

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0026/13-2
RECORRENTE - LOJAS RIACHUELO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0025-05/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0366-11/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA: **a)** ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MERCADORIA COM ETAPA DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 3. MERCADORIA COM SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO. PRODUTOS TRIBUTÁVEIS. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA: **a)** PAGAMENTO INTEMPESTIVO. MULTA. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO DO ESTOQUE DAS MERCADORIAS QUE FORAM ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Reapresentadas as alegações da defesa, sem fazer se acompanhar de qualquer prova ou fato novo. Argumentos recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JJF nº 0025-05/14, no qual julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 24/09/13, que reclama ICMS e multa percentual no total de R\$65.857,60, relativo às seguintes infrações:

- 1. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, sendo o valor da Omissão de Entradas (R\$232.781,12), portanto, superior ao valor da Omissão de Saídas (R\$144.075,81). Conforme Anexo 1 -R\$39.562,36. Multa de 100%.*
- 2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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, conforme Anexo 2 - R\$2.849,97. Multa de 100%.*
- 3. 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 terceiros*

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, conforme Anexo 3 - R\$1.146,10. Multa de 60%.

4. *Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, sendo o contribuinte não observou o RICMS no seu Art. 93 Parágrafo 17 Inciso IV (IV- o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês). Conforme Anexo 4 - R\$3.577,85. Multa de 60%.*
5. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Anexo 5 - R\$3.374,74. Multa de 60%.*
6. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo que o Contribuinte deu saída da mercadoria produtos de ótica sem tributação, quando o referido produto já não se encontrava na Substituição Tributária, cf. Anexo 6 - R\$10.283,98. Multa de 60%.*
7. *Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, cf. Anexo 7 - R\$3.789,63. Multa de 60%.*
8. *Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, sendo que o contribuinte deixou de ajustar o ESTOQUE DE TRAVESSEIROS, deixando, portanto, de antecipar o imposto devido relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 2011, posto que, o produto passou a ser tributado pelo regime da Substituição Tributária, a partir de MARÇO DE 2011. Conforme Anexo 8 - R\$1.272,97. Multa de 60%.*

Na Decisão proferida pela 5ª JJF (fls. 160/163), inicialmente foi afastado a preliminar de nulidade arguida fundamentando que a mesma foi feita de forma genérica, sem indicar qual o aspecto formal do lançamento foi descumprido, sem demonstrar inconsistências existentes no levantamento de estoque, que foi realizado com base nos procedimentos previstos na Portaria 445/98, tendo o sujeito passivo exercido a defesa e o contraditório.

Também, foi indeferido o pedido de realização de perícia fiscal, com fulcro no art. 147, II “a” e “b” do RPAF/99, justificando que os elementos existentes no processo eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, e depender de provas que poderiam ser juntadas pelo autuado. No mérito, fundamentou que:

Quanto à infração 1, foi apurada através do levantamento de estoque, presunção de omissão de saída, com amparo no art. 4º, §4º da Lei nº 7014/96.

Conforme já alinhado na análise das arguições de nulidade, o levantamento de estoque foi realizado com base na Portaria nº 445/98, tendo como dados os arquivos fornecidos pelo autuado. Assim, foram apresentados relatórios do Levantamento Quantitativo de Estoque Omissão Exercício Fechado com levantamento completo constante do CD Fls. 97 a 99, indicando as mercadorias que apresentaram omissão. Ressalta o autuante que todas as mercadorias elencadas contêm código, descrição, tipo de unidade, quantidade de entrada e saída de mercadoria, estoque inicial, estoque final, preço médio, e apresenta, para cada tipo codificado, a omissão de saída ou de entradas de mercadorias, com a respectiva base de cálculo.

Foram disponibilizados para o autuado outros tipos de relatórios, como Percentual das saídas tributadas; Preço Médio Entradas; Preço Médio Saídas; Relação das Notas Fiscais de Entrada; Relação das Notas Fiscais de Entradas com Omissão Saídas; Relação das Notas Fiscais de Saídas com omissão de Saídas; Relação das Notas Fiscais Saída.

No que tange as arguições de roubo ou mudança de códigos dos produtos, apesar de alegados não foram demonstrados, ou seja, não consta prova de tais ocorrências. Tem razão o autuante quando afirma que não há, por parte do contribuinte, nenhuma contestação de valor, quantidade, unidade de qualquer mercadoria que consta do levantamento de estoque, pois no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, superadas as questões formais, caberia o autuado demonstra erros ou incorreções nos estoques, final e inicial, erros nas entradas, nas saídas ou no preço médio, o que não ocorreu.

Cabe a transcrição do Art. 60, RICMS/BA: “A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações”, é: II - tratando-se de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valor unitário da mercadoria: a) apurando-se omissão de saídas: 1 - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver

sido comercializada no período fiscalizado;

Quando a arguição do autuado em relação as infrações 2, 3 e 5 : “Nas alegações das infrações 2, 3 e 5 - Falta de Recolhimento de Imposto - ressalta que o ICMS foi recolhido pontualmente e integralmente, demonstrando a falta de liquidez da autuação, a qual deverá ser anulada.”, se verifica que não ha qualquer prova do alegado.

Constato que realmente as argumentações do Impugnante foram às mesmas sustentadas no julgamento que resultou no Acórdão Nº 17105-12, com Decisão pela procedência da mesma infração.

Diante do exposto, considero mantidas as infrações 1, 2, 3 e 5 do Auto de Infração.

Quanto à infração 4, que demonstra o autuante ter o sujeito passivo utilizado indevidamente a mais o crédito relativo ao ativo permanente, pois não atentou para a proporcionalidade que deve ser observada dentro do mês de aquisição dos produtos. Exemplifica o autuante: se um bem foi incorporado ao Ativo Imobilizado no dia 25 do mês de setembro, ele teria direito a 5/30 do crédito deste mês. Contudo, o contribuinte em vez de se creditar no mês da incorporação dos x/30 ou x/31 se creditou integralmente dos 1/48, desta forma não observou o Art. 93 Parágrafo 17 Inciso IV. Reproduz o dispositivo.

Assim, fica mantida a infração 4.

No que alude as infrações 6 e 7, em relação à infração 6 se trata de vendas de mercadorias dentro do Estado da Bahia com aplicação pelo autuado foi de Alíquota 0%, contudo deveria ser tributada a 17%, na medida em que, diferente do alegado pelo impugnante, óculos e seus acessórios, não se encontram na Substituição Tributária desde 01 de março de 2008, por meio do Artigo 5º, inciso II do Decreto Estadual nº 10.710 de 18 de dezembro de 2007, conforme texto transcrito a seguir. In verbis:

Art. 5º - Ficam revigoradas até 29 de fevereiro de 2008 as seguintes disposições constantes do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997:

I - o item 31 do inciso ii do caput do art. 353, com a redação vigente em 30 de novembro de 2007;

II - o item 33 do anexo 88, com a seguinte redação:

		MVA (%)	
ITEM	MERCADORIA	AQUISIÇÕES NA INDÚSTRIA	AQUISIÇÕES NO ATACADO
33	PRODUTOS DE ÓPTICA	70%	70%

Exigiu o imposto corretamente o autuante visto ficaram confirmadas as vendas dos produtos sem tributação após 29 de fevereiro de 2008.

Quanto ao entendimento do sujeito passivo, com base doutrinária e jurisprudencial, citando o Superior TRIBUNAL de Justiça (Súmula nº 166) que firmou entendimento de que “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, ocorre que o art. 12, I da Lei Complementar nº 87/96, e o art. 4º, I da Lei nº 7014/96, asseguram a ocorrência do fato gerador nas saídas de mercadorias de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, conforme o art. 2º, I do Regulamento ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 in verbis:

“Art.2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

I – Da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;”

É importante registrar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, especialmente no que alude a Súmula nº 166 do STJ, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de Decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA, especialmente no que se refere às arguições de violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, que estão todas no campo da inconstitucionalidade.

Quanto à infração 7, cabem as arguições quanto à substituição tributária acima, bem como a questão da Súmula nº 166, além do fato de que o autuado não demonstrou ter recolhido o imposto antecipado, contudo efetuou as saídas tributadas, conforme apurou o autuante.

Assim, ficam mantidas as infrações 6 e 7.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional

não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Em relação à infração 8 o sujeito passivo se limita a afirmar que não deixou de ajustar o estoque referente a transações, contudo não troxe aos autos de que recolheu por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária, deixando de antecipar o imposto devido relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 2011, posto que, o produto passou a ser tributado pelo regime da Substituição Tributária.

Assim, mantenho a infração 8.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 175 a 206), o recorrente ressalta que apresentou defesa, cujos argumentos não foram acolhidos na Decisão da Primeira Instância, que deve ser revisto, por estar sendo coagido de forma injusta a pagar imposto e multa exorbitante.

Em seguida reapresentou na sua quase totalidade os argumentos da defesa inicial, em síntese:

Infração 1 (omissão de entradas): comercialização uma expressiva variedade de produtos, com tamanho e cores diversas, emitindo cupons fiscais regularmente, com recebimento por meio de cartão de crédito (próprio ou de terceiros), ocasionado trocas e perdas de etiquetas o que gera distorções nas entradas e saídas de mercadorias.

Argumenta que as omissões de entradas ou saídas decorrem de erro nas trocas de etiquetas, de tamanhos diferenciados cujos códigos são diferentes (P, M, G), além dos furtos que ocorrem muitas vezes. Afirma que todas as entradas e saídas de produtos são feitas mediante emissão e escrituração de documentos fiscais e a exigência do ICMS relativo às omissões apuradas caracteriza duplicidade na exigência do imposto.

Afirma que tais argumentos podem ser constatados por meio de provas periciais, que foi denegada pelo órgão julgador da primeira instância, culminando na nulidade da autuação.

Infrações 2, 3 e 5 (solidariedade, antecipação tributária e utilização indevida de crédito/pagamento antecipado), reafirma que o ICMS foi recolhido pontualmente e integralmente, sendo injusta a acusação por falta de liquidez da autuação, a qual deve ser anulada.

Infração 4 (utilização indevida de crédito de ICMS/ativo), afirma que deve ser verificado a metodologia aplicada pela fiscalização na apuração dos créditos provenientes da aquisição de ativo permanente, que de forma simplista glosou todos os créditos apropriados, invertendo o ônus da fiscalização de demonstrar a idoneidade desses créditos.

Afirma que este procedimento é considerado inepto no poder judiciário, visto que escriturou os créditos fiscais relativos às mercadorias adquiridas destinadas a compor o seu ativo permanente, obedecendo ao princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, II, § 20, I e II, da CF.

Transcreve texto de doutrinadores acerca do princípio da não cumulatividade e que o legislador infra-constitucional não pode estabelecer limitações ao direito de utilização de créditos fiscais para compensar com o débito do imposto nas operações mercantis posteriores. Requer correção da Decisão, diante da inobservância dos procedimentos fiscais básicos contaminados.

Infrações 6 e 7 (falta de pagamento por antecipação do ICMS sobre aquisição de produtos de ótica e multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária).

Discorre sobre o mecanismo da Substituição Tributária, cujos produtos de ótica estão submetidos e afirma que a fiscalização não considerou que as mercadorias objeto da autuação estão sujeitas ao pagamento do ICMS ST, o que afirma não ter ocorrido.

Argumenta que mesmo que fosse possível discutir o recolhimento do tributo seria necessário discutir primeiramente a operação de transferências realizadas entre filiais do mesmo contribuinte, que entende os Tribunais Superiores não incidir ICMS, por não configurar circulação de mercadorias ao teor do art. 155, II da Constituição Federal.

Transcreve ementa de julgados (AI 618947 AgR e AI 693714 AgR; AI 618947 AgR) e o teor da Súmula nº 166 do STJ: *Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*, apreciado no Recurso Especial Repetitivo nº 11251 33/SP, obrigando outros tribunais a decidirem da mesma forma (REsp 1125133/SP), ao contrário do que estabelece o art. 12 da LC 87/96: *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: 1— da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*.

Cita outras decisões e esclarece que as operações objeto da autuação se trata de transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos (Filial Natal - Filial Salvador) e que de acordo com as decisões pacíficas nos Tribunais Superiores, não há incidência de ICMS. Requer reforma da Decisão em razão de não ter deixado de cumprir com suas obrigações tributárias.

Infração 8 (ajuste de estoques de travesseiros). Afirma que esta mercadoria foi incluída no regime de ICMS-ST, fez o ajuste dos estoques e é injusta a imputação da acusação.

Quanto às multas aplicadas com percentuais de 60 e 100%, argumenta que devem ser afastadas por serem abusivas, excessivas e configura verdadeiro abuso do poder fiscal nos termos do art. 150 da CF. Cita texto de doutrinadores acerca de multas abusivas e confiscatórias; conversão de obrigação acessória em *principal, inclusive da prevalência de aplicação de multa mais favoráveis ao acusado nos termos do art.112 do CTN*.

Por fim, requer provimento do Recurso Voluntário e cancelamento do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, no Parecer exarado às fls. 216/217 observa inicialmente que o recorrente repete os mesmos argumentos aduzidos na impugnação, sem juntar qualquer prova ou argumento novo.

Afirma que os argumentos reapresentados são de forma genérica, sem colacionar qualquer documento fiscal para provar o alegado, conforme demonstrativos fiscais constante dos autos, configurando simples negativa do cometimento das infrações, o que não afasta a presunção de legitimidade do lançamento, a luz do art. 143 do RPAF/BA.

Ressalta que as multas aplicadas são previstas na Lei nº 7.014/96 e são adequadas às infrações apuradas, cabendo ao órgão julgador a sua aplicação. Opina pelo Improvimento do Recurso.

VOTO

Conforme ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, no Recurso Voluntário interposto, o sujeito passivo repete os mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial, sem apresentar qualquer prova documental.

No tocante à infração 1, foi apurado omissão de entrada de mercadorias, apurado em auditoria de estoques, tendo sido exigido ICMS com base em presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96).

Diante dos argumentos de que as omissões apuradas decorrem de erro com trocas de etiquetas, tamanhos diferenciados por códigos (P, M, G) e furtos, a Decisão da primeira instância fundamentou que o levantamento fiscal foi feito com base em dados dos arquivos fornecidos pelo próprio autuado, cujos demonstrativos foram fornecidos ao sujeito passivo.

Pelo exposto, tendo sido entregue ao estabelecimento autuado os demonstrativos nos quais foram computadas as quantidades de mercadorias registradas como estoque inicial, somada as quantidades que ingressaram no estabelecimento (compras, transferências, devoluções, etc) totalizando as quantidades disponíveis, que deduzido das quantidades registradas no estoque final, resulta na **saída real** em quantidade e comparado com as quantidades saídas constantes dos documentos fiscais emitidos e escriturados regularmente, em se tratando de imposto exigido por meio de presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), é facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

Embora seja plausível a ocorrência de falhas no controle interno, como troca de etiquetas ou

furtos, de forma objetiva, a empresa diante do que foi acusado, deveria fazer prova de tais fatos, inclusive das providências adotadas para ajuste do estoque. Ressalta-se que foi apurada omissão de entrada e se computado as quantidades por ventura furtadas, aumenta a omissão e entrada.

Como não foi demonstrado qualquer erro no trabalho da fiscalização, as alegações implicam em simples negativa do cometimento da infração, o que não o desonera da responsabilidade pelo pagamento do imposto exigido (art. 143 do RPAF/BA). Fica mantida a Decisão (infração 1).

No que se referem às infrações 2, 3 e 5, o sujeito passivo reafirma que o ICMS foi recolhido pontualmente e integralmente. Por sua vez, a JJF fundamentou que estes argumentos foram apresentados em outra autuação (Acórdão nº 0171-05/12), que não foram acolhidos.

Verifico que o Anexo II e III (fls. 16 a 20) demonstram aquisições de mercadorias que estão enquadradas no regime de substituição tributária (chinelo, travesseiro, tapete, pantufa), sem documentação fiscal, o que configura responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS (art. 39, IV do RICMS/97) e do pagamento do ICMS por antecipação (art. 322 e 61, II do RICMS/97).

Da mesma forma, o Anexo V (fls. 27 a 34) relacionam mercadorias que estão submetida ao regime de substituição tributária (tênis, bolsa, carteira, sapato, mochila), cujo crédito fiscal foi escriturado de forma indevida, ao teor do art. 97, IV, “b” do RICMS/97.

Portanto, não ficou comprovado o pagamento do imposto com relação às infrações 2, 3 e 5, como argumentado. Por isso, fica mantida a Decisão da primeira instância pela Procedência destas infrações.

Quanto às infrações 6 e 7, o recorrente reafirma que em se tratando de produtos de ótica que estão submetidos ao regime de pagamento do ICMS por substituição tributária, afirma que:

- a) Recolheu o imposto regularmente;
- b) Se não tivesse recolhido, trata-se de operações de transferência e não há incidência do ICMS.

No tocante à infração 6, conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, acusa “*ter praticado operações tributáveis como não tributáveis*”, conforme demonstrativo às fls. 36/41, se trata de operações de saídas de óculos, que não foram tributadas (período de novembro e dezembro/2010).

Conforme fundamentado na decisão da JJF, óculos e seus acessórios, não se encontram na Substituição Tributária desde 01/03/08, a partir da edição do art. 5º, II do Decreto nº 10.710/07, que revogou o item 33 do art. 353, II do RICMS/97 (ITEM 31), relativo a produtos de ótica.

Portanto, fica prejudicada a análise do argumento de que foi recolhido o ICMS por antecipação relativo aos produtos objeto da autuação, visto que não se enquadravam no regime de substituição tributária no período autuado, fato que se comprovado, pode vir a ser objeto de pedido de restituição de indébito.

Quanto ao argumento de que se trata de operações de transferências, que entende não haver incidência do ICMS, observo que conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, o art. 12, I da LC 87/96, e o art. 4º, I da Lei 7.014/96, preveem que considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento “*Da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular*”. Logo, ao contrário do que foi afirmado, há incidência do ICMS sobre as operações de transferências, conforme previsto nas citadas Leis Federal e Estadual.

No tocante ao argumento que deve ser aplicada a Súmula nº 166 do STJ, verifico que de acordo com a fundamentação da Decisão da primeira instância, as decisões do STJ que tratam da aplicação daquela Súmula, não vinculam o Estado da Bahia. E ainda, que o art. 167, I do RPAF/BA, estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Dessa forma, o demonstrativo às fls. 45/47, relativo à infração 7, relaciona produtos submetidos ao regime de ST (travesseiros), que tendo a empresa dado o tratamento do regime normal de

tributação, submete-se à aplicação da multa de 60% do valor do ICMS-ST que deveria ter sido pago, como previsto no art. 42, II, "d" e §1º da Lei nº 7.014/96. Portanto, correta a imputação.

Pelo exposto, fica mantida a Decisão com relação às infrações 6 e 7.

Relativamente à infração 8, que acusa falta de pagamento do ICMS por antecipação, relativo aos estoques de travesseiros, o recorrente alega que no momento que foi incluída no regime de substituição tributária, fez o ajuste dos estoques.

A planilha à fl. 49 relaciona o estoque inicial de travesseiros, entradas, saídas e estoque final em 28/02/11, quando o produto foi incluído no regime de ST, conforme art. 3º do Decreto nº 12.534/11.

Constato que na Decisão proferida pela JJF foi fundamentado que o sujeito passivo limitou-se a afirmar que não deixou de ajustar o estoque referente a travesseiros, mas não carrou qualquer prova aos autos. Como o recorrente reapresentou o mesmo argumento e não juntou qualquer documento fiscal para provar tal alegação, considero que ocorreu apenas simples negativa de cometimento da infração, o que ao teor do art. 143 do RPAF/BA, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Fica mantida a Decisão quanto à infração 8.

No que tange ao argumento de que as multas aplicadas de 60% e 100% são desproporcionais e confiscatórias, observo que as mesmas são previstas no art. 42, II, e III da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Demonstrativo do Débito (fls. 5/7), se atendido as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, as multas aplicadas podem ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o indicado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298932.0026/13-2**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.067,97**, acrescido das multas de 60% sobre R\$19.655,64 e 100% sobre R\$42.412,33, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a", "d" e "f", III e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$3.789,63**, prevista no inciso II, "d" e §1º, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS