

PROCESSO - A. I. Nº 146551.0002/16-7
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0170-03/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0175-12/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. a) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 2 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **b) ENTRADAS INTERESTADUAIS. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO.** Infração 15 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **g) MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUÍNTES 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. Infração 9 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O RECOLHIDO E O INFORMADO.** Infração 10 parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida.. **b) APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS ESCRITURADAS.** Infração 11 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **c) ERRO NA APLICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS ESCRITURADAS.** Infração 12 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. b) MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Infração 14 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **5. 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. Mantida a Decisão recorrida para este item. Rejeitado pedido de diligência. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime em relação às infrações 11 e 12, unânime quanto às demais infrações.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/09/2016, para exigir crédito tributário no valor de R\$8.091.441,30.

O Recurso abrange as Infrações 2, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 e 19, descritas a seguir:

Infração 02 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Anexos nº 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 julgada Procedente em Parte no valor de R\$372.942,26.

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 julgada Procedente em Parte no valor de R\$57.016,66.

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 nº 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 julgada Procedente em Parte no valor de R\$106.053,60.

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 nº 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 julgada Procedente em Parte no valor de R\$452.025,26.

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 nº 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 julgada Procedente.

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 nº 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 julgada Procedente.

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 nº 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 julgada Procedente.

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 julgada Procedente.

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 nº 30 a 38, no exercício de 2013. Exigido o valor de R\$2.193.477,86, acrescido da multa de 100%. Infração julgada Procedente.

A 3ª JJF decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0170-03/17 (fls. 287 a 307), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

“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.

Constato 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 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 carreada 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 acatarem 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 Autuantes registraram que ao analisarem o demonstrativo contido no CD em anexo fl. 209, e constatarem que o Autuado não contesta o lançamento em discussão, mas apenas entende ter direito a um crédito de 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 constatarem 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 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.

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 stooper, 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 atinente 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 CJP Nº 0282-11/16 e CJP 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 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:

I - 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 expendida, 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.”

A decisão acima transcrita, relativa às infrações objeto do Recurso Voluntário, fica resumida da seguinte forma:

1. Foi indeferido o pedido de realização de perícia e/ou de diligência, por não ter sido vislumbrada qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, bem como pela pretensão do Autuado ter se destinado a verificar fatos vinculados a escrituração fiscal ou a documentos que estavam sob sua custódia e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos por ocasião da impugnação.

2. A Infração 02, referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, foi julgada procedente em parte, com o seu valor reduzido de acordo com o indicado na Informação Fiscal, atendendo parcialmente o pleito do Autuado, exceto em relação aos confeitos.
3. Quanto à Infração 09, pela falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, também foi julgada procedente em parte, com o seu valor reduzido de acordo com o indicado na Informação Fiscal, atendendo parcialmente o pleito do Autuado, apenas pela exclusão das Notas Fiscais nº 19472 e 247457, que haviam sido canceladas.
4. No tocante à Infração 10, pelo recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, também foi julgada procedente em parte, com o seu valor reduzido de acordo com o indicado na Informação Fiscal, atendendo parcialmente o pleito do Autuado, apenas pela exclusão das já citadas Notas Fiscais nº 19472 e 247457, que haviam sido canceladas.
5. Em relação à Infração 11, pelo recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente, também foi julgada procedente em parte, com o seu valor reduzido de acordo com o indicado na Informação Fiscal, atendendo parcialmente o pleito do Autuado, apenas pela correção da exigência relativa à aplicação da alíquota de 4% nas saídas de mercadorias importadas.
6. Já a Infração 12, pelo recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, foi julgada procedente, sob o argumento de que o Autuado não contestou o lançamento, apenas alegou que possuía direito a um crédito fiscal referente à entrada das mercadorias objeto da autuação, bem como teria sido desconsiderado o crédito decorrente de Notas Fiscais de Transferência.
7. As alegações atinentes às Infrações 10, 11 e 12, de que as operações arroladas nesses três itens da autuação são referentes a transferências entre estabelecimentos de sua mesma titularidade, não foram consideradas com base na autonomia dos estabelecimentos.
8. Para a Infração 14, exigida pela falta de recolhimento do 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, julgada procedente, o embasamento foi de que não havia amparo legal para a desoneração do imposto, conforme posicionamento firmado nesse sentido veiculados nos Pareceres nº 0045/2009, 1.616/2011 e 17.271/2011.
9. A Infração 15, exigida pela 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, foi julgada procedente, com base no entendimento que prevalece nas decisões deste CONSEF, de que o Decreto nº 14.213/12 visa 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 0190-11/13.
10. No tocante à Infração 16, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais, também foi julgada procedente, já que o Autuado reconheceu que havia cometido equívocos na escrituração das notas fiscais sem carrear aos autos qualquer indicação dos supostos equívocos.

11. Por fim, quanto à Infração 19, pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2013, também foi julgada procedente, tendo em vista que o Autuado não apontou qualquer inconsistência no levantamento, apenas alegou a existência de informações incorretas no livro Registro de Inventários e requereu a realização de diligência para a retificação da EFD para corrigir as informações em seus estoques, apresentando o refazimento do levantamento considerando a retificação do Inventário, no qual figura a falta de recolhimento de R\$1.087.502,36.

Cientificados Autuante e Autuado (fls. 312 a 316), o Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 318 a 347), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011, no qual alegou a necessidade de reforma parcial da decisão de 1ª instância, reiterando *ipsis litteris* os argumentados esposados nas suas manifestações anteriores em relação às Infrações 2, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 e 19, objeto deste Recurso Voluntário (fls. 176 a 193 e 251 a 281), conforme relatado a seguir.

No tocante à Infração 2, pontuou o equívoco da Fiscalização por não ter observado que alguns produtos como confeito, por exemplo, não fazem parte da Substituição Tributária, conforme planilha e base legal constantes do CD que anexou à Defesa.

Ao tratar da Infração 9, esclareceu 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 que anexou à Defesa.

Destacou que a substituição tributária é devida ao Estado de destino da mercadoria, no caso de operações de devolução, de acordo com as Cláusulas Terceira e Quarta do Convênio ICMS 81/93 e alterações, que 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, registrou que verificou no levantamento fiscal Notas Fiscais canceladas, conforme planilha e Status Portal NFe constantes do CD que anexou à Defesa.

No que diz respeito à Infração 11, aduziu que verificou itens registrados no livro Registro de Entrada com alíquota de 4% de importação e que não foi considerado o crédito decorrente da aquisição de leite, conforme comparativo entre ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota de 17% e o Diferencial de Alíquotas, conforme planilhas constantes do CD que anexou à Defesa.

Na Infração 12, alegou que não foi considerado o crédito decorrente da aquisição de leite, conforme comparativo entre ICMS constante da Nota Fiscal de Entrada, a alíquota de 17% e o Diferencial de Alíquotas, nem o crédito decorrente de Notas Fiscais de Transferência, conforme planilhas constantes do CD que anexou à Defesa.

Aduziu que as Infrações 10, 11 e 12 são relativas à exigência do ICMS nas transferências entre seus estabelecimentos 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.

Para ilustrar seu entendimento, colacionou a posição doutrinária da lavra dos juristas pátrios Paulo de Barros Carvalho, Geraldo Ataliba, Roque Antônio Carrazza, Marco Aurélio Greco e Anna Paula Zonari, bem como julgados de tribunais superiores e a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Lembrou que outro fundamento jurídico de extrema relevância, que também comprova a necessidade de cancelamento das referidas Infrações, diz respeito à previsão legal de

transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos do mesmo contribuinte situados neste Estado, conforme o Art. 306, do RICMS/12.

Em relação à Infração 14, destacou que ocorrera equívoco da Fiscalização por não ter observado que não incide ICMS sobre os materiais gráficos, conforme planilha e base legal constantes do CD que anexou à Defesa.

Ao cuidar da Infração 15, destacou que não foram considerados os créditos decorrentes do crédito presumido de ICMS não utilizado pelos seus fornecedores, sustentando que, neste caso, não se aplica o Decreto nº 14.213/2012, que determina a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal no Estado de origem não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, informação que 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 Decreto nº 14.213/2012, conforme declarações que anexou.

Requeru a realização de diligência a fim de comprovar a não utilização do benefício fiscal pelos seus fornecedores com a verificação das notas fiscais para confirmar que não há informação do fornecedor no campo de Informações Complementares.

No tocante à Infração 16, afirmou que cometeu equívoco na escrituração das notas fiscais e, em razão disso, requereu a realização de diligência fiscal a fim de comprovar o referido equívoco.

Em relação à Infração 19, informou que gerou um novo relatório do quantitativo de estoques em 31/12/2013, afastando as omissões de saída de mercadorias, pois o último tinha sido feito em 08/2013, conforme planilhas constantes do CD que anexou.

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

Ressaltou a necessidade da diligência fiscal e perícia para revisão da autuação por Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, nos termos dos Art. 137, I, “a”, do RPAF/99, com a finalidade de exclusão dos valores cobrados indevidamente, esclarecendo que os fundamentos de defesa e os documentos anexados, por si só já justificam o deferimento da diligência fiscal no sentido de se determinar ampla revisão do levantamento da Fiscalização, com base nas planilhas anexadas à Defesa, bem como na documentação a ser apresentada na fase da diligência, a fim de adequá-lo à realidade, determinando a elaboração de novo demonstrativo do débito, conforme previsão legal dos Arts. 145 e 150, I, do RPAF/99.

Solicitou que lhe seja permitido provar todo o alegado pelos meios de provas em direito permitidos, principalmente e especialmente, a produção da indispensável e imprescindível prova pericial, apresentando quesitos para serem respondidos, bem como o integral provimento ao presente Recurso Voluntário, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, alcançando as Infrações 2, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16 e 19.

Indefiro os pedidos de diligência e perícia solicitados pelo Autuado, nos termos do Art. 147, I e “a” e “b”, e II, “b”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação e por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do Autuado e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, passo a analisar cada infração objeto deste Recurso Voluntário:

Infração 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Em seu Recurso, o Autuado alegou que, por equívoco, foram incluídos no levantamento fiscal alguns produtos, a exemplo de confeitos, que não fazem parte da substituição tributária, conforme planilha que acostou aos autos. O julgamento de piso excluiu todos os produtos constantes da referida planilha, exceto os confeitos.

Ressalto que se trata de chocolates m&m e preparações de confeitaria, classificados com as NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, sujeitos à antecipação tributária, conforme item 11 do Anexo 1 do RICMS/12. Corrobora o meu entendimento o posicionamento neste sentido firmado pela DITRI mediante o Parecer nº 19.956/2009.

Sendo assim, fica mantida a Infração 2, a qual está parcialmente caracterizada no valor de R\$372.942,26.

Infração 9 - Falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O julgamento de piso excluiu do levantamento apenas as Notas Fiscais nºs 19472 e 247457, que haviam sido canceladas, atendendo parcialmente o pleito do Autuado, o que entendi correto. Entretanto, não há como exigir imposto relativo à substituição tributária em operações de saídas interestaduais, tendo em vista que o respectivo imposto compete à unidade Federada destinatária.

Já as demais notas fiscais relativas a operações internas, mesmo que relativas a devoluções, deveriam ter sido escrituradas, bem como efetuado o recolhimento do imposto, de forma a compensar o crédito do imposto pela entrada.

Sendo assim, acolho parcialmente as alegações defensivas em relação à Infração 9, a qual está caracterizada no valor de R\$5.228,16, conforme demonstrado a seguir:

Data Ocorrência	Notas Fiscais	Valor do ICMS ST Não Escriturado
31/10/2012	1 e 2	21,56
30/11/2012	30, 1784 e 1984	523,46
31/12/2012	3573, 4139, 5285 e 6643	30,12
31/01/2013	13761 e 13922	6,70
28/02/2013	20530 e 20536	304,07
31/03/2013	25346, 25868, 26218, 35531, 38447 e 42285	56,43
30/04/2013	44536, 44713 e 46865	124,44
31/05/2013	68221, 70374, 71347, 79493, 85471 e 90562	441,22
30/06/2013	94323, 95317, 97095, 105317, 107252, 110822, 111149 e 111803	512,47
31/07/2013	118393, 122919, 128497 e 128700	334,44
31/08/2013	143780, 143793, 145867, 148515 e 148852	253,59
30/09/2013	161921, 163134, 165552, 170502, 178624 e 179590	1.109,54
31/10/2013	184282, 187885, 194840, 197804, 200565, 200749 e 202505	375,01
30/11/2013	209841, 220312 e 221590	50,08
31/12/2013	238792, 243818, 246206, 247207, 247061, 247097, 247251, 248704, 253930, 253931, 253938, 254026, 256328 e 260550	1.085,03
Total da Infração 9		5.228,16

A alegação da defesa de que a exigência é indevida, com respeito às Infrações 10, 11 e 12, sob o fundamento de que as operações arroladas nesses três itens da autuação são referentes a transferências entre estabelecimentos de sua mesma titularidade procede parcialmente.

Observo que a transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o Art. 11, §3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

...

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

...

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

Em suma, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, concomitantemente, com a expressa previsão legal na legislação baiana, resta caracterizada integralmente a ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações de transferência interestaduais arroladas no levantamento fiscal que resultou na exigência fiscal.

Ademais, a exemplo dos Acórdãos nºs 0001-11/14, 0263-12/14 e 0375-11/14, prolatados pelas 1ª e 2ª Câmaras de Julgamento Fiscal, já se afigura pacificado neste CONSEF o entendimento de que é legalmente devida, nas transferências interestaduais, a exigência do imposto.

Visando uniformizar os entendimentos a serem adotados no âmbito da Administração Pública Estadual, a Procuradoria Geral do Estado expediu o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, com o entendimento de que “não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”, sendo que este entendimento “não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, tendo em vista que a Súmula nº 166 do STJ e a decisão lançada no REsp 1.125.133/SP não enfrentaram o tema à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. De fato, a definição do tratamento tributário a ser conferido a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Ademais, o próprio STJ reabriu a discussão a respeito do tema, no julgamento do REsp nº 1.109.298-RS, que discute, especificamente, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, com foco no Art. 13, §4º, da LC nº 87/96. Tem-se aí, portanto, valioso indicativo de que não se deve ter por definitivamente assentada a questão, enquanto não enfrentada sob a ótica da repartição das receitas tributárias entre os Estados federados.”

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. O julgamento de piso excluiu do levantamento as Notas Fiscais nº 19472 e 247457, que haviam sido canceladas, atendendo o pleito do Autuado, o que entendi correto, resultando na redução de R\$178,05 e remanescendo o débito desse item da autuação no montante de R\$106.053,60.

Verifico a existência de notas fiscais relativas a operações internas de transferência no demonstrativo da infração no valor de R\$22.749,87, mas não há como as mesmas serem excluídas da autuação de acordo com o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, tendo em vista que qualquer valor de imposto constante de documento fiscal deve ser incluído nos débitos fiscais do seu emitente, consoante o disposto no Art. 307 do RICMS/BA, *in verbis*:

“Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.”

Assim, não acolho as razões apontadas no Recurso Voluntário em relação à Infração 10, mantendo a decisão de piso que a julgou parcialmente procedente no valor de R\$106.053,60.

Infração 11 - 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. Quanto à utilização de crédito fiscal em decorrência das aquisições de fórmulas ou compostos lácteos - NAN e NESTOGEN -, inexistente previsão legal para embasar a pretensão, já que, conforme estabelecido no §3º, do Art. 305, do RICMS/12, o crédito fiscal deve ser escriturado em seu valor nominal.

No tocante à aplicação de uma alíquota diferente de 4% para as transferências interestaduais de mercadorias importadas nos demonstrativos que lastreiam a infração, contrariando o disposto na alínea “b”, inciso III, do Art. 15, da Lei nº 7.014/96, comungo com o entendimento esposado no julgamento de 1ª instância que reduziu o lançamento em R\$17.991,11, conforme demonstrativo de débito elaborado pelos Autuantes na Informação Fiscal.

Além disso, verifico a existência de notas fiscais relativas a operações internas de transferência no demonstrativo da infração no valor de R\$439.425,51, as quais também devem ser excluídas da autuação, conforme o já citado Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0.

Assim, acolho parcialmente as razões defensivas em relação à Infração 11, a qual fica caracterizada no valor de R\$12.599,75, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS
31/01/2013	46,44
28/02/2013	35,03
31/03/2013	26,21
30/04/2013	536,56
31/05/2013	1.646,44
30/06/2013	1.217,21
31/07/2013	1.497,13
31/08/2013	930,17
30/09/2013	1.629,65
31/10/2013	3.077,58
30/11/2013	1.257,26
31/12/2013	700,07
Total	12.599,75

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. O Autuado não apresentou nenhuma razão objetiva para contestar os itens constantes do lançamento, apenas argumentou sobre a utilização de supostos créditos fiscais, não possuindo o condão de descaracterizar a infração.

Contudo, verifico a existência de notas fiscais relativas a operações internas de transferência no demonstrativo da infração no valor de R\$1.109.703,68, as quais devem ser excluídas da autuação, conforme o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0.

Assim, acolho parcialmente as razões defensivas em relação à Infração 12, a qual fica caracterizada no valor de R\$2.277,09, conforme demonstrativo abaixo:

Data de Ocorrência	Valor do ICMS
31/01/2013	78,48
28/02/2013	42,81
31/03/2013	77,32
30/04/2013	537,54
31/05/2013	56,86
30/06/2013	134,25
31/07/2013	230,52
31/08/2013	135,76
30/09/2013	305,65
31/10/2013	367,14
30/11/2013	226,67
31/12/2013	84,09
Total	2.277,09

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. Em sua Defesa, o Autuado alegou equívoco da Fiscalização por não ter observado que não incide ICMS sobre os materiais gráficos. Ficou demonstrado que estes materiais promocionais são de seus fornecedores, que lhes foram distribuídos gratuitamente, não foram confeccionados sob encomenda para o Autuado com a sua logomarca diretamente de um prestador de serviço gráfico.

Não há amparo legal o pedido para a exclusão das operações com o material gráfico objeto da autuação sob a alegação de que não sofrem incidência do imposto. A cláusula segunda do Convênio ICM 11/82 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.

Corroborar o meu entendimento o posicionamento neste mesmo sentido firmado pela SAT/DITRI nos Pareceres nºs 0045/2009, 1.616/2011 e 17.271/2011.

Nestes termos, fica mantida a decisão recorrida em relação à Infração 14.

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.

A acusação fiscal está respaldada no Decreto nº 14.213/12, sendo que as cópias de mensagens eletrônicas apresentadas não têm o condão de elidir a acusação fiscal, a qual se encontra devidamente respaldada na legislação de regência. E o entendimento que prevalece nas decisões deste CONSEF é de que o referido Decreto 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, fica mantida a decisão recorrida quanto à Infração 15.

Infração 16 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. O Autuado reconheceu que cometera equívocos em sua escrituração, solicitando a realização de diligência a fim de comprovar tais equívocos na escrituração das notas fiscais, mas não apresentou qualquer indicação dos supostos equívocos.

Considerando que o pedido de diligência já foi examinado e negado no início do voto, ante as conclusões ali postas, fica mantida a Decisão recorrida em relação à Infração 16.

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

O Autuado alegou a existência de informações incorretas no livro Registro de Inventários e requereu a realização de diligência para a retificação da EFD com o intuito de corrigir as informações em seus estoques. Entretanto, não há como autorizar o pleito, tendo em vista a impossibilidade de retificação de sua escrituração fiscal digital fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/2009, conforme previsão do Art. 251, do RICMS/12.

Deve ser ressaltado que a EFD é o próprio livro fiscal, devendo espelhar as operações realizadas, devendo o inventário ser lançado no arquivo relativo ao mês de fevereiro do exercício subsequente, com base na contagem física dos estoques executada no final de cada exercício, não sendo possível reconstituir os estoques de exercícios pretéritos.

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 como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária, consoante o Art. 1º, da Portaria nº 445/98.

Portanto, não acolho as alegações defensivas relativas à Infração 19.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a decisão recorrida em relação às Infrações 9, 11 e 12.

Infração	ICMS Autuação	Julgamento 1ª Instância	Julgamento 2ª Instância	Multa	Julgamento
1	156.862,47	156.721,49	156.721,49	60%	Procedente em Parte
2	374.564,96	372.942,26	372.942,26	60%	Procedente em Parte
3	71.359,56	70.694,31	70.694,31	60%	Procedente em Parte
4	6.910,92	6.910,92	6.910,92	60%	Procedente
5	90.885,88	90.885,88	90.885,88	60%	Procedente
6	23.720,12	23.720,12	23.720,12	60%	Procedente
7	111.200,52	111.167,71	111.167,71	100%	Procedente em Parte
8	15.879,79	0,00	0,00	100%	Improcedente
9	57.309,49	57.016,66	5.228,16	100%	Procedente em Parte
10	106.231,65	106.053,60	106.053,60	60%	Procedente em Parte
11	470.016,37	452.025,26	12.599,75	60%	Procedente em Parte
12	1.111.980,77	1.111.980,77	2.277,09	60%	Procedente em Parte
13	556,17	556,17	556,17	60%	Procedente
14	8.113,52	8.113,52	8.113,52	60%	Procedente
15	1.566.475,71	1.566.475,71	1.566.475,71	60%	Procedente
16	21.485,19	21.485,19	21.485,19	60%	Procedente
17	1.637.707,19	1.637.707,19	1.637.707,19	-----	Procedente
18	66.703,16	66.703,16	66.703,16	60%	Procedente
19	2.193.477,86	2.193.477,86	2.193.477,86	100%	Procedente
Total	8.091.441,30	8.054.637,78	6.453.720,09		

VOTO DIVERGENTE (Infrações 11 e 12)

Em que pese a usual e costumeira perspicácia do relator na prolação de seus votos, peço-lhe vênia para discordar, *in casu*, do entendimento esposado em seu correlato voto, notadamente em relação às infrações 11 e 12.

Isto porque, limita-se o Ilustre relator a excluir do lançamento fiscal a exigência do ICMS nas operações internas de transferência, quando meu voto é no sentido que deva ser excluído do lançamento a exigência do ICMS para toda e qualquer transferência realizada entre estabelecimentos de uma mesma empresa, inclusive nas operações interestaduais.

Considerando que o fato gerador do ICMS é o negócio jurídico que transfere a posse ou a titularidade de uma mercadoria, a mera saída física da mercadoria do estabelecimento não constitui “circulação”, para efeito de incidência do ICMS, haja vista que não há mudança de sua titularidade por força de uma operação jurídica, tal como: compra e venda, doação ou permuta.

Ademais, a lide gira em torno de uma questão que já está absolutamente superada pela jurisprudência dos nossos tribunais.

Ao apreciar a matéria decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

“O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão ‘operações’, bem como a designação do imposto, no que consagra o vocabulário ‘mercadoria’ são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato

mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimenta frangos”. (AI 131.941-1 – Rel. Min. Marco Aurélio – un. DJ 19.4.91, p. 4583)

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da Súmula nº 166, editada em 1996:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Voto, portanto, pela IMPROCEDÊNCIA das infrações 11 e 12, consequentemente, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação às infrações 11 e 12 e, por unanimidade quanto às demais infrações, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.816.012,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.506.139,17 e 100% sobre R\$2.309.873,73, previstas no Art. 42, incisos VII, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e 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, “d”, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR (Infrações 11 e 12) – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Elde Santos Oliveira, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos

VOTO DIVERGENTE (Infrações 11 e 12) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO DIVERGENTE
(Infrações 11 E 12)

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS