

PROCESSO - A. I. Nº 206826.0001/16-3
RECORRENTE - MARISA LOJAS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0036-03/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0245-11/17

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS ADQUIRIDOS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Acostados documentos, por amostragem, que foram identificados pelos números das chaves de acesso, e confirmado que as notas tiveram a mesma finalidade que as notas fiscais anexadas aos autos pelo autuado com finalidade de transferências de mercadorias para comercialização. Infrações 4 e 5 improcedentes. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JF, Acórdão JF nº 0036-03/17, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do RPAF, Decreto nº 7.629/99.

O Auto de Infração em discussão foi lavrado em 31/03/2016, para exigir o crédito tributário no valor nominal de R\$205.027,07, relativo ao cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a 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 nos exercícios fechados de 2011 e 2012. Exigido o valor de R\$187.128,76, acrescido da multa de 100%. Consta como complemento que “A empresa deixou de recolher o ICMS devido relativo à falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias tributadas, apurada através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, fls. 19 a 83.”;

Infração 02 - 02.01.03. Falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses março a maio, julho de 2011, junho a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$5.394,12, acrescido da multa de 60%. Consta como complemento que o autuado “Deu saídas de mercadorias tributadas através da ECF sem tributação, fls. 85A a 87A-2011 e 88 a 90.”;

Infração 03 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$2.412,63, acrescido da multa de 60%. Consta como complemento que o autuado “Deu saída de mercadorias tributadas com erro na determinação da base de cálculo, fls. 86 e 87.”;

Infração 04 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e

interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de julho de 2012. Exigido o valor de R\$5.936,89, acrescido da multa de 60%. Consta como complemento que o autuado “Deixou de recolher o ICMS relativo à aquisição de mercadorias destinadas ao Ativo Permanente na aquisição de outra unidade da federação, fls. 90 a 118.”;

Infração 05 - 01.02.01. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Utilizou crédito fiscal na aquisição de Ativo Imobilizado, fls. 91 a 118, no mês de julho de 2012. Exigido o valor de R\$4.154,67, acrescido da multa de 60%;

Após instrução processual, com a manifestação do Contribuinte e dos Fiscais Autuantes, a referida Junta entendeu pela Procedência do Auto de Infração, pelas seguintes razões:

VOTO

O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa por inconsistência do trabalho fiscal por ter apurado as irregularidades com base em suas declarações fornecidas ao fisco e não em seus registros fiscais no estabelecimento autuado. Não deve prosperar a pretensão do impugnante, haja vista que o procedimento fiscal que apurou as irregularidades, objeto da autuação, foi realizado estritamente nos documentos e escrituração digital do autuado, em total consonância com a legislação que rege a matéria. Portanto, ante a inexistência de qualquer exigência legal para que a fiscalização somente seja realizada no estabelecimento fiscalizado, entendo superada esta questão.

Não devem prosperar também as alegações de que ocorrera falta de clareza e perfeição na descrição das infrações cometidas e veiculadas no Auto de Infração, bem como, de que a apuração dos valores devidos encontra-se eivada de imprecisão e inconsistência. Verifico que, ao contrário do que suscitou o impugnante, todas as infrações que compõem a autuação encontram-se respaldadas em descrição pormenorizada, acompanhada do respectivo enquadramento legal e tipificação das multas sugeridas, bem como, embasadas em planilhas que detalham de forma cronológica e individualizada por documento fiscal a origem do débito apurado. Portanto, não há que se falar na existência de óbice à plena compreensão da acusação fiscal em todas as suas dimensões.

Não acolho também a alegação de que ocorrera presunção ou arbitramento da base de cálculo em qualquer das infrações que compõem o presente Auto de Infração, eis que, os levantamentos fiscais estão respaldados na legislação de regência e nenhuma das infrações teve o débito apurado de forma indireta, ou seja, com a utilização elementos alheios a documentação e escrituração fiscais das operações realizadas pelo estabelecimento autuado no período fiscalizado. Todos os débitos foram estritamente quantificados através das operações consignadas na documentação e escrituração fiscal do autuado, inexistindo inferência alguma na obtenção dos valores que resultaram nos montantes exigidos.

Assim, depois de constatar que o PAF está revestido das formalidades legais, e que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, considero superadas as questões atinentes as preliminares de nulidade suscitadas.

No mérito, o Auto de Infração é constituído de cinco infrações à legislação do ICMS, conforme devidamente enunciadas no preâmbulo do relatório.

A Infração 01 apura falta de recolhimento do imposto relativo a 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 nos exercícios fechados de 2011 e 2012, conforme demonstrativos às fls. 19 a 83

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta, tanto as quantidades de mercadorias, como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98). No presente processo, houve a constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, anexados aos autos, tendo sido entregues as cópias ao contribuinte.

O art. 60, §1º, do RICMS-BA/97 determina que na apuração da base de cálculo, quando forem constatadas, simultaneamente, omissão de entradas e saídas de mercadorias, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário já que as demais nela estão incluídas.

Em sede de defesa, além das alegações já enfrentadas por ocasião da análise das preliminares de nulidade suscitadas, o impugnante alegou que o critério adotado na obtenção do preço médio “PrDevolEntra” não consta elencado no art. 23-B, da Lei 7.014/96.

O autuante explicou na informação fiscal que “PrDevolEntra” corresponde a Notas Fiscais de entradas (Devolução de Vendas), explicitado nos arquivos constantes do CD, fl. 14, e entregue ao autuado, fl. 17. Por isso, entendo que não deve prosperar a alegação do dependente, uma vez que se trata de mercadorias arroladas no levantamento que, além de não terem saídas no período de apuração, não possuíam estoques iniciais e finais, foi aplicado o critério previsto, relativo às entradas.

Logo, não resta dúvida que as operações de devoluções de vendas - CFOP 12.02, se configuram entradas de mercadorias, que no presente caso, se constituem de operações de retorno das saídas.

Quanto à alegação defensiva de que, nos casos em que o critério de cálculo do preço médio adotado é a Última Saída, o valor utilizado para precificação da mercadoria, base de cálculo do imposto, não é o preço médio levantado pelo próprio fiscal, verifico não há como prosperar tal questionamento, haja vista que, depois de examinar a exemplificação carreada aos autos para demonstrar a suposta inconsistência, o impugnante não identifica a mercadoria e nem o exercício a que se refere, e muito menos, qual o Levantamento de Omissões, já que na apuração, em cada exercício, o sistema de auditoria integrado de levantamento quantitativo de estoques gera vários demonstrativos de omissão. Portanto, mesmo dispondo de elementos em sua documentação e escrita fiscais, bem como das cópias dos demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques, o dependente não apresentou comprovação inequívoca de suas alegações, o que se configura mera alegação desprovida de suporte fático, insuficiente para macular a acusação fiscal.

Em relação ao questionamento de não ter sido considerada a variação de preços em decorrência das promoções realizadas em um mesmo mês no levantamento dos preços médios, constato que não procede a alegação defensiva, tendo em vista que no levantamento fiscal foi adotado “o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado”, conforme preconiza o inciso I, do art. 23-B da Lei 7.014/96. Logo, inclusive as variações de preços, a qualquer título, ocorrida no período.

O impugnante também alegou que a maior parte das mercadorias arroladas no levantamento não há indicação de estoque inicial e final, o que, segundo seu entendimento, gera dúvida se realmente ocorreria omissão de saídas, dentre outros casos relativos a preço médio, indicou também a existência de mercadorias, em que o estoque inicial é maior que o final, mas a diferença entre estes não corresponde à quantidade omitida apurada.

Depois de compulsar os elementos que compõem a apuração das omissões de saídas, apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques, constato que não procedem as ponderações da defesa, tendo em vista que as alegações alinhadas denotam o desconhecimento de impugnante de que as omissões num determinado exercício fechado são apuradas do confronto quantitativo entre o somatório do estoque inicial e das entradas de mercadorias com o somatório das saídas de mercadorias com o estoque final, sendo o resultado dessa expressão aritmética positivo, se configura omissão de saídas, como no presente caso e, se negativo, se configura omissão de entradas.

Portanto, a simples análise comparativa estática entre os estoques iniciais e finais, como pretendeu o autuado, sem considerar a movimentação das mercadorias no período fiscalizado, é insuficiente para indicar a existência, ou não, de omissões.

Ademais, o levantamento fiscal identifica individualizadamente em suas planilhas a origem de todas as movimentações realizadas pelo dependente nos exercícios fiscalizados, lastreadas nas notas fiscais escrituradas, bem como nos saldos iniciais e finais consoante escrituração no livro Registro de Inventários.

Verifico que também foram respeitadas as orientações estabelecidas pela Portaria 445/98, precipuamente o inciso I do art. 13, uma vez que apurado o valor da omissão de saídas maior do que o da omissão de entradas, deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas.

Assim, conforme expendido, resta evidenciado nos autos, o sujeito passivo foi acusado da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto exigido nesse item da autuação.

Dessa forma, concluo pela subsistência da infração 01.

A Infração 02 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme Demonstrativo às fls. 85 a 88 e 90.

O autuado alegou em sua defesa que o demonstrativo de apuração elaborado pelo autuante não lhe permite identificar se de fato ocorreria a infração por não apresentar as datas específicas de cada ocorrência em que foi apurada a falta de recolhimento em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, uma vez que somente consta o registro dos códigos dos produtos fechados por cada mês de venda.

Em suma, essa foi a razão de defesa articulada pelo impugnante.

Depois de examinar os demonstrativos de apuração, verifico que na descrição da infração consta claramente se

tratar de saídas tributáveis realizadas por meio ECF. O autuante esclareceu que, como consta em sua EFD, a escrituração das vendas do estabelecimento autuado é realizada no último dia do mês em bloco e por alíquota. Logo, e não deve prosperar a alegação defensiva.

Assim, inexistente qualquer desconformidade no demonstrativo de apuração elaborado pelo autuante. Ademais, mesmo sendo o autuado detentor de todos os elementos que identificam as operações registradas em bloco, não apresentou qualquer comprovação inequívoca de inconsistência no levantamento fiscal.

Ante a inexistência de qualquer inconsistência nos valores discriminados no demonstrativo desta infração, concluo pela subsistência da autuação.

Infração 03 - cuida do recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, consoante Demonstrativo às fls. 86 e 87.

Do mesmo modo que na infração 02, o defendente alegou que o demonstrativo de apuração que apresenta o registro mensal por bloco e por alíquota, questionou também, o preço de algumas saídas por entender exorbitante.

Assiste razão ao autuante que rebateu em sua informação fiscal as alegações da defesa esclarecendo que, por se tratar de registro em bloco por alíquota no último dia do mês, não sendo possível fazer a análise do preço por unidade de mercadoria, como aduziu o impugnante, tendo em vista que o preço pode não ser unitário e sim de mais de um item por período registrado em bloco.

Mantenho a acusação atinente ao item 03 da autuação.

Infração 04 - trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, consoante demonstrativo, fl. 91.

Infração 05 – acusa o autuado da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento autuado - Demonstrativo à fl. 90.

Para ambas as infrações o autuado alegou, em suas razões de defesa, que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal são destinadas a comercialização, oriundas de transferências de seu CD no Estado de São Paulo e que por erro vieram com valores a menos e foram emitidas notas fiscais complementares para sua regularização e por equívoco foi indicada a NCM de Letreiros.

O autuante, ao prestar informação fiscal, asseverou que alegação da defesa nada tem a ver com a realidade, pois, de acordo com os demonstrativos e as notas fiscais juntadas ao PAF, fls. 90 a 118, se constata que não se trata de notas fiscais complementares e sim de transferência de Ativo Permanente Letreiros em MDF, sem qualquer relação com a atividade mercantil do estabelecimento autuado.

Depois de examinar as peças do processo constato que efetivamente a alegação da defesa não pode prosperar, haja vista que a apuração da exigência fiscal desses dois itens da autuação foi realizada com base nas notas fiscais e na EFD do estabelecimento autuado gerando os demonstrativos de débitos, fls. 90 e 91, e cópias das referidas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e acostadas às fls. 91 a 118, e devidamente entregues ao autuado. Portanto, a acusação fiscal afigura-se devidamente estribada na legislação de regência e na documentação fiscal do autuado, sendo assim, a mera alegação de erro na emissão das notas apontada pela defesa não tem o condão de elidir o cometimento das irregularidades infringidas.

Nestes termos, concluo pela subsistência das infrações 04 e 05.

Em relação aos argumentos da defesa de que as multas indicadas no lançamento são confiscatórias e ofensivas aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, inconstitucionais, apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa, deixo de apreciar esses argumentos defensivos, haja vista que as referidas multas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e, ao teor do disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Inconformado a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente por Decisão unânime, o contribuinte tempestivamente interpôs Recurso Voluntário, através do seu advogado legalmente constituído, visando a nulidade do Auto de Infração.

O autuado inicia a sua contestação narrando sobre a Decisão da JJF que afastou as alegações de cerceamento do direito de defesa e nulidade da autuação por inconsistência do trabalho fiscal, porque assim entendeu: a) que o procedimento fiscal foi baseado nos documentos e escrituração digital do autuado em consonância com a legislação de regência; e b) a clareza e perfeição das infrações se encontram respaldadas em descrição pormenorizada, com o respectivo

enquadramento legal e tipificação das multas.

O autuado questiona a procedência do Auto de Infração sob as seguintes alegações: a) que a manutenção do Auto de Infração depende da “correção” da ação fiscal, revestido de liquidez e certeza; b) que a inobservância do art. 42 do CTN resultaria na nulidade insanável do Auto de Infração; c) alega que o trabalho fiscal limitou-se às declarações e que estas não constituem provas contrária ao contribuinte, caso apresentem dúvidas a tributação das operações; d) aduz ser necessário o confronto dos dados lançados eletronicamente e os escriturados nos livros fiscais e que o Agente Fiscal não detalha e nem demonstra a descrição pormenorizada das infrações, com clareza e perfeição, sob pena de causar ofensa à ampla defesa e contraditório garantidos pela CF; e) que as planilhas que apuraram os valores são imprecisas e inconsistentes, que em muitos casos não refletem os valores lançados no Auto de Infração, bem como os períodos dos fatos geradores e são contraditórios os critérios para arbitramento da base de cálculo, afrontando o disposto na Lei nº 7.014/96.

Sobre a Infração 01, o autuado não concorda que a devolução de vendas – CFOP 1.102, configure entradas de mercadorias e sim retorno das saídas, aduz que o método para aferição do cálculo não está de acordo com o artigo 23-B, da Lei nº 7.014/96, que o arbitramento da base de cálculo do preço médio como última saída no Levantamento de Omissões para estipular ao preço da mercadoria não foi o procedimento adotado pelo Agente Fiscal, declara que diante da documentação apresentada pelo autuante não ter como identificar qual a mercadoria e a que exercício se referia, bem como demonstrou de forma exemplificativa que a *“mercadoria listada na linha 27 da página 302 do Levantamento de Omissões é maior que o preço médio apresentado pelo próprio fiscal na Lista de Preços Médios, R\$20,87 e R\$20,08, respectivamente”*, portanto alega descabidos desconsiderar os argumentos apresentados pelo recorrente.

Alega que não foi considerada a variação de preços em decorrência das promoções, que o julgador de piso não levou em consideração os argumentos apresentados na impugnação e que a documentação apresentada o recorrente observa-se que a maior parte das mercadorias listadas não há indicação da quantidade existente no Estoque Inicial e Final e que em muitos casos o estoque inicial é maior que o estoque final, mas que a diferença entre eles não corresponde à quantidade omitida, objeto do arbitramento da autuação, desta forma o arbitramento está em discordância com a legislação de regência.

Afirma que para as infrações 2 e 3 não foram apresentadas comprovações inequívocas das inconsistências apresentadas no levantamento fiscal que permitisse identificar com clareza a infração, não identificou as datas de cada ocorrência, além de constar somente o registro dos códigos dos produtos fechados por cada mês de venda e reforça que deve haver uma fiscalização em seus documentos fiscais e não apenas nas declarações eletrônicas.

Ressalta que não foi possível identificar os dias das vendas e nem o valor de cada uma delas e que tal procedimento não permitiu o recorrente efetuar sua defesa e apresentar prova para contraditar o apontamento contido no Auto de Infração e que da mesma forma ocorre com a infração 3 e transcreve parte do acórdão: *“...por se tratar de registro em bloco por alíquota no último dia do mês, não sendo possível fazer análise do preço por unidade de mercadoria, como aduziu o impugnante, tendo em vista que o preço não pode ser unitário e sim de mais de um item por período registrado em bloco”*.

Assevera que as planilhas apresentadas para Infração 2 não apresentam a indicação das mercadorias, não apontam as datas das saídas com supostos erros de tributação e nem a quantidade de mercadorias erroneamente tributadas, além disso, não foi considerado que a empresa é comercial varejista e promove liquidações de mercadorias e que em um mesmo mês a mesma mercadoria por ter valores diferentes, exemplifica que nos levantamentos das mercadorias apresenta a indicação que o valor de uma bermuda é de R\$1.619,73 e que dificulta a identificação do suposto erro.

Afiança que o recolhimento mensal do ICMS apresenta valores superiores aos indicados no Auto

de Infração e que isso denota que o recorrente recolhe regularmente o ICMS, caso contrário os valores questionados seriam muitos superiores, mas que constatada a falha imperiosa seria identificar as mercadorias sobre as quais deixou de recolher o ICMS antecipado com as respectivas datas das vendas e repete que não foram descritas nem individualizadas as supostas infrações impossibilitando-a trazer elementos para sua defesa.

Quanto as Infrações 4 e 5, alega o recorrente que o Agente Fiscal errou porque considerou as mercadorias recebidas em transferências destinadas para comercialização, bens do ativo permanente, isto porque, houve equívoco na emissão das Notas Fiscais Complementares emitidas para ajuste dos valores, inclusive do ICMS devido nas operações. Aduz que o motivo que motivou a infração foi a menção do NCM na NF, mas que a descrição das mercadorias estava correta e a NF-Complementar contém a indicação da NF originária e que o direito ao crédito é constitucional e que o erro formal não invalida a apropriação do crédito fiscal.

Menciona que a autuação baseou-se em presunção de falta de recolhimento por omissões, que ao cadastrar as entradas no estoque pode haver divergências de informações absorvido ao longo do exercício, que as distorções encontradas são as devoluções de mercadorias por conta de códigos individualizados, fato este que é de conhecimento da SEFAZ, porque faz sistematicamente retificações das declarações por meio do método de aglutinação de produtos, consigna que o recorrente é uma empresa séria com alto valor de impostos recolhidos e que pela natureza da sua atividade pode existir inconsistências que aparentam irregularidade, mas que é possível verificar a lisura dos seus procedimentos e que é função da Administração Pública buscar a verdade material.

Por fim, alega que a multa aplicada tem caráter confiscatório, que 60% do valor do imposto, podendo chegar a 100% é repudiado pela CF e invoca os artigos 150, inciso IV; 51, incisos XXII, XXIII, LIV, LV e LVII; 170, incisos II e III.

VOTO

Preliminarmente suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa e nulidade da autuação por inconsistência no trabalho fiscal. Aduz que o autuante não detalhou e demonstrou com clareza e perfeição as infrações cometidas, trazendo obscuridade ao trabalho fiscal, os levantamentos e planilhas apresentadas não são precisas quanto as infrações e os critérios utilizados para apuração dos valores, configurando patente iliquidez e incerteza das autuações tornando-as contraditórias ao disposto na Lei nº 7.014/96.

Ao examinar a documentação acostada aos autos, comparando-as com o que estabelece a legislação pertinente, verifico que são passíveis de nulidade, de acordo com o art. 18, da Lei nº 7.629/99:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não tiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Concluo que o Auto de Infração em sua essência contém todos elementos necessários para, com segurança, determinar de forma precisa as infrações e o infrator, bem como o direito do contribuinte manifestar-se contra as infrações e as punições impostas, portanto não considero que houve cerceamento do direito de defesa e que os fatos descritos como atos infracionais estão perfeitamente definidos consoante o RICMS/97 e a Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, considero que os elementos trazidos aos autos são suficientes para dá segurança ao Julgador sobre a continuidade do processo em tese e por esta razão, não acolho o pedido de nulidade.

Saliento que o Recurso Voluntário apresenta as mesmas argumentações contestatórias da impugnação inicial.

Quanto a Infração 1 referente à omissão de saídas, constato que a norma de regência prevê que quando for impossível determinar com precisão a data da ocorrência do fato gerador, deve – se considerar a data do último dia do período fiscalizado, neste caso 31/12/2011 e 31/12/2012, (art. 938, § 3º, do RICMS/BA), portanto caindo por terra a alegação do recorrente da falta de indicação de quando as infrações foram cometidas. Por se tratar de levantamento quantitativo de estoque as omissões de saídas foram apuradas através dos elementos necessários e estão presentes, o estoque inicial, as entradas, as saídas e o estoque final, suficientes para determinar as omissões. Segundo o Auditor fiscal, através do sistema corporativo SIAF, foram constatadas omissões de entradas e de saídas, como a norma prevê que na ocorrência das duas situações será levada em consideração a de maior valor financeiro e este foi o tratamento dado pelo autuante.

Sobre a base de cálculo utilizada, irreparáveis são os demonstrativos apresentados e a metodologia aplicada com amparo no art. 60 e incisos. Examino o exemplo trazido pelo autuado que poderia demonstrar o equívoco do autuante, constato que não demonstra de forma precisa a comprovação das suas alegações, portanto insuficiente para elidir a ação fiscal.

Não procede alegar que os preços utilizados em função das promoções e/ou liquidações influenciaram na apuração da base de cálculo apresentada pela fiscalização, isso não poderia ter ocorrido, pois o autuante tomou por base o preço médio das saídas no último mês em que a mercadoria foi comercializada, conforme estabelece o art. 23-B, I, da Lei nº 7.014/96.

Como o recorrente não trouxe aos autos elementos que ensejassem a revisão da Infração 1, concluo pela sua subsistência.

Sobre a falta de recolhimento do ICMS descrita na Infração 2, que imputa o autuado realizar saídas de operações tributáveis como não tributáveis, verifico que não assiste razão o autuado quando a considera incoerente e exemplifica o preço de R\$1.619,73, (fl. 86, linha 10) atribuído a uma bermuda, acontece que o levantamento apresentado pela fiscalização teve por base a escrituração por bloco e o valor apresentado são de várias bermudas, portanto não se constituindo em valor de um único item.

Como os valores estão em conformidade com os demonstrativos apresentados e identificam as operações registradas em bloco, pondero que o autuado não apresentou razões para considerar a inconsistência da infração, portanto subsiste a Infração 2.

No mesmo tópico, o autuado recorre as mesmas razões da infração 2 e questiona os preços de algumas mercadorias, o demonstrativo de apuração por apresentar o registro mensal e por bloco, examino o entendimento do autuante quando diz que por se tratar de registro por bloco, não é possível a análise por preço unitário de mercadoria e que os preços constantes do Auto de Infração referem-se a mais de um item por período registrado em bloco, portanto, também subsiste a Infração 3.

As Infrações 4 e 5, decorrem das operações de transferências e sobre elas a cobrança do DIFAL referente as entradas de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio contribuinte, por conseguinte, a utilização indevida de crédito fiscal. Segundo alegações do autuado houve erro na indicação da NCM das mercadorias e que os demais dados constantes das notas fiscais estão de acordo as notas fiscais de origem.

O autuante em sua Informação Fiscal alega que o autuado faz uma narrativa que não tem a haver com a realidade e remete às folhas 90 a 118 para verificar que não se trata de notas fiscais complementares e sim transferências de Ativo Permanente, sem relação com a atividade mercantil. Porém, constato que nas folhas 91 e 92, consta as supostas Notas Fiscais de nºs 25218 e 25219, nos valores de R\$ 1.971,50 e R\$ 2.215,04, referentes a “LETREIRO EM MDF 30MM GRAY 8C – FIXADO PI”, impressas pelo SIAF, no entanto, o autuado acosta aos autos as cópias das Notas Fiscais nºs 25218 e 25219, com valores idênticos aos acima referenciados e faz constar no campo

“DADOS ADICIONAIS/INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” que a nota fiscal complementar refere-se as Notas Fiscais nºs 000259 a 000265 e 000445; 000448; 000449; 000452; 000561; 000563; 000565; 000567; 000569 e 000571, respectivamente, com CFOP 6.156 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar, consignados nos documentos fiscais, portanto considero que as notas fiscais apresentadas pelo recorrente estão em conformidade com suas alegações, portanto sobre estas notas não existe diferenças de alíquotas a pagar e, por conseguinte, mantenho a manutenção do crédito fiscal.

Sobre as demais notas fiscais constantes dos demonstrativos do autuante (fl. 90 e 91), verifiquei em visita ao portal da nota fiscal eletrônica (<https://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consulta...>), identificando os documentos pelos números das chaves de acesso, por amostragem, confirmei que essas notas tiveram a mesma finalidade que as notas fiscais anexadas aos autos pelo autuado e delas pude finalizar que tratava-se de transferências de mercadorias para comercialização, portanto concluo pela improcedência das Infrações 4 e 5.

Por todas as razões acima expostas voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário a apresentado para julgar improcedentes as infrações 4 e 5. Assim, o débito remanescente assim se apresenta:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	187.128,76	187.128,76	100%	PROCEDENTE
02	5.394,12	5.394,12	60%	PROCEDENTE
03	2.412,63	2.412,63	60%	PROCEDENTE
04	5.936,89	0,00	-----	IMPROCEDENTE
05	4.154,67	0,00	-----	IMPROCEDENTE
Total	205.027,07	194.935,51		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206826.0001/16-3**, lavrado contra **MARISA LOJAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no total de **R\$194.935,51**, acrescido das multas de 100% sobre R\$187.128,76 e 60% sobre R\$7.806,75, previstas no art. 42, incisos III, II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOÃO ROBERTO SENA DA PAIXÃO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS