

A. I. N° - 279465.0006/13-9
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S/A
AUTUANTE - NILDA BARRETO DE SANTANA, MARIA DE FATIMA ARAUJO D OLIVEIRA
- ANNA CRISTINA ROLLEMBERG
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 23.09.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-05/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Ficou demonstrado que os créditos fiscais foram apropriados de mercadorias cuja fase de tributação encontrava-se encerrada. Mantida a exigência fiscal **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO; Ficou demonstrada, com o acolhimento das autuantes, a procedência das alegações defensivas, pois a NF de entrada de n° 502838, de 19/12/2012, com itens cadernos, foi de fato escriturada com CFOP de brinde (2910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde), dando direito ao adquirente de utilizar o crédito fiscal ali gerado. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA POR RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO. Demonstrado pelo autuado o pagamento tempestivo de parte do imposto alvo da exigência. Infração parcialmente mantida. **b)** ANTECIPAÇÃO INTEGRAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Cabe o ônus da prova ao sujeito passivo de indicar, de acordo com a planilha que fundamenta a autuação, a nota fiscal, o item e seu respectivo valor calculado incorretamente no aludido levantamento. Infração não elidida. Mantida a exigência fiscal. 3. SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado que as mercadorias não se encontravam no regime de substituição tributária. Infração mantida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O sujeito passivo não contesta especificamente qualquer quantidade, ou unidade de qualquer mercadoria que conste do levantamento de estoque, pois caberia para elidir a presente exigência que fossem apontadas específicas incorreções nos

estoques, nas entradas, saídas ou preço médio que foi apurado conforme art. 60 do RICMS/97. Não comprovadas as perdas e furtos. Mantidas as exigências fiscais relativas às infrações 06, 07 e 08. Afastadas as arguições de nulidades e não acolhidos os pedidos de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 12/12/2013, foi efetuado lançamento de imposto e multa no valor total de R\$113.452,54 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Conforme planilha ANEXO I. Valor R\$3.426,82 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conforme planilha ANEXO II. Valor R\$322,56 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. O contribuinte recolheu a menor o imposto devido por antecipação parcial das mercadorias adquiridas de outras unidades da federação para comercialização. Conforme planilha ANEXO III. Multa de R\$1.398,71 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Conforme planilha ANEXO IV. Valor R\$13.315,79 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O Contribuinte procedeu a saída de produtos tributados como não tributados, majoritariamente produtos de ótica. Conforme planilha ANEXO V. Valor R\$11.663,20 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Conforme planilha ANEXO VI. Valor R\$81.250,80 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 7 - 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 planilha ANEXO VII. Valor R\$1.228,38 - Multa de 100%;

INFRAÇÃO 8 - 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. Conforme planilha ANEXO VIII. Valor R\$846,28 - Multa de 60%;

O impugnante, às fls. 64 a 76 dos autos, afirma que, em relação à infração 01, o fisco está autuando a Impugnante sob o entendimento de que foi creditado valor de ICMS proveniente de entrada de tapetes e calçados, os quais têm a tributação sob o regime de substituição tributária.

Afirma que, na execução de sua atividade no varejo de artigos de vestuários, a Impugnante realiza trocas de mercadorias, pois, diversos clientes da loja compram peças, e depois voltam à loja para trocar por outra de numeração maior/menor, ou cor diferente do original, modelo, etc. Esclarece que no momento da troca, por exemplo, de um tapete, este ao voltar para o estoque, será vendido novamente para outro cliente, e o crédito de ICMS gerado pela venda será utilizado no recolhimento feito pela Impugnante.

Alinha considerações sobre o princípio da não-cumulatividade argumentando que não há plausibilidade em negar a Impugnante o crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, seja qual for sua procedência ou destinação, é antes um retrocesso, consubstanciando em afronta a Constituição Federal.

Afirma que o ICMS devido foi pago num primeiro momento, quando da substituição tributária, e assim, não houve lesão alguma ao erário público, pois o ICMS foi pago no início da cadeia.

Pede a improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo, afirma, pois é composta por cadernos para distribuir como brinde e, portanto, não constitui crédito de material de uso e consumo. Desse modo, o Contribuinte que adquirir brindes para serem distribuídos diretamente a consumidor ou usuário final deverá escriturar a nota fiscal de compra e poderá tomar o crédito do ICMS destacado no documento.

Portanto, a suposta infração 02 não tem razão de existir, devendo ser cancelada. (Valor da Infração R\$322,56).

Quanto à infração 03, recolhimento a Menor do ICMS antecipado, ressalta que foram analisados e confrontados o livro fiscal e os arquivos do SPEED Fiscal nos meses de 05, 06 e 12/2012 e não foram encontradas as diferenças apontadas.

Alinha que nas planilhas abaixo restará comprovado que ao confrontarmos os livros Fiscais com o SPEED Fiscal não houve qualquer diferença:

| Livro Fiscal | | | |
|--------------|----|---------|--------|
| C170 | 10 | 6069649 | 200,70 |
| C170 | 10 | 6134092 | 428,80 |
| C170 | 10 | 6150764 | 43,24 |
| C170 | 10 | 6150772 | 206,75 |
| C170 | 10 | 6150772 | 16,55 |
| C170 | 10 | 6150772 | 33,08 |
| C170 | 10 | 6150926 | 41,35 |
| C170 | 10 | 6351239 | 535,20 |
| C170 | 10 | 6631649 | 327,36 |
| C170 | 10 | 6688551 | 69,95 |
| C170 | 10 | 6688551 | 279,84 |
| C170 | 10 | 6693385 | 5,98 |
| C170 | 10 | 6708552 | 47,94 |
| C170 | 10 | 6708870 | 71,08 |
| C170 | 10 | 6708900 | 99,98 |
| C170 | 10 | 6709494 | 49,98 |

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

| | | | |
|-------------|----|---------|------------------|
| C170 | 10 | 6709508 | 7,14 |
| C170 | 10 | 6759955 | 9,78 |
| C170 | 10 | 6859089 | 226,80 |
| C170 | 10 | 6871453 | 145,56 |
| C170 | 10 | 6915884 | 4,59 |
| C170 | 10 | 6915892 | 13,23 |
| C170 | 10 | 6915892 | 18,24 |
| C170 | 10 | 6922538 | 17,26 |
| C170 | 10 | 6922538 | 103,56 |
| C170 | 10 | 6930964 | 44,50 |
| C170 | 10 | 6944124 | 9,55 |
| C170 | 10 | 6963056 | 25,68 |
| C170 | 9 | 7714777 | 35,25 |
| C170 | 9 | 7714793 | 14,10 |
| C170 | 9 | 7715129 | 74,52 |
| C170 | 9 | 7720467 | 186,48 |
| C170 | 9 | 7734026 | 35,82 |
| C170 | 9 | 7736614 | 106,33 |
| C170 | 9 | 7742223 | 54,20 |
| Valor Total | | | R\$ 2.347.913,85 |

| REGISTRO C 190 | | | | | | |
|----------------|---|------|----|-----------|-----------|----------|
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 100,20 | 100,20 | 12,03 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 100,32 | 100,32 | 12,05 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10.020,46 | 10.020,46 | 1.202,44 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.007,46 | 1.007,46 | 120,91 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.017,76 | 1.017,76 | 122,16 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 102,31 | 102,31 | 12,28 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1021,89 | 1.021,89 | 122,63 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.027,74 | 1.027,74 | 123,33 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10.277,16 | 10.277,16 | 1.233,23 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 103,51 | 103,51 | 12,42 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.034,05 | 1.034,05 | 124,09 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.035,92 | 1.035,92 | 124,28 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.038,72 | 1.038,72 | 124,65 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10.459,85 | 10.459,85 | 1.255,18 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.051,59 | 1.051,59 | 126,20 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.065,02 | 1.065,02 | 127,81 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.066,74 | 1.066,74 | 128,03 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.067,98 | 1.067,98 | 128,13 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 107,49 | 107,49 | 12,90 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 107,40 | 107,40 | 12,88 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 107,52 | 107,52 | 12,91 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 107,95 | 107,95 | 12,95 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.070,46 | 1.070,46 | 128,43 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.071,97 | 1.071,97 | 128,64 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.078,2 | 1078,20 | 129,38 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10.781,97 | 1.0781,97 | 1.293,84 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 108,78 | 108,78 | 13,05 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 108,80 | 108,80 | 13,06 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.082,25 | 1.082,25 | 129,88 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10.822,85 | 10.822,85 | 1.298,75 |

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

| | | | | | | |
|------|---|------|----|-----------|-----------|----------|
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10896,83 | 10.896,83 | 1.307,63 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 109,65 | 109,65 | 13,16 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 109,82 | 109,82 | 13,19 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10.954,01 | 10.954,01 | 1.314,48 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 10975,04 | 10975,04 | 1317,02 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.098,84 | 1.098,84 | 131,84 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 110,73 | 110,73 | 13,29 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.111,17 | 1.111,17 | 133,35 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.113,65 | 1.113,65 | 133,65 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.118,03 | 1.118,03 | 134,18 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1.118,34 | 1.118,34 | 134,21 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 112,38 | 112,38 | 13,51 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 112,8 | 112,8 | 13,54 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1120,35 | 1.120,35 | 134,44 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1122,84 | 1.122,84 | 134,74 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1125,35 | 1.125,35 | 135,05 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1129,57 | 1.129,57 | 135,56 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1134,65 | 1.134,65 | 136,18 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1137,19 | 1.137,19 | 136,47 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 115,88 | 115,88 | 13,91 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1158,66 | 1.158,66 | 139,04 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1162,49 | 1.162,49 | 139,49 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 11660,13 | 11.660,13 | 1399,19 |
| C190 | 0 | 2152 | 12 | 1174,08 | 1.174,08 | 140,88 |

| | | | | | | |
|-------|-----|------|----|-------------|-----------|--------|
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 7,32 | 7,32 | 0,88 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 7,32 | 7,32 | 0,88 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 7,44 | 7,44 | 0,89 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 706,30 | 706,30 | 84,76 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 72,10 | 72,10 | 8,65 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 720,80 | 720,80 | 86,51 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 74,10 | 74,10 | 8,90 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 743,75 | 743,75 | 89,26 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 75,65 | 75,65 | 9,08 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 75,65 | 75,65 | 9,08 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 78,72 | 78,72 | 9,45 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 8,63 | 8,63 | 1,04 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 813,70 | 813,70 | 97,64 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 821,10 | 821,10 | 98,56 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 829,05 | 829,05 | 99,49 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 835,16 | 835,16 | 100,22 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 84,06 | 84,06 | 10,09 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 84,15 | 84,15 | 10,10 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 851,43 | 851,43 | 102,16 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 85 | 8,50 | 10,20 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 866,37 | 866,37 | 103,97 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 877 | 8,77 | 105,24 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 900,15 | 900,15 | 108,04 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 911,20 | 911,20 | 109,33 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 93,50 | 93,50 | 11,22 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 953,70 | 953,70 | 114,45 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 96,95 | 96,95 | 11,63 |
| C190 | 200 | 2152 | 12 | 97,65 | 97,65 | 11,72 |
| TOTAL | | | | 234.7913,85 | 23.479,14 | |

Entende ter comprovado que não houve qualquer recolhimento a menor do ICMS antecipado, devendo a presente infração ser cancelada (R\$1.398,71), a fim de que o auto de infração seja totalmente anulado.

Em relação à infração 04, recolhimento a menor do ICMS por antecipação referente às aquisições de mercadorias (tapetes, calçados e travesseiros), afirma que refere-se às margens de mercadorias (MVA ST) de tapetes, calçados e travesseiros, quanto ao suposto recolhimento a menor.

Alude que a infração não tem qualquer razão para subsistir à medida que a legislação baiana determina para o MVA de travesseiros 94,60% e o MVA utilizado pela Impugnante também foi o de 94,60%.

Pede a improcedência da infração 04.

No que a alude a infração 05, falta de recolhimento de ICMS de produtos de ótica, esclarece que os produtos objeto desta suposta infração são mercadorias tais como óculos e outros acessórios, portanto sujeitas à Substituição Tributária e por isso o tributo foi recolhido na modalidade ICMS ST, ou seja, no início da cadeia.

Pede a improcedência da infração 05.

Argumenta que o cerne das infrações 06 e 07 consistem em falta de recolhimento do ICMS, o que não ocorreu. Todavia, ainda que fosse possível discutir o recolhimento do tributo seria necessário discutir primeiramente a operação de transferências realizadas entre filiais do mesmo contribuinte.

Apresenta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem seguido a orientação do STF e também não vem admitindo a cobrança em questão, tendo, inclusive, editado a Súmula nº 166 consolidando a sua posição sobre o tema:

Esclarece que, no caso em tela, é preciso considerar que a Impugnante recolheu o tributo, no entanto, ainda que se desconsiderasse este fato, não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS na transferência entre (Filial Natal - Filial Salvador) na medida em que é pacífica a determinação dos nossos Tribunais Superiores de que não há circulação de mercadoria, no sentido mercantil, que dê ensejo à hipótese de incidência de ICMS.

Entende que, de qualquer ponto que se observe, perceber-se-á que a Impugnante não deixou de cumprir com suas obrigações tributárias e por isso, o Auto de Infração deverá ser julgado nulo.

Destaca que as Infrações nºs 06, 07 e 8- Das supostas omissão de entradas e saídas, argui que, no caso em tela, a subclassificação utilizada pela Impugnante acabou por induzir o Sr. Agente Fiscal a erro ao lavrar o Auto de Infração por suposta omissão de saídas na medida em que um determinado modelo de blusa, recebe nos registros internos diversos códigos cadastrados, apesar de possuir um único preço de venda no varejo, tais códigos são utilizados para identificar internamente a existência desta mesma blusa em tamanhos P, M e G, e ainda, nas diversas cores diferentes que o modelo possui.

Argui que o sistema informatizado da Impugnante gera a venda sem conferência do produto em estoque e quando o cliente escolhe uma peça que está na loja, esta peça é vendida, mesmo que haja alguma divergência no estoque de mercadorias, e tais divergências podem ocorrer pelos motivos mais variados.

Alude que as inconsistências são ocasionadas pela troca do código que seriam facilmente demonstradas pela apreciação da prova pericial denegada em decisão não unânime. Para cada mercadoria em que houve uma troca de código na hora da venda, ocasionada pela perda da etiqueta original, a Impugnante gera o que parece ser uma omissão de entrada e/ou de saída, pois ao apurar seu estoque esta mercadoria que teve sua etiqueta trocada, não possuirá registro, como

se a mesma tivesse entrado no estoque sem apontamento fiscal. Desse modo, a Impugnante acabou sendo indevidamente autuada por suposta omissão de saída e aplicação de multa. Assim, para que a autuação fosse consistente, deveria ter considerado não só os códigos das mercadorias, mas um relatório consolidado por produto com a mesma descrição, verificando assim o saldo de cada um deles, podendo assim se afirmar se houve realmente omissão de saída de determinado produto.

Pede a improcedência das infrações.

Considera as multas de 60% e 100% confiscatórias, pois a própria Constituição Federal, no capítulo “Das Limitações ao Poder de Tributar”, no artigo 150, inciso IV diz que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Por todo o exposto, a Impugnante requer:

(I) seja julgada totalmente procedente a presente Impugnação cancelando-se o Auto de Infração haja vista que a Impugnante recolheu regularmente o ICMS, os respectivos diferenciais de alíquota, bem como não há quaisquer omissões de entradas e/ou saídas;

(II) caso não seja julgada totalmente procedente a presente Impugnação, sejam abatidos os valores devidamente recolhidos e comprovados conforme demonstrado nestes autos;

(III) seja reduzida a multa aplicada à Impugnante, por ser totalmente abusiva e ter efeito confiscatório ao patrimônio da Impugnante.

Por fim, com fulcro na redação do artigo 544, § 1º do Código de Processo Civil contida na Lei 10.352 de 26 de dezembro de 2.001, os advogados que subscrevem declaram a autenticidade das cópias que formam o instrumento.

As autuantes, às fls. 82 a 96 dos autos, afirmam que, em relação à infração 01, o contribuinte foi autuado nessa infração por utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quais sejam: calçados, tapetes e travesseiros.

Conforme dispõe a legislação baiana do ICMS, as mercadorias supracitadas estão sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, o que significa que todo imposto devido até o final da cadeia tributária deve ser recolhido quando da entrada do produto no estabelecimento. Fica, por conseguinte, vedada a utilização de qualquer crédito fiscal relacionado às operações subsequentes com tais mercadorias. Tudo conforme disposto no RICMS/BA, artigos 97, inciso IV, alínea b, 353, inciso II, e 356 a seguir transcritos:

"Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);"

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:"

"Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas

mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária."

Alude que o contribuinte alega ainda que utiliza o crédito fiscal, quando da devolução de tais mercadorias pelos clientes, para compensação junto ao débito nas saídas dos mesmo produtos. A fiscalização não identificou saídas tributadas das mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e, caso viesse a identificar, o fato seria objeto do lançamento de nova infração, pois o contribuinte não pode modificar a situação tributária de um produto determinada pelo fisco.

INFRAÇÃO 02 (01.02.02) - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Total da infração: R\$322,56.

Afirma que para essa infração as autuantes aceitam a alegação da defesa, pois a NF de entrada de nº 502838, de 19/12/2012, com itens cadernos, foi de fato escriturada com CFOP de brinde (2910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde), dando direito ao adquirente de utilizar o crédito fiscal ali gerado.

Pede a improcedência da infração 02.

INFRAÇÃO 03 (07.15.03) - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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.

Aduz que, conforme art. 352, do RICMS, a obrigatoriedade de proceder à antecipação parcial do imposto decorre das aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. Assim, toda vez que o contribuinte adquirir de outras unidades de federação mercadorias sujeitas à tributação normal deverá antecipar o ICMS na proporção da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual de origem.

Assegura que no DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, Anexo III, fls. 27 a 29 do presente processo, estão discriminadas, item a item, nota a nota, todas as mercadorias sujeitas à antecipação parcial e o respectivo valor do imposto devido. Assim, caberia ao contribuinte provar em que item de mercadoria, ou nota fiscal, o imposto foi lançado a maior.

Destaca também o fato de o contribuinte ter mencionado apenas os meses de maio, junho e dezembro do exercício fiscalizado, quando no DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR todos os meses do ano apresentam diferença de arrecadação entre o valor devido e o valor ANTECIPAÇÃO PARCIAL de fato recolhido.

Afirma que o levantamento dos dados constantes do citado demonstrativo foi feito a partir do livro de Entradas de Mercadorias (Escrituração Fiscal Digital - EFD) do contribuinte, item a item, e posteriormente confrontado com o valor recolhido sob a rubrica 2175 - ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, na relação anual de DAEs do sistema de arrecadação da SEFAZ.

INFRAÇÃO 04 (07.01.02) - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Total da Infração: R\$13.315,79.

Informa que o recolhimento a menor identificado pelas autuantes não veio necessariamente da aplicação incorreta de MVAs pelo contribuinte, mas do confronto entre o total devido como antecipação do ICMS Substituição Tributária e o total efetivamente pago pela Impugnante.

Esclarece que o procedimento adotado foi o seguinte: a fiscalização fez o levantamento do total de entradas das mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme determina o Art. 353, combinado com o Anexo 88 do RICMS-BA, e, aplicando a correta MVA de cada produto, confrontou com o valor pago pelo contribuinte, declarado em Livro de Apuração sob a rubrica

1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. As diferenças encontradas foram lançadas item a item, nota a nota, na planilha DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO TOTAL DOS PRODUTOS SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, Anexo IV do presente processo, fls. 31 a 33. Cabe, portanto, ao contribuinte indicar em qual item o valor do imposto foi lançado a maior.

INFRAÇÃO 05 (02.01.03) - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Argumenta que os produtos de ótica não se encontram mais sob o regime de substituição tributária desde 01 de março de 2008, conforme estabelece o Artigo 5º, inciso II, do Decreto Estadual 10.710/2007, cujo texto a seguir transcrevemos:

"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 ótica | 70% | 70% |

Argui que, se, de fato, o pagamento do imposto tivesse sido feito pelo regime normal de apuração, o recolhimento ao Erário teria sido bem maior uma vez que as margens de lucro dos produtos de ótica praticadas pela impugnante giram em torno de 300%, enquanto o antigo valor da MVA praticada pelo Estado até 29 de fevereiro de 2008 era de 70%. Veja quadro abaixo:

| CÓD PRODUTO | DESCRIÇÃO | DATA ENTRADA | DATA SAÍDA | PREÇO ENTRADA | PREÇO SAÍDA | ANTIGA MVA ST | MARG LUCRO |
|-------------|--------------------|--------------|------------|---------------|-------------|---------------|------------|
| 7665997 | Óculos MT MC B8862 | 01/12/2012 | 31/12/2012 | 16,94 | 59,90 | 70% | 254% |
| 7329903 | Óculos CML 42020 | 05/11/2012 | 30/11/2012 | 11,00 | 49,90 | 70% | 354% |

Considera correta a fiscalização identificar a infração relativa à venda de produtos de ótica sem tributação durante o exercício fiscal de 2012.

INFRAÇÃO 06 (04.05.02) - Falta de recolhimento do imposto relativo à Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao da saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Afirma que a infração constante do Auto de Infração está devidamente respaldada na Legislação Estadual, especialmente na Portaria n.º 445/1998, e nos dados constantes das Notas Fiscais Eletrônicas enviadas pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que foram confrontadas com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa. Preliminarmente, destaca-se ainda que o levantamento do estoque foi efetuado com base nos inventários de mercadorias de dezembro de 2011 (inicial) e dezembro de 2012 (final). Ou seja, a quantidade de mercadorias existente no exercício fiscalizado serve de parâmetro para o confronto das entradas e saídas de mercadorias no respectivo exercício.

Assegura que, após a validação das informações constantes nos Livros Fiscais da empresa com os dados constantes das notas fiscais de entrada e saída, bem como dos elementos constantes do Inventário de 2012, fez-se o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias,

que pode ser verificado nos anexos da citada infração. Um desses relatórios, o Levantamento Quantitativo de Estoque Omissão Exercício Fechado, contém a relação completa de mercadorias que apresentaram omissão. Todas as mercadorias elencadas contêm código, descrição, tipo de unidade, quantidade de entrada e saída de mercadoria, estoque inicial, estoque final, preço médio, e apresentam, para cada tipo codificado, a omissão de saída ou de entrada com a respectiva base de cálculo.

Além desse relatório, complementa as autuantes, o levantamento quantitativo de estoque gera também outros demonstrativos, tais 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 de Saídas; Relação das Notas Fiscais de Saídas com Omissão de Saídas; Relação das Notas Fiscais de Saída. O resultado apresentado pelo Levantamento Quantitativo de Estoque em 2012 é de omissão de saídas, fundamentada em documentos fiscais de entrada e de saída de mercadorias, considerando-se os inventários inicial e final do exercício fiscalizado. Esses inventários, tanto o inicial quanto o final, servem de parâmetro para mensurar a movimentação de mercadorias e confirmar, com base na escrituração fisco-contábil, se o saldo remanescente no final de 2012, numericamente, contempla ou não as efetivas saídas e entradas de mercadorias.

Quanto à falta de destaque das incorreções, afirma que os questionamentos postos pela defesa são todos desprovidos de conhecimento da matéria contábil, fiscal e tributária, porque a omissão é derivada de pressupostos matemáticos e reais, com base em informações do próprio contribuinte, inclusive aquelas contidas em livros fiscais, principalmente o de inventário. Não há, por parte do contribuinte, nenhuma contestação de valor, quantidade, ou unidade de qualquer mercadoria que conste do levantamento de estoque.

Nesse sentido, considera sem validade todas as argumentações feitas pela impugnante porque demonstram total desconhecimento das operações comerciais da própria empresa.

Aduz que o contribuinte parece também desconhecer a base legal para o levantamento de estoque e a forma de apuração da omissão de saídas, reproduzimos o Art. 60, RICMS/BA:

"Art. 60. 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;"

Diante disso, pedem também pela manutenção da infração, de forma integral, porque os argumentos aqui são desprovidos de elementos que alterem a situação material da infração.

Alinha ainda que em relação à alegação do contribuinte de que há perdas e furtos de mercadorias, ressaltamos que, caso isso ocorra, o contribuinte encontra no RICMS previsão legal para regularização da situação, ou seja, deve o contribuinte ESTORNAR OS CRÉDITOS das mercadorias perdidas ou furtadas. Transcrevemos abaixo trecho do regulamento que dispõe sobre este ponto de arguição:

"Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

V - perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal,

furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração;"

Apresenta resultado fiscalização anterior - ACORDÃO nº 0171-05/12:

Destaca que este mesmo estabelecimento foi fiscalizado no período de 2007 a 2010 e autuado na mesma infração 04.05.02, Omissão de Saídas, por meio do AI 279115.0002/11-3, e as argumentações da Impugnante foram as mesmas sustentadas nesta defesa e o CONSEF julgou procedente conforme Acórdão nº 0171-05/12, ora anexado a esta Informação Fiscal.

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.

Afirma que a Impugnante não traz nenhum argumento específico para a Infração 07, tratando-a conjuntamente com a Infração 06 (04.05.02) e como não foi anexada nenhuma prova documental que contradissesse o lançamento, pedimos manutenção integral da infração.

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 parcelando 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.

Afirma que a Impugnante não traz nenhum argumento específico para a Infração 07, tratando-a conjuntamente com a Infração 06 (04.05.02) e como não foi anexada nenhuma prova documental que contradissesse o lançamento, pedimos manutenção integral da infração.

Quanto às multas afirma que a impugnante alega a inadequação e a inconstitucionalidade das multas aplicadas. Ocorre que não cabe aos autuantes nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629/1999, em seu artigo 167, inciso I, faz esta restrição, como transcrito abaixo:

"Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

1 - a declaração de inconstitucionalidade;"

Assim, pede que, pelas razões acima expostas, as auditoras fiscais autuantes solicitem a manutenção das infrações de nºs 01, 03, 04, 05, 06, 07 e 08 e a exclusão da infração de nº 02 do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 08 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado de forma genérica sob a alegação de que não deixou cumprir suas obrigações tributárias, na medida, inclusive, que esse fato não se comprova, conforme será demonstrado no exame do meritório das infrações constantes do lançamento de ofício ora guerreado. Ainda que se comprovasse o cumprimento de tais obrigações, seria o caso de improcedência e não nulidade.

De qualquer forma, no que alude as questões formais, verifico que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o

devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Cabe, também, examinar o pedido de perícia do sujeito passivo, que consta de suas arguições quando afirma que os equívocos, por eles apontados, relativos à troca de códigos, nos quantitativos de estoque, podem ser apurados através de prova pericial. Verifico que não alberga acolhimento tal pedido, pois além não conter os quesitos na forma do RPAF, carece de objeto, pois ficou demonstrado que as mercadorias entram e saem com o mesmo código no estabelecimento autuado e, caso haja tal modificação nos aludidos códigos, necessitaria providências do sujeito passivo que não foram adotadas, necessárias para demonstrar tais ocorrências.

Quanto à infração 01, trata-se de utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quais sejam: calçados, tapetes e travesseiros.

Verifico que não há controvérsia em relação às mercadorias estarem enquadradas no regime de substituição tributária, o sujeito passivo reconhece. Assim, conforme artigos 97, inciso IV, alínea b, combinado com o art. 356 do RICMS/97, é vedada a utilização de crédito fiscal quando tiver sido efetuada a aquisição da mercadoria enquadradas no regime de substituição tributária com o imposto pago por antecipação, In verbis:

"Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);"

"Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária."

Quanto da devolução de mercadorias cujo imposto foi pago por antecipação com substituição tributária, não cabe a utilização do crédito fiscal, haja vista o que dispõe as normas que regulam tais operações, acima alinhadas.

Diante do exposto, considero mantida a infração 01.

No que se refere à infração 02, foi imputado ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo. Afirma o autuado que se trata de cadernos para distribuir como brinde e, portanto, não constitui crédito de material de uso e consumo. Ficou demonstrada, com o acolhimento das autuantes, a procedência das alegações defensivas, pois a NF de entrada de nº 502838, de 19/12/2012, com itens cadernos, foi de fato escriturada com CFOP de brinde (2910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde), dando direito ao adquirente de utilizar o crédito fiscal ali gerado.

A infração 02, portanto, é improcedente.

A infração 03 se refere multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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. O sujeito passivo alega que não há diferenças no confronto do livro fiscal e os arquivos do SPEED Fiscal nos meses de 05, 06 e 12/2012.

As autuantes provam, com lastro no DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, Anexo III, fls. 27 a 29 do presente processo, onde se encontram discriminadas, item a item, nota a nota, todas as mercadorias sujeitas à antecipação parcial e o respectivo valor do imposto devido. Assim, caberia ao contribuinte provar em que item de mercadoria, ou nota fiscal, o imposto foi lançado pelas autuantes com apuração do imposto maior do que o devido, o que efetivamente não ocorreu, além de o autuado, conforme destacam as autuantes, se referir em sua peça defensiva, apenas aos meses de maio, junho e dezembro do exercício fiscalizado, quando no DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL todos os meses do ano apresentam diferença de arrecadação entre o valor devido e o valor de fato recolhido.

Explicam as autuantes que o levantamento dos dados constantes do citado demonstrativo foi realizado a partir do livro de Entradas de Mercadorias (Escrituração Fiscal Digital - EFD) do contribuinte, item a item, e posteriormente confrontado com o valor recolhido sob a rubrica 2175 - ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, na relação anual de DAEs do sistema de arrecadação da SEFAZ.

Assim, considero que o levantamento levado a efeito pelas autuantes demonstra o recolhimento a menos efetuado pelo sujeito passivo, o que torna procedente a infração 03.

No que alude a infração 04, se trata de recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária integral, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

As autuantes informam que a apuração do imposto devido por antecipação integral com substituição, recolhido a menos não deflui necessariamente da aplicação incorreta de MVAs pelo contribuinte. A exigência tributária foi apurada em razão do confronto entre o total devido como antecipação do ICMS Substituição Tributária e o total efetivamente pago pela Impugnante.

As autuantes efetuaram o levantamento do total de entradas das mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme determina o Art. 353, combinado com o Anexo 88 do RICMS-BA, e, aplicando a correta MVA de cada produto, confrontou com o valor pago pelo contribuinte, declarado em Livro de Apuração sob a rubrica 1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. As diferenças encontradas foram lançadas item a item, nota a nota, na planilha DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO TOTAL DOS PRODUTOS SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, Anexo IV do presente processo, fls. 31 a 33.

Assim, concordo com as autuantes que cabe o ônus da prova ao sujeito passivo de indicar, de acordo com a planilha que fundamenta a autuação, a nota fiscal, o item e seu respectivo valor calculado incorretamente no aludido levantamento.

Destarte, considero mantida a infração 04.

Já a infração 05, foi imputada ao sujeito passivo por deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Ocorre que, apesar do autuado alegar que o imposto foi recolhido por antecipação integral através do regime de substituição tributária, cabe razão às autuantes quando afirmam que os produtos, alvo da presente exigência tributária, que são produtos de ótica não se encontram mais sob o regime de substituição tributária desde 01 de março de 2008, conforme estabelece o Artigo 5º, inciso II, do Decreto Estadual 10.710/2007, cujo texto a seguir transcrevo:

"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% |

Diante do exposto, a exigência relativa é procedente, cabendo, portanto, a tributação sobre as saídas de produtos de ótica durante o exercício fiscal de 2012.

Quanto à infração 06, foi apurada falta de recolhimento do imposto relativo à Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Quanto à arguição do sujeito passivo, em relação às infrações 06 e 07, com base doutrinária e jurisprudencial, citando o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 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 87/96, e o art. 4º, I da Lei 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 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 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..

As autuantes, após a validação das informações constantes nos livros Fiscais da empresa com os dados existentes das notas fiscais de entrada e saída, bem como dos elementos registrados no Inventário de 2012, efetuaram o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em conformidade com o ato normativo que rege a matéria, a Portaria 445/98.

Todas as mercadorias elencadas contêm código, descrição, tipo de unidade, quantidade de entrada e saída de mercadoria, estoque inicial, estoque final, preço médio, e apresentam, para cada tipo codificado, a omissão de saída ou de entrada com a respectiva base de cálculo.

O ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, assim, qualquer operação que esteja relacionada à circulação de mercadorias deve se fazer acompanhar do respectivo documento fiscal e demonstrações específicas. Caso ocorram trocas de etiquetas, de códigos, sinistros que envolveram as mercadorias ou produtos do contribuinte, e implicaram na impossibilidade de sua comercialização ou sua saída regular, tais ocorrências devem ser registradas através do adequado documentos fiscais, o que efetivamente não foi trazido aos autos pelo impugnante.

O que se verifica, conforme lembram as autuantes é que o sujeito passivo não contesta especificamente qualquer quantidade, ou unidade de qualquer mercadoria que conste do levantamento de estoque, pois caberia para elidir a presente exigência que fossem apontadas específicas incorreções nos estoques, nas entradas, saídas ou preço médio que foi apurado conforme art. 60 do RICMS/97.

Com relação à alegação do contribuinte de que há perdas e furtos de mercadorias, tais fatos não foram comprovados, cabendo ao autuado, para as aludidas ocorrências, os procedimentos regulamentares, com previsão, inclusive, para ESTORNAR OS CRÉDITOS das mercadorias perdidas ou furtadas, conforme art. 100, V do RICMS/97.

Lembra as autuantes que o mesmo sujeito passivo foi fiscalizado no período de 2007 a 2010 e autuado na mesma infração 04.05.02, Omissão de Saídas, por meio do AI 279115.0002/11-3, e as argumentações da Impugnante foram as mesmas sustentadas nesta defesa e o CONSEF julgou procedente conforme Acórdão nº 0171-05/12.

Em relação à infração 07, a mesma foi imputada por falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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.

A infração 08 foi imputada por falta 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 parcelando 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.

As exigências tributárias relativas às infrações 07 e 08, foram apuradas com base no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, cujas arguições de mérito, quanto às incorreções do levantamento, já foram apreciadas e esgotadas na infração 06. Nenhuma arguição específica foi trazida aos autos em relação às infrações 07 e 08, cabendo a manutenção da responsabilidade solidária atribuída ao autuado na infração 07 e a responsabilidade na condição de substituto tributário na infração 08.

Assim, as infrações 07 e 08 são procedentes.

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.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, visto que foi julgado improcedente a infração 02 e procedentes as demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **279465.0006/13-9**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor total de **R\$111.731,27**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$29.252,09 e 100% , sobre R\$82.479,18, previstas no art.42, incisos II, alíneas "a" e "d", VII, "a" e III, da mesma Lei nº7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$1.398,71**, prevista no inciso II, "d" do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de Setembro de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR