

A. I. N° - 279459.0005/14-0

AUTUADO - WAL MART BRASIL LTDA.

AUTUANTE - FERNANDO ANTONIO CANDIDO MENA BARRETO

ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

PUBLICAÇÃO - 28.03.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0028-02/16

EMENTA: 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Defesa comprovou equívocos no levantamento fiscal, fato acatado pelo autuante. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. 4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. DESENCONTRO ENTRE O ICMS RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Acolhida alegação defensiva. Infração insubstancial. 5. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. MERCADORIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Defesa elidiu parcialmente o valor autuado. Refeito os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/11/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$1.300.922,36, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 04.05.01 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques

por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 10 a 29 – ANEXO 1. Valor histórico autuado R\$295.375,91.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.01 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 30 a 50 – ANEXO 2. Valor histórico autuado R\$588.802,23.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 51 a 76 – ANEXO 3. Valor histórico autuado R\$174.938,60.

INFRAÇÃO 04 – 03.01.01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 77 a 78 – ANEXO 4. Valor histórico autuado R\$12.849,54.

INFRAÇÃO 05 – 01.06.01 – Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou ICMS da ST sem que tenha dado saídas com tributação de produtos da ST, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 79 a 80 – ANEXO 5. Valor histórico autuado R\$27.358,97.

INFRAÇÃO 06 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 81 a 90. Valor histórico autuado R\$201.597,11.

O autuado às folhas 99 a 114, impugnou parcialmente o lançamento tributário, reconhecendo integralmente como devida às infrações 02 e 03, e parcialmente à infração 06, impugnando às infrações 01, 04, 05 e parcialmente a infração 06.

Sobre à INFRAÇÃO 01, alega que o fisco errou ao considerar em duplicidade as entradas de cada produto fiscalizado, posto que deixou de observar que as mercadorias foram recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro. Ou seja, o Autuante considerou como entrada tanto a nota fiscal de faturamento, como a nota fiscal de remessa da mercadoria para a impugnante, cujo documento fiscal contempla a indicação da nota fiscal de faturamento, no campo “Informações Complementares”, nos termos do art. 222 do antigo RICMS-BA.

Assegura que, agindo dessa forma, duplicou a entrada de mercadorias em seu estoque, gerando, por sua vez, uma irreal omissão de saída. Fato que pode ser constatado através dos documentos fiscais em anexo (doc. 03), fls. 148 a 158 dos autos.

Nesse contexto, cita que o Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco – TATE já se posicionou no sentido de que é improcedente o lançamento fiscal diante de erro na apuração de movimentação de mercadoria.

Por fim, salienta que não se pode perder de mira que ao Fisco incumbe privativamente a realização do procedimento administrativo de lançamento, e que este esteja devidamente fundamentado e comprovado, a teor do que dispõe o art. 142, do CTN, sendo completamente desarrazoado exigir-se que o contribuinte faça prova de que recolheu o ICMS quando o lançamento está recheado de equívoco, citando doutrina sobre o tema.

Quanto à INFRAÇÃO 04, aduz que por equívoco, ao invés de enviar o livro Registro de Apuração em definitivo, a impugnante enviou o livro com uma apuração parcial, de modo que as informações enviadas originariamente não correspondem a verdade. De fato, o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos e, uma vez elidida a denúncia com comprovação de que não havia saldo devedor no Apuração, não há que se falar em autuação sem subsidio fático para sua existência.

Como prova do alegado, junta a impugnante o livro de apuração correto para comprovar a improcedência da presente infração (doc. 04), fls. 159 a 164 dos autos.

Em relação à INFRAÇÃO 05, argumenta que, ao contrário do mencionado pelo fiscal autuante, as operações de saídas indicadas pela fiscalização nunca ocorreram. Na verdade, trata-se de devoluções de produtos, ou seja, não houve a venda das mercadorias indicadas nesta infração.

Entende que, uma vez que não houve a concretização das operações, mas sim a devolução das mercadorias, a impugnante estornou os créditos do ICMS-ST em conformidade com o RICMS-BA, como se verifica:

Art. 368. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, adotar-se-ão os seguintes procedimentos:

I - o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso;

(...)

III - visando à compensação do imposto:

a) o remetente estornará o débito fiscal correspondente à Nota Fiscal referida no inciso I no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS;

Acrescenta que, por se tratar de notas fiscais eletrônicas, é fácil verificar o *status* das operações aqui dispostas. Bastava observar no campo natureza da operação, para se constatar o alegado. Assim, as devoluções não poderiam ser consideradas no levantamento fiscal por não haver saída das mercadorias em operação mercantil, sendo descabida a autuação.

Em relação à INFRAÇÃO 06, destaca que, após levantamento interno, observou-se que a acusação é procedente em uma pequena parte, cujo comprovante se juntará posteriormente. No mais, a acusação não procede. Isso porque o levantamento fiscal indicou produtos sujeitos à substituição tributária como se possuíssem tributação normal. Eis os itens incluídos na infração como se possuíssem tributação normal:

COD	Produto	Regime
913542_2	CHOCOLATE EM PO	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
610722_2	M TALEN AVELA 15X25G	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
744659_5	BOMBOM SORT 30X400G	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
290457_2	BOMB LICOR E CEREJA	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 8.5)
630766_2	SAMS LUVAS DE LATEX	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 13.18)
159128_2	TAPETE PARA BANHEIRO	Regime ST (RICMS/BA - Art. 353, Item 40.1 c/c Prot. 104/09)

Destaca que, segundo o RICMS-BA, os produtos acima indicados estão sujeitos ao regime de substituição, disposta no art. 353, II, e subitens, como se vê:

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:

(...)

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

(...)

13.18 - luvas cirúrgicas e luvas de procedimento – NCM 4015.11.00 e 4015.19.00;

(...)

40.1 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09;

Conclui que é descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para os itens acima descritos, que correspondem a maior parte da infração, improcedendo a infração para esses itens.

Entende ser abusivo os percentuais das multas aplicadas de 60 e 100% sobre o valor principal.

Ressalta que são duas as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, entende ser necessário a demonstração, a cargo do fisco, do intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor, transcrevendo decisão proferida pelo CARF:

“MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. SÚMULA CARF N° 14. A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária à comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.” (CSRF. Recurso n° 155.351. Acórdão n° 9101-00.5496. Sessão de 11 de janeiro de 2010)

Em relação ao segundo ponto, observa que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal, transcrevendo doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

Aduz que é de ser levado em consideração também o benefício da dúvida, art. 112, do CTN, o qual afirma que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Ao final, requer que seja dado provimento a impugnação, para que seja decretada a “TOTAL IMPROCEDÊNCIA” do Auto de Infração *sub examine*. Requer ainda que, em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, **perícia e diligência fiscal-contábil**.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 176 e 177, destacando cada infração impugnada:

INFRAÇÃO 01 - OMISSÃO DE SAIDAS – LEVANTAMENTO DE ESTOQUE – frisa que em análise ao que foi apresentado na defesa, folhas 101,102, 103,149 a 158, constatou a procedência das alegações, pois houve duplicidade de notas fiscais nas entradas na maioria dos produtos constantes no levantamento de estoque. Assim sendo, informa que zerou as quantidades contidas nas notas fiscais de entradas procedentes do Amazonas, ficando ainda uma diferença a recolher que soma o valor de R\$3.205,93, fls. 179 a 187.

Ainda com relação a essa infração, acrescenta que apenas lamenta a omissão da empresa em não retornar os correios enviados solicitando análise e conferência do levantamento de estoque.

INFRAÇÃO 04 - RECOLHIMENTO A MENOR ICMS APURAÇÃO ICMS – salienta que, conforme cópia do livro apuração ICMS do mês de janeiro de 2011 e DMA desse mês, constatou não haver saldo devedor a recolher e assim sendo, excluiu essa infração, fls.163 e 222.

INFRAÇÃO 05 - ESTORNO INDEVIDO ICMS S/ SAIDAS PRODUTOS DA ST – Destaca que reexaminado os levantamentos contatou pela procedência da cobrança dos indevidos estornos de ICMS sobre transferências de produtos da ST lançados em livro apuração ICMS, fls. 209 a 212.

Assegura que não houve nenhuma transferência de produtos da ST conforme DMAs consolidada, mensais e planilha detalhada por produto, fls. 191 a 196 e 207, 208 e 209 a 212.

Assevera que houveram sim, devoluções de produtos incluindo neles alguns da ST com a utilização do CFOP 6202, todos marcados em negrito, fls. 191 a 196.

Esclarece que conforme planilha anexa fez lançamentos do ICMS das devoluções de produtos da ST marcados em negrito e deduziu do estorno mensal lançado em livro apuração ICMS, fls. 209 a 212.

Destaca que o estorno total do ICMS dos produtos da ST devolvidos somou R\$ 202,43 para um estorno ICMS lançado no total de R\$27.358,97, restando o valor de R\$ 27.156,54 a ser recolhido, fls. 209 a 212.

INFRAÇÃO 06 - SAIDAS SEM TRIBUTAÇÃO – Ressalta que conforme apontamentos da defesa foi identificado que alguns dos produtos elencados na infração são da “substituição tributária”. Dessa forma, frisa que zerou os valores desses produtos marcados em negrito, ficando ainda um débito no valor de R\$39.779,80 a ser recolhido conforme planilha revisada anexa, fls. 213 a 221.

Ao final, diz que é o que tem para informar.

O autuado foi intimado para se manifestar, fls. 224 e 225, tendo recebido cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos às folhas 176 a 222 e CD com Arquivos Eletrônico, fls. 223.

Em nova manifestação defensiva, fls. 227 a 229, reitera o pedido de improcedências das infrações 01, 05 e 06.

Salienta que, apesar do Auditor, em sua manifestação fiscal ter reduzido a infração em sua quase totalidade, não subsiste a infração (INFRAÇÃO 01) acerca de omissão de saídas de mercadorias tributadas no exercício de 2011. Isso porque a impugnante indicou, por amostragem, as notas fiscais em duplicidade, não havendo omissão no período apontado.

Entende que, apesar de haver refeito o levantamento fiscal, os equívocos apontados na impugnação não foram sanados no novo levantamento, isso porque levou-se em consideração a duplicidade das notas fiscais de entrada, recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro, razão pela qual a infração totalmente improcedente.

Salienta que o mesmo aconteceu em relação a Infração 05, pois todos os estornos efetuados pela impugnante foram feitos com sintonia com a legislação vigente. Ao contrário do mencionado pelo fiscal autuante, as operações de saídas indicadas pela fiscalização nunca ocorreram, tratou-se de devoluções de produtos, ou seja, não houve a venda das mercadorias indicadas nesta infração. Uma vez que não houve a concretização das operações, mas sim a devolução das mercadorias, a Impugnante estornou os créditos do ICMS-ST em conformidade com o RICMS-BA, transcrevendo, mais uma vez, trecho do Art. 368 do citado regulamento.

Por fim, no tocante a Infração 06, após refeito o levantamento, afirmou-se que remanesce um saldo de R\$39.779,81 a ser recolhido. Acontece que não há saldo a recolher porque o Contribuinte já pagou, tempestivamente antes de vencer o prazo para oferecimento da Defesa, a quantia de R\$39.779,80, conforme comprovante de pagamento anexo, não havendo saldo nenhuma a recolher (**doc. 02**), fls. 233 e 237.

Em nova informação fiscal, fls. 240 e 241, o autuante reiterou os levantamentos revisados na informação fiscal anterior.

Em sua 3ª manifestação defensiva, fl. 281, ao tratar da 2ª Informação Fiscal prestada pelo autuante, o autuando reitera a manifestação anterior.

Às folhas 284 a 289, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando os pagamentos dos valores históricos de R\$588.802,23, R\$174.938,60 e de R\$39.779,80, correspondente aos valores reconhecidos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 06 infrações.

Em sua defesa o autuado reconheceu as infrações 02 e 03, logo entendo que as mesmas restaram caracterizadas, pois não existe lide em relação aos referidos itens do Auto de Infração.

Em relação a argüição de constitucionalidade relativa as aplicações das multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito. Ademais, também não pode ser acolhido a alegação de necessidade de comprovar do intuito de fraude, uma vez que ao deixar de recolher o ICMS devido, o contribuinte autuado, fica obriga ao recolhimento do principal acrescido das multas e acréscimos legais.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Acerca do novo pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, propriamente dito, **na infração 01** - 04.05.01 - é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 10 a 29 – ANEXO 1. Valor da histórico autuado R\$295.375,91.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que o fisco errou ao considerar em duplicidade as entradas de cada produto fiscalizado, posto que deixou de observar que as mercadorias foram recebidas em operação de remessa por conta e ordem de terceiro, ou seja, o Autuante considerou como entrada tanto a nota fiscal de faturamento, como a nota fiscal de remessa da mercadoria para a impugnante, cujo documento fiscal contempla a indicação da nota fiscal de faturamento, no campo “Informações Complementares”, nos termos do art. 222 do antigo RICMS-BA, acostando documentos fiscais, fls. 148 a 158 dos autos, para comprovar sua alegação.

Em sua informação fiscal o autuante acatou os documentos apresentado pela defesa e reconheceu que houve duplicidade de notas fiscais nas entradas da maioria dos produtos. Assim sendo, informa que zerou as quantidades contidas nas notas fiscais de entradas procedentes do Amazonas, ficando ainda uma diferença a recolher que soma o valor de R\$ 3.205,93, fls. 179 a 187.

Acolho o resultado da revisão fiscal elaborado pelo autuante na informação fiscal, uma vez que foi amparada nos documentos fiscais apresentados na impugnação.

Quanto a alegação defensiva, apresentada na segunda manifestação, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que caberia ao autuado apresentar os documentos que alega ainda existir em duplicidade. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento, o que não foi observado pela defesa após o recebimento dos novos demonstrativos, revisados na 1ª informação fiscal.

Logo, à infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$3.205,93.

Na infração 04 - 03.01.01 - é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do ICMS. Tal infração diz respeito ao mês de janeiro de 2011.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que por equívoco, ao invés de enviar o livro Registro de Apuração em definitivo, enviou o livro com uma apuração parcial, de modo que as informações enviadas originariamente não correspondem a verdade. Como prova do alegado, junta a impugnante o livro de apuração correto para comprovar a improcedência da presente infração (doc. 04), fls. 159 a 164 dos autos.

Na informação fiscal o autuante salienta que, conforme cópia livro apuração ICMS do mês de janeiro de 2011 e DMA desse mês, constatou não haver saldo devedor a recolher e assim sendo, excluiu essa infração, fls. 163 e 222.

Acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com base nos livros e documentos apresentados pela defesa. Logo não mais existe lide em relação ao referido valor.

Logo, à infração 04 é improcedente.

Na infração 05 - 01.06.01 – é imputado ao sujeito passivo ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Estornou ICMS da ST sem que tenha dado saídas com tributação de produtos da ST, tudo conforme demonstrativos anexo às folhas 79 a 80 – ANEXO 5. Valor histórico autuado R\$27.358,97.

Em sua defesa o autuado alega que as operações de saídas indicadas pela fiscalização nunca ocorreram, pois são de devoluções de produtos, ou seja, não houve a venda das mercadorias indicadas nesta infração. Entende que, uma vez que não houve a concretização das operações, mas sim a devolução das mercadorias, a impugnante estornou os créditos do ICMS-ST em conformidade com a o RICMS-BA, transcrevendo o dispositivo abaixo:

Art. 368. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, adotar-se-ão os seguintes procedimentos:

I - o adquirente emitirá Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso;

(...)

III - visando à compensação do imposto:

a) o remetente estornará o débito fiscal correspondente à Nota Fiscal referida no inciso I no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS;

Na informação fiscal o autuante destacou que reexaminado os levantamentos contatou pela procedência da cobrança dos indevidos estornos de ICMS sobre transferências de produtos da ST lançados em livro apuração ICMS, fls. 209 a 212. Assegura que não houve nenhuma transferência de produtos da ST conforme DMAs consolidada, mensais e planilha detalhada por produto, fls. 191 a 196 e 207, 208 e 209 a 212. Assevera que houveram sim, devoluções de produtos incluindo neles alguns da ST com a utilização do CFOP 6202, todos marcados em negrito, fls. 191 a 196.

Esclarece que conforme planilha anexa fez lançamentos do ICMS das devoluções de produtos da ST marcados em negrito e deduziu do estorno mensal lançado em livro apuração ICMS, fls. 209 a 212. Destaca que o estorno total do ICMS dos produtos da ST devolvidos somou R\$ 202,43 para um estorno ICMS lançado no total de R\$ 27.358,97, restando o valor de R\$ 27.156,54 a ser recolhido, fls. 209 a 212.

Em nova manifestação o autuado simplesmente negou a imputação, devo ressaltar, mais uma vez, que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento, o que não foi observado pela defesa após o recebimento dos novos demonstrativos, revisados na 1ª informação fiscal. Assim, acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com os documentos fiscais apresentados pela defesa

. Logo, a infração 05 é procedente em parte, no valor de R\$ 27.156,54, conforme abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/2011	5.870,95
28/02/2011	20,52
31/03/2011	18.855,55
31/08/2011	2.185,23
30/09/2011	158,96
30/11/2011	65,33
TOTAL	27.156,54

Na infração 06 - 02.01.03 - é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas tudo conforme demonstrativos anexos às folhas 81 a 90. Valor da histórico autuado R\$201.597,11.

Em suas manifestações defensivas o autuado destacou que, após levantamento interno, observou-se que a acusação é procedente em parte, cujo comprovante de recolhimento no valor de R\$39.779,80, foi acostado à folhas 1.289. Sustentando que na outra parte o levantamento fiscal indicou produtos sujeitos à substituição tributária como se possuíssem tributação normal, citando cada produto, conforme consta do relatório do presente acórdão.

Por sua vez o autuante na 1ª informação fiscal concordou com os argumentos da defesa e retirou da acusação fiscal os produtos sujeitos à substituição tributária, apresentando novo demonstrativo de débito, fls. 213 a 221, reduzindo o valor autuado para R\$39.779,81.

Devo ressaltar que o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e informou que recolheu R\$39.779,80, ainda durante o período de defesa.

Assim, acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante com base nos documentos fiscais apresentados pela defesa. Logo, a infração 06 é procedente em parte, conforme abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/2011	6.311,46
28/02/2011	5.497,32
31/03/2011	2.309,46
30/04/2011	4.134,48
31/05/2011	1.625,72
30/06/2011	809,42
31/07/2011	2.810,07
31/08/2011	1.429,67
30/09/2011	4.583,39
31/10/2011	1.761,12
30/11/2011	4.984,42
31/12/2011	3.523,28
TOTAL	39.779,81

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR MANTIDO
1	PROC. EM PARTE	3.205,93
2	PORCEDENTE	588.802,23
3	PORCEDENTE	174.938,60
4	IMPROCEDENTE	0,00
5	PROC. EM PARTE	27.156,54
6	PROC. EM PARTE	39.779,81
TOTAL		833.883,11

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0005/14-0**, lavrado contra **WAL MART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$833.883,11**, acrescido das multas de 60%, sobre **R\$830.677,18** e de 100% sobre **R\$3.205,93**, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “d”, “f”, VII, “b”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR