

A. I. N° - 147771.0001/18-4
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/08/2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0122-02/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE SAÍDAS EM VALOR SUPERIOR A OMISSÃO DE ENTRADAS. Afastada arguição de nulidade. Acusação fiscal não elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE ENTRADAS MERCADORIAS SUBSTITUÍDAS. ICMS DEVIDO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Afastada arguição de nulidade. Acusação fiscal não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUBSTITUÍDAS. ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Afastada arguição de nulidade. Acusação fiscal não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 26/03/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 2.211.442,03, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. No valor de R\$ 40.716,49. Com multa no percentual de 60%. Referente ao período de janeiro a dezembro de 2014;

Infração 02 - 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. No valor de R\$ 86.496,86, Com multa no percentual de 60%. Referente ao período de janeiro a dezembro de 2014;

Infração 03 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No valor de R\$487.268,87. Com multa no percentual de 60%. Referente ao período de janeiro a dezembro de 2014;

Infração 04 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. (saídas em transferências). No valor de R\$3.781,94. Com multa no percentual de 60%. Referente ao período de janeiro a dezembro de 2014;

Infração 05 - 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro da entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. No valor de R\$1.045.192,43. Com multa no percentual de 100%. Referente ao período de dezembro/2014;

Infração 06 - 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. No valor de R\$ 118.627,41. Com multa no percentual de %. Referente ao período de janeiro/2014

Infração 07 - 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 desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. No valor de R\$40.845,45. Com multa no percentual de 60%. Referente ao período de dezembro/2014;

Infração 08 - 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. No valor de R\$388.422,58. Com multa no percentual de 60%. Referente ao período de janeiro a julho de 2014.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes das fls. 122 a 134, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a tempestividade e descrição do lançamento de crédito tributário objeto do Auto de Infração impugnado, afirmando que será demonstrado que as exigências consubstanciadas nas infrações 05; 06 e 07 devem ser julgadas insubstinentes, razão pela qual o Contribuinte se vale da presente impugnação, visando o cancelamento do crédito tributário exigido indevidamente.

Informa que está procedendo à extinção dos créditos tributários correlatos às infrações **01** (Código 01.02.03), **02** (01.02.05), **03** (Código 03.02.02), 04 (Código 03.02.02) e 08 (Código 07.15.05), mediante pagamento, cujo comprovante de quitação diz que deverá ser apresentado oportunamente.

Sob o título “INFRAÇÕES 06; 07; E 08 – OMISSÃO APURADA EM LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE” diz que as omissões de entrada e saídas foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, por espécie de produto comercializado, cujo procedimento, regulamentado pela Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, exige um caráter abrangente e rigoroso do trabalho fiscal, nesses termos reproduz o art. 3º.

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

Aduz que sob o ponto de vista formal o procedimento adotado pela fiscalização é pertinente ao regime de exercício aberto, e não ao de exercício fechado, de modo que não encontra qualquer respaldo legal na Portaria nº 445/98, sendo, portanto, nulo.

Em relação aos vícios de natureza material, diz que o Autuante desconsiderou operações de entradas e saídas registradas em “códigos genéricos”.

Explica que a partir da aplicação da fórmula EI + Entradas – Saídas = Estoque Final, o Autuante efetuou supostas omissões de entradas/saídas, pois, sob a ótica do fiscal, as quantidades em Estoque inicial e as mercadorias adquiridas no período, se demonstram superiores/ inferiores às saídas e ao Estoque Final.

Salienta que a Impugnante utiliza em seu controle de estoque alguns códigos de produtos com descrição “Produtos Genéricos”, os quais são empregados nas hipóteses em que, no momento

das saídas ou entradas, os usuários não têm conhecimento do real código dos produtos no estoque.

Desta forma, o levantamento do fiscal não retrata a realidade do quantitativo/movimentação do estoque, pois não levou em consideração entradas e saídas de mercadorias sob código “produtos genéricos”. E diz que o Autuante desconsiderou operações registradas desses códigos.

Esclarece que, tendo em vista a quantidade de produtos diferentes, de espécies distintas, em embalagens de apresentação e quantidade diversas, oriundos de fabricantes e fornecedores distintos, o mesmo tipo (espécie) da mercadoria (gênero) é registrado no sistema da Impugnante com mais de um código, caso haja, por exemplo, mais de um fabricante daquele produto não acarretando qualquer repercussão no recolhimento do ICMS o eventual registro inadequado na entrada ou na saída de tais itens, seja no código ordinário ou no “código genérico”.

Acrescenta que, caso na entrada da mercadoria seja utilizado o “código genérico” e na saída seja utilizado o “código ordinário” (específico do produto), ou vice-versa, também será apontada a diferença de estoque ou até mesmo falta de registro de entradas ou de saídas, o que não se verifica de fato. Trata-se de uma diferença decorrente exclusivamente da forma de lançamento de informações no sistema.

Remata que, na medida em que a movimentação de estoque registrada sob tais códigos foi totalmente desprezada, os cálculos e demonstrativos apresentados, evidentemente, restaram eivados de vício, já que a fiscalização presume entradas e saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação/registro, as quais, a bem da verdade, podem ter sido operadas sob os aludidos “códigos genéricos”, e já com o destaque do tributo devido.

E por isso diz ser imprescindível a consideração da movimentação de estoque registrada nos aludidos “códigos genéricos”, para a correta quantificação de eventual diferença de estoque.

Ressalta que as infrações foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, alegando a fiscalização que houve a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável tributário.

Contudo, depreende-se da análise destas infrações e da infração 05; 06 e 07, que todas versam sobre supostas omissões de saída e entradas em exercício fechado, de modo que o procedimento correto a ser adotado pela fiscalização seria o previsto no artigo 13, inciso I, da Portaria nº 445/98:

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

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

Salienta depreender-se da leitura do dispositivo acima, que o procedimento fiscal foi realizado sem que fosse levado em consideração o quanto previsto no artigo 15 da Portaria nº 445/98, que assim dispõe:

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

I - deve ser cobrada:

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

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

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

[...]

Afirma que o procedimento adotado no presente caso, só poderia ter sido realizado caso se tratasse de exercício aberto, mas não nos casos onde o exercício é fechado, como no presente. Dizendo no mesmo sentido transcreve alguns trechos do voto proferido, no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0014/13-0.

Ainda nessa linha de raciocínio, diz haver outra decisão proferida pelo Eg. Conselho de Fazenda do Estado da Bahia no julgamento do Acórdão nº 0305-02/11, da qual transcreveu excertos.

Aduz haver comprovado a improcedência das infrações 05; 06 e 07, motivo pelo qual devem ser julgadas nulas, tendo em vista que foram lavradas sem qualquer embasamento legal previsto na Portaria nº 445/98, contrariando, especialmente, o quanto previsto nos seus artigos 13, inciso I e 15, haja vista que não poderia o fiscal ter adotado um procedimento de fiscalização pertinente ao regime aberto, em se tratando o caso de regime fechado.

Sob o título “DILIGÊNCIA FISCAL” diz que ao se constatar omissões de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque, o RICMS/BA estabelece que a base de cálculo do ICMS é calculada através das regras que delineou conforme reproduzo abaixo:

- “(i) o preço médio das saídas praticadas pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;
- “(ii) inexistindo comercialização da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado, acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese de ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;
- “(iii) inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado, atualizado monetariamente na forma prevista no art. 137 do RICMS-Ba e acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;
- “(iv) inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio das entradas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido adquirida no período fiscalizado, acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;
- “(v) quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.”

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

Ao final pede provimento à presente impugnação para julgar improcedente o lançamento, com o consequente arquivamento do presente processo.

Requer ainda a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

O Autuante se pronuncia às fls. 184 a 197, inicialmente descreve as imputações fiscais e registra que a Impugnante informou que está procedendo à extinção dos créditos tributários correlatos às infrações 01, 02, 03, 04 e 08 mediante pagamento.

Em continuação descreve às alegações defensivas acerca das infrações 05, 06 e 07 que se referem a omissão apurada em levantamento quantitativo de estoque.

Afirma que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária

pertinente, que a descrição das infrações imputadas à autuada é clara e precisa, a tipificação legal das irregularidades apuradas está correta e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado.

Diz que todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado, foram levantados através dos dados constantes dos Arquivos referentes à EFD (Escrituração Fiscal Digital) e Notas Fiscais Eletrônicas, cujos arquivos foram anexados ao Auto de Infração, através CD-R fl. 112 do PAF.

Explica que o levantamento fiscal foi efetuado em conformidade com a legislação estadual, ou seja a Portaria 445/98 e o RICMS/BA., que considerou o estoque Inicial do Exercício em (01/01/2014), as quantidades de entradas e as quantidades saídas durante este exercício e o estoque final do exercício em (31/12/2014), ou seja o levantamento quantitativo do estoque foi efetuado em Exercício Fechado.

Salienta que não foi apurado presunção de omissão de entradas e saídas, e que a diferença que gerou a omissão de saída e omissão de entrada foi resultante das quantidades constantes nos documentos emitidos e registrados na escrita Fiscal pela Autuada.

Quanto às alegações da autuada que sob o aspecto formal, em relação às infrações 06 e 07, o procedimento adotado pela fiscalização é pertinente ao regime de exercício aberto, diz não haver fundamento, uma vez que o levantamento refere-se a exercício fechado e está de acordo com o previsto na Portaria 445/98 art. 10 I, a e b.

Quanto às alegações da existência de alguns produtos cadastrados como “Produto Genérico” que não foram considerados no Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias, informa que se a defendant utilizou mais de um código para a mesma mercadoria, não observou que a Legislação não permite tal procedimento, conforme artigo 205 RICMS/12, que reproduziu.

Acrescenta que devido a grande quantidade de documentos fiscais (Notas Fiscais e Cupons Fiscais) movimentados pela empresa no exercício, a identificação por item de mercadoria deve estar contida nos Registros dos arquivos EFD (Escrituração Fiscal Digital).

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

Diz que as alegações da autuada de que uma determinada mercadoria pode ter dezenas de códigos diante de determinadas especificidades, e que os códigos distintos, não acarreta qualquer repercussão no recolhimento do ICMS, não podem ser acatadas, pois se trata de produtos diferentes, com preços diferentes, que se no momento da comercialização o operador não tiver conhecimento do código do produto, certamente terá reflexos nos valores das operações, por este motivo, cabe uma posterior e imediata retificação, para que a imperfeição não contamine o fechamento do balanço físico e contábil.

Registra que a Autuada foi intimada a processar as correções nos códigos de “Produtos Genéricos” conforme consta da Intimação fl. 10 deste Processo.

Ensina que na infração 05 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 artigo 13 da Portaria 445/98. E que o ICMS exigido nas infrações 06 e 07, refere-se a omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, em que a omissão de entrada ensejou a cobrança do ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário (art. 10, I da Portaria 445/98) (Infração 06) e devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, I, b da Portaria 445/98) (Infração 07), conforme estabelece a Portaria 445/98, que reproduziu.

Quanto aos trechos do voto proferido, no julgamento do Auto de Infração 274068.0014/13-0, salienta que este voto foi vencido, sendo proferido o Voto Vencedor pelo Não Provimento do

Recurso Voluntário, mantendo a decisão da 3^a Junta de Julgamento através do Acórdão 0041-03/14, pela Procedência do Auto de Infração, conforme Ementa que transcreve.

Dizendo para demonstrar a procedência do Auto de Infração cita e reproduz alguns exemplos de Acórdãos de Julgamentos deste CONSEF, sobre a matéria em discussão, referentes a Autos de Infração lavrados contra a Impugnante que foram julgados Procedentes.

E conclui que não podem ser acatadas as alegações da autuada, pois as Infrações 05, 06 e 07 estão respaldadas na Legislação Estadual, portanto mantém integralmente os valores reclamados, ou seja, R\$1.045.192,43, R\$118.627,41 e R\$40.845,45 respectivamente.

Acrescenta que a autuada “já teve vários autos de infração com esta mesma alegação, cujos ilustres Julgadores não acataram as alegações da autuada, tais como: (PAF 1477710001117 Acórdão 3290511 , PAF 1477710002113 Acórdão 420312, PAF 1477710003101 Acórdão 1030511, 670113 do PAF 147771.0001/12-5, 710113 do PAF 147771.0002-12/1), e 0222-05/13 do PAF 1477710001/13-3, 0151-11/13 do PAF 147771.0002/11-3 (1^a Câmara) e PAF 1477710002/13-0, com o brilhante voto vencedor do Conselheiro José Raimundo Conceição contendo esta infração julgado procedente por este D. Conselho, ACORDÃO CJF Nº 0149-12/16 do PAF 47771.0003/14-4, ACÓRDÃO JJF Nº 0118-02/16 do PAF 147771.0003/15-2 .”

Aduz que no Levantamento Quantitativo de Estoque por Espécie por Mercadorias, foram relacionados todos os documentos que compõem o total de entradas e de saídas correspondentes a cada item constante do levantamento e entregues à autuada através dos demonstrativos constantes do Auto de Infração e do CD-R que foi anexado ao auto com cópia entregue também a autuada conforme recibo anexado ao PAF (fls. 117 a 119).

Ressalta que se a autuada afirma que foram cadastradas algumas mercadorias como Produto Genérico, ela deveria ter apresentado as provas das suas alegações relacionando os documentos fiscais de cada item que não foram considerados no Levantamento Fiscal.

Frisa que a alegação da autuada demonstra que existem problemas operacionais do contribuinte que não foram devidamente analisados e evitados pela empresa para o devido cumprimento à Legislação Estadual.

Quanto ao pedido de diligência reafirma que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente. 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 débito tributário. E que, portanto, não pode prosperar a solicitação de Diligencia fiscal, uma vez que os autos estão devidamente instruídos.

Conclui pela manutenção do Auto de Infração no valor de R\$2.211.442,03, esperando que o auto de infração seja julgado PROCEDENTE.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, 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.

Preliminarmente registro que a Impugnante informou que está procedendo à extinção dos créditos tributários correlatos às infrações **01** (Código 01.02.03), **02** (01.02.05), **03** (Código 03.02.02), **04** (Código 03.02.02) e **08** (Código 07.15.05), mediante pagamento, cujo comprovante de quitação diz que deverá ser apresentado oportunamente. Portanto, estas infrações não fazem parte da presente demanda.

Sendo assim a contenda restringe-se às infrações 05; 06 e 07 as quais se referem à exigência de



ICMS devido decorrente de omissões de entradas e saídas de mercadorias apuradas a partir do levantamento quantitativo de estoques.

A infração 05 refere-se à apuração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis por terem sido efetuadas sem a emissão de documentação fiscal, e portanto, sem a respectiva escrituração, tendo em vista que, tendo-se apurado tanto omissão de entradas quanto omissão de saídas, a apuração de saídas efetivas omitidas foi superior a das entradas omitidas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

A infração 06 refere-se a apuração de falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

A infração 07 refere-se a falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária desacompanhada de documento fiscal, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.

De pronto verifico dos autos que o levantamento fiscal atendeu todas as exigências previstas pela Portaria nº 445/98, portanto, retrata a realidade da movimentação mercantil da Impugnante de acordo com sua escrituração fiscal, e que as conclusões do trabalho fiscal, bem como todo o procedimento realizado são afeitos à Auditoria de Estoques de Mercadorias através de levantamento quantitativo em exercício fechado, tendo verificado que o levantamento fiscal se apresenta absolutamente adequado ao seu desiderato, em nada se confundindo com o levantamento de estoques em exercício aberto como alega a defesa.

Não prospera a alegação de que o Autuante desconsiderou operações de entradas e saídas registradas em “códigos genéricos”, pois se Impugnante utilizou em seu controle de estoque alguns códigos de produtos com descrição “Produtos Genéricos”, o fez em desacordo com a legislação, e se este fato lhe trouxe algum prejuízo deve apresentar suas alegações de forma objetiva, apontando a ocorrência que alega em função de cada produto que entende haver resultado em distorção do cálculo, conforme exige o art. 8º, inciso IV do RPAF.

Outrossim, não há cabimento na atitude da Impugnante em requerer nulidade do Auto de Infração por motivo para qual foi a única causadora, essa conduta encontra impedimento legal previsto no Código de Processo Civil – CPC em seu art. 276, que reproduzo abaixo:

“Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.”

Trata-se de abominável comportamento que se deve repelir especificamente em relação às nulidades processuais, não se deve admitir que a pessoa que gerou a nulidade a argua em seu benefício, posto ser comportamento contraditório que fere a boa-fé objetiva processual. Portanto, afasto a arguição de nulidade em questão, pois a conduta de escrituração fiscal da Impugnante contraria a legislação do ICMS *ex vi* do artigo 205 RICMS/12, por conseguinte, as consequências dessa conduta irregular, jamais poderá lhe aproveitar como argumento pela nulidade do feito. Nada lhe impedindo, ao revés, que apresente os códigos corretos e proponha objetivamente às correções a serem perpetradas.

Nesse aspecto, vale registrar que o Autuante informou haver intimado a empresa a realizar estas correções e que a mesma não atendeu ao requisitado, como comprova através da Intimação fl. 10 dos autos.

Não procede também a alegação defensiva de que o procedimento fiscal foi realizado sem que fosse levado em consideração o quanto previsto no artigo 15 da Portaria nº 445/998, pois esse dispositivo não guarda relação com o feito. Como expliquei e se depreende a *prima facie* o

levantamento quantitativo foi realizado em exercício fechado e dessa forma a base foi o art. 10 da Portaria 445/98.

Este dispositivo sustenta o procedimento fiscal de forma inequívoca, porquanto estabelece que se tratando de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria tiver saído sem tributação, que foi a situação apurada, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal.

Como ordena o referido artigo, deve também ser exigido o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, tudo conforme competentemente realizado pelo Autuante em relação às infrações 06 e 07.

Também não socorre a defesa buscar apoio no julgamento do Auto de Infração 274068.0014/13-0, pois o voto que evocou foi vencido, tendo prevalecido o Voto Vencedor pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, mantendo a decisão da 3ª Junta de Julgamento através do Acórdão 0041-03/14, pela Procedência do Auto de Infração, sendo assim contrário à pretensão da defesa.

Da mesma forma ocorreu com a decisão proferida pelo Eg. Conselho de Fazenda do Estado da Bahia no julgamento do Acórdão nº 0305-02/11, que também foi reformada pela 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL no ACÓRDÃO CJF Nº 0242-11/13: Veja-se:

“b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Restou comprovado que o demonstrativo relativo à exigência do ICMS na infração 1 (omissão de saída > omissão de entrada) restringiu-se às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação e a base de cálculo da omissão de entrada apurada na infração 2 refere-se apenas às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Consequentemente, não há correlação entre a apuração da base de cálculo entre a primeira e a segunda infração e correta a exigência do imposto na infração 2. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida.”

Por todo o exposto, afasto a diligência fiscal pretendida, tendo em vista constatar que o procedimento fiscal é absolutamente claro, sobretudo porque os elementos constantes dos autos são suficientes para a perfeita cognição sobre o procedimento fiscal.

E nessa esteira voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147771.0001/18-4, lavrado contra a empresa **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.823.019,45**, acrescido das multas de 60% sobre R\$659.199,61 e de 100% sobre R\$1.163.819,84, previstas no art. 42, VII, “a”, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$388.422,58**, prevista no art. 42, II, “d” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR