

A. I. Nº - 146551.0002/16-7
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)
AUTUANTES - WALDEMAR SANTOS FILHO e VINÍCIUS MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/09/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0170-03/17

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração 01 parcialmente subsistente. **b)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 02 parcialmente subsistente. **c)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração 03 parcialmente subsistente. **d)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Infração 04 subsistente. **e)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações 05 e 06 subsistentes. **f)** ENTRADAS INTERESTADUAIS. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO. Infração 15 subsistente. **g)** MERCADORIAS DESTINAS À CONTRIBUINTES DIVERSOS DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração 16 subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. O autuado emitiu notas fiscais sem provar o pagamento do respectivo imposto. Infrações 07, 08 e 09 parcialmente subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O RECOLHIDO E AO INFORMADO. Infração 10 parcialmente subsistente. **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS ESCRITURADAS. Infração 11 parcialmente subsistente. **c)** ERRO NA APLICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS ESCRITURADAS. Infração 12 subsistente. 4) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MERCADORIAS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações 13 e 14 subsistentes. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Infração 17 subsistente. 6) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. Infração 18 subsistente. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Infração 19 subsistente. Rejeitado pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/09/2016, para exigir crédito tributário no valor de R\$8.091.441,30, através das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.03. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme Anexos nºs 1 e 2, nos meses de outubro a dezembro de 2012, janeiro a março, maio, julho a setembro e dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$156.862,47, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Anexos nºs 3 e 4, nos meses de novembro e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$374.564,96, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 01.05.03. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme Anexo nº 5, nos meses de outubro e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$71.359,56, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 01.02.20. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, conforme Anexo nº 6, nos meses de abril e outubro de 2013. Exigido o Valor de R\$6.910,92, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme Anexos nºs 7 e 8, nos meses de outubro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$90.885,88, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme Anexo nº 9, nos meses de abril e agosto de 2013. Exigido o Valor de R\$23.720,12, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 02.01.02. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, conforme Anexos nºs 10 e 11, nos meses de dezembro de 2012, janeiro a março, junho, novembro e dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$111.200,52, acrescido da multa de 100%;

Infração 08 - 02.01.02. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, conforme Anexos nºs 12 e 13, nos meses de novembro e dezembro de 2012 e janeiro de 2013. Exigido o Valor de R\$15.879,79, acrescido da multa de 100%;

Infração 09 - 02.01.02. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares de ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, conforme Anexos nº 14 e 15, nos meses de outubro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$57.309,49, acrescido da multa de 100%;

Infração 10 - 03.01.04. Recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, conforme Anexos nºs 16 e 17, nos meses de outubro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$106.231,65, acrescido da multa de 60%;

Infração 11 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente às saídas de mercadorias por meio de notas fiscais eletrônicas, conforme Anexos nºs 18 e 19, nos meses de novembro e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$470.016,37, acrescido da multa de 60%;

Infração 12 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme Anexos nºs 20 e 21, nos meses de novembro e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$1.111.980,77, acrescido da multa de 60%;

Infração 13 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexos nºs 22 e 23, no mês de janeiro de 2013. Exigido o Valor de R\$556,17, acrescido da multa de 60%;

Infração 14 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexos nºs 24 e 25, nos meses de junho a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$8.113,52, acrescido da multa de 60%;

Infração 15 - 01.02.96. Utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, conforme Anexos nºs 26, 26A, 26B, 26C e 26D, nos meses de dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$1.566.475,71, acrescido da multa de 60%;

Infração 16 - 01.02.13. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais, conforme Anexo nº 27, nos meses de novembro e dezembro de 2012, março e maio de 2013. Exigido o Valor de R\$21.485,19, acrescido da multa de 60%.

Infração 17 - 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, conforme Anexo nº 28, nos meses de outubro e dezembro de 2012, janeiro, abril a dezembro de 2013. Exigido o Valor de R\$1.637.707,19;

Infração 18 - 07.01.02. Recolhimento a menos 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, conforme Anexo nº 29, nos meses de novembro e dezembro de 2012, maio e junho de 2013. Exigido o Valor de R\$66.703,16, acrescido da multa de 60%;

Infração 19 - 04.05.01. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme Anexos nºs 30 a 38, no exercício de 2013. Exigido o valor de R\$2.193.477,86, acrescido da multa de 100%.

O Autuado apresenta peça defensiva às fls. 176 a 193, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação e sintetiza o teor das infrações imputadas.

Pede a improcedência da autuação articulando os seguintes argumentos.

Quanto à Infração 01, informa que identificou notas fiscais cujo crédito foi estornado por meio de ajuste de estorno de crédito na apuração mensal, conforme planilhas constantes do CD que anexa à fl. 209.

No tocante à Infração 02, pontua que equívoco da Fiscalização por não ter observado que alguns produtos, como por exemplo, confeito não faz parte da Substituição Tributária, conforme planilha e base legal, constantes do CD em anexo, fl. 209.

Ao cuidar da Infração 03, assevera que localizou notas fiscais nos relatórios de estornos, conforme planilhas constantes do CD em anexo, fl. 209.

Em relação às Infrações 04, 05, 06 e 16, afirma que cometeu equívoco na escrituração das notas fiscais e que, em razão disso, requer a realização de diligência fiscal a fim de comprovar equívoco na escrituração das notas fiscais.

Ressalta, no tocante às Infrações 07 e 08, que localizou Notas Fiscais de saída informadas no SPED pela data de saída, conforme planilhas constantes CD em anexo, fl. 209, bem como constatou diversas notas fiscais canceladas na Receita Federal do Brasil e SEFAZ/BA, conforme planilha e Status Portal NFe do CD em anexo (Doc. 03).

Ao tratar da Infração 09, esclarece que verificou Notas Fiscais de saída com destaque de Substituição Tributária com as seguintes situações: devolução, cancelada, uso e consumo, conforme planilha, Registro Saída NFe e SAP constantes do CD em anexo, fl. 209.

Destaca que a substituição tributária é devida ao Estado de destino da mercadoria, no caso de operações internas de devolução, de acordo com as Cláusulas Terceira e Quarta do Convênio ICMS 81/93 e alterações, diz que no caso de desfazimento do negócio, não cabe o recolhimento antecipado do ICMS retido por substituição tributária, bastando somente a emissão da nota fiscal (devolução) para que o fornecedor possa se ressarcir do imposto que foi retido originalmente.

Quanto à Infração 10, registra que verificou no levantamento fiscal Notas Fiscais canceladas, conforme planilha e Status Portal NFe constantes do CD que anexa à, fl. 209.

No que diz respeito à Infração 11, aduz que verificou itens registrados no livro Registro de Entrada com alíquota 4% de importação (mercadorias importadas), conforme planilhas constantes do CD que diz anexar. Observa também que não foi considerado o crédito decorrente da aquisição produto leite, conforme comparativo entre ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota correta de 17% e o Diferencial de Alíquotas, conforme planilhas constantes do CD que anexa à fl. 209.

Infração 12 - alega que não foi considerado o crédito decorrente da aquisição produto leite, conforme comparativo entre ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota correta de 17% e o Diferencial de Alíquotas, conforme planilhas constantes do CD em anexo (DOC. 03). Além disso, informa, novamente, que não foi considerado também o crédito decorrente de Notas Fiscais de Transferência, conforme planilhas constantes do CD em anexo, fl. 209.

No tocante à Infração 13, que imputa a utilização de alíquota menor na entrada das mercadorias e em razão disso teve o seu crédito a menos na entrada, afirma que se trata de recuperação de crédito de itens regularmente escriturados. Em razão disso, requer a realização de diligência fiscal a fim de comprovar equívoco na escrituração das notas fiscais.

No que diz respeito à Infração 14, destaca que ocorrera equívoco da Fiscalização por não ter observado que sobre os materiais gráficos não incidem ICMS, conforme planilha e base legal constantes do CD em anexo, fl. 209.

Ao cuidar da Infração 15, destaca que, não foram considerados os créditos decorrentes do crédito presumido de ICMS não utilizado pelos seus fornecedores. Aponta como exemplo, fornecedor que não utilizou o benefício de crédito presumido, de modo que a carga tributária, nas operações de saída promovidas pelo contribuinte, resultasse em no mínimo 3%, previsto no art. 75, inciso XIV, alínea "a" do RICMS/MG, no ano de 2013.

Dessa forma, sustenta que não se aplica o Dec. nº 14.213/2012, da SEFAZ/BA que determina a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal no estado de origem. Afirma que são fornecedores que não utilizaram do benefício fiscal do ICMS e, em razão disso, não se aplica a regra do Dec. nº 14.213/2012, que dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Sustenta que tal informação pode inclusive ser confirmada pelas declarações de alguns fornecedores atestando que não fazem uso do benefício fiscal do ICMS vinculado à vedação de crédito prevista no Dec. nº 14.213/2012, conforme declarações em anexo, fls. 211 a 220.

Em razão disso, requer também a realização de diligência a fim de comprovar a não utilização do benefício fiscal pelos seus fornecedores com a verificação das notas fiscais a confirmar que não há informação do fornecedor no campo de Informações Complementares.

No tocante às Infrações 17 e 18, observa que está levantando documentos que comprovam a improcedência da infração e requer desde já a juntada desses em momento posterior à impugnação.

Em relação à Infração 19, informa que gerou um novo relatório do quantitativo de estoques em 31/12/2013 que afasta omissões de saída de mercadorias, pois o último feito pelo CD tinha sido em 08/2013, conforme planilhas constantes do CD em anexo, fl. 209.

Afirma que existem informações incorretas no inventário e em razão disso, requer a realização de diligência para retificação do arquivo EFD, a fim de corrigir informações do inventário.

Ressalta a necessidade da diligência fiscal para revisão da autuação, esclarecendo que os fundamentos de defesa e os documentos anexados à impugnação, por si só já justificam o deferimento da diligência fiscal ora requerida.

Destaca que, diante desse fato constatado, afirma que está clara a necessidade de realização de diligência fiscal. Sendo assim, requer a realização de diligência, no sentido de se determinar ampla revisão do levantamento da Fiscalização, com base nas planilhas anexadas à presente defesa, bem como na documentação a ser apresentada na fase da diligência, a fim de adequá-lo à realidade.

Pugna, em homenagem aos princípios da verdade material e da ampla defesa, pelo deferimento de diligência fiscal na ASTEC, nos termos dos art. 137, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99 com a finalidade de exclusão dos valores cobrados indevidamente.

Pelas razões expostas no item anterior, requer a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com o exame das planilhas anexadas à presente defesa bem como os documentos que serão disponibilizados na fase da diligência, para que seja determinada a elaboração de novo demonstrativo do débito, conforme previsão legal do art. 145 e 150, inciso I, do RPAF-BA/99.

Reitera o seu requerimento de realização de diligência e perícia, através de Auditor Fiscal que não tenha participado da Fiscalização que originou o Auto de Infração ora impugnado.

Requer, que lhe seja permitido provar todo o alegado pelos meios de provas em direito permitidos, principalmente e especialmente, requerendo, desde já, a produção da indispensável e imprescindível prova pericial, apresentando, às fls. 190 a 192, os quesitos para serem respondidos.

Por fim, finaliza pedindo pelo integral provimento à presente Impugnação, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 223 a 248, depois de resumirem os fatos e observarem a tempestividade da Impugnação, articulam os argumentos enunciados a seguir.

Quanto à alegação de improcedência da autuação impugnada na peça defensiva, diz que Conforme a legislação vigente, existe a possibilidade do sujeito passivo em sua contestação contrapor-se ao lançamento por meios e elementos de prova disponíveis, demonstrando o não cometimento da infração que lhe foi imputada via lançamento, fato não ocorrido no presente caso.

Reproduzem o teor dos artigos 140, 141 e 142 do RPAF-BA/99, para esclarecer a previsão legal de que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, cuja

informação esteja necessariamente em seu poder, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Sujeito Passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Registram que o Autuado em sua defesa, na totalidade dos dezenove itens defendidos, contrariando o que prevê o RPAF-BA/99, de forma vaga, dúbia e proposital visa, tão-somente, à procrastinação do Processo.

Observam que o Impugnante a todo instante informa quando se defende de algumas infrações: “A ora Impugnante identificou notas..., O equívoco da Fiscalização foi não ter observado que alguns produtos, como por exemplo..., A ora impugnante localizou Notas Fiscais..., A ora Impugnante verificou Notas Fiscais...”.

Destacam que, mesmo nos casos em que as informações da defesa indicam todos os créditos que, segundo ela, deveriam ser impugnados, não é objetiva na sua peça de defesa, buscando claramente induzir a uma conclusão de que o trabalho de Fiscalização é inconsistente, o que não tem fundamento, pois foram objetivos e claros em todos os seus demonstrativos anexados ao Processo.

Infração 01 - Assinalam que examinando as alegações do Impugnante reduziram em R\$140,98 o lançamento, apenas e, tão-somente, para os itens indicados na planilha que acostam à fl. 225, e conforme o novo demonstrativo elaborado, fl. 247, que reduz a exigência para R\$156.721,49.

Infração 02 - Frisam que examinando as alegações da Defendente reduziram em R\$1.622,70 o lançamento, apenas e, tão-somente, em relação aos itens discriminados na planilha que acosta à fl. 226, que resultou no novo demonstrativo de apuração, fl. 247, que reduz o valor desse item da autuação para R\$372.942,26.

Em relação ao equívoco da Fiscalização indicado pelo Autuado, citando, tão-somente, o produto confeito, alegando que o item 8.3, do inciso I, do art. 353, do RICMS/BA foi revogado com efeitos desde 01/01/2009, informam que os produtos relacionados pelo Requerente se referem a chocolates m&m e preparações de confeitaria, classificada com a NCMs n^{os} 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, e estão sujeitos à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes, conforme art. 290 e item 11 do anexo 1, previsto no art. 289 do RICMS-BA/2012.

Esclarecem que a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - DITRI já firmou posicionamento a respeito da matéria por meio do Parecer n° 19.956/2009.

Observam que com o objetivo de comprovar o exposto acima, verificaram que em diversas situações o Autuado deu saída das referidas mercadorias objeto do lançamento e não realizou o respectivo débito de ICMS, conforme tabela que anexam à fl. 227.

Infração 03 - Afirmam que examinando as alegações do Impugnante reduziram em R\$665,25 o lançamento, apenas e tão somente, para os itens abaixo conforme planilha acostada à fl. 227, e novo demonstrativo, fl. 247, que reduz o débito para R\$70.694,31.

Infração 04 - Revelam que o Autuado não apresenta fato algum que conteste a autuação, sendo assim, pelas razões apresentadas por esta Fiscalização no Item 03, ou seja, as situações previstas nos artigos 140, 141, 142 e 143 do RPAF-BA/99, os quais dispõem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, cuja informação esteja necessariamente em seu poder, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Sujeito Passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Concluem pela subsistência da autuação.

Infração 05 - Registram que o Autuado não apresenta fato algum que conteste a autuação, sendo assim, pelas razões apresentadas por esta Fiscalização no Item 03, ou seja, as situações previstas nos artigos 140, 141, 142 e 143 do RPAF-BA/99, os quais dispõem que a recusa de qualquer parte em

comprovar fato controverso com elemento probatório, cuja informação esteja necessariamente em seu poder, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Sujeito Passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Concluem pela manutenção da autuação.

Infração 06 - Citam que o Autuado não apresenta fato algum que conteste a autuação, sendo assim, pelas razões apresentadas por esta Fiscalização no Item 03, ou seja, as situações previstas nos artigos 140, 141, 142 e 143 do RPAF-BA/99, os quais dispõem que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, cuja informação esteja necessariamente em seu poder, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Sujeito Passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Concluem mantendo a autuação.

Infração 07 - Assinalam que foi realizado novo levantamento onde se confrontou todas as NFe de saídas escrituradas na EFD com as NFe constantes da autuação e verificaram que, apenas e, tão-somente, duas NFe foram escrituradas, cuja informação está indicada no CD em anexo - DOC. 03, fl. 209, anexado pela empresa. A existência dessas duas NFes decorreu do fato de o Autuado lançar em sua escrita fiscal os documentos com a chave incorreta, induzindo essa Fiscalização ao erro.

Sendo assim, assinalam que, analisando as alegações do Defendente, reduziram o lançamento em R\$32,81, apenas e, tão-somente, para os itens indicados na planilha acostada à fl. 229, e o novo demonstrativo acostado à fl. 247, que reduz o valor do débito para R\$111.167,71.

Infração 08 - Informa que verificou Notas Fiscais canceladas no Portal da Receita Federal do Brasil e SEFAZ/BA, conforme planilha e Status Portal NFe do CD em anexo, Doc. 03, fl. 209.

Arrematam observando que depois de analisar as alegações da Defendente acatam totalmente, as razões apresentadas, conforme demonstrativo de fl. 230, elaboraram novo demonstrativo, fl. 247, registrando a improcedência desse item da autuação.

Infração 09 – Revelam que o Impugnante informa que verificou Notas Fiscais de saída com destaque de Substituição Tributária com as seguintes situações: transferências interestaduais para estado signatário de convênio ou protocolo, devolução, cancelada, uso e consumo, conforme planilha, Registro Saída NFe e SAP constantes do CD em anexo à fl. 209.

Observam que, baseado nas Cláusulas Terceira e Quarta do Convênio ICMS 81/93 e nas suas alterações posteriores, o Impugnante alega que no caso de desfazimento do negócio ou devolução não cabe o recolhimento antecipado do ICMS retido por substituição tributária, bastando somente a emissão da nota fiscal para que o fornecedor possa se ressarcir do imposto que foi retido originalmente.

Destacam que, consoante o §2º da cláusula terceira do supracitado Convênio, os Estados e o Distrito Federal podem estabelecer forma própria para ressarcimento do imposto retido na operação anterior com mercadorias alcançadas pela substituição tributária.

Frisam que o procedimento para os casos de devolução ou desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido é disciplinado pelo art. 299, do RICMS-BA/2012, que reproduz.

Assinalam que o Defendente adotou o procedimento estabelecido no §1º do referido dispositivo, já que emite apenas uma nota de devolução com o destaque das duas parcelas do imposto (o ICMS normal e o ICMS retido por substituição).

Explicam que neste tipo de situação, que permite a utilização dos créditos fiscais de ambas as parcelas do imposto (o normal e o antecipado) no momento da devolução da mercadoria ou desfazimento do negócio, deve-se também efetuar o débito correspondente das referidas parcelas. Assinalam que, inclusive, a partir de outubro de 2014, o Impugnante passou a efetuar o estorno do

débito somente da parcela do ICMS normal.

Observam que existe previsão de procedimento análogo nas operações interestaduais para Estado signatário de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, se as mercadorias já tiverem sido objeto de retenção ou antecipação do imposto (é o caso da Nota Fiscal nº 12.925 contida no demonstrativo “Defesa Infração - 09” do CD em anexo fl. 209, conforme §1º do art. 301 do RICMS-BA/2012, cujo texto vigente à época transcreve.

Destacam que o §1º do dispositivo acima foi alterado em 30/12/2014 (vigência a partir de 1º/01/2015), objetivando não deixar qualquer tipo de dúvida com relação à obrigação de efetuar o débito correspondente às parcelas do imposto (o normal e o antecipado), que reproduz.

Esclarecem que, de fato, existem apenas duas notas fiscais canceladas no levantamento fiscal as de nºs 19.472 e 247.457, em virtude de um erro cometido pelo próprio Autuado que incluiu os referidos documentos fiscais em sua escrita fiscal com uma chave de acesso inexistente.

Observam que pelo motivo acima exposto, acatam parcialmente as alegações do Impugnante e reduziram o lançamento em R\$292,83, conforme planilha que acostam à fl. 234, e o novo demonstrativo, que elaboraram e reduz o débito para R\$57.016, fl. 247.

Infração 10 - Relatam que o Impugnante informa que verificou Notas Fiscais canceladas no demonstrativo da infração em discussão (anexos nºs 16 e 17), conforme planilha e Status Portal NFe constantes do CD em anexo fl. 209.

Esclarecem que de fato, existem apenas duas notas fiscais canceladas no levantamento fiscal as de nºs 19.472 e 247.457), em virtude de um erro cometido pela própria Autuada que incluiu os referidos documentos fiscais em sua escrita fiscal sem o destaque do imposto com uma chave de acesso inexistente.

Pelo motivo exposto, acataram parcialmente as alegações do Defendente e reduziram o lançamento em R\$178,05, conforme planilha acostada à fl. 235, e o novo demonstrativo com do débito remanescente no valor R\$106.053,60, fl. 248.

Infração 11 - Revelam que o Impugnante informa que verificou a existência de itens no livro Registro de Entrada com alíquota 4% de importação (mercadorias importadas), bem como não foi considerado o crédito decorrente da aquisição produto leite, conforme comparativo entre ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota correta de 17% e o Diferencial de Alíquotas, conforme planilhas constantes do CD em anexo fl. 209.

Com relação ao produto leite (na verdade compostos lácteos - NAN e NESTOGEN), frisam que analisaram o demonstrativo contido no CD em anexo fl. 209, e constataram que o Autuado não contesta o lançamento em discussão, mas apenas entende ter direito a um crédito e R\$16.763,13, decorrente da diferença entre a alíquota de 17% adotada pelos Autuantes nas mercadorias objeto do lançamento da infração acima citada (recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas) e a carga tributária correspondente ao ICMS destacado nas entradas dos referidos produtos (7% ou 10%).

Dizem que para ilustrar melhor o pleito acima, apresenta quadro com a relação de alguns itens que supostamente a Requerente teria o direito de recuperar o crédito do ICMS, fl. 235.

Asseveram que, apesar de requerer o crédito acima em valores superiores aos destacados nas notas fiscais em desacordo com o §3º do art. 305, combinado com o art. 309 do RICMS-BA/2012, a Defendente não apresenta qualquer fundamentação legal em toda sua contestação a respeito da matéria. Revelam desconhecerem algum tipo de dispositivo dentro do nosso ordenamento jurídico que possa lastrear tal pretensão do Autuado.

Destacam que verificaram a aplicação de uma alíquota diferente de 4% para as transferências

interestaduais de mercadorias importadas nos demonstrativos que lastreiam a presente infração, contrariando o disposto na alínea “b”, inciso III, do art. 15 da Lei nº 7.014/96.

Arrematam assinalando acatarem parcialmente as alegações da Defendente e reduziram o lançamento em R\$17.991,11, consoante planilha acostada à fl. 235, e o novo demonstrativo de débito discriminando a diminuição do débito para R\$452.025, 26, fl. 248.

Infração 12 - Destacam que essa infração em discussão se refere ao recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Lembram que o Impugnante alega que não foi considerado o crédito decorrente da aquisição produto leite, conforme comparativo entre o ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota correta de 17% e o Diferencial de Alíquotas, conforme planilhas constantes do CD em anexo fl. 209.

Além disso, a Requerente também afirma que não foi considerado o crédito proveniente das Notas Fiscais de Transferência, conforme planilhas constantes do CD em anexo (DOC. 03).

Com relação ao produto leite (na verdade compostos lácteos), dizem que analisaram o demonstrativo no CD em anexo à fl. 209, e constataram que o Autuado não contesta o lançamento em discussão, mas apenas entende ter direito a um crédito de R\$429.934,06, decorrente da diferença entre a carga tributária de 17% adotada pelos Autuantes nas mercadorias objeto do lançamento da infração acima citada (recolhimento a menos do ICMS em razão da redução indevida da base de cálculo e o consequente erro em sua determinação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas) e a carga tributária correspondente ao ICMS destacado nas entradas dos referidos produtos (7% ou 10%).

Objetivando ilustrar melhor o pleito acima, destacam que elaboraram o quadro acostado à fl. 237, com a relação de alguns itens que supostamente o Impugnante teria o direito de recuperar o crédito do ICMS.

Apesar de requerer o crédito acima em valores superiores aos destacados nas notas fiscais em desacordo com o §3º do art. 305, combinado com o art. 309, do RICMS-BA/2012, o Defendente não apresenta qualquer fundamentação legal em toda sua contestação a respeito da matéria. Assinalam que desconhecem algum tipo de dispositivo dentro do nosso ordenamento jurídico que possa lastrear tal pretensão do Autuado.

Destacam que o Impugnante também requer o abatimento no valor de R\$407.868,72, por entender que o lançamento em discussão referente ao recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas transferências internas de mercadorias regularmente escrituradas, geraria um crédito de imposto correspondente ao mesmo montante nas filiais destinatárias das referidas operações.

Sustentam que somente após o Autuado efetuar o pagamento da importância acima citada, as filiais destinatárias das transferências internas de mercadorias regularmente escrituradas teriam o direito à escrituração do crédito fiscal, nos termos do inciso II, art. 315, do RICMS-BA/2012.

Infração 13 - Relatam que o Defendente alega que utilizou a alíquota menor na entrada das mercadorias e em razão disso se apropriou de um crédito a menos, requerendo a realização de diligência fiscal a fim de comprovar equívoco na escrituração das notas fiscais.

Assinalam que o Autuado não apresenta qualquer demonstrativo ou outra evidência objetiva com a indicação em quais notas fiscais ocorreu algum tipo de equívoco na escrituração do livro de registro de entrada, que pudesse proporcionar eventuais erros no cálculo da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Por isso, sustentam não fazer qualquer sentido o requerimento para realização de diligência.

Infração 14 - Destacam que o Impugnante requer a exclusão dos valores supostamente indevidos de R\$5.008,80, pelo fato de ter havido a inclusão no lançamento de produto material gráfico que não sofre incidência do ICMS, consoante previsão do art. 6º, inciso I c/c inciso XIV, alínea “d”, itens 1 e 2, do RICMS/BA, conforme demonstrativo contido no CD em anexo, fl. 209.

Observam que algumas mercadorias classificadas como material gráfico pelo Impugnante constantes do CD, fl. 209, são oriundas de transferências efetuadas pela matriz localizada no estado de Sergipe (Notas Fiscais nºs 1676060 e 1896548). Afirmam que essa situação não contempla a previsão disposta no art. 6º, inciso XIV, “d”, itens 1 e 2 do RICMS-BA/12, arguido pelo Autuado, cujo texto reproduz

Esclarecem que o Convênio ICM 11/82, estabelece em sua cláusula primeira a não exigência do imposto nas saídas de impressos personalizados promovidas por estabelecimento gráfico a usuário final. Para os fins desta cláusula, explicam que o parágrafo único esclarece o entendimento de usuário final, como sendo a pessoa física ou jurídica que adquira o produto personalizado, sob encomenda, diretamente de estabelecimento gráfico, para seu uso exclusivo. Além disso, frisam que o referido Convênio prevê em sua cláusula segunda a não aplicabilidade da desoneração do imposto, quando a saída desses impressos personalizados, tenham como destino a comercialização, a industrialização ou a distribuição a título gratuito.

Observam que os materiais gráficos relacionados pelo Autuado no CD, fl. 209, a exemplo de banner, display, móbil e stooper, não foram confeccionados sob encomenda para a CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA com a sua logomarca diretamente de um prestador de serviço gráfico. Assinalam que estes materiais promocionais são de fornecedores da Defendente, que lhes foram distribuídos gratuitamente, portanto, não sendo aplicada a desoneração do imposto. Neste sentido, assinalam que a Diretoria de Tributação da SEFAZ - DITRI já firmou posicionamento acerca da matéria, por meio dos Pareceres nºs 0045/2009, 1.616/2011 e especialmente o Parecer nº 17.271/2009.

Infração 15 - Observam que o Impugnante alega que os fornecedores não utilizaram o benefício fiscal do ICMS, pois o crédito apropriado em sua escrita fiscal foi exatamente igual ao percentual citado.

Registram que o presente lançamento está em conformidade com o Dec. nº 14.213/2012, que estabelece as limitações de crédito por parte das empresas adquirentes neste Estado, nos percentuais estabelecidos em seu Anexo Único, referente a mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/75.

Asseveram que vários julgamentos em segunda instância no âmbito do CONSEF são pacíficos no sentido da legalidade da presente cobrança, a exemplo dos acórdãos CJF nºs 0514-13/13, 0524-13/13, 0529-13/13 e 0177-11/15.

Destacam que foram utilizados como documentos comprobatórios simples e-mails, DOC. 04, fls. 211 a 221 de apenas dois fornecedores (Madson Eletrometalurgia Ltda. e Embaré Indústrias Alimentícias Ltda.), sem qualquer validade legal, com o intuito de provar que estes contribuintes efetivamente recolheram aos cofres dos estados de origem a carga tributária lançada a crédito no livro de registro de entradas da Autuada.

Observam que a documentação hábil para comprovar tal fato deveria ser os livros fiscais de cada fornecedor com o levantamento do ICMS a recolher em cada mês e o respectivo documento de arrecadação, pois é possível que a escrituração no livro de apuração do ICMS seja feita sem a inclusão do referido benefício e o valor do imposto a recolher seja calculado em separado, a exemplo do que ocorre no Estado do Espírito Santo, conforme o §1.º do inciso I, do art. 530-L-R-B, do seu Regulamento do ICMS.

Infração 16 - Assinalam que essa infração consiste na utilização indevida de crédito fiscal de

ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal.

Relatam que o Impugnante informa que cometeu equívocos na emissão das Notas Fiscais e em razão disso requer a realização de diligência a fim de comprovar equívoco na escrituração das notas fiscais.

Declaram que o Autuado se apropriou do crédito de ICMS referente a notas fiscais de entradas de mercadorias que não eram a ele destinadas, inclusive reconhecendo seu erro. Desta forma, esclarecem não fazer qualquer sentido a solicitação para realização de diligência.

Infrações 17 e 18 - Frisam que o Defendente não faz qualquer tipo de alegação defensiva com relação ao lançamento objeto desses dois itens da autuação e apenas informa que está levantando documentos com o objetivo de comprovar a improcedência da infração e requer desde já a juntada desses em momento posterior à impugnação.

Afirmam que a apresentação de prova documental, fora do prazo regulamentar de sessenta dias, só é possível em razão das situações elencadas no §5º do art. 123 do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Entretanto, asseveram que o Autuado não demonstra qualquer uma das situações previstas no dispositivo acima e muito menos consegue comprová-las nos Autos, afastando, assim, a possibilidade de inclusão de novos documentos que permitam instruir novos argumentos com relação à infração, objeto da autuação.

Infração 19 - Assinalam que o Impugnante informa que gerou um novo relatório do Levantamento Quantitativo de Estoques em 31/12/2013 que afasta omissões de saída de mercadorias, pois o último feito pelo CD tinha sido em 08/2013, conforme planilhas constantes do CD em anexo fl. 209, sob a alegação de que existem informações incorretas no inventário e, em razão disso, requer a realização de diligência para retificação do arquivo EFD, a fim de corrigir informações do seu estoque de mercadorias.

Identificado a ocorrência de erro de fato no preenchimento de seu inventário como afirma ter acontecido, observam que o Autuado deveria efetuar a retificação da sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou ser feita a solicitação para adoção de tal procedimento por meio de encaminhamento ao sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, quando fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09, em consonância com o §1º do art. 251 do RICMS-BA/2012.

Frisam que, além disso, o Impugnante pleiteia a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que possui débito tributário na fase de discussão na esfera administrativa ou judicial, o que não é permitido conforme o §2º do acima citado dispositivo legal, cujo texto transcreve.

Ressaltam que a infração referente ao levantamento quantitativo de estoque constante no Auto de Infração está devidamente respaldada na Legislação Estadual, especialmente quanto à Portaria nº 445/98. Destacam ainda que o supracitado roteiro referente ao exercício de 2013 foi efetuado com base nos livros de Registro de Inventário de 2012 e 2013 e a quantidade de mercadorias neles indicados deve representar o saldo físico (real) existente ao final de cada ano, servindo de parâmetro para o confronto das entradas e saídas de mercadorias no exercício de 2013.

Explicam que a metodologia adotada no roteiro referente ao Levantamento Quantitativo de Estoque se baseia na aplicação da seguinte equação matemática: Estoque final = Estoque inicial + Entradas – Saídas. Ponderam que, como a matemática é uma ciência exata, o não atendimento desta equação implica necessariamente em omissão de entradas ou saídas de mercadorias.

Informam que todos os elementos que compõem a equação matemática acima estão contidos nos Anexos nºs 30 a 38 do Auto de Infração, cujas cópias foram entregues em mídia eletrônica, mediante recibo, fls. 164 e 165, ao representante legal do estabelecimento.

Afirmam que, analisando o demonstrativo “Defesa Infração 19” contido no CD em anexo fl. 209, constataram que o Autuado refez o levantamento quantitativo de estoque referente ao lançamento em discussão, considerando a retificação do inventário para o exercício de 2013 sem a devida previsão legal e, mesmo assim, reconhece a falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$1.087.502,36, decorrente da omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Com relação ao pedido de diligência, sustentam que os pequenos equívocos já foram sanados e os quesitos devidamente respondidos nesta informação fiscal, não existindo qualquer evidência de outros erros nos demonstrativos que integram o Auto de Infração.

Afirmam entenderem que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção deste Conselho, bem como as infrações contestadas pelo Autuado são decorrentes de roteiros realizados com muita frequência nos trabalhos de auditoria, caracterizando matéria de complexidade simples, impedindo, assim, que a defesa possa requerer a realização de diligência, nos termos do §3º, art. 123 e da alínea “a”, inciso I, art.147 do RPAF-BA/99.

Finalizam assinalando que nos termos das considerações apresentadas nesta informação fiscal e de acordo com as normas vigentes no RICMS/BA, defendem a Procedência Parcial do presente Auto de Infração. Junta quadro que demonstra o saldo remanescente das Infrações reformadas (01, 02, 03, 07, 08, 09, 10 e 11), fls. 247 a 248.

Recomendam nos termos dos parágrafos 7º e 8º, do art. 127, do RPAF-BA/99, o encaminhamento dos autos para julgamento do CONSEF, pois não aforam aduzidos fatos novos, apenas tabelas que reproduzem partes da escrituração fiscal digital da Autuada (conforme CD em anexo à fl. 163), de seu amplo conhecimento, cuja finalidade é unicamente subsidiar esta informação fiscal, bem como demonstrativos ou levantamentos elaborados em função de argumentos e provas apresentadas na presente defesa, utilizados para evidenciar o saldo remanescente de cada infração acatada.

Em manifestação às fls. 251 a 281, o Autuado, destaca de início, tratar-se especificamente em relação às Infrações 10, 11 e 12 e ratifica os fundamentos que constam da peça inaugural para as demais infrações.

Observa que as referidas Infrações são relativas à exigência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da autuada situados dentro do Estado da Bahia, para as quais não ocorrera o fato gerador do ICMS ante a inexistência de mercancia e consequente circulação de mercadoria.

Constata-se com facilidade que as operações decorreram da remessa de mercadorias entre filiais situadas neste Estado. Frisa a ausência de qualquer intuito comercial na operação de simples remessa dos bens do estabelecimento da autuada para outros estabelecimentos seus localizados na Bahia.

Sobre o tema e para ilustrar seu entendimento trás a colação a posição doutrinária da lavra dos juristas pátrios, Paulo de Barros Carvalho, Geraldo Ataliba, Roque Antônio Carrazza, Marco Aurélio Greco e Anna Paula Zonari.

Com o intuito de ratificar seu entendimento, sem olvidar o fato de que os estabelecimentos de que ora se cuida pertencem todos a sua titularidade, destaca o entendimento unívoco da jurisprudência pátria sobre o assunto.

Revela que, por intermédio de reiteradas manifestações o Superior Tribunal de Justiça - STJ, se posicionou afastando, expressamente, a fundamentação, na qual se alicerçou a autuação ora combatida.

Registra que em razão da multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166 e, assim, consagrou o entendimento, há muito pacificado, no sentido de que a mera saída de um bem do contribuinte para outro estabelecimento de sua titularidade não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS, cujo teor

reproduz.

Destaca que, apesar de proferido antes da edição da Lei Complementar nº 87/96, tal enunciado permanece aplicável à hipótese vertente, na medida em que os julgados em que se baseou, fundavam-se justamente na impossibilidade da tributação do ICMS em remessas de bens entre estabelecimentos de um mesmo titular.

Assinala que tal entendimento continua sendo reiteradamente aplicado pelo STJ, inclusive em função do acórdão em sede de Recurso Repetitivo pelo Tema 259 - REsp nº 1.125.133/SP - Relator Ministro Luiz Fux - reproduz.

Aduz que havendo a transferência física das mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular sem o intuito comercial, não há que se falar no conceito de custo da mercadoria para formar a base de cálculo de transferência e por essa razão não deveria ser exigido o ICMS, de acordo com a Súmula 166, do STJ.

Corroborando a tese da não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular pela aplicação da Súmula 166 do STJ, coloca em destaque o voto proferido pelo Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, proferido no julgamento do Auto de Infração nº 279757.0085/15-0, pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme Acórdão CJF nº 0265-11/16, em caso idêntico ao presente com uma empresa do mesmo grupo empresarial, cujo teor transcreve.

Menciona tratar-se de importante voto de Conselheiro no âmbito do CONSEF, cujos fundamentos merecem ser debatidos pelos Conselheiros da Câmara de Julgamento, considerando o relevante fundamento de ordem pública da proteção ao direito de todos os cidadãos, a fim de evitar que o Estado venha a sofrer sucumbência numa demanda judicial.

Assinala que o voto vencedor no referido julgamento no âmbito do CONSEF não tratou da Súmula 166 do STJ, uma omissão que acabou por prejudicar o debate entre os Conselheiros da Junta de Julgamento. Diz ser importante que os Conselheiros da Câmara de Julgamento se pronunciem quanto à aplicação da Súmula 166 do STJ ao presente PAF.

Lembra que outro fundamento jurídico de extrema relevância que também comprova a necessidade de cancelamento das Infrações 10, 11 e 12 diz respeito à previsão legal de transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos do mesmo contribuinte situados neste Estado.

Registra que, além da ausência de qualquer intuito comercial na operação de simples remessa dos bens do estabelecimento autuado para outros estabelecimentos da mesma empresa localizados neste Estado, ainda sob a ótica legal, destaca a autorização legal de transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte situados neste Estado, conforme art. 306, do RICMS-BA/12.

Desta forma, têm-se mais um argumento para não se falar em tributação pelo ICMS nas transferências entre estabelecimentos da autuada situados neste Estado.

Afirma restar claramente afastada toda e qualquer alegação de falta de recolhimento do ICMS nas transferências entre seus estabelecimentos situados neste Estado, conforme robustos argumentos apresentados na impugnação administrativa e ora ratificados na presente manifestação, bem como as razões de defesa especificamente quanto às Infrações 10, 11 e 12 constantes da presente peça de manifestação da autuada, que corrobora ainda mais com todo o alegado, desfazendo totalmente o equívoco cometido pelo autuante.

Conclui reiterando o seu requerimento pelo provimento à Impugnação Administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

Inicialmente, consigno que depois de compulsar os elementos que compõem os presentes autos constato que se encontram presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência para a formalização do PAF, precipuamente no RPAF-BA/99. Afiguram-se, em cada item da autuação, claramente explicitados, a base de cálculo, o crédito fiscal exigido, e as multas aplicadas evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos, inclusive, com a realização de ajustes e correções pelo Autuante em sede de informação fiscal que trouxe aos autos esclarecimentos, cujo resultado foi dado ciência ao impugnante, são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Ademais, a pretensão do Autuado se destina a verificar fatos vinculados a escrituração fiscal ou a documentos que estão sob sua custódia e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos por ocasião da impugnação, uma vez que a diligência se presta à suprir defesa, que ônus e responsabilidade do sujeito passivo. Assim, indefiro o pedido de realização de perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99.

No mérito, o presente Auto de Infração cuida do cometimento pelo sujeito passivo de 19 infrações à legislação do ICMS, consoante descrição individualizada e pormenorizada no preâmbulo do relatório.

Infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto - demonstrativo de apuração às fls. 21 a 24.

O Impugnante alegou que identificou notas fiscais arroladas no levantamento fiscal cujo crédito foi estornado na apuração mensal conforme planilha que acostou aos autos em mídia CD.

O Autuante informou que depois examinar a planilha apresentada pela defesa constatou duas notas fiscais que comprovam a alegação da defesa, fl. 225, e excluiu do levantamento fiscal resultando na redução do valor da exigência para R\$156.721,49, conforme novo demonstrativo que acostou à fl. 247.

Intimado a tomar ciência do ajuste realizado o Defendente não se manifestou acerca do ajuste efetuado com base nas comprovações carreadas aos autos.

Depois de examinar as alterações realizadas na informação fiscal verifico que correspondem a comprovação trazidas aos autos pela defesa e acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante.

Assim, concluo pela subsistência parcial desse item da autuação.

Infração 02 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária - demonstrativo de apuração às fls. 25 a 29.

Em suas razões de defesa o sujeito passivo alegou que por equívoco foi incluído no levantamento fiscal alguns produtos a exemplo de confeito que não faz parte da substituição tributária conforme planilha que acostou aos autos, fl. 209.

Ao prestar informação fiscal o Autuante esclareceu que depois de examinar o demonstrativo apresentado constatou que alguns itens que efetivamente estavam sujeitos a substituição tributária, consoante planilha acosta à fl. 226, totalizando o valor de R\$1.622,70 e procedeu à correspondente exclusão que resultou no valor remanescente de R\$372.942,26, de acordo com o novo demonstrativo acostado à fl. 247.

Logo, considerando que o Autuado não contestou os valores apurado em sua manifestação ao tomar ciência da informação fiscal, fls. 251 a 258, acolho o demonstrativo ajustado pelo Autuante.

Nestes termos, a Infração 02 resta parcialmente caracterizada no valor de R\$372.942,26.

Infração 03 - falta de 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 - demonstrativo de apuração às fls. 30 a 35.

Em sede de defesa o Autuado declarou que localizou notas fiscais de estornos e elencou em planilha no CD acostado à fl. 209.

O Autuante informou que analisando as alegações defensivas deduziu o valor de R\$665,25, com base na comprovação acostada aos autos reduzindo o valor do débito para R\$70.694,31, consoante novo demonstrativo que acosta à fl. 247.

Depois de examinar a intervenção levada a efeito pelo Autuante ao prestar informação fiscal verifico que foi respaldada na comprovação carreada aos autos pelo Impugnante, acolho o novo demonstrativo de débito e concluo pela procedência parcial do item 03 da autuação.

Infração 04 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade - demonstrativo de apuração às fl. 36.

Infração 05 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais - demonstrativo de apuração às fls. 37 a 44.

Infração 06 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais - demonstrativo de apuração às fl. 45.

Infração 16 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais - demonstrativo de apuração à fl. 97.

Em relação às Infrações 04, 05, 06 e 16 a defesa reconhece que cometera equívoco em sua escrituração e solicita a realização de diligência a fim de comprovar equívocos na escrituração das notas fiscais sem carrear aos autos qualquer indicação dos supostos equívocos.

Considerando o pedido de diligência já examinado e negado no início do relatório, ante a inexistência de qualquer macula na acusação fiscal ficam mantidas esses quatro itens da autuação.

Infração 07 - falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios - demonstrativo de apuração às fls. 46 a 50.

O sujeito passivo informou que localizou notas fiscais escrituradas no SPED pela data de saída e apresentou planilha no CD acostado à fl. 209.

Os Autuantes esclareceram que realizou novo levantamento confrontando todas as notas fiscais de saídas escrituradas no SPED com as arroladas no levantamento fiscal e constatou que duas notas fiscais efetivamente foram escrituradas e procedeu à exclusão que resultou na dedução de R\$32,81 do levantamento original. Elaborou um novo demonstrativo de débito e acostou à fl. 247, discriminando do valor do débito no montante de R\$111.167,71.

O Autuado tomou ciência da correção e não se manifestou acerca das notas fiscais acolhidas pelos autuantes.

Acolho o novo demonstrativo de apuração elaborado pelos Autuantes e concluo pela caracterização parcial desse item da autuação.

Infração 08 - falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios - demonstrativo de apuração às fls. 51 a 53.

Em sua impugnação o Autuado apresentou planilha indicando Notas Fiscais canceladas na Receita Federal do Brasil e SEFAZ/BA, e Status Portal NFe no CD constante do Doc. 03.

Constatou ao examinar os elementos que integram o contraditório atinente a essa infração que o autuante depois de analisar as comprovações trazidas aos autos pela defesa e confirmar o cancelamento no Portal da Notas Fiscais Eletrônicas reconheceu a improcedência desse item da autuação.

Assim, tendo em vista que não remanesce lide alguma em torno da Infração 08, concluo pela sua insubsistência.

Infração 09 - falta de recolhimento, nos prazos regulamentares de ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios - demonstrativo de apuração às fls. 54 a 58.

Em sede de defesa, o sujeito passivo asseverou que constatou no levantamento fiscal notas fiscais com destaque de Substituição Tributária com as seguintes situações: transferências interestaduais para Estado signatário de convênio ou protocolo, devolução, nota fiscal cancelada e destinada a uso e consumo, conforme planilha que incluiu no CD, fl. 209.

Ao prestarem informação fiscal os Autuantes depois de discorrerem sobre o teor do Convênio ICMS 81/93, o art. 299, do RICMS-BA/12, e suas alterações, assegurou que somente deve prosperar a alegação da defesa em relação a duas Notas Fiscais canceladas de nº 19472 e 247457, que foram incluídas no levantamento fiscal pelo fato do Autuado ter escriturado os referidos documentos com as chaves de acesso inexistente. Informou que procedera a exclusão reduzindo a exigência no montante de R\$292,83, e elaborou novo demonstrativo de débito passando a exigência da Infração 09 para R\$57.016,66, acostado à fl. 247.

Depois de examinar as correções procedidas na informação fiscal pelo Autuante constato que foram processadas com base na comprovação carregada aos autos pela defesa e estão de acordo com o preconizado na legislação de regência, e por isso, acolho o novo demonstrativo de débito.

Concluo pela subsistência parcial desse item da autuação no valor de R\$57.016,66.

Infração 10 - recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos - demonstrativo de apuração às fls. 59 a 63.

Os autuantes, depois de examinarem a alegação da defesa de que constatou no levantamento fiscal notas fiscais canceladas, esclareceram que existem apenas duas notas fiscais, as de nºs 19472 e 247457, incluídas em virtude de erro cometido pela Impugnante que escriturou os referidos documentos em sua EFD sem o destaque do imposto e com chave de acesso inexistente. Asseveraram que acataram parcialmente as alegações da defesa e refizeram o demonstrativo de apuração que resultou na redução de R\$178,05, remanescendo o débito desse item da autuação no montante de R\$106.053,60, conforme demonstrativo acostado à fl. 248.

Assim, ante a não contestação pelo Impugnante, ao se manifestar a cerca informação fiscal prestada, dos novos valores apurados, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, fl. 248.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 10, no valor de R\$106.053,50.

Infração 11 - recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente - demonstrativo de apuração às fls. 64 a 68.

Em sede de defesa o Autuado contestou a autuação mencionando que constatou em seu livro Registro de Entradas que alguns itens ingressaram com a alíquota de 4%, decorrente de importação e observou também que não foi considerado pela fiscalização o crédito decorrente das aquisições de Leite, conforme comparativo entre o ICMS destacado na nota fiscal de entrada, a alíquota correta de 17% e o Diferencial de alíquota, conforme planilha à fl. 209.

Com relação ao produto leite (na verdade compostos lácteos - NAN e NESTOGEN), os Autuante registraram que ao analisarem o demonstrativo contido no CD em anexo fl. 209, e constataram

que o Autuado não contesta o lançamento em discussão, mas apenas entende ter direito a um crédito e R\$16.763,13, decorrente da diferença entre a alíquota de 17% adotada pelos Autuantes nas mercadorias objeto do lançamento da infração acima citada (recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas) e a carga tributária correspondente ao ICMS destacado nas entradas dos referidos produtos (7% ou 10%).

Concordo com o entendimento esposado pelos Autuantes, no tocante ao crédito em valores superiores aos destacados nas notas fiscais em desacordo com o §3º do art. 305, combinado com o art. 309 do RICMS-BA/2012, no montante de R\$16.763,13, requerido pelo Autuado, eis que, além de o defendente não apresentar qualquer fundamentação legal, inexistente previsão legal para alicerçar tal pretensão, o crédito fiscal deve ser escriturado em seu valor nominal, ao teor do §3º, do art. 305, do RICMS-BA/12.

Os Autuantes registraram que constataram a aplicação de uma alíquota diferente de 4% para as transferências interestaduais de mercadorias importadas nos demonstrativos que lastreiam a presente infração, contrariando o disposto na alínea “b”, inciso III, do art. 15, da Lei nº 7.014/96. Informaram que acataram parcialmente as alegações da Defendente e reduziram o lançamento em R\$17.991,11, consoante planilha acostada à fl. 235, e o novo demonstrativo de débito discriminando a diminuição do débito para R\$452.025, 26, fl. 248.

Nestes termos, resta parcialmente caracterizada a Infração 11 no valor de R\$452.025,26.

Infração 12 - recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - demonstrativo de apuração às fls. 69 a 73.

Em sua Impugnação o Autuado que no levantamento fiscal não foi considerado o crédito decorrente da aquisição produto leite, conforme comparativo entre ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota correta de 17% e o Diferencial de Alíquotas, bem como, que foi também desconsiderado o crédito decorrente de Notas Fiscais de Transferência, conforme planilhas constantes do CD que anexou no Doc. 03.

Os Autuantes depois de examinarem as planilhas apresentadas pela defesa sustentaram que o Autuado não contesta o lançamento em discussão, mas apenas entende ter direito a um crédito de R\$429.934,06, decorrente da diferença entre a carga tributária de 17% adotada pela fiscalização nas mercadorias objeto do lançamento e a carga tributária correspondente ao ICMS destacado nas entradas dos referidos produtos (7% ou 10%) e elaborou quadro acostado à fl. 237, com a relação de alguns itens que supostamente o Impugnante teria o direito de recuperar o crédito do ICMS. Sustentaram que não assiste razão ao Autuado quanto ao direito ao crédito referido por falta de previsão legal.

Quanto ao requerimento do Impugnante para abatimento do valor de R\$407.868,72, por entender que o lançamento em discussão referente ao recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas transferências internas de mercadorias regularmente escrituradas, geraria um crédito de imposto correspondente ao mesmo montante nas filiais destinatárias das referidas operações, os Autuantes asseveraram que somente após o pagamento da importância citada, as filiais destinatárias das transferências internas de mercadorias regularmente escrituradas teriam o direito à escrituração do crédito fiscal, nos termos do inciso II, art. 315, do RICMS-BA/2012.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação constato que assiste razão aos Autuantes ao asseverarem que não foi contestada pelo Impugnante a acusação fiscal que se encontra devidamente explicitada no demonstrativo de apuração.

No que diz respeito ao direito aos créditos fiscais suscitados pelo Defendente também não deve prosperar, uma vez que inexistente previsão legal para utilização dos créditos fiscais requeridos no âmbito do presente Auto de Infração.

Quanto ao pedido para abatimento no valor de R\$407.868,72, pleiteado pela defesa, consigno que somente será possível após a quitação do débito exigido no presente Auto de Infração.

Concluo pela manutenção da autuação do item 12 da autuação.

Em relação à alegação da defesa veiculada em sua manifestação, fls. 251 a 281, atinentes às infrações 10, 11 e 12, sob o fundamento de que a exigência é indevida, tendo em vista que as operações arroladas nesses três itens da autuação são referentes a transferências entre estabelecimentos de sua mesma titularidade, também não deve prosperar.

Saliento que, além da autonomia dos estabelecimentos que vigora no âmbito do ICMS, o fato gerador do imposto também ocorre nas saídas de mercadorias do estabelecimento, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, consoante expressa previsão do inciso I, do art. 12, da Lei Complementar 87/96, *in verbis*:

Lei Complementar 87/96

[...]

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;

Infração 13 - falta de recolhimento ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - demonstrativo de apuração às fls. 74 a 75.

Em sua impugnação o Defendente alegou que utilizou a alíquota menor na entrada das mercadorias e em razão disso se apropriou de um crédito a menos, requerendo a realização de diligência fiscal a fim de comprovar equívoco na escrituração das notas fiscais.

Os Autuante registraram que o Impugnante não apresentou qualquer demonstrativo ou outra evidência objetiva com a indicação em quais notas fiscais ocorrera algum tipo de equívoco na escrituração do livro Registro de Entrada, que pudesse proporcionar eventuais erros no cálculo da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Como já abordado no início deste voto, fica indeferido o pedido de diligência pugnado pelo Defendente, ante a ausência de fundamentação objetiva de sua necessidade como preconiza o art. 145, do RPAF-BA/99.

Por isso, considerando que o Autuado, mesmo dispondo de demonstrativo discriminando de forma minudente a origem de cada valor apurado e exigido nesse item da autuação, somente apresentou alegação desprovida de qualquer suporte fático que comprovasse de forma inequívoca sua pretensão, sem apontar qualquer inconsistência no levantamento fiscal, portanto, se configurando em mera alegação que não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Concluo pela subsistência da Infração 13.

Infração 14 - falta de recolhimento ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - demonstrativo de apuração às fls. 76 a 82.

Em sede de defesa o Autuado alegou que ocorrera equívoco da Fiscalização por não ter observado que sobre os materiais gráficos não incidem ICMS, conforme planilha e base legal constantes do CD que em anexou aos autos.

Ao prestar informação fiscal o Autuante destacou que algumas mercadorias classificadas como material gráfico pelo Impugnante constantes do CD, fl. 209, são oriundas de transferências efetuadas pela matriz localizada no Estado de Sergipe (Notas Fiscais nos 1676060 e 1896548). Observaram também que os materiais gráficos relacionados pelo Autuado no CD, fl. 209, a exemplo de banner, display, móbil e stóper, não foram confeccionados sob encomenda para a CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. com a sua logomarca diretamente de um prestador de serviço gráfico. Assinalaram que estes materiais promocionais são de fornecedores da Defendente, que lhes foram distribuídos gratuitamente, portanto, não sendo aplicada a desoneração do imposto.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação constato que Convênio ICM 11/82, estabelece em sua cláusula primeira a não exigência do imposto nas saídas de impressos personalizados promovidas por estabelecimento gráfico a usuário final. Já o Parágrafo Único esclarece o entendimento de usuário final, como sendo a pessoa física ou jurídica que adquira o produto personalizado, sob encomenda, diretamente de estabelecimento gráfico, para seu uso exclusivo. A cláusula segunda preconiza a não aplicabilidade da desoneração do imposto, quando a saída desses impressos personalizados, tenham como destino a comercialização, a industrialização ou a distribuição a título gratuito.

Logo, fica patente não ter amparo legal o pedido do Impugnante para a exclusão das operações com o material gráfico objeto da autuação sob a alegação de que não sofrem incidência do imposto.

Ademais, essa matéria já tem posicionamento firmado nesse sentido veiculados nos Pareceres de nº 0045/2009, nº 1.616/2011 e nº 17.271/2011.

Nestes termos, concluo pela manutenção da Autuação.

Infração 15 - Utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75 - demonstrativo de apuração às fls. 83 a 96.

O sujeito passivo sustentou em sede defesa a não aplicação do Dec. Nº 14.213/12, alegando que os fornecedores não utilizaram o benefício do ICMS, pois o crédito fiscal apropriado em sua escrita fiscal foi exatamente igual ao cobrado no Estado de Origem. Apresentou cópias de diversos e-mails trocado com os remetentes das mercadorias arroladas no levantamento para demonstrar sua tese de que seus fornecedores não utilizaram o benefício.

Do exame nas peças atinentes a esse item da autuação emerge claramente que a acusação fiscal afigura-se respaldada no Dec. 14.231/12, *in verbis*:

“Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

§2º O disposto no caput deste artigo também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária e por antecipação tributária parcial.

Art. 2º Tratando-se de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, o contribuinte deverá registrar, na coluna “Crédito do Imposto” do livro Registro de Entradas, a parcela do crédito do ICMS relativa ao imposto efetivamente cobrado na unidade federada de origem. Parágrafo único. Em substituição ao procedimento previsto no caput deste artigo, o contribuinte poderá se apropriar do valor do crédito fiscal destacado no documento fiscal e proceder ao estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo apenas a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem”.

Da análise das peças atinentes a esse item da autuação verifico que as cópias de e-mails apresentadas pelo defendente não tem o condão de elidir a acusação fiscal que se encontra devidamente respaldada na legislação de regência.

O entendimento que prevalece nas decisões deste CONSEF é de que o Dec. nº 14.213/12 não afronta qualquer dispositivo legal ou constitucional, pelo contrário, visa justamente, garantir a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS à luz da interpretação sistemática e teleológica que vem sendo aplicada pelo STF, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0282-11/16 e CJF Nº 0190-11/13.

Assim, concluo pela subsistência da Infração 15.

Infração 17 - 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 - demonstrativo de apuração às fls. 98 a 103.

Infração 18 - recolhimento a menos 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 - demonstrativo de apuração às fls. 104 a 109.

Em sede de defesa o Impugnante informou, tão-somente, que estaria levantando documentos que comprovam a improcedência das Infrações 17 e 18 e requer desde já a juntada desses em momento posterior à impugnação.

Logo, ante a não apresentação pelo Impugnante de qualquer justificativa em suas razões de defesa, que o impedisse de enfrentar e se defender da acusação fiscal, fica patente o descumprimento do previsto nos §§1º e 5º, do art. 123, do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez

.[...]

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

1 - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;”

Nestes termos, ficam mantidas as Infrações 17 e 18.

Infração 19 - falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2013 - demonstrativo de apuração às fls. 110 a 162.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária, consoante art. 1º, da Portaria 445/98.

No levantamento quantitativo de estoques são conferidas as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário escriturado no livro Registro de Inventário, em um determinado período.

Em sua defesa o Impugnante alegou a existência de informações incorretas no livro Registro de Inventários e requer a realização de diligência para a retificação da EFD para corrigir as informações em seus estoques. Apresentou o refazimento do levantamento considerando a retificação do Inventário para o exercício de 2013 no qual figura a falta de recolhimento de R\$1.087.502,36.

Depois de examinar os elementos que fundamenta a acusação fiscal e as alegações do Autuado, verifico que a única alegação aduzida não deve prosperar, tendo em vista a impossibilidade de retificação de sua escrituração fiscal digital conforme prevê o art. 251, do RICMS-BA/12, fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

Ademais, os registros escriturados no livro Registro de Inventário decorrem da contagem física dos estoques no final de cada exercício, logo não é possível reconstituir os estoques de exercícios pretéritos.

Assim, considerando que, afora a alegação de incorreção no inventário o Autuado não apontou qualquer inconsistência no Levantamento Quantitativo de Estoque no exercício fechado de 2013, que foi realizado conforme estabelece a Portaria 445/98, resta caracterizado esse item da autuação.

Fica mantida a Infração 19.

Assim, na forma expandida, concluo pela subsistência parcial da autuação nos termos abaixo discriminados.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DO DÉBITO

INF	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	156.862,47	156.721,49	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	374.564,96	372.942,26	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	71.359,56	70.694,31	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	6.910,92	6.910,92	60%	PROCEDENTE
05	90.885,88	90.885,88	60%	PROCEDENTE
06	23.720,12	23.720,12	60%	PROCEDENTE
07	111.200,52	111.167,71	100%	PROCEDENTE EM PARTE
08	15.879,79	0,00	100%	IMPROCEDENTE
09	57.309,49	57.016,66	100%	PROCEDENTE EM PARTE
10	106.231,65	106.053,60	60%	PROCEDENTE EM PARTE
11	470.016,37	452.025,26	60%	PROCEDENTE EM PARTE
12	1.111.980,77	1.111.980,77	60%	PROCEDENTE
13	556,17	556,17	60%	PROCEDENTE
14	8.113,52	8.113,52	60%	PROCEDENTE
15	1.566.475,71	1.566.475,71	60%	PROCEDENTE
16	21.485,19	21.485,19	60%	PROCEDENTE
17	1.637.707,19	1.637.707,19	-----	PROCEDENTE
18	66.703,16	66.703,16	60%	PROCEDENTE
19	2.193.477,86	2.193.477,86	100%	PROCEDENTE
Total	8.091.441,30	8.054.637,78		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146551.0002/16-7**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.416.930,59**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.055.268,36 e 100% sobre R\$2.361.662,23, previstas no art. 42, incisos VII, alíneas “a” e “b”, “d” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$1.637.707,19**, prevista no inciso II, alínea “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA