

**PROCESSO** - A. I. Nº 298942.3000/16-0  
**RECORRENTE** - LOJAS SIMONETTI LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0089-05/17  
**ORIGEM** - INFRAZ EUNÁPOLIS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 03/09/2019

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0198-11/19

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não basta se alegar a não utilização do crédito, mas é necessário provar, pois o simples lançamento a crédito de mercadorias numa apuração em que o imposto sequer deveria constar na escrituração, faz prova suficiente para o lançamento por utilização do respectivo crédito, invertendo-se o ônus da prova, de que não houve repercussão tributária Infração 01 procedente. 2. APURAÇÃO DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. O Recorrente não traz provas no que diz respeito a erro na apuração do imposto demonstrado pelo autuante nem qualquer evidência de que o imposto apontado tenha sido efetivamente considerado no recolhimento mensal efetuado. Infração 3 procedente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS; **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS; **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. De fato, a diligência, ao modificar o lançamento em diversos exercícios, ora pra mais, ora pra menos que os valores inicialmente lançados, instaurou mediante comprovação do próprio autuante, uma total insegurança jurídica quanto ao procedimento de auditoria de estoques, não havendo condição de se estabelecer com segurança e liquidez, os valores efetivamente devidos. Assim, acato parcialmente o pedido de nulidade, apenas quanto aos itens 4, 5, 6 e 7. Negada a preliminar de decadência. Acatada parcialmente a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto tempestivamente em razão de julgamento administrativo de primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 21.09.2016 para constituir o crédito tributário, no valor histórico de R\$194.007,10 em decorrência de nove infrações.

Quanto à segunda infração, nem na defesa inicial, nem no Recurso, houve qualquer questionamento. Já as infrações 8 e 9 sequer fazem parte da defesa inicial, assim como do Recurso Voluntário. Por conta disto, serão apreciadas neste Recurso, as infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7.

*INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a(s) mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de setembro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.505,41, acrescido da multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 3. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de setembro a dezembro de 2011, janeiro a março de 2012, março a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$175.586,49, acrescido da multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 4. 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 saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.608,32, acrescido da multa de 100%;*

*INFRAÇÃO 5. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, nos exercícios de 2011, 2012 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.292,54, acrescido da multa de 100%;*

*INFRAÇÃO 6. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2012, 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.907,89, acrescido da multa de 100%;*

*INFRAÇÃO 7. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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, nos exercícios de 2012, 2014 e 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$403,99, acrescido da multa de 60%.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito, em resumo.

#### VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 09 infrações, já devidamente relatadas, todas impugnadas pelo sujeito passivo, de forma específica em relação às infrações 01 e 03, e genericamente em relação às demais.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das arguições de que - não ficaram claramente demonstradas pelo nobre Auditor, as infrações mencionadas que inclusive dificulta a defesa da Autuada nulidades arguidas pelo autuado-, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, com todos os esclarecimentos constantes das planilhas elaboradas pelo autuante, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Consta da infração 01 que o sujeito passivo utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à(s) mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de setembro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.505,41, acrescido da multa de 60%;

Alega a defesa que o Auditor informou que teria o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no entanto esta alegação não corrobora com as informações eis que na realidade não ocorreu qualquer utilização de crédito

indevido.

Observa que nas apurações da autuada, quando do cálculo final de valor a ser pago de ICMS, esta considera o valor correto de pagamento e com isso não existe qualquer valor a ser considerado com crédito indevido. Sustenta que resta claro que em nenhum momento a Autuada comete a referida infração devendo ela ser julgada improcedente por Vossas Excelências.

O autuante, por sua vez, ressalta que o nobre Advogado não disse nada com nada. A infração refere-se a crédito de imposto utilizado indevidamente e nós apuramos através das fls. 32 a 39 do presente processo, discriminando detalhadamente os valores por mercadorias, notas fiscais eletrônicas e datas. Não foi apresentada nenhuma prova que esse levantamento realizado através da Escrita Fiscal Digital do contribuinte (EFD) contivesse erro e se assim fosse, a Escrita Fiscal foi feita pelo contribuinte e o erro detectado foi o crédito de imposto indevidamente.

No que tange à infração 01, o sujeito passivo foi acusado de utilizar crédito fiscal relativo a mercadorias com imposto pago antecipadamente, cuja fase de tributação encontrava-se encerrada. As arguições defensivas não elidem a exigência fiscal, pois se limita a afirmar que o valor final foi pago corretamente, não existindo crédito indevido.

Verifico que a defesa não afasta a acusação, bem como, o valor final pago do imposto no período foi menor em razão da utilização dos aludidos créditos indevidos.

Assim, fica mantida a exigência fiscal relativa à infração 01.

No que se refere à Infração 03, o sujeito passivo é acusado e recolher a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de setembro a dezembro de 2011, janeiro a março de 2012, março a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e 2015.

O impugnante afirma que a infração aponta que a fonte foi “saídas no ECF”, isso não ocorreu. Explica que ocorreu um erro no sistema, onde as notas fiscais foram emitidas de forma equivocada, no entanto quando verificado no SPED, foi constatado que os valores foram apurados corretamente, e com isso não ocorreu qualquer aplicação de alíquota diversa. Sendo assim, tal infração também deverá ser julgada totalmente improcedente.

O autuante, por sua vez, alinha que a infração não menciona ECF não existe NOTAS FISCAIS. O levantamento consta nas fls. 46 a 73 do presente processo e foi realizado sobre a escrituração do contribuinte (EFD), portanto, mais uma vez, o nobre advogado não diz nada com nada, bem como não foi apresentada nenhuma prova de qualquer erro.

Realmente, o impugnante não traz qualquer elemento que elida a presente exigência fiscal, pois a alegação de que os valores foram apurados corretamente e que as alíquotas foram aplicadas corretamente, não são elementos probatórios que possam elidir a infração imputada, que diz respeito a erro na apuração do imposto demonstrado pelo autuante em seus levantamentos constantes às fls. 46 a 73 dos autos, cujas planilhas indicam em muitos produtos nenhum ICMS e em outros a tributação menor do que a devida.

Considero mantida a infração 03.

Quanto às demais infrações, 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, afirma o sujeito passivo que deverão ser elididas do presente Auto de Infração, eis que todas elas não corroboram com a realidade do que realmente ocorreu, até porque o sistema de auditoria fiscal, não está apto a realizar as autuações, pois são desatualizados e muitas das vezes levam o Auditor fiscal a erro, e foi certamente o que ocorreu com o caso da Autuada.

Diante o exposto, requer o acolhimento dos seus argumentos descritos acima, para que ao final o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos.

Finaliza requerendo que sejam julgadas improcedentes todas as infrações constantes no Auto de Infração.

O autuante, por sua vez, afirma que não houve erro, houve de certa forma benefício temporário para o contribuinte, em razão de não poder fazer o levantamento de estoque em 2015, uma vez que antes da lavratura do presente Auto de Infração o autuante repassou todos os dados ao contribuinte para uma pré-análise e nesse aspecto é que fica sabendo que o mesmo era piloto nas emissões de NFC-e e com isso tivemos que retirar a infração de Omissões de Saídas no levantamento quantitativo de estoques.

Apresenta decisões anteriores desse CONSEF, relativas à mesma empresa.

No que alude às infrações 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, o impugnante, a quem caberia apresentar provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, apesar se insurgir contra o sistema de auditoria da SEFAZ/BA, não trouxe aos autos nenhum elemento material que consubstanciasse sua alegação, assim como não carreou qualquer outra prova do recolhimento do imposto ora exigido.

*De acordo com o exposto, e, considerando que, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, considero a infração subsistente.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

*Saliente, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”*

*Destarte, diante dos elementos trazidos aos autos, considero mantidas as infrações 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, visto que foram imputadas em obediência ao devido processo legal.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, às fls. 431/37 visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos a seguir, em resumo. Que de acordo com as informações constantes no Auto de Infração em comento, destaca-se que o período pelo qual o Auditor fiscal, realizou a fiscalização foi de 01/01/2011 a 31/12/2015.

No entanto, a Autuada só tomou conhecimento do auto em 04/07/2016, assim, os fatos geradores ocorridos 5 (cinco) anos anteriores a esta data estão prescritos, de acordo com o Código Tributário Nacional, senão vejamos:

*Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

*Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.*

Mais que isso, destaca-se da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 23, que é a lei geral que regula as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e outras providências, que a extinção do crédito ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da emissão do documento, senão vejamos:

*Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.*

*Parágrafo único. O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento.*

Desta forma, conclui-se que o prazo para o cômputo da prescrição quinquenal é da data da emissão do documento fiscal, sendo assim, a prescrição em relação ao ICMS, que é anterior à data de 04/07/2011, deverá ser considerada prescrita de pelo direito em todas as infrações do presente Auto.

Que nas razões de mérito, insta ressaltar que o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade como preceitua a nossa Carta Magna em seu artigo 37, *caput*, senão vejamos:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso).*

Assim, urge em dizer que o Poder Público em suas atividades, está sempre atrelado a fazer somente o que a lei permitir, diferentemente do privado onde só poderá deixar de fazer algo se a

lei proibir.

Nessa linha de pensamento, a fim de regulamentar o processo administrativo fiscal, foi editado o DECRETO N° 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999, que é a legislação que Regula o Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia.

E como já dito anteriormente, toda a legislação ou regulamentação ao ser criada, sempre vem embasada em princípios e motivos pelos quais são os norteadores da criação e aplicação da norma, bem como as finalidades de sua regulamentação. Para corroborar com o nosso raciocínio o artigo 2º do RPAF, nos traz a seguinte redação:

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

Nestes termos, temos que o processo administrativo deverá atender a alguns princípios, onde invocaremos infração por infração conforme segue. Chama a atenção para o tópico do Auto de Infração, Descrição dos Fatos:

*Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada as seguintes irregularidade, com exceção de OMISSÃO DE SAÍDAS de 2015 que tivemos que retirar a infração devido o contribuinte ser piloto na emissão de notas fiscais de venda a consumidor eletrônica e nossos sistemas não disponibilizam os arquivos ainda e também o sistema de fiscalização (SIAF) não recepciona os arquivos impossibilitando no momento a fiscalização e consequentemente, prejudicando a ANALISE QUANTITIVA DE ESTOQUE (OMISSÃO DE SAÍDAS).*

Alega que, se o sistema não está preparado e não tem os arquivos para passar segurança a autuação, com *data máxima vênia* todo o Auto de Infração deverá ser anulado face as incertezas nos dados lá apontados. Desta forma, não restou a Autuada outra forma senão a via administrativa, para demonstrar que não ocorreu qualquer infração fiscal, como demonstrará nas razões da impugnação.

Em relação às infrações relacionadas no Auto de Infração lavrado, a Autuada os impugna em todos os seus termos, eis que não ficaram claramente demonstradas pelo nobre Auditor, as infrações mencionadas que inclusive dificulta a defesa da Autuada.

No que tange a infração 01.02.05, onde o nobre Auditor informou que teria a Autuada utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no entanto esta alegação não corrobora com as informações eis que na realidade não ocorreu qualquer utilização de crédito indevido.

Observando-se nas apurações da Autuada, quando do cálculo final de valor a ser pago de ICMS, esta considera o valor correto de pagamento e com isso não existe qualquer valor a ser considerado com crédito indevido. Com isso, resta claro que em nenhum momento a Autuada cometeu a referida infração devendo ela ser julgada improcedente por Vossas Excelências.

No que se refere à Infração 03.02.04, onde informa que teria a Autuada Recolhido a menor o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, onde informa que a fonte foi “saídas no ECF”, isso não ocorreu.

O que ocorreu foi um erro no sistema, onde as notas fiscais foram emitidas de forma equivocadas, no entanto quando verificado no SPED, foi constatado que os valores foram apurados corretamente, e com isso não ocorreu qualquer aplicação de alíquota diversa. Sendo assim tal infração também deverá ser julgada totalmente improcedente.

Quanto às demais infrações, estas deverão ser elididas do presente Auto de Infração, eis que todas elas não corroboram com a realidade do que realmente ocorreu, até porque o sistema de auditoria fiscal, não está apto a realizar as autuações, pois são desatualizados, e muitas das vezes levam o Auditor fiscal a erro, e foi certamente o que ocorreu com o caso da Autuada.

Diante o exposto, requer o acolhimento dos nossos argumentos descritos acima, para que ao final

o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em todos os seus termos, como medida de justiça. Assim, e por tudo que nos autos fora elucidado, a Autuada requer que seja julgada improcedente todas as infrações constantes no Auto nº 298942.3000/16-0, e por fim, seja acolhida “*in totum*” o presente Recurso, e em via de consequência seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de infração, determinando seu arquivamento, pois as infrações são todas inexistentes, face todos os esclarecimentos acima expostos.

Às fls. 454/55, em pauta suplementar do dia 25/07/2018, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, entendeu que de fato as afirmações do autuante acerca do exercício de 2015, ao retirar as omissões de saídas, o contribuinte era piloto nas emissões de notas fiscais eletrônicas.

Ainda, na informação fiscal, arguiu que os arquivos das notas fiscais de venda a consumidor eletrônica, ainda não estavam disponibilizadas, bem como o sistema de fiscalização ainda não recepcionava esses arquivos, prejudicando o contribuinte no que diz respeito a omissões de saída, e provavelmente beneficiando nas omissões de entrada, e que provavelmente seriam até maiores.

Que sabidamente é imprescindível na auditoria de estoques, seja para detectar omissões de saída, seja para omissões de entrada, é preciso levar em consideração todas as notas fiscais, sejam de saída, sejam de entrada. Assim sendo, na sessão de julgamento do dia 24/05/2018, a 1ª CJF decidiu pelo encaminhamento para a INFAZ de ORIGEM, para que fossem tomadas as providências:

**PELO AUTUANTE:**

*Verificar se no atual momento existem as notas fiscais de venda a consumidor disponibilizadas, e se o sistema de fiscalização já recepciona tais arquivos, e assim, refazer o procedimento relativo à auditoria de estoques.*

**PELA INSPETORIA:**

*Em havendo refazimento da auditoria de estoques solicitada ao autuante, notificar o contribuinte do resultado, reabrindo prazo de defesa de 60 dias. Não havendo, notificar o contribuinte das informações prestadas pelo autuante no prazo de dez dias, e em seguida, devolver o processo a este Conselho de Fazenda.*

O autuante atendeu à diligência às fls. 458/59, anexando novos relatórios e o Recorrente se manifestou às fls. 794/95, quando verificou os demonstrativos da diligência e constatou que os códigos foram acrescentados de um PRO antes de cada código correspondente e com isso, ocorreram incorreções no levantamento e prova com uma tabela de produtos, que ao excluir o prenome PRO do código do produto, observa-se que são idênticos.

Às fls. 749/50, o autuante informou que por um lapso, na impressão dos relatórios não imprimiu os itens agrupados na diligência e coloca novamente os demonstrativos com os valores agrupados corretamente.

À fl. 954, o Recorrente foi intimado a se manifestar no prazo de dez dias acerca das novas informações produzidas pelo autuante, mas silenciou.

**VOTO**

De início, o Recorrente pede pela decadência de parte do lançamento. Alega que “*de acordo com as informações constantes no Auto de Infração em comento, destaca-se que o período pelo o qual o Auditor fiscal, realizou a fiscalização foi de 01/01/2011 a 31/12/2015*”. Que só tomou conhecimento do auto em 04/07/2016, e que assim, os fatos geradores ocorridos 5 (cinco) anos anteriores a esta data estão prescritos, de acordo com o Código Tributário Nacional.

Em verdade, o Auto de Infração foi lavrado em 21/09/2016, e consta ciência no dia 22/09/2016, portanto, sem qualquer veracidade com a data posta pelo Recorrente, de 04/07/2016. Os lançamentos efetuados no Auto de Infração estão todos a partir de 30/09/2011, portanto, dentro do prazo de 5 anos, a contar da data do fato gerador, já que o ICMS é apurado mensalmente, e o fato gerador da obrigação de pagar é deslocado para o último dia do mês, quando da apuração, e, portanto, não há que se falar em decadência, visto que só os meses anteriores a setembro de 2011

estariam vitimados pelo prazo decadencial.

Assim, denego o pedido de decadência.

Quanto à nulidade arguida, o fato do próprio autuante revelar problemas quanto ao fato do contribuinte ser piloto na emissão de notas fiscais de venda a consumidor eletrônica e que os sistemas não disponibilizam os arquivos ainda, e também o sistema de fiscalização (SIAF) não recepciona os arquivos, tal situação reporta-se apenas à auditoria de estoques, infrações de 04 a 07, pois as demais foram vinculadas à própria EFD fornecida pelo Recorrente, e lá estão disponibilizadas as provas utilizadas neste processo. Assim, denego o pedido de nulidade de todo o processo, e restrinjo apenas a análise dos argumentos quanto à nulidade do procedimento de auditoria de estoques.

As infrações de 04 a 07 decorreram do levantamento quantitativo de estoques. A partir das fls. 454/55 esta Câmara, atendeu aos questionamentos apresentados no Recurso Voluntário e converteu o processo em diligência ao autuante, que após fazer dois relatórios, inclusive reconhecendo erros do primeiro, fez os agrupamentos conforme a Portaria 445/98, e apresentou novos demonstrativos a partir da fl. 750, e intimado o Recorrente a se manifestar, este silenciou.

A infração 4 manteve os mesmos valores de 2013 e 2014, e colocou um exercício inexistente, de 2015, com R\$86.600,40. Na infração 5, foi agravado o exercício de 2012, reduzido o de 2011 e zerado o de 2015, contudo com valor total inferior. Na infração 6, manteve o valor de 2012 e 2014, e agravou 2015. Na 7, manteve 2012, 2014, e também agravou 2015.

Com a manifestação feita pelo Recorrente à fl. 794, de que não foi feito o agrupamento do prenome PRO antes de alguns códigos, o autuante apresentou os demonstrativos, conforme adiante expostos.

Constatou que a infração 4 – de número 04.05.01, dos exercícios de 2013 e 2014, o autuante apresentou à fl. 759, o resumo de R\$86.600,38, com base de cálculo de R\$553.005,83, conforme demonstrativo de fls. 751/57. Contudo, este exercício que teve levantamento efetuado pelo autuante na diligência é de 2015, diferente dos exercícios autuados inicialmente, 2013 e 2014, e assim deixa de subsistir a infração 4 no valor de R\$2.608,32.

Na infração 5 subsistiu 2015, no valor colocado sem identificação da infração à fl. 750 como OUTRAS INFRAÇÕES – omissão de entrada, no valor de R\$2.803,24. No lançamento inicial, o exercício de 2015 foi de R\$1.597,98.

A infração 6, de nº 04.05.08, apenas mantida a diferença em 2015, à fl. 871, com base de cálculo de R\$1.889,94. Contudo, foi lançado em 2015 inicialmente, o valor de R\$778,48.

Na infração 7, identificada com o nº 04.05.09 na diligência, de valor inicial R\$403,99, restou apenas o valor de R\$170,09, conforme demonstrativo de fl. 873, quanto ao exercício de 2015, que inicialmente apontou valor de R\$80,17.

O ilustre Representante da Procuradoria Fiscal, Dr. Vicente Oliva Buratto, após ouvir a explanação oral do defensor do Recorrente, concordou com os argumentos expostos, e entendeu que mesmo após a defesa ter silenciado após a última informação do autuante, isto não significava concordar que as infrações não seriam nulas, pois ficou contaminada pela própria confissão do autuante que sendo um programa piloto de fiscalização aliado às deficiências tecnológicas de então, toda a auditoria de estoques se encontra fragilizada para sua manutenção, ainda que parcial, após a diligência efetuada.

Os demais Conselheiros presentes à mesa, inclusive o presidente da Câmara externou suas dúvidas sobre a verdade material, a partir dos dados revelados no processo. De fato, a diligência, ao modificar o lançamento em diversos exercícios, ora pra mais, ora pra menos que os valores inicialmente lançados, instaurou mediante declaração do próprio autuante, uma total insegurança jurídica quanto ao procedimento de auditoria de estoques, não havendo condição de se estabelecer com segurança e liquidez, os valores efetivamente devidos.

Assim, acato parcialmente o pedido de nulidade, apenas quanto aos itens 4, 5, 6 e 7.

Na primeira infração, o lançamento ocorreu por ter se utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. O Recorrente repete a defesa inicial e diz que quando do cálculo final de valor a ser pago de ICMS, foi considerado o valor correto de pagamento e com isso não existe qualquer valor a ser considerado com crédito indevido.

Entre as fls. 32 e 39, o autuante demonstra que consta na EFD, lançamento a crédito de imposto de mercadorias com ICMS substituído. Isso é fato, e na defesa, o Recorrente apenas sustenta que no cálculo final, foram considerados os valores corretos, porém sem apresentar provas de que na apuração, os valores a crédito foram desconsiderados para efeito de pagamento do imposto devido.

Não basta se alegar a não utilização do crédito, mas é necessário provar, pois o simples lançamento a crédito de mercadorias numa apuração em que o imposto sequer deveria constar na escrituração faz prova suficiente para o lançamento por utilização do respectivo crédito, invertendo-se o ônus da prova, de que não houve repercussão tributária e o Recorrente não demonstrou isto.

Não faz sentido se exigir do autuante que refaça todo o somatório dos demais créditos legalmente lançados, para se apurar se o total apurado exclui os valores indevidos. Fosse assim, todo lançamento a crédito de ICMS de forma indevida, obrigaria o Fisco, na prática, refazer a conta-corrente de ICMS do contribuinte. Esta função cabe à defesa, e isto não foi feito. Não há provas de que os créditos indevidamente lançados não tenham diminuído o valor a pagar de ICMS Infração 1, que é Procedente.

Embora a infração 2 não tenha sido defendida, e sequer faça parte do Recurso Voluntário, cabe aqui um esclarecimento. É que à fl. 458, na primeira diligência, a infração 02, que sequer fez parte do pedido diligenciado, foi agravada inclusive em setembro e novembro de 2015, e acrescentou-se um mês que sequer consta no lançamento inicial (outubro/2015). Assim, para que não pairem dúvidas processuais, fica mantido o lançamento inicial.

Quanto à infração 3, o Recorrente repete os termos da impugnação inicial. Que ocorreu um erro no sistema, onde as notas fiscais foram emitidas de forma equivocada. No entanto, quando verificado no SPED, foi constatado que os valores foram apurados corretamente, e com isso não ocorreu qualquer aplicação de alíquota diversa. O levantamento consta nas fls. 46 a 73 do presente processo a partir da escrituração do contribuinte (EFD), onde constam mercadorias com tributação em 17%, contudo com o ICMS destacado 0,00, sendo lançado a débito o tributo devido.

O Recorrente não traz provas no que diz respeito a erro na apuração do imposto demonstrado pelo autuante nem qualquer evidência de que o imposto apontado tenha sido efetivamente considerado no recolhimento mensal efetuado. Infração 3 Procedente.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Assim, o montante do débito é o seguinte:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE/N.PROVIDO	4.505,41	4.505,41	4.505,41	60%
02	RECONHECIDA	276,24	276,24	276,24	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	175.586,49	175.586,49	175.586,49	60%
04	NULA/PROVIDO	2.608,32	2.608,32	0,00	-----
05	NULA/PROVIDO	5.292,54	5.292,54	0,00	-----
06	NULA/PROVIDO	3.907,89	3.907,89	0,00	-----
07	NULA/PROVIDO	403,99	403,99	0,00	-----
08	RECONHECIDA	355,42	355,42	355,42	60%
09	RECONHECIDA	1.070,80	1.070,80	1.070,80	60%
<b>TOTAL</b>		<b>194.007,10</b>	<b>194.007,10</b>	<b>181.794,36</b>	

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 **298942.3000/16-0**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$181.794,36**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de Julho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS