

**A. I. N°** - 123430.0002/08-7  
**AUTUADO** - LOJAS RIACHUELO S/A  
**AUTUANTE** - ROSY MERY TAVARES DE OLIVEIRA, ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e  
CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 15/10/2009

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0314-03/09**

**EMENTA:** ICMS. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. PEDIDO DE BAIXA DE INSCRIÇÃO CADASTRAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Conforme previsão legal, considera-se saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 11/12/2008, refere-se à exigência de R\$571.651,56 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto relativo ao estoque final, quando do encerramento das atividades do autuado, conforme escrituração realizada no livro Registro de Inventário. Consta, ainda, que a fiscalização é resultado do pedido de baixa da inscrição estadual do estabelecimento que funcionava como depósito fechado da filial situada no Shopping Lapa, tendo sido constatada a falta de retorno das mercadorias inventariadas e escrituradas em 31/12/2005 e, conseqüentemente, o não recolhimento do ICMS devido. Em declaração fornecida pelo autuado, a partir de janeiro de 2006 não houve movimentação de mercadorias, sendo informado pela fiscalização que foi realizado o trancamento do primeiro formulário contínuo não utilizado, para comprovar a falta de movimentação após a última nota fiscal emitida, de número 8097, formulário de nº 7652. Também foi informado, que foi realizada circularização com todas as filiais deste Estado, e não foi identificado nenhum recebimento das mercadorias em estoque.

O autuado apresentou impugnação (fls. 82 a 91), alegando que não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS. Diz que foi emitida a correspondente nota fiscal para cada transferência de mercadoria da loja com destino ao depósito, e partindo-se da constatação de que a quantidade física das mercadorias em estoque na loja permaneceu preservada, chega-se à conclusão de que todas as mercadorias comercializadas foram submetidas à regular tributação e aquelas em estoque sofrerão a devida tributação na medida da realização de cada operação de venda, conseqüentemente, o recolhimento do ICMS será realizado, obedecendo ao mecanismo previsto na legislação. Assim, o autuado alega que a mesma mercadoria remetida da loja ao depósito fechado, operação que foi acompanhada da respectiva nota fiscal, sendo mais tarde devolvida ao estabelecimento comercial, é posteriormente comercializada, com o respectivo recolhimento do ICMS devido. Diz que a operação de retorno de depósito não se submete ao recolhimento do ICMS e nem propicia ao estabelecimento comercial a possibilidade de creditamento decorrente das entradas verificadas, tendo em vista que sobre o depósito não há atribuição legal de recolhimento do ICMS, tratando-se meramente como uma efetiva extensão do estoque do estabelecimento comercial. Reafirma que foram preservadas as quantidades de mercadorias em estoque na loja, mesmo com as transferências ao depósito e posterior retorno, e a pretensão fiscal de se submeter à tributação a operação de retorno do depósito configura-se como um

descumprimento efetivo do regramento estipulado pelo princípio da não-cumulatividade do ICMS. Entende que a pretensão fiscal mereceria guarida caso fosse propiciado ao contribuinte, em contrapartida, o crédito fiscal pela entrada das mercadorias em procedimento de retorno, o que não é permitido pela legislação estadual. O defendente comenta sobre o princípio da não-cumulatividade e transcreve trecho do parecer elaborado pelo professor José Eduardo Soares de Melo, que trata dos fundamentos do direito ao crédito do ICMS. Reproduz, também, o pensamento de Waldir Luiz Braga apresentado na “Revista Dialética de Direito Tributário nº 56 pg. 118”. Em seguida, diz que a Constituição Federal prevê que o ICMS será não-cumulativo, cita o art. 155, § 2º, inciso I da mencionada Constituição Federal, e apresenta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à transferência física de mercadoria, que não dá ensejo à configuração do fato gerador do ICMS. Reafirma que o depósito fechado nada mais é do que uma extensão do estoque do estabelecimento comercial, e partindo-se da contagem física procedida nos livros e documentos fiscais disponíveis, é perfeitamente identificável a inexistência de qualquer quantidade de peças em estoque no estabelecimento comercial. Informa que toda a documentação relativa às operações do período fiscalizado permanece disponível, salientando que a acusação sem o necessário aprofundamento nos elementos de prova disponibilizados pelo contribuinte, passa a escorar-se unicamente em meros indícios. Comenta sobre ensinamentos de Luiz Henrique Barros de Arruda, protesta pela produção de eventuais elementos adicionais de prova, tanto por iniciativa do defendente como por determinação deste órgão julgador. Pede a improcedência do presente Auto de Infração, e caso assim não for entendido pelo órgão julgador, que se determine a possibilidade de aproveitamento dos créditos fiscais decorrentes da entrada das mercadorias remetidas pelo depósito fechado em consonância com o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 101/102 dos autos, dizem que as alegações do autuado para comprovar que as mercadorias em questão retornaram ao estabelecimento, não possuem respaldo jurídico, haja vista que a prova deve ser estritamente documental, o que não foi apresentado pelo defendente. Informam que o autuado não faz prova através de nota fiscal de retorno das mercadorias descritas no livro Registro de Inventário às fls. 29 a 59, tendo em vista que a última nota fiscal de retorno emitida foi a de número 8097, datada de 13/01/2005 (fl. 15), demonstrando que não houve a movimentação alegada pelo autuado. Afirmam que, se o autuado declara que não houve movimentação das mercadorias e não apresentou prova documental de retorno antes do encerramento das atividades e se o depósito fechado encerrou suas atividades em 31/12/2005, presume-se que essas mercadorias foram efetivamente comercializadas sem recolhimento do ICMS. Salientam que o autuado, à fl. 91, admite a hipótese da prática da infração apurada, ao solicitar o aproveitamento do crédito fiscal decorrente das entradas dessas mercadorias. Quanto ao referido pedido de aproveitamento de crédito fiscal decorrente da aquisição dessas mercadorias, dizem que não pode ser acatado, porque o mencionado crédito já foi utilizado quando da aquisição das referidas mercadorias pela filial Lapa. Observam que o presente lançamento trata da presunção de venda de mercadoria sem a contabilização e pagamento do ICMS. Houve a entrada, mas a saída em caráter de transferência ou retorno, não foi devidamente comprovada pelo defendente. Confirmam as informações prestadas e os valores apurados nas fls. 01 a 77 dos autos.

Considerando os argumentos apresentados pelo defendente, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 106), para o autuante intimar o autuado a comprovar com livros e documentos fiscais, a alegação de que foram preservadas as quantidades de mercadorias em estoque na loja, mesmo com as transferências ao depósito e posterior retorno, devendo também comprovar as demais alegações, inclusive a contagem física do estabelecimento comercial identificando as mercadorias existentes no estoque do estabelecimento autuado que foram comercializadas ou que ainda se encontram em estoque.

Intimado a apresentar os documentos necessários ao cumprimento da diligência fiscal, o autuado apresentou a petição de fls 111/113, informando que utilizou um CD que acostou aos autos, face ao expressivo volume de dados compilados referentes ao período fiscalizado. Diz que foram identificadas as quantidades em estoque no estabelecimento comercial, considerando-se as operações de remessa e retorno do depósito fechado. Reitera os termos da impugnação inicial; protesta pela produção de provas adicionais, caso seja este o entendimento da autoridade julgadora e pede a improcedência da autuação fiscal.

Os autuantes prestaram nova informação fiscal às fls.117/119, dizendo que nenhum fato novo foi trazido ao presente PAF, inexistindo comprovação do pagamento do ICMS quando do encerramento das atividades do depósito fechado. Salientam que a transferência em retorno de um depósito fechado ao estabelecimento de origem não é tributada pelo ICMS, mas o destino incerto das mercadorias quando do encerramento de atividade do depósito fechado é devidamente tributado. Em relação ao CD acostado aos autos pelo defendente, dizem que o mencionado CD contém três arquivos com as notas fiscais de entrada e saída da loja com inscrição estadual 59.374.958, corroborando com a autuação, haja vista que estas notas fiscais é que serviram de base para a lavratura do presente Auto de Infração. Em seguida, elaboram às fls. 120 a 122, planilhas correspondentes às saídas e retornos de mercadorias, demonstrando a existência de diferenças entre as remessas e os retornos de mercadorias remetidas para depósito fechado nos exercícios de 2003 a 2005, tudo com base nos arquivos enviados pelo contribuinte. Esclarecem que as mencionadas tabelas indicam que em todos os exercícios houve diferença em relação ao retorno das mercadorias do depósito fechado para a loja. Dizem que estão acostando aos autos resumos anuais (2003 a 2005) da comercialização da loja de inscrição estadual 59374958, agrupados por CFOP, utilizado pelo autuado, estando em negrito o CFOP para as operações para o depósito fechado. Concluem informando que diante dos números apurados no levantamento fiscal e com base no livro Registro de Inventário do depósito fechado (fl. 58), não foi comprovada qualquer emissão de documento fiscal após 31/12/2005 correspondente ao retorno das mercadorias ao estabelecimento de origem. Reiteram o pedido de procedência do presente Auto de Infração.

Considerando que não constava nos autos a comprovação de que o autuado recebeu cópia da última informação fiscal e planilhas elaboradas pelos autuantes, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fl. 126) para a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer cópias das fls. 117 a 122, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo, sobre os elementos fornecidos.

O defendente foi intimado e se manifestou às fls. 131/132, aduzindo que em sua impugnação contestou o entendimento apresentado pelos autuantes, na medida em que as mercadorias retornaram à loja em igual proporção, não havendo qualquer distorção no estoque da loja. Salienta que as operações de retorno de depósito não se submetem ao recolhimento do ICMS e nem propicia ao estabelecimento comercial a possibilidade de creditamento do imposto. Diz que a alegação de que foi preservada a quantidade física das mercadorias em estoque na loja é decorrente da conclusão de que todas as mercadorias comercializadas foram submetidas à regular tributação e aquelas em estoque sofrerão a devida tributação, na medida de sua comercialização. Entende que os elementos disponibilizados para a realização da diligência atestam as suas alegações por inexistir qualquer distorção na quantidade de peças em estoque no estabelecimento comercial. Reitera os termos da impugnação e pede a improcedência do presente lançamento.

#### **VOTO**

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS por falta de recolhimento do imposto correspondente ao estoque final quando efetuado o pedido de baixa da inscrição estadual do estabelecimento que funcionava como depósito fechado da filial situada no Shopping Lapa. Foi

constatada a falta de retorno das mercadorias inventariadas e escrituradas em 31/12/2005, conforme livro Registro de Inventário.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado declarou que a partir de janeiro de 2006 não houve movimentação de mercadorias, sendo informado pela fiscalização que foi realizado o trancamento do primeiro formulário contínuo não utilizado, para comprovar a falta de movimentação após a última nota fiscal emitida, de número 8097, formulário de nº 7652.

Em sua impugnação, o sujeito passivo alegou que foram preservadas as quantidades de mercadorias em estoque na loja, mesmo com as transferências ao depósito e posterior retorno, e que, partindo-se da contagem física procedida nos livros e documentos fiscais disponíveis é perfeitamente identificável a inexistência de qualquer quantidade de peças em estoque no estabelecimento comercial.

Foi realizada diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, e o autuado acostou aos autos um CD, que foi analisado pelos autuantes. Informaram que o mencionado CD contém três arquivos com as notas fiscais de entrada e saída da loja com inscrição estadual 59.374.958. Elaboraram às fls. 120 a 122, planilhas correspondentes às saídas e retornos de mercadorias, demonstrando a existência de diferenças entre as remessas e os retornos de mercadorias remetidas para depósito fechado nos exercícios de 2003 a 2005. Assim, com base nos arquivos apresentados pelo contribuinte, o autuantes esclarecem que as mencionadas tabelas indicam que em todos os exercícios houve diferença em relação ao retorno das mercadorias do depósito fechado para a loja.

Observo que o art. 125, inciso VI, do RICMS/BA estabelece que o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário no ato da apresentação do requerimento de baixa de inscrição, relativamente ao imposto devido sobre o estoque final.

O autuado alega que as operações de retorno de depósito não se submetem ao recolhimento do ICMS e nem propicia ao estabelecimento comercial a possibilidade de creditamento do imposto. Entretanto, os autuantes informam, com base no livro Registro de Inventário do depósito fechado (fl. 58), que não foi comprovada qualquer emissão de documento fiscal, após 31/12/2005, que comprovasse o retorno das mercadorias ao estabelecimento de origem. O levantamento efetuado demonstra a existência de diferenças entre as remessas e os retornos de mercadorias do depósito fechado, e na descrição dos fatos os autuantes dizem que foi realizada circularização com todas as filiais deste Estado, e não foi identificado nenhum recebimento das mercadorias em estoque.

Não se trata de tributar operações de retorno de depósito, como alegou o autuado. No caso em exame, não ficou comprovado nos autos o retorno das mercadorias para a loja ou a transferência para outro estabelecimento, por isso, entendo que está correta a exigência fiscal, por falta de pagamento do imposto relativo ao estoque final, estando caracterizada a infração apontada no presente Auto de Infração.

Quanto ao pedido apresentado pelo defendente, para aproveitamento dos créditos fiscais relativos a essas mercadorias, concordo com a opinião dos autuantes, de que tais créditos já foram utilizados quando da aquisição das referidas mercadorias pela filial Lapa.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que se considera saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123430.0002/08-7, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor

total de **R\$571.651,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA