

A.I. Nº - 1477710004/17-5
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.08.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-00/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Infração reconhecida. **c)** FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. **a)** SAÍDAS POR ECF. Parte da infração elidida. **b)** SAÍDAS POR NOTAS FISCAIS – TRANSFERÊNCIAS. Infração reconhecida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. DIFERENÇA DE SAÍDAS MAIOR EXPRESSÃO MONETARIA QUE AS ENTRADAS. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Os argumentos trazidos pela autuada não elidem as infrações apuradas por levantamento quantitativo de estoque na forma da Portaria nº 445, de 10/08/1998, com base nos livros e documentos fiscais do contribuinte autuado. Infrações mantidas. 4. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração reconhecida. Afastada alegação de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração foi lavrado em 18/09/2017 exigindo o crédito tributário no valor histórico de R\$2.789.883,36, acrescido de multa decorrente das infrações a seguir.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, meses de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$28.169,36, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 310, inc. I, alínea “a” do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, meses de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$393.048,07, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 33 a 46), notas fiscais (fls. 47 a 58) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Art. 9º e art. 29, §4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 01.05.03 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, meses de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$111.119,40, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 59 a 72), notas fiscais (fls. 73 a 80) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Art. 29, §8º da Lei nº 7.017/96 c/c art. 312, §1º do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 04 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por ECF, meses de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$192.920,65, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 83 a 97) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota do imposto nas saídas de mercadorias tributadas por transferências para outras unidades da Federação com alíquota inferior a estabelecida na legislação, meses de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$3.266,17, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 98 a 104), notas fiscais (fls. 105 a 110) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, período de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$773.324,48, acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 111 a 114) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Art. 2º, inc. I, art. 23-B da Lei nº 7.014/96 c/c art. 83, inc. I do RICMS – Decreto nº 13.780/2012 e art. 13, inc. I da Portaria nº 445/1998.

INFRAÇÃO 07 – 04.05.08 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, período de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$356.909,63, acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 115 a 117) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Art. 6º, inc. IV, art. 23, inc. I da Lei nº 7.014/96 c/c art. 217 do RICMS – Decreto nº 13.780/2012 e art. 10, inc. I, alínea “a” da Portaria nº 445/1998.

INFRAÇÃO 08 – 04.05.09 – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, período de janeiro a dezembro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$135.981,13, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo (fls. 118 a 120) e CD-R (fls. 151).

Enquadramento legal: Art. 6º, inc. IV, art. 23, inc. II da Lei nº 7.017/96 c/c art. 217 do RICMS – Decreto nº 13.780/2012 e art. 10, inc. I, alínea “b” da Portaria nº 445/1998.

INFRAÇÃO 09 – 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, meses de janeiro a dezembro de 2013, com valor de R\$795.144,47, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

A Autuada apresenta defesa em 16/11/2017, apensada aos autos às fls. 161 a 258 contestando as infrações **04, 06, 07 e 08** sob os argumentos a seguir.

Inicialmente informa que reconhece a exigência fiscal correspondente às infrações 01, 02, 03, 05 e 09, passando a apresentar suas razões impugnatórias às cobranças das demais.

Com referência a Infração 04, diz existir no trabalho da fiscalização fragilidades que acarretará no cancelamento das exigências.

Destaca os produtos *leite em pó* e *leite de gado tipo longa vida*, afirmando que o art. 268 do RICMS/2012, concede redução da base de cálculo de forma que a carga tributária nas operações internas seja 7% (incisos XXV e XXIX). Procedimento este, adotado nas saídas realizadas no varejo por meio de ECF. Este fato foi desconsiderado pela fiscalização conforme constata-se no demonstrativo “Débito a menor em operações com ECF – Erro na determinação da carga tributária – Demonstrativo analítico”.

Afirma que através do RICMS/2012, Estado da Bahia viola normas legais vigentes, inclusive a Constituição Federal quando estabelece no art. 268, inc. XXIX, que o benefício da redução da base de cálculo do leite longa vida, somente se aplica ao leite produzido do território baiano, afrontando o princípio da não discriminação, consagrado no sistema tributário nacional (art. 152, inc. V e art. 152 da CF e art. 111 do CTN), além de ferir o princípio da essencialidade previsto na Constituição.

Cita e transcreve lição o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho destacando que “Acertadamente vedo a Constituição Federal que se criem tais embaraços, estabelecendo-se limitações ao tráfego de pessoas e bens, ainda que de modo indireto, através de tributos interestaduais ou intermunicipais.”

Colaciona decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e pugna que sejam excluídos da autuação os valores correspondentes ao item “leite longa vida”.

Exemplifica, apresentando tabela constando produtos que entende não ser devida a tributação com a alíquota de 17%, ora adotada pela fiscalização no levantamento, por se tratarem de mercadorias cujas saídas internas é isenta ou enquadradas no regime de substituição tributária, devendo tais itens serem excluídos da cobrança.

Lista os itens como contemplados com a isenção do ICMS: arroz, file de peixe e leite (art. 265, II do RICMS/2012) e enquadrados na ST: açúcar (Anexo I, item 1 do RICMS/2012), cabos (Anexo I,

item 24.91 do RICMS/2012), carne de aves (Anexo I, item 35 do RICMS/2012), carne bovina (Anexo I, item 34 do RICMS/2012), carne suína (Anexo I, item 34 do RICMS/2012), chocolate (Anexo I, item 11 do RICMS/2012) e massas (Anexo I, item 33.1 do RICMS/2012).

Ao abordar as infrações 06, 07 e 08, decorrentes de omissão apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, por espécie de mercadoria, ressalta que os procedimentos estão regulamentados pela Portaria nº 445, de 10/08/1998.

Afirma que o levantamento fiscal não retrata a realidade da movimentação mercantil dentro do exercício e contém vícios do seu aspecto legal, material e formal. Sob o ponto de vista formal, em relação às infrações 07 e 08, o procedimento adotado pela fiscalização é aplicável ao regime de exercício aberto e não ao de exercício fechado, portanto, não encontra respaldo na Portaria nº 445/1998, sendo dessa forma, nulo.

Aponta como víncio de natureza material a desconsideração pelo Autuante das operações de entradas e saídas registradas em “CÓDIGOS GENÉRICOS”. Este fato causou a diferença apurada em função de o Autuante ter suposto omissões de entradas/saídas sob a premissa de que as quantidades em estoque inicial e as mercadorias adquiridas no período, se demonstraram superiores/inferiores às saídas e ao estoque final.

Declara que utiliza os “CÓDIGOS GENÉRICOS” nas hipóteses em que no momento das saídas ou entradas, os usuários operadores não têm conhecimento do código correto dos produtos.

Salienta que em função da quantidade de itens, é registrado no sistema de seu controle, com mais de um código, um produto do mesmo tipo, porém de espécies distintas, em embalagens de apresentação e quantidade diversas, caso sejam oriundos de fabricantes diferentes. Portanto, ainda que tenham códigos diferentes, trata-se da mesma mercadoria, sujeita a mesma tributação, fato que não causa repercussão no recolhimento do ICMS.

Afirma que diferenças podem ocorrer em função exclusivamente da forma de lançamento da informação no sistema, fato este desprezado pelo Autuante, contaminando os levantamentos e demonstrativos. Isto reforça a necessidade de se considerar na movimentação de estoque os registros sob os “CÓDIGOS GENÉRICOS” para a correta apuração do estoque e eventual diferença.

Aduz que o procedimento aplicável à apuração das infrações 06, 07 e 08, deveria seguir o que determina o art. 13, inc. I da Portaria nº 445/1998, por tratarem de supostas omissões de saídas e entradas em exercício fechado. Entretanto, a fiscalização aplicou o disposto no art. 15 da supra citada Portaria. Da leitura do dispositivo, verifica-se que o procedimento adotado somente poderia ter sido realizado, caso se tratasse de exercício aberto, demonstrando assim, o equívoco cometido, já que a autuação deveria se restringir a infração 08.

Transcreve trechos do voto proferido pela relatora Rosany Nunes de Mello Nascimento no julgamento do auto de infração nº 2740680014/13-0 e colaciona o Acórdão do CONSEF nº 0305-02/11.

Pugna pela improcedência das infrações 06, 07 e 08 sob a argumentação de que a autuação contraria o art. 13, inc. I e o art. 15 da citada Portaria.

Argui ainda que devem ser consideradas as quebras e perdas de mercadorias inerentes à atividade da empresa, cujas ocorrências deram causa a outra parte dessa diferença de estoque, visto que é característica da atividade varejista, a ocorrências de perdas e/ou quebras de mercadorias em estoque, seja pelo extravio, quebra, furtos, perecimentos, etc., fato contemplado pela legislação baiana, conforme se deduz da leitura do inciso V do artigo 100 do RICMS/BA, que transcreve.

Apresenta o Doc. 03 (fls. 245 a 267) composto de tabelas de perdas resultante da 13ª AVALIAÇÃO DE PERDAS NO VAREJO BRASILEIRO, e alega que a fiscalização ignorou essas quebras e/ou perdas razoáveis e normais.

Afirma ser descabida e impraticável a exigência do Fisco de comprovação documental de perdas e quebras para fins de amortização da diferença de estoque apurada, em função de dificuldades operacionais.

Colaciona Acórdão do CONSEF acerca da matéria e requer o cancelamento da autuação.

Destaca dispositivos do RICMS/1997, onde prevê a base de cálculo do ICMS no caso de constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque (art. 60).

Requer a realização de diligência fiscal, por auditor estranho ao feito, de modo que os documentos apresentados pela fiscalização sejam reprocessados com a finalidade de expurgar do lançamento fiscal as supostas mercadorias tidas como omissas com reflexos na definição da base de cálculo.

Conclui pedindo a improcedência das infrações 04, 06, 07 e 08 e consequente arquivamento do processo.

O Autuante presta a informação fiscal às fls. 261 a 312, contestando os argumentos, inicialmente registrando o reconhecimento pela Autuada da procedência das infrações 01, 02, 03, 05 e 09.

Quanto a alegação da defesa que dentre os produtos constantes da Infração 04, constarem relacionados mercadorias que gozam de redução da carga tributária, apresenta os argumentos a seguir.

- 1) **Leite Longa Vida:** diz que a alegação não procede, uma vez que os referidos produtos não foram produzidos neste Estado, condição exigida pelo RICMS/2012 (art. 268, inc. XXIX).
- 2) **Leite Longa Vida não Produzido no Estado** – aduz que as razões não procedem, uma vez que o art. 268, inc. XXIX, restringe a redução da base de cálculo para o Leite Longa Vida produzido no Estado da Bahia. Não existe afronta à Constituição Federal, ao Código Tributário Nacional, tampouco ao Convênio 128/94, haja vista que a Justiça se manifestou caracterizando a redução da base de cálculo como sendo uma isenção parcial, benefício que não ofende qualquer princípio constitucional. Esta mesma infração foi julgada procedente conforme Acórdão JJF Nº 0191-04/14, com recurso não provido através do Acórdão CJF Nº 0291-04/12 e relembra a regra do art. 167, inc. I do RPAF/99 que afasta da competência dos órgãos julgadores discutir a constitucionalidade ou negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior.

Relativamente a afirmação de que foram incluídas na autuação itens cujas saídas internas gozam de isenção do ICMS ou estão submetidos ao regime de ST, faz as observações a seguir.

- 1) **Açúcar** – os itens considerados na autuação foram os produtos: AÇÚCAR LIGTH LOUÇUCAR 500G (NCM 21069090) a AÇÚCAR LIGTH PROLEV 500G (NCM 21069090), que não estão enquadrados no regime de ST, visto que está sujeito a ST o açúcar de cana (NCM 1701.1 e 1701.9);
- 2) **Arroz** – afirma que a própria Autuada classificou nas suas operações como mercadorias tributadas, tanto nas entradas quanto nas saídas. Na infração 04 foram incluídas misturas de produtos, cereais, uva, etc. não correspondendo a arroz puro, portanto fica mantida a autuação desses produtos.
- 3) **Cabo** – os itens relacionados na autuação têm como NCM: 85444200 que não está enquadrado no regime de Substituição Tributária (Anexo I do RICMS/2012);
- 4) **Carne bovina, carne suína e carne de aves** – os produtos relacionados na autuação foram listados com a respectiva identificação dos códigos NCM. Afirma que os itens, de acordo com os NCM, não estão enquadrados no regime de Substituição Tributária, cuja tabela foi anexada aos autos onde consta que os produtos citados pertencem ao grupo 16 que corresponde a Produtos das Indústrias Alimentares – Preparações de carne, de peixe ou de crustáceos, de moluscos ou de outros invertebrados.
- 5) **Chocolate** – acata as alegações da autuada e reconhece que os produtos CONF CHOC MICANGAS DR OETKER 80g (NCM 18069000), CONFEITO LEITE MM TB MINI 30g (NCM 18063110), CONFEITO MM AMENDOIM 80G (NCM 18069000) por estarem enquadrados no Regime de

Substituição Tributária, conforme Anexo I do RICMS/212 e exclui da infração os itens citados, conforme novo Demonstrativo de Auditoria de Saídas por ECF – Erro Aplicação de Alíquota 56308648 2013 Informação Fiscal (fl. 300 a 312) reduzindo o valor da Infração 04 em R\$1.928,27, conforme novo demonstrativo de débito a seguir.

6) **Filé de Peixe** – destaca que os produtos autuados passaram por processos industriais conforme se observa na descrição dos mesmos. Esta informação consta no Demonstrativo de Auditoria de Saídas por ECF – Erro da Aplicação de Alíquota 56308648 2013, gravado em CD-R (fls. 83 a 97) e notas fiscais (fls. 310 a 313), comprovado pela correspondência dos códigos NCM ao grupo 16 – Preparações de Carne, de peixe ou de crustáceos, de moluscos ou de outros invertebrados aquáticos. Portanto, os produtos não gozam de isenção de ICMS, pois está em desacordo com o art. 265, inc. II do RICMS/2012 que concede isenção de ICMS para as saídas internas de “*pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado*”. Contudo, reconhece que os produtos FILÉ DE LINGUADO 500G no valor de R\$4.236,57 (NCM 03049229) e FILÉ SAINT PETER FCA CATIVEIRO KG no valor de R\$9.720,81 (NCM 03044990) gozam do benefício da isenção do ICMS. Portanto estes itens serão retirados, conforme novo demonstrativo de débito a seguir.

7) **Leite** – aduz que os produtos considerados no levantamento fiscal relacionados no demonstrativo não correspondem ao produto contemplado com a isenção prevista no dispositivo legal mencionado na defesa. A autuação não inclui leite pasteurizado do tipo especial, e sim leite longa vida e leite UTH integral que tem tributação normal à alíquota de 17%. Assim, fica mantida a autuação.

8) **Massa** – as mercadorias relacionadas pela Autuada não estão enquadradas no regime de ST, visto que não se encontram listadas no Anexo I do RICMS/2012. Transcreve trecho do voto da 5ª JJF – Acórdão JJF Nº 0130-05/17 que julgou matéria semelhante como procedente o lançamento.

Afirma que, pelo exposto, foram acatados os argumentos referentes aos itens 5.3.6.4 – chocolates e o item 5.3.6.5 – filé de peixe, reduzindo o valor cobrado R\$192.920,65 para R\$177.035,00, portanto, mantém a infração 04 parcialmente procedente em consonância com as exclusões das mercadorias.

Com relação às infrações 06, 07 e 08, assegura que o levantamento fiscal foi efetuado em conformidade com a legislação estadual, ou seja, a Portaria nº 445/1998 e o RICMS/BA, onde foi considerado o estoque inicial do exercício de 2013 (em 01/01/2013), as quantidades entradas e as quantidades saídas durante o exercício e o estoque final do exercício (em 31/12/2013), ou seja o levantamento quantitativo do estoque foi efetuado em exercício fechado, portanto, não houve presunção de omissão de entradas e de saídas. A diferença que gerou a omissão de saída e omissão de entrada é resultante das quantidades constantes nos documentos emitidos e registrados na escrita fiscal pela Autuada.

Ressalta que as infrações 07 e 08, compreendem o exercício fechado e está de acordo com o previsto no art. 10. inc. I, alíneas “a” e “b” da supra citada Portaria.

Sobre a existência de alguns produtos cadastrados como “PRODUTO GENÉRICO” que, segundo a defesa, não foram considerados no Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias, ressalta que se a Autuada utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou o que preconiza a legislação, em especial o art. 205 do RICMS/2012, transcrto. Tais alegações não merecem acolhimento haja vista, que é obrigação do sujeito passivo escrutar os livros fiscais e por consequência a entrega dos arquivos da EFD, de forma que reflitam a realidade das operações realizadas.

Ressalta que a medida adequada, quando, no momento da comercialização, o operador não tiver conhecimento do código do produto, é uma posterior retificação, para que o fato não contamine o fechamento do balanço físico e contábil. A utilização de diversos códigos para uma determinada

mercadoria trará reflexos nos valores das operações, pois se trata de produtos diferentes, com preços diferentes, acarretando repercussões na apuração e recolhimento do imposto devido.

Pontua que na infração 06 foi reclamado o imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias por ser o valor superior ao valor apurado de omissão de entradas, conforme determina o art. 23-B da Lei 7014/96 e do art. 13 da Portaria nº 445/1998.

Diz que o ICMS exigido nas infrações 07 e 08, referem-se a omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, em que a omissão de entrada ensejou a cobrança do ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário (art. 10, I da Portaria nº 445/1998 – Infração 07), e devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, I, b da Portaria nº 445/1998 – Infração 08).

Esclarece que a citação na defesa de alguns trechos do voto proferido, no julgamento do Auto de Infração 274068.0014/13-0 trata-se de voto vencido, sendo proferido o voto vencedor pelo não provimento do recurso voluntário, mantendo a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº0041-03/14, mantendo a procedência do Auto de Infração, que transcreve.

Transcreve outros Acórdãos do CONSEF: (Acórdão JJF Nº 0329-05/11, Acórdão JJF Nº 0047-05-14, Acórdão JJF Nº 0222-05/13 e Acórdão JJF Nº 0118-02/16) resultantes de julgamentos de outros processos contra a Autuada sobre a matéria em discussão, todos julgados procedentes.

Ressalta que no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, foram considerados todos os documentos que compõem o total de entradas de saídas correspondentes a cada item, cujas cópias foram entregues ao Autuado contra recibo (fls. 156 e 158) também apenso aos autos.

Quanto aos argumentos defensivos relativos a diferença de estoque ocasionada por quebras e perdas de mercadorias diz que a Autuada admite ter infringido a legislação tributária ao confirmar e reconhecer a existência de tais diferenças apuradas no levantamento de estoques, apenas alegando tratar-se em parte de perdas e quebras das mercadorias, fato que caberia ao contribuinte adotar controles internos e aplicar a legislação estadual.

Aduz que o levantamento de estoques por espécie de mercadorias não deixa qualquer dúvida quanto à existência de saída de mercadorias sem a emissão da documentação fiscal exigida, caracterizando omissão de saída de mercadorias no exercício fiscalizado. E, se parte ou toda a diferença apurada no levantamento quantitativo de estoque corresponesse a perdas e quebras, a autuada deveria emitir as notas fiscais para estornar os créditos de ICMS e, por conseguinte ajustar os estoques. Deixando de cumprir o que determina a legislação (art. 312, incisos I, II, III e IV e art. 83 do RICMS/2012), a autuada recolheu o ICMS a menor no decorrer do exercício fiscalizado.

Mantém, dessa forma, integralmente os termos das infrações 06, 07 e 08, por não restar dúvida que o Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias, que serviu de base para as citadas infrações, tem respaldo legal.

Reforça que a descrição das infrações imputadas à Autuada, está clara e precisa, a tipificação legal das irregularidades apuradas está correta e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do crédito tributário e os dados foram levantados através dos registros constantes dos arquivos EFD e notas fiscais eletrônicas do contribuinte, portanto, não pode prosperar a solicitação de diligencia fiscal.

Conclui mantendo os demais termos do Auto de Infração no valor integral, exceto parte da infração 04 e colaciona Acórdão do CONSEF referentes a julgamentos de outros processos com as mesmas infrações julgados procedentes.

Refuta o pedido de diligência pela Autuada.

A Autuada foi intimada a tomar conhecimento da informação fiscal com recebimento dos novos demonstrativos elaborados, apresentando manifestação em 18/05/2018, apensos aos autos às fls. 330 a 339, onde reafirma todos os pontos abordados na defesa, contestando os argumentos do

Autuante na informação fiscal. Por fim, reforça o requerimento de realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito e requer a improcedência do lançamento.

O Autuante presta nova informação fiscal às fls. 342 e 243, reafirmando os argumentos já expostos.

Ressalta que a manifestação não traz qualquer fato novo que não tenha sido devidamente contestado na informação fiscal já prestada, razão pela qual, deve ser desconsiderado o pedido de diligência e mantém todos os termos da autuação.

É o relatório.

VOTO

O lançamento em análise contempla nove infrações à Legislação do ICMS, das quais apenas as infrações 04, 06, 07 e 08, foram impugnadas.

Analizando os autos, verifico que o mesmo está revestido das formalidades legais exigidas, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, 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, bem como a obediência aos prazos legais e demais exigências formais constantes no RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Constatou que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, com fundamento no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, portanto, indefiro o pedido de diligência fiscal.

Analiso a seguir o mérito das INFRAÇÕES 04, 06, 07 E 08.

A Infração 04 trata de ICMS recolhido a menor, por erro na aplicação da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas por ECF.

Segundo a defesa, as saídas internas de “leite longa vida” gozam do benefício da redução da base de cálculo (art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/2012), entretanto, o Autuante considera tais operações como normalmente tributadas.

O RICMS/2012 determina:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento); (Redação originária, efeitos até 31/01/17); (Grifei).

Depreende-se claramente que o dispositivo regulamentar restringe o benefício da redução da base de cálculo ao “leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado”, portanto, não se aplica ao caso em lide, visto que não foi demonstrado nos autos que se trata de produto descrito no dispositivo regulamentar.

Sob o aspecto da violação de princípios constitucionais suscitados, registro que não cabe a este órgão julgador afastar a aplicação da Legislação Tributária Estadual, por lhe carecer competência para tal, assim como não lhe cabe decretar a constitucionalidade de dispositivos ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, em conformidade com o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Em referência aos itens que a defesa alega gozarem de isenção: arroz, filé de peixe e leite, todas com base no art. 265, inc. II do RICMS, não encontram respaldo, conforme demonstro a partir da leitura do texto do RICMS/2012.

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

a) leite pasteurizado do tipo especial, contendo 3,2% de gordura, dos tipos A e B, e de leite pasteurizado magro, reconstituído ou não, contendo 2,0% de gordura (Conv. ICMS 25/83);

(...)

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

(...)

e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado; (efeitos até 31/05/16).

a) Arroz – na infração 04 foram incluídas misturas de produtos, cereais, etc., não correspondendo a arroz puro, portanto não contemplado com a isenção;

b) Filé de peixe – fica demonstrado nos autos que parte dos produtos autuados passou por processos de industrialização, portando não se enquadram na regra citada. Acolho o argumento do Autuante referente aos produtos FILÉ DE LINGUADO 500G (NCM 03049229) e FILÉ SAINT PETER FCA CATIVEIRO KG (NCM 03044990) por gozarem do benefício da isenção do ICMS.

c) Leite – constato que no levantamento os itens relacionados não correspondem ao produto contemplado com a isenção prevista no dispositivo legal mencionado na defesa. A autuação alcança leite longa vida e leite UTH integral que tem tributação normal à alíquota de 17%.

Com relação os itens: açúcar, cabo, carne bovina, carne suína, carne de aves e massas, que a Autuada entende estarem inclusos no regime de Substituição Tributária, acolho os argumentos apresentados pelo Autuante, haja vista que efetivamente não constam no Anexo I do RICMS/2012 vigente no exercício de 2013, por identificação do NCM.

Acolho a exclusão dos valores correspondentes aos itens identificados como chocolate (enquadrados na ST) e filé de peixe, reduzindo a valor cobrado na infração 04 de R\$192.920,65 para R\$177.035,00, conforme novo demonstrativo de débito.

INFRAÇÃO 04

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2013	09/02/2013	69.747,24	17,00	60,00	11.857,03
28/02/2013	09/03/2013	60.760,71	17,00	60,00	10.329,32
31/03/2013	09/04/2013	72.994,76	17,00	60,00	12.409,11
30/04/2013	09/05/2013	60.422,82	17,00	60,00	10.271,88
31/05/2013	09/06/2013	83.658,41	17,00	60,00	14.221,93
30/06/2013	09/07/2013	76.182,06	17,00	60,00	12.950,95
31/07/2013	09/08/2013	86.384,71	17,00	60,00	14.685,40
31/08/2013	09/09/2013	84.238,59	17,00	60,00	14.320,56
30/09/2013	09/10/2013	111.280,82	17,00	60,00	18.917,74
31/10/2013	09/11/2013	104.870,41	17,00	60,00	17.827,97
31/11/13	09/12/2013	99.256,18	17,00	60,00	16.873,55
31/12/2013	09/01/2013	131.579,76	17,00	60,00	22.368,56
Total					177.034,00

Quanto às infrações 06, 07 e 08 que tratam de omissão saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, entrada de mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal (imposto devido por solidariedade e substituição tributária) apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, verifico que a Autuada não arregimenta elementos materiais que sustentem a existência de erros no levantamento de estoque realizado. Por outro lado, o Autuante procedeu de acordo com a Portaria nº 445/1998, respaldado em documentos fiscais emitidos pela empresa, enviados à SEFAZ, através da EFD, e registrados na sua escrita fiscal, que foram arrecadados junto ao contribuinte e devidamente analisados.

O uso pela Autuada no seu controle de estoque de alguns códigos de produtos com a descrição de "PRODUTO GENÉRICO" indica que a mesma não observa o que determina as normas tributárias baianas. Tal conduta não encontra respaldo no RICMS/2012, que determina no art. 205: "*O contribuinte deverá adotar código único para cada item de mercadoria ou serviço.*", sendo vedada a utilização em um mesmo exercício fiscal, de um mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço.

Na infração 06 foi reclamado o imposto relativo à omissão de saída de mercadorias por ser o valor superior ao valor apurado de omissão de entrada dos produtos sujeitos ao regime normal de apuração do ICMS, conforme determina o art. 23-B da Lei nº 7.014/96 e do art. 13, inc. I da Portaria nº 445/1998.

Por sua vez, o ICMS exigido nas infrações 07 e 08, referem-se a omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, em que a omissão de entrada ensejou a cobrança do ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário (art. 10, I da Portaria 445/1998) e devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, I, b da Portaria 445/1998).

Constatou que a Autuada descumpre a legislação do ICMS ao reconhecer que parte das diferenças devidas a quebras e perdas, sem, contudo apresentar documento fiscal regularizando o seu estoque no exercício de 2013, conforme exige o art. 312, inc. IV do RICMS/2012.

Dessa forma, ficam mantidas as exigências das infrações 06, 07 e 08.

Os Acórdãos: JJF nº 0042-03/12 (AI nº 147771.0002/11-3); JJF Nº 0071-01/13 (AI nº 147771.0002/12-1); JJF nº 0078-01/17 (AI nº 147771.0003/16-0); JJF nº 0113-03/17 (AI nº 147771.0004/16-7); JJF nº 0118-02/16 (AI nº 147771.0003/15-2); JJF nº 0126-05/15 (AI nº 147771.0002/14-8); 0130-05/17 (AI nº 147771.0001/15-0); JJF nº 0222-05/13 (AI nº 147771.0001/13-3); JJF nº 0329-05/11 (AI nº 147771.0001/11-7); CJF nº 0151-11/13 (AI nº 147771.0002/11-3); CJF nº 0185-11/10 (AI nº 2074940001/08-4), servem de suporte para o presente julgamento, visto que referem-se as mesmas infrações que já foram julgadas procedentes em outros processos.

Pelo exposto, julgo Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **1477710004/17-5**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo o Autuado ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.978.8542,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$848.618,13 e de 100% sobre R\$1.130.234,11 previstas no art. 42, incisos VII, "a" e "b", II, "a", "d" e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$795.144,47**, prevista no art. 42, inciso II, alínea "d", do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR