

PROCESSO - A. I. Nº 279465.0018/16-1
RECORRENTE - LOJAS RIACHUELO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0182-05/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-12/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS EM RAZÃO DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. As alegações do sujeito passivo não se fizeram acompanhar de provas que atestassem as ocorrências citadas na peça defensiva. Mantida a infração. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A defesa não apresentou nenhuma comprovação de incorreção nos valores cobrados na ação fiscal ou prova de pagamento do tributo lançado, estando a exigência fiscal devidamente especificada nas planilhas que integram o A.I. Mantido o lançamento. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DAS ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Excluídas da autuação as notas fiscais em que ficou efetivamente comprovado, através de protocolos, o cancelamento das operações, conforme registros existentes no sistema de

nota fiscal eletrônica. Infração reduzida. Não acolhidos os pedidos de exclusão ou abrandamento da multa sob a alegação de afronta ao princípio do não confisco. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido pedido de diligência ou perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2016, para exigir crédito tributário no valor de R\$174.072,58, em função das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro a abril e junho a setembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.920,04, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 02 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a junho e outubro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$24.916,38, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 03 – 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 mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$123.076,69, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 04 – 04.05.08 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.554,59, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 05 – 04.05.09 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.819,93, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 06 – 07.01.02 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro a novembro de 2013 e março a junho, agosto e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.072,84, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente.

Infração 07 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.712,11, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente em parte.

A 5ª JF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0182-05/17 (fls. 232 a 242), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“O Auto de Infração em epígrafe contém 07 (sete) imputações fiscais conforme foi detalhadamente reproduzido no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

A defendente alegou que a fiscalização lavrou o Auto de Infração para períodos nos quais foi efetuado o recolhimento do ICMS ST, conforme planilha que elaborou. Também afirmou que não deixou de cumprir com suas obrigações tributárias, e requereu a nulidade da autuação fiscal. Como se trata de alegações relacionadas ao mérito, as mesmas serão analisadas neste voto quando forem enfrentadas as questões substanciais do

lançamento tributário.

Indefiro o pedido de diligência ou perícia nos livros e documentos contábeis e fiscais do autuado, pois os elementos constantes nos autos, já são suficientes para a formação de juízo de mérito, nos termos do art. 147, II, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Observo que no presente Processo Administrativo Fiscal – PAF foi obedecido o devido processo legal, o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. Constatado que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não existindo a falta de clareza ou obscuridade. Ademais o lançamento tomou por base os dados existentes na escrita fiscal do contribuinte e entregues à autoridade fiscal após regular intimação. Constatado, portanto, que o presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto e setembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014.

Conforme previsto no art. 90, do RICMS/2012, “Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

O contribuinte nas suas intervenções de defesa afirmou que no dia-a-dia de sua atividade no varejo de artigos de vestuários, realiza trocas de mercadoria, pois, diversos clientes da loja compram peças, e depois voltam à loja para trocar por outra de numeração maior/menor, ou cor diferente do original, modelo etc. Após a realização da troca, o cliente sai da loja com o artigo adequado a seus anseios e a peça que foi devolvida, dá entrada novamente ao estoque. Quando a troca realizada é de um calçado, este ao voltar para o estoque será vendido novamente para outro cliente, e o crédito de ICMS gerado pela venda será utilizado no recolhimento do impugnante.

Considerando a atividade desenvolvida pelo autuado de comércio varejista, a saída de mercadorias enquadradas na substituição tributária é feita sem destaque do ICMS. Neste caso, a hipótese de aproveitamento de crédito em relação à mercadoria devolvida é improvável, existindo apenas a possibilidade de ter ocorrido uma saída de uma mercadoria enquadrada na substituição tributária com destaque indevido do ICMS no documento fiscal, o que se justificaria, por se tratar de erro na emissão do documento fiscal, um lançamento na escrita fiscal a título de “outros créditos”.

Por outro lado, na hipótese de o imposto ter sido recolhido por antecipação pelo próprio contribuinte, havendo devolução ou desfazimento do negócio, o ressarcimento do imposto antecipado, quando cabível, será feito mediante pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (§ 2º do art. 368 do RICMS-BA/97).

Conforme já ressaltado linhas acima é vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, quando a operação de aquisição ou a prestação tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Dessa forma, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento, haja vista que, em relação às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente.

Infração 02: Recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, outubro, novembro e dezembro de 2014.

O autuado alegou que a auditora fiscal teria se equivocado na aplicação das alíquotas, devido à classificação incorreta de mercadorias sujeitas à tributação normal com se fossem submetidas ao regime da antecipação tributária. Afirmou que todas as notas fiscais encaminhadas à fiscalização apresentavam destaque e pagamento do ICMS à alíquota correta e que mesmo que eventualmente tenha havido comercialização de mercadorias sem incidência de tributo, por terem sido os produtos tratados no campo de incidência do imposto devido por substituição tributária, houve o recolhimento anterior do imposto, não restando qualquer valor a ser reclamado pelo fisco estadual. Ressaltou ainda que o ICMS-ST é apurado com a aplicação de elevadas margem de valor agregado, implicando em pagamentos bem superiores aos exigidos no presente Auto de Infração. Entende que na presente autuação não se verificou a ausência de recolhimento do tributo, sendo também descabida aplicação de multa a título de penalidade.

Observo, todavia, que as alegações do sujeito passivo não se fizeram acompanhar de provas que atestassem as ocorrências citadas na peça defensiva.

Diante disso, concluo pela procedência da autuação fiscal, haja vista que não ficou comprovado nos autos o pagamento do imposto apurado no presente lançamento.

As infrações 03, 04 e 06 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam da mesma matéria, levantamento quantitativo de estoques.

Infração 03: 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 mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, no exercício de 2012.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2012.

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, 2012.

O defendente alegou que atua formal e regularmente e não adquire nem revende mercadorias sem nota fiscal. Que se deve considerar que a comercialização de expressiva variedade de produtos ocasiona uma enorme quantidade de cadastros internos para identificação destes produtos. Disse que no caso em tela, a subclassificação que utilizou acabou por induzir a fiscalização a erro ao lavrar o Auto de Infração por suposta omissão de saídas, na medida em que um determinado modelo de blusa recebe nos registros internos diversos códigos cadastrados, apesar de possuir um único preço de venda no varejo, tais códigos são utilizados para identificar internamente a existência desta mesma blusa em tamanhos P, M e G, e ainda, nas diversas cores diferentes que o modelo possui.

Acrescenta que no momento de efetivação de uma venda, a etiqueta da peça se desprende da mercadoria o atendente da loja, gera uma nova etiqueta para ser afixada ao produto. Nesse momento, o atendente pode imprimir código diverso daquele que está no cadastro, porém semelhante ao mesmo em relação à descrição e preço.

Para cada mercadoria em que houve uma troca de código na hora da venda, ocasionada pela perda da etiqueta original, o impugnante gera o que parece ser uma omissão de entrada e/ou de saída, pois ao apurar seu estoque, esta mercadoria que teve sua etiqueta trocada, não possuirá registro.

Na informação fiscal a autuante afirmou que na contagem física do estoque foi constatado que houve perda ou furto de mercadorias, e o defendente deveria ter regularizado a situação fiscal através do estorno de crédito, conforme determina o art. 312, inc. IV do RICMS-BA/2012 e procedido também à emissão de nota fiscal de saída com CFOP 5927 (perda ou roubo), para a regularização dos estoques. Disse ainda ser irrelevante, na contagem física dos estoques, se as omissões de saídas decorreram de perda, furto ou descontrole do estoque (troca de etiqueta).

Diante das alegações apresentadas e provas colacionadas nos autos concluo que:

- Conforme estabelece o art. 13, inciso I, da Portaria 445/98, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas (infração 03).*
- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 04), conforme art. 15, inciso I, alínea "a", Portaria 445/98.*
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 01 do RICMS/12 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi (Infração 05), conforme art. 10, inciso I, alínea "b", Portaria 445/98.*

Mantenho sem alteração as infrações 03, 04, e 05.

No tocante à infração 06, que contempla a acusação de recolhimento a menor do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, a defesa afirmou que em nenhuma hipótese deixou de recolher o tributo devido ainda que eventualmente possa ter, de forma inadvertida, considerado que determinadas mercadorias não estavam submetidas ao regime da Substituição Tributária. Declarou ainda que em tais casos efetuou a tributação das operações no momento da venda e, assim, apenas eventual diferença de valor, se apurada, poderia em tese ser lançada através de Auto de Infração. Consignou, entretanto, que a autoridade fiscal simplesmente desconsiderou esse fato, passando a exigência fiscal a apurar tão somente a totalidade do ICMS-ST, o qual, entende, ser ao menos, parcialmente indevido. Diante dessa situação entende ser impossível ao fisco sustentar a liquidez do lançamento, motivo pelo qual pede o seu cancelamento.

Observe, entretanto, em conformidade com as declarações firmadas pela autuante na fase de informação fiscal, que a empresa impugnante não apresentou nenhuma comprovação de incorreção nos valores cobrados ou prova de pagamento do tributo lançado, estando a exigência fiscal devidamente especificada nas planilhas DEM_ANTECIPAÇÃO TOTAL ICMS ST_2013 e DEM_ANTECIPAÇÃO TOTAL ICMS ST_2014, que acompanham a infração. Sem provas que possam modificar o lançamento do crédito tributário, mantenho integralmente a infração 06.

Quanto à infração 07, que contém a exigência de multa pela falta de lançamento de nota fiscal na escrita do ICMS do contribuinte, a defesa ressaltou que os documentos fiscais que o fisco baiano considerou não terem sido objeto de escrituração fiscal foram efetivamente cancelados, conforme comprovariam os registros XML juntados à peça de defesa (fls. 163 a 169). Apresentou relação de notas de entradas e respectivos protocolos (NFs 2669; 616473, 2078 e 5829). Frisou ainda que em relação a esses documentos a própria SEFAZ-BA autorizou o cancelamento de cada NF, motivo pelo qual esse lançamento seria ilícito, cabendo o seu cancelamento, visto que incorreu em afronta aos princípios da verdade material; do devido processo legal e da vinculação dos atos administrativos, entre eles o ato de lançamento tributário, previsto no art. 142, do CTN (Código Tributário Nacional).

Observe, entretanto, que a defesa apresentou tão somente cópia de 04 (quatro) protocolos de cancelamento de NFe de 2013 (NFs 2669; 616473, 2078 e 5829), incluídas na relação de notas não escrituradas. Após análise da documentação apresentada, a autuante, na informação fiscal, admitiu o equívoco no lançamento e excluiu o montante de R\$87,19 do total da infração, que foi reduzido para a cifra de R\$1.624,92, tudo conforme Demonstrativo do Débito em anexo (fls. 184 a 187 do PAF).

Acato a revisão efetuada pelo autuante, considerando que só é possível acatar a exclusão das notas fiscais que restou efetivamente provado, através de protocolos de cancelamento existentes no sistema de nota fiscal eletrônica. A infração 07 é, portanto, procedente em parte.

A defendente contestou ainda as multas exigidas, alegando o efeito confiscatório das penalidades lançadas no Auto de Infração, pedindo que as mesmas fossem reduzidas ou canceladas. Não acolho a postulação defensiva, visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF, (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	1.920,04
02	PROCEDENTE	24.916,38
03	PROCEDENTE	123.076,69
04	PROCEDENTE	6.554,59
05	PROCEDENTE	2.819,93
06	PROCEDENTE	13.072,84
07	PROCEDENTE EM PARTE	1.624,92
T O T A L	-	173.985,39

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 261 a 274), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual suscitou a sua nulidade por cerceamento do direito de defesa em função do lançamento fiscal estar desprovido de elementos suficientes para se aferir com segurança a infração imputada.

Afirmou que não foi indicada especificamente a alíquota que entende correta para a operação lançada na Infração 2, apontando genericamente como violados os dispositivos legais que fixam as alíquotas do ICMS, e que recolheu o crédito tributário devido de forma antecipada e mediante utilização da alíquota correta, fato reconhecido pela Autuante.

Alegou que foi indicado como fundamento para a imposição de multa nas Infrações 3 e 4 o Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, sem indicação da alínea deste dispositivo à qual se subsumiria a sua atitude, impossibilitando a identificação da infração supostamente praticada.

Disse ser certo que o dispositivo legal indicado na Infração 1 veda a tomada de créditos de ICMS das mercadorias adquiridas cuja saída não terá incidência do ICMS ou será isenta, sendo que as mercadorias que adquiriu são regularmente tributadas pelo ICMS nas operações subsequentes, cujo ICMS foi antecipado por substituição tributária.

Na Infração 2, asseverou que não deixou de recolher o imposto devido e não se utilizou de alíquota incorreta, já que antecipou o recolhimento do ICMS por substituição tributária, fato reconhecido pela Autuante, e, para tanto, se utilizou das alíquotas aplicáveis a tais produtos nos termos da legislação pertinente.

Em relação às Infrações 3 a 5, explicou que a comercialização de expressiva variedade de produtos que realiza ocasiona uma enorme quantidade de cadastros internos para identificação destes produtos, que atualmente perfaz aproximadamente 2.000.000 (dois milhões) de artigos cadastrados, mas a despeito de enfrentar grandes dificuldades para conciliar suas codificações comerciais com as exigências fiscais, cumpre irreparavelmente seus deveres tributários.

O fato de não ter se atentado de que diferentes códigos internos de mercadorias correspondem, por vezes, ao mesmo código fiscal ou ao mesmo item do estoque, não permite que seja presumido, sem elementos probatórios objetivos, que incorreu nas infrações elencadas acima, sendo que para tornar válida a presunção e comprovar o cometimento da infração, deveria ter sido analisado a fundo as suas operações e a sua escrituração contábil e fiscal.

Repetiu que, demonstrando a superficialidade dos trabalhos fiscais realizados e a inocorrência da busca pela verdade real, não foi apontado objetivamente o dispositivo legal que fundamenta a imposição de penalidade, pois o fundamento indicado nas Infrações 3 e 4 é unicamente o Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, sem indicação das alíneas em que estariam enquadradas.

Confirmou que as operações a que se referem a Infração 06 não foram objeto de antecipação do ICMS, todavia, por ocasião das correspondentes saídas dessas mercadorias ocorreu a regular tributação, inexistindo prejuízo ao erário, sendo que a imputação deveria incidir unicamente sobre eventual diferença entre o valor do ICMS que deveria ter sido antecipado e aquele que foi recolhido, o que não ocorreu.

Aduziu ter comprovado que as entradas de mercadorias questionadas na Infração 7 foram devidamente canceladas, tendo o Acórdão recorrido procedido à exclusão de parte dos documentos fiscais cancelados, mas que haveria fundamentos para o cancelamento de toda a imputação e não somente a exclusão parcial de notas fiscais canceladas.

Ressaltou que deveria ter sido diligenciado para aferir o efetivo cancelamento das notas fiscais em apreço, em homenagem ao princípio da verdade real, providência fiscal que não é facultativa, mas imposta pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional.

Defendeu que, segundo o pacificado entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o mandamento Constitucional, a imposição de multas em valores de 60% e 100%, além de desproporcional e abusivo, mostra-se inconstitucional, visto que configura confisco ao seu patrimônio.

Requeru que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração, com fundamento no Art. 18, II e IV, da Lei nº 7.014/96, pelo fato deste lançamento ter preterido o direito de defesa da Recorrente e por não terem sido indicados no Auto de Infração elementos essenciais para a identificação da infração supostamente cometida pela Recorrente.

Pedi, caso reste superado o indicado acima, que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou determinada a sua baixa em diligência, a fim de se realizar a apuração da verdade real dos fatos em apreço e, por conseguinte, anular o presente Auto de Infração ou julgá-lo improcedente

no mérito.

Protestou pela produção de todas as provas em direito admitidas e solicitou que eventuais intimações sejam feitas na pessoa de seu advogado, domiciliado no endereço que informou.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência em parte do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão de 07 (sete) imputações fiscais.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa em função do lançamento fiscal estar desprovido de elementos suficientes para se aferir com segurança a infração imputada, ressaltando que não foram indicadas as alíquotas corretas da Infração 2 nem a alínea do inciso III do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 a que se refere às Infrações 3 e 4, impossibilitando a identificação da infração supostamente praticada.

No tocante às alíquotas relativas à Infração 2, estão indicadas nos demonstrativos do Anexo II dos autos (fls. 34 a 45), especificamente na coluna “CargaTribAud”, cuja descrição consta como “Carga tributária definida pela auditoria” (fls. 42 e 45).

Também não é motivo para nulidade a falta da indicação da alínea “g” na aplicação da multa do inciso III do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, já que a simples ausência não é suficiente para invalidar a autuação, tendo em vista que as descrições das Infrações 03 e 04 e os seus enquadramentos legais não deixam dúvida de que se tratam de omissões de receitas tributáveis apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Ademais, verifico que foi obedecido o devido processo legal e o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no Art. 39 do RPAF/99, não existindo falta de clareza ou obscuridade, tendo o lançamento se baseado nos dados existentes na escrita fiscal do Autuado, entregue após regular intimação, e o Autuado exercido a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, concluo que o presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Indefiro o pedido de diligência requerido, nos termos do Art. 147, I, do RPAF/99, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de mérito e por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

O Autuado disse que o dispositivo legal indicado na Infração 01 veda a tomada de créditos de ICMS das mercadorias adquiridas cuja saída não terá incidência do ICMS ou será isenta, sendo que as mercadorias que adquiriu são regularmente tributadas pelo ICMS nas operações subsequentes, cujo ICMS foi antecipado por substituição tributária.

Ora, se os produtos tiveram o ICMS recolhido por antecipação tributária, não incidirá o imposto nas saídas subsequentes e, conseqüentemente, as devoluções e posteriores saídas não deverão sofrer a incidência da tributação. É o que se depreende da leitura do Art. 290 do RICMS/12, transcrito abaixo:

“Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

Portanto, está correta a Decisão de piso em relação à Infração 1.

Na Infração 2, o Autuado alegou que não deixou de recolher o imposto devido e não se utilizou de alíquota incorreta, já que antecipou o recolhimento do ICMS por substituição tributária, quando utilizou as alíquotas aplicáveis a tais produtos nos termos da legislação pertinente.

Em análise preliminar, foi afastada a alegação de que a alíquota correta não teria sido indicada, já que consta do demonstrativo. No mérito, também não procede a alegação de que os produtos estejam sujeitos à substituição tributária, nem foi anexada nenhuma prova de que ocorreu o recolhimento de antecipação tributária sobre estes produtos que, feito equivocadamente, ensejaria apenas um pedido de restituição.

Diante disso, concluo pela manutenção da Decisão recorrida em relação à Infração 2.

As Infrações 3, 4 e 5 tratam da mesma matéria, levantamento quantitativo de estoques de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação (Infração 3) e ao regime de substituição tributária por solidariedade (Infração 4) e por responsabilidade própria (Infração 5), e serão analisadas conjuntamente, conforme foi efetuado no Recurso apresentado.

Não há nos autos nenhum elemento objetivo que aponte quaisquer falhas nos levantamentos, somente a alegação de que não foram correlacionados os códigos fiscais com seus códigos internos. Se houve algum equívoco, caberia ao Autuado demonstrá-lo, o que não foi efetuado nem por amostragem.

Considerando que as Infrações 3, 4 e 5 estão devidamente demonstradas nos autos (fls. 47 a 72 e 107-CD), e nos termos do Art. 143 do RPAF/99, concluo pela manutenção da Decisão recorrida.

O Autuado confessou o cometimento da Infração 06, afirmando, entretanto, que ocorreu a regular tributação por ocasião das correspondentes saídas dessas mercadorias, sendo que a imputação deveria incidir unicamente sobre eventual diferença entre o valor do ICMS que deveria ter sido antecipado e aquele que foi recolhido.

Não há nos autos nenhuma prova de que os referidos produtos sofreram a tributação no momento das suas saídas internas, nem por amostragem, prova que poderia ter sido facilmente apresentada pelo Autuado.

Considerando que a Infração 6 está plenamente demonstrada nos autos (fls. 74 a 93 e 107-CD), que relaciona todos os produtos sujeitos à substituição tributária e compara os valores totais devidos mensalmente com os valores efetivamente recolhidos, e nos termos do Art. 143 do RPAF/99, mantenho a Decisão recorrida.

Quanto à Infração 7, que contém a exigência de multa pela falta de escrituração de notas fiscais de entrada nos livros fiscais, o Autuado apresentou a comprovação de que 04 (quatro) notas fiscais haviam sido canceladas, tendo os seus valores abatidos pela Autuante por ocasião da sua Informação Fiscal e confirmados pela Decisão recorrida, que excluiu o montante de R\$87,19 do total da infração, o reduzindo para R\$1.624,92, conforme Demonstrativo de Débito anexado (fls. 184 a 187).

Em seu Recurso, o Autuado aduziu que haveria fundamento para o cancelamento de toda a imputação, e não somente a exclusão parcial de notas fiscais canceladas, mas não apresentou quais seriam estes fundamentos, apenas requereu diligência, em homenagem ao princípio da verdade real, entendendo que esta não seria facultativa, mas imposta pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional.

O julgamento administrativo deve ser baseado em provas constantes dos autos, perquirindo a verdade real quando houver algum indício ou prova de que esta não esteja presente, mas caberia ao Autuado demonstrar tais indícios, o que não ocorreu no presente caso, incorrendo no disposto no Art. 143 do RPAF/99.

Assim, verifico que a Decisão recorrida foi correta, acatando apenas a exclusão das referidas notas fiscais. Portanto, mantenho a Decisão recorrida pela procedência parcial da Infração 07 no

valor total de R\$1.624,92, conforme Demonstrativo de Débito anexado (fls. 184 a 187).

Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o Art. 167, I e III do RPAF/99.

Somente as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, nos termos do Art. 158 do RPAF/99, mas exigem que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, situações que não ficaram provadas no presente caso.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, no valor total de R\$173.985,39.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279465.0018/16-1**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$172.360,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$42.729,19 e 100% sobre R\$129.631,28, previstas no Art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.624,92**, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal e artigo citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS