício fechado de 2012, no qual foram apuradas omissões de entradas e de saídas de mercadorias, sendo cobrado imposto sobre a omissão de maior expressão monetária - a das omissões de saídas. A exigência fiscal está em conformidade com o art. 13, I, da Port. 445/98.

b) As Infrações 09 e 10 cuidam de um levantamento quantitativo de estoques de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, também no exercício fechado de 2012, sendo que esse levantamento não se confunde com o citado na alínea anterior. Em razão do tratamento tributário das mercadorias, deve ser exigido o imposto devido por responsabilidade solidária (Infração 09), bem como o apurado em função do valor acrescido (Infração 10). Essas duas infrações estão de acordo com o previsto no art. 10, I, “a” e “b”, da Port. 445/98.

Como foi dito na informação fiscal, o voto citado na defesa, referente ao Auto de Infração 274068.0014/13-0, foi vencido, sendo o voto vencedor pelo não provimento do Recurso Voluntário, mantendo-se a decisão de primeira instância que decidiu pela procedência da autuação.

Considerando que o autuado não trouxe argumento ou prova capaz de modificar as quantidades ou valores apurados pelo autuante, as Infrações 08, 09 e 10 subsistem integralmente.

O defendant afirma que a multa de 100% indicada para a Infração 09 está equivocada, pois, para a irregularidade apurada, a penalidade prevista na legislação é de 70%. Pede que, caso se mantenha a infração, a multa seja reduzida para 70%.

Essa tese defensiva não procede, pois, com o advento da Lei nº 11.899, de 30/03/10, a partir de 31/03/10 a penalidade prevista no inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 passou de 70% para 100%, portanto, não há retificação a fazer na multa de 100% que foi imposta ao autuado.

Não há como se acolher o pedido para que a multa indicada na infração em tela seja reduzida para 70%, pois, como se trata de penalidade decorrente de descumprimento de obrigação principal o atendimento desse pleito ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico total de R\$ 1.040.455,98, para julgar a Infração 02 improcedente e as demais procedentes.

## 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 **147771.0002/16-4**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 985.676,55**, acrescido das multas de 60% sobre

R\$768.481,93 e de 100% sobre R\$217.194,62, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d”, e VII, alíneas “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$54.779,43**, prevista no inciso II, “d” do mesmo diploma legal citado, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR