

A. I. Nº - 129712.0002/17-6
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S/A.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA e MARIA CRISTINA ALVES CORREIA
- SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 1.12.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-04/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Alegações defensivas insuficientes para afastar a exigência fiscal. Item mantido. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Comprovado que parte do lançamento refere-se a mercadorias sujeitas a substituição tributária, encontrando-se com a fase de tributação encerrada. Acusação parcialmente elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTATIVO DE ESTOQUE. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b.1)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **b.2)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS. Os argumentos apresentados pelo autuado não afastam as exigências. Autuado não apontou equívocos nos levantamentos. Infrações mantidas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Mantidas as penalidades aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 21/03/2017 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$173.805,15 em decorrência das seguintes acusações:

1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$862,63 referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

2 - Recolheu a menor ICMS no total de R\$68.530,20 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

3 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$99.951,68 relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

4 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$3.105,41, 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. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

5 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.355,23, 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. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação, fls. 241 a 253, apresentando as argumentações a seguir sintetizadas.

Após mencionar a tempestividade da peça defensiva e produzir uma síntese dos fatos, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração, onde, no tópico intitulado “ERROS NA INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS QUE FUNDAMENTAM A AUTUAÇÃO” cita que a autuação atacada apresenta a planilha 01 na qual indica que teria aplicado alíquota “0” (zero) nas operações de saídas que realizou e genericamente indica que deveria ter sido utilizada a alíquota de 17% para tais mercadorias.

Acrescentou que as autuantes simplesmente indicam como enquadramento legal da infração os Artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, entretanto, os referidos dispositivos normativos e legais prescrevem genericamente todas as alíquotas aplicáveis para se calcular o ICMS com todas e quaisquer mercadorias no Estado da Bahia, quais sejam, 38%; 28%; 26%; 25%; 18%; 12%; 7% e 4% (artigos 15 e 16, da lei nº 7.014/96), bem como trata das operações sujeitas ao adicional de 2% de ICMS em determinadas operações para composição do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (artigo 16-A, da Lei nº 7.014/96).

Desta maneira assevera que não foi indicado objetivamente o dispositivo legal que entende reger suas operações no que tange à definição das alíquotas aplicáveis, razão pela qual as autuantes não se desincumbiram de seu ônus de apontar objetivamente a infração dita pois não informa o dispositivo legal tido por violado, isto é, não indica o dispositivo que fundamenta a suposta aplicação da alíquota de 17% nas operações questionadas.

Nessa linha considera que ante a impossibilidade de se identificar com segurança a infração de que é acusada tal fato torna nulo o lançamento pela perfeita subsunção ao disposto no inciso IV, “a”, do artigo 18, do Decreto nº 7.629/99.

Acrescentou que além do Auto de Infração ser nulo pela impossibilidade de identificar com clareza e segurança a infração que lhe foi imputada, este mesmo fato (falta de identificação segura da infração) inviabiliza sua defesa, visto que não é possível exercê-la sem saber exatamente do que é acusada.

Destaca que sequer foi apontado objetivamente o dispositivo legal que fundamenta a imposição das penalidades indicadas nos itens 03 e 04 do Auto de Infração, onde consta unicamente o artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, isto é, não há indicação da alínea à qual se subsumiria sua atitude.

No tópico seguinte nomeado como “FALTA DE INDICAÇÃO DOS DADOS IDENTIFICADORES DAS NOTAS FISCAIS CUJO CRÉDITO É GLOSADO”, onde também requer a nulidade do Auto de Infração, destaca que o trabalho fiscal deve conter de forma clara os elementos que identifiquem a infração à qual o contribuinte é acusado, bem como deve ser objetivamente individualizada a conduta que a Autoridade Fiscal entende subsumida nas prescrições legais incriminadoras, elementos estes que considera inexistentes nos autos.

Ao ingressar no mérito da autuação, passa a referir-se a Infração 01, que trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, citando que dentre as mercadorias cujo crédito tomado é questionado, encontram-se mercadorias que não se sujeitam à sistemática da substituição tributária.

Nesse sentido, cita que como se pode observar do documento fiscal anexo (Doc. 01), dentre as mercadorias cujo crédito fiscal é glosado estão elencadas mercadorias classificadas na NCM 6115.95.00, Meias-calças, meias acima do joelho, meias até o joelho e artigos semelhantes, incluindo as meias-calças, meias acima do joelho e meias até o joelho, de compressão degressiva

(as meias para varizes, por exemplo), de malha; 6115.95.00 - de algodão, que identifica mercadorias não sujeitas à substituição tributária, não havendo razões para se questionar a legitimidade dos correspondentes créditos tomados.

Após tecer outras considerações a respeito desta questão, citando, inclusive, a norma de utilização de crédito estabelecida pelo Art. 29 da Lei nº 7.014/96, menciona que a substituição tributária é sistemática utilizada para facilitar a arrecadação do ICMS, e que nesta sistemática ocorre incidência do ICMS de todas as operações do ciclo comercial do produto comercializado, todavia, para facilitar a arrecadação, o recolhimento do crédito tributário da cadeia é concentrado em um dos elos desse ciclo, que recolhe tal crédito tributário de forma concentrada em substituição aos demais contribuintes.

Nessa senda conclui este tópico asseverando que sendo certo que o dispositivo legal esposado veda a tomada de créditos de ICMS das mercadorias adquiridas cuja saída não terá incidência do ICMS ou será isenta; e que as mercadorias que adquiriu são regularmente tributadas pelo ICMS nas operações subsequentes (cujo ICMS foi antecipado por substituição tributária), inexistente a infração que lhe foi atribuída, razão pela qual pugna por sua improcedência.

Adentra, em seguida, à infração 02, que trata de recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, destacando, inicialmente, que não identifica clara e objetivamente a alíquota que entende correta para a operação em apreço, de modo que não é possível se identificar suposto erro cometido pela Impugnante.

Após destacar que a situação verdadeiramente ocorrida não se subsume no fundamento legal usado pelas autuantes para imputação da multa imposta, Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 (60%), visto que, no caso em apreço, não deixou de recolher o imposto devido e não se utilizou de alíquota incorreta, isto porque antecipou o recolhimento do ICMS por substituição tributária e, para tanto, se utilizou das alíquotas aplicáveis a tais produtos nos termos da legislação pertinente.

Nesse sentido, cita que através do doc. 02 que juntou aos autos, se pode observar que os produtos objeto das operações questionadas estão sujeitos à substituição tributária, as quais são classificadas na NCM 4202.92.00 (malas e malas, incluindo as malas de toucador e as malas e pastas de documentos e para estudantes - Com a superfície exterior de folhas de plástico ou de Matérias têxteis.), 6402.99.90 (Outro calçado com sola exterior e parte superior de borracha ou plástico – Outro e 5702.42.00 (mercadorias estas que são sujeitas à substituição tributária).

Conclui sustentando que tendo ocorrido regular tributação antecipada do ICMS devido nas operações subsequentes, não há que se falar em falta de recolhimento do imposto na operação realizada, de modo que não há subsunção dos fatos em apreço ao dispositivo legal que fundamenta a imposição de multa, razão pela qual pugna pela Improcedência do Auto de Infração.

Ao ingressar às infrações 03, 04 e 05, afirma que estas não ocorreram ao tempo em que a inocorrência dessas infrações é facilmente aferível com o entendimento das peculiaridades de suas atividades e do segmento comercial no qual está inserida, sendo que, uma detida análise da sua realidade operacional leva inequivocamente à constatação de que inexistem irregularidades nas operações em apreço.

Menciona que a comercialização varejista de expressiva variedade de produtos que realiza ocasiona uma enorme quantidade de cadastros internos para identificação desses produtos, que atualmente perfaz aproximadamente 2.000.000 (dois milhões) de artigos cadastrados e que a despeito de enfrentar grandes dificuldades para conciliar suas codificações comerciais com as exigências fiscais, cumpre irreparavelmente seus deveres tributários, acrescentando a análise aprofundada de sua escrita contábil e fiscal teria levado as autuantes a identificar o regular cumprimento dos seus deveres tributários da e, por conseguinte, a inexistência das irregularidades indicadas nos itens em apreço do Auto de Infração ora impugnado.

Afirma que ante a ausência de análise da sua escrituração fiscal e contábil e das peculiaridades da sua realidade comercial as autuantes incorreram em erro ao lavrar o Auto de Infração em apreço, visto que consideraram como omissão de saídas as operações nas quais não identificou correlação entre os códigos internos e os códigos fiscais que identificam a mercadoria comercializada.

Após tecer outras considerações a esse respeito, afirma que demonstrado a superficialidade dos trabalhos fiscais realizados e a inocorrência da busca pela verdade real, as autuantes sequer apontaram objetivamente o dispositivo legal que fundamenta a imposição de penalidade, isso porque o fundamento indicado nos itens 03 e 04 do Auto de Infração é unicamente o artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, isto é, não há indicação da alínea à qual se subsumiria a atitude da autuada.

Em conclusão sustenta que inexistindo irregularidades imputáveis e pelo fato das autuantes não identificarem a infração atribuída, afirma que mostra-se clara a improcedência do trabalho fiscal e a necessidade de ser cancelado o Auto de Infração impugnado.

Passa a atacar as multas aplicadas, as quais consideram que se mostram abusivas, desproporcionais e tem efeitos confiscatórios. A este respeito cita o Art. 150, IV da Constituição Federal, que em vista dessa previsão Constitucional, doutrina e jurisprudência, invariavelmente têm entendido que a instituição de elevada multas por descumprimentos de obrigações tributárias afronta o Princípio da Vedação ao Confisco, citando ensinamento da lavra de eminente Mestre do Direito, Decisão do STJ, concluindo que cumpre destacar que a penalidade imposta foi estipulada em 100% e 60% do valor do crédito fiscal, de modo que, em consonância com a doutrina e jurisprudência, mostra-se inobservado o Princípio Constitucional da Vedação ao Confisco, visto que flagrantemente desproporcional e abusiva, razão pela qual requer o cancelamento das multas.

Em seguida passou a pleitear a conversão do feito em diligência nos termos do Art. 7º, § 2º, do Decreto nº 7.629/1999, para proporcionar à presente demanda um desfecho justo e em consonância com o princípio da verdade material.

Em conclusão apresenta os seguintes pedidos:

(i) Seja cancelado o Auto de Infração impugnado, reconhecendo-se a nulidade deste trabalho fiscal com base no artigo 18, II e IV, “a”, do Decreto nº 7.629/99, pois a Impugnante está sendo preterida em seu direito de defesa, visto que:

(i.1) A falta de indicação do dispositivo legal ou normativo que evidencie o erro na aplicação de alíquotas nas operações em apreço impossibilita a identificação segura da infração que a Impugnante é acusada;

(i.2) A falta de Indicação dos dados identificadores das Notas Fiscais cujo crédito tributário é questionado inviabiliza a identificação das operações incluídas nessa autuação.

(ii) Caso não se entenda pelo cancelamento do Auto de Infração impugnado nos termos no item “i”, seja julgado improcedente o Auto de Infração impugnado;

(iii) Caso a Ilustre Autoridade Julgadora entenda necessária a produção de novas provas para apreciar os argumentos da Impugnante, seja determinada a baixa dos autos em diligência, a fim de que seja certificada a improcedência deste trabalho fiscal para que, ao final, seja julgado improcedente o Auto de Infração impugnado em sua totalidade;

(iv) Caso sejam mantidas quaisquer das imputações constantes no Auto de Infração impugnado, seja cancelada a multa aplicada, visto que se mostra desproporcional, abusiva e confiscatória.

Finalmente protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas e requer que eventuais intimações sejam feitas na pessoa de sua advogada, SILVANA LAVACCA ARCURI, inscrita na Seção São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil sob nº OAB/SP 140.538, domiciliada no endereço seguinte: Lojas Riachuelo S/A, Rua Leão XIII, nº 500, Jardim São Bento, CEP: 02526-900, São Paulo – SP, e-mail: tributario@riachuelo.com.br

As autuantes prestaram Informação Fiscal, fls. 285 a 304, aduzindo que confirmam o procedimento fiscal ao tempo em que retificam alguns demonstrativos anexados inicialmente apresentando novos valores, que fizeram juntada, tudo em conformidade com a legislação estadual a qual estão submetidas.

Em relação a preliminar de nulidade do procedimento fiscal arguida pelo autuado sob a alegação de que a indicação dos dispositivos legais não foi específica para as infrações cometidas, entendem que se trata de argumento totalmente desprovido de fundamento, uma vez que os fatos foram descritos de forma inteiramente compreensível, ficando evidente o enquadramento legal e as irregularidades apuradas.

No que diz respeito a infração 01, mantém a exigência total do valor dos créditos lançados indevidamente referentes a mercadorias relacionadas nos levantamentos por serem todas da ST, inclusive "sapatilhas", questionada pela autuada que certamente desconhece ser essa mercadoria um tipo de calçado, classificado no item 09 do Anexo do RICMS vigente a época, pontuando que o fato de o *NeM* estar indicado de forma errônea não o credencia a proceder em desacordo com a legislação fiscal.

Destacam que quanto ao alegado sobre o lançamento do crédito de uma mercadoria que é comercializada e devolvida, concordam desde que não esteja essa sujeita a Substituição Tributária.

Quanto a infração 02 reconhecem e retificaram alguns equívocos pela inclusão no levantamento das mercadorias "capacho", "sapatilhas", "scarpin" e "Iancheira", por serem da substituição tributária, cabendo realmente saída com alíquota zero, razão pela qual procederam a correção, resultando no novo valor do débito nesta infração em R\$31.260,05.

Mencionam que, quanto aos demais itens listados nos levantamentos iniciais devem permanecer, inclusive foram anexados, por amostragem, alguns cupons extraídos das Leituras da Memória Fiscal, que foram solicitadas e entregues pelo representante da empresa, comprovando assim os fatos ocorridos.

Naquilo que se refere a multa de 60% questionada esclarecem que exercem atividade e em assim sendo, reportam-se unicamente a legislação fiscal, que atribui esse percentual de multa ao caso concreto.

Ao adentrarem a infração 03, mencionam que em relação à seriedade e idoneidade da autuada, registram a excelência no trato da sua atividade, entretanto erros ocorrem até mesmo em razão da imensa variedade de itens comercializados.

Disseram que o Defendente desconhece que para concluir por alguma irregularidade, a fiscalização se norteia nas NF eletrônicas emitidas e recebidas, na Escrita Fiscal constante dos Arquivos EFD do SPED Fiscal transmitidos. Assim, o Levantamento Quantitativos de Estoques foi executado com o confronto das entradas, (compras), saídas (vendas) e os dados dos Inventários inicial e final. A EFD - Escrituração Fiscal Digital- é composta de Blocos contendo informações fiscais, sendo o H referente ao inventario, onde são lançados os códigos, a denominação, quantidade de itens, valor unitário de estoque inicial e final, valor de entradas de mercadorias no curso do exercício, etc sendo essas as informações legais nas quais basearam o trabalho.

Ressaltam que a despeito da defesa arguir a improcedência dessa infração pela existência de códigos internos, não apresentou nenhum documento, listagem ou arquivo contendo a correlação desses códigos ditos internos com os relacionados na EFD, estando, pois sua argumentação totalmente vazia.

Dizendo que quanto as demais considerações sobre "multas abusivas aplicadas" não lhes cabe comentar, visto que atividade de fiscalização é plenamente vinculada, cabendo a aplicação da legislação estadual vigente.

Concluem pugnando pela Procedência da ação fiscal.

Foi expedida intimação ao autuado, através do endereço indicado em sua peça defensiva pelo autuado, conforme docs. fls. 307 e 308, cujo recebimento ocorreu em 14/07/2017, entretanto não houve manifestação por parte do autuado.

VOTO

A autuada inicia sua defesa suscitando a nulidade do Auto de Infração por entender a existência de erros na indicação dos dispositivos que fundamentam a autuação. Neste sentido cita que foi acusada de haver aplicado alíquota “0” em operações que deveriam ser tributadas à alíquota de 17%. A este respeito reporta-se objetivamente aos arts. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96, que estão indicados no enquadramento legal da infração 02.

Os acima mencionados artigos estão inseridos na Lei nº 7.014/96 e estão relacionados à aplicação das alíquotas em operações de saídas. É certo que as autuantes não citaram no enquadramento da infração o inciso respectivo, entretanto as planilhas analíticas elaboradas pelas mesmas indicam, claramente, a data da operação, o CFOP, o código e a descrição do produto, a carga tributária “zero” incidente na operação **e a alíquota de 17% aplicável a cada operação.**

Portanto, o procedimento das autuantes não resultou em qualquer prejuízo à autuada, já que a infração está devidamente demonstrada e oferece todos os meios de defesa, inexistindo, portanto, o alegado cerceamento a esse sagrado direito, tanto que, a autuada defendeu-se do mérito da autuação, demonstrando que entendeu plenamente a acusação.

Supero, portanto, esse argumento defensivo.

O segundo argumento diz respeito a falta de objetividade na indicação do dispositivo legal que fundamenta as penalidades relativas as infrações 03 e 04, não havendo indicação da alínea respectiva.

As infrações relacionadas a estas acusações reformou-se a levantamento quantitativo de estoque e estão plenamente demonstradas através das planilhas apresentadas pelas autuantes, as quais foram objeto de análise pela defesa, que as enfrentou ao adentrar no mérito da autuação. O art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 trata de penalidade incidente sobre ocorrência de exigência de imposto nas situações indicadas nestas infrações, não ocorrendo, destarte, qualquer prejuízo à defesa.

Desta maneira, tal como no item precedente, não vislumbro motivação para nulidade destas infrações, pelo motivo suscitado na peça defensiva, razão pela qual também supero esta segunda arguição de nulidade.

Como terceiro argumento de nulidade a autuada alegou, sem mencionar a qual infração ou infrações está se referindo, que houve falta de indicação dos dados identificadores das notas fiscais cujos créditos foram glosados. Nesse sentido, só posso admitir que a autuada está se referindo a infração 01, que é a única que trata de utilização indevida de crédito fiscal, e assim a analisarei no aspecto atinente à sua formalização.

Com o devido respeito, não vejo que houve falta de indicação dos dados identificadores das notas fiscais que deram origem ao lançamento. Pelo contrário, a planilha elaborada pelas autuantes trata de crédito indevido referente a mercadorias com ICMS substituído, isto é, com a fase de tributação já encerrada. Nela consta o número e a data do documento fiscal, o código e a descrição da mercadoria, assim como o respectivo crédito fiscal que foi utilizado de forma irregular, tudo demonstrado de forma analítica nas mencionadas planilhas, oferecendo amplos meios de defesa ao autuado, o que foi feito.

De forma que não acolho esse argumento defensivo e afasto todas as arguições de nulidade suscitadas pela defesa.

Superadas as questões de ordem preliminar, passo ao exame do mérito do lançamento, pontuado de imediato que indefiro o pedido de conversão do processo em diligência, primeiro porque a autuada não aponta, objetivamente, qualquer questão que necessite ser dirimida alguma dúvida acaso existente mediante realização de diligência, e, em segundo lugar, considero que se

encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação da minha convicção como julgador, razão pela qual, indefiro o pedido de diligência com fulcro no Art. 147, inciso I “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do estado da Bahia – RPAF/BA.

Isto posto, vejo que, em relação a infração 01, que trata de glosa de créditos fiscais no total de R\$862,63 referente a mercadorias com fase de tributação já encerrada por estarem incluídas no regime da substituição tributária, a autuada questionou que algumas das mercadorias autuadas não se sujeitam à substituição tributária, sendo, desta maneira, ilegítima a glosa do crédito.

A este respeito citou pontualmente as mercadorias que estão classificadas na NCM 6115.95.00, meias-calças, meias acima do joelho, meias até o joelho e artigos semelhantes, incluindo as meias-calças, meias acima do joelho e meias até o joelho, de compressão degressiva (as meias para varizes, por exemplo), de malha e de algodão.

As autuantes mantiveram o lançamento sob o argumento de que todas as mercadorias que tiveram o crédito glosado estão incluídas na substituição tributária, inclusive “sapatilhas” classificadas no item 09 do Anexo ao RICMS em vigor à época da ocorrência dos fatos.

Analizando as planilhas elaboradas pelas autuantes, constantes da mídia anexada aos autos, não identifiquei a ocorrência de glosa de crédito fiscal relacionado as mercadorias classificadas no código 6115.95.00 conforme alegado pela autuada, portanto, a este respeito, nada existe a ser excluído.

Quanto aos demais argumentos trazidos na peça defensiva, observo que o autuado reconhece que ocorrendo a substituição tributária cessa o recolhimento do ICMS nas operações subsequentes, entretanto, alegou que as mercadorias adquiridas com substituição ou antecipação tributária são regularmente tributadas nas operações subsequentes, situação esta que não lhe autoriza a utilização dos créditos vez que encerrada a fase de tributação não é possível ocorrer operações com tributação, razão pela qual, é indevido o uso do crédito, restando mantida a exigência fiscal.

A infração 02 relaciona-se a recolhimento a menos do imposto no total de R\$68.530,20 em razão de aplicação de alíquota diversa da legalmente prevista. Alegou a autuada que não houve a infração porque antecipou o recolhimento do ICMS ST e que, para tanto utilizou corretamente as alíquotas aplicáveis. Acrescentou, ainda, que para efeito de comprovação de que os produtos inseridos pelas NCM 4202.92.00 (malas e maletas, incluindo as maletas de toucador e as maletas e pastas de documentos para estudantes - Com a superfície exterior de folhas de plástico ou de Matérias têxteis.), 6402.99.90 (Outro calçado com sola exterior e parte superior de borracha ou plástico – Outro e 5702.42.00 estão incluídos na substituição tributária.

Por sua vez as autuantes ao prestarem a Informação Fiscal reconheceram e acolheram os argumentos defensivos, oportunidade em que retificaram os equívocos pela inclusão no levantamento das mercadorias “capacho”, “sapatilhas”, “scarpin” e “Iancheira”, por serem da substituição tributária, cabendo realmente saída com alíquota zero, razão pela qual procederam a devida correção através da elaboração de novas planilhas, resultando no novo valor do débito para esta infração na ordem de R\$31.260,05.

De fato assiste razão as autuantes ao acatar o argumento defensivo na medida em que as mercadorias acima mencionadas, estão sujeitas ao regime da substituição tributária conforme se verifica nos itens 9, 24 e 27 do Anexo I ao RICMS/12, razão pela qual acolho as exclusões levadas a efeito pelas mesmas.

Considerando que a autuada, por intermédio de seus patronos, foi intimada acerca do resultado inserido através da informação fiscal e não mais se pronunciou nos autos, mantenho o valor retificado pelas autuantes e julgo a infração 02 parcialmente subsistente no valor de R\$31.260,05.

As infrações 03, 04 e 05 dizem respeito a omissões de saídas apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoque, sendo que, a infração 03 refere-se a omissões de saídas, de mercadorias tributáveis enquanto que as de nº 04 e 05 regerem-se a exigência de imposto na condição de responsável solidário pelo fato de ter adquirido de terceiros mercadorias enquadradas na substituição tributária, desacompanhadas de documentação fiscal. Considerando que a autuada

efetuiu sua defesa destas infrações em bloco, assim também as analisarei.

A autuada limitou-se a mencionar que não ocorreram as infrações e para justificar seu argumento passou a narrar as peculiaridades das suas atividades de comércio varejista e a expressiva variedade dos itens que comercializa, sustentando que, aliado a isto, que se fosse feita uma imprescindível análise em suas escritas, fiscal e contábil, iria ser apurado que não ocorreram tais omissões visto que não foi considerado ou identificado a correlação entre os seus códigos internos e os códigos fiscais que identifica cada mercadoria.

Não assiste razão a autuada em seus argumentos. O levantamento quantitativo de estoque foi realizado com base nas notas fiscais eletrônicas de entradas e de saídas de mercadorias informados pela autuada através da sua escrituração fiscal digital bem como nos dados relativos aos estoques inicial e final registrados pela autuada em sua EFD. De maneira que as autuantes levaram em consideração as informações fiscais prestadas pela própria autuada a qual, em sua defesa, não apontou objetivamente qualquer equívoco porventura cometido pelas autuantes. Esses argumentos relacionados aos códigos internos e fiscais bem como da expressiva quantidade de itens comercializados em nada socorre a autuada, na medida em que o levantamento tomou como base os dados registrados em sua escrita fiscal para se chegar ao resultado indicado nas referidas infrações.

Por oportuno registro que para esse tipo de infração a análise contábil é dispensável na medida em que a auditoria é processada unicamente com base em documentos fiscais regularmente emitidos e escriturados, portanto dispensa a análise contábil pois o que se examina é o estoque de mercadoria.

Mantenho as infrações 03, 04 e 05 integralmente.

Quanto as penalidades aplicadas, registro que de acordo com o Art. 167, inciso I do RPAF/BA não compete a este órgão julgador administrativo declarar inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, elas são as que estão legalmente previstas pelo Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Aprovado pela Lei nº 3.956/81 e pela Lei nº 7.014/96, devendo serem integralmente mantidas.

No que diz respeito a solicitação do autuado para que as intimações sejam feitas na pessoa da sua advogada cujos dados estão inseridos ao final da peça de defesa nada obsta que o setor competente atenda a solicitação, ressalvando, apenas, que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal atendem ao previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, sendo que a infração 02 restou parcialmente subsistente no valor de R\$31.260,05 enquanto que as demais são integralmente procedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.0002/17-6** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$136.535,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$33.477,91 e de 100% sobre R\$103.057,09 previstas pelo Art. 42, incisos VII, alínea “a”, II alínea “a” e “d”, e III alínea “g” da Lei nº 7.014/06 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 21 de novembro 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA