

A.I. Nº - 279462.0016/20-9
AUTUADO - C&A MODAS S.A.
AUTUANTES - NILDA BARRETO DE SANTANA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO INTERNET: 23/09/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-02/22 - VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. b) USO EXTEMPORÂNEO SEM AUTORIZAÇÃO DO FISCO. Autuada apropriou-se de crédito fiscal extemporâneo, sob a forma de estorno de débito, sem observação da obrigação acessória de autorização prévia do Fisco, necessária para análise de sua legitimidade, estabelecido no art. 315 do RICMS/2012. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. VALOR APURADO DIVERGENTE DO RECOLHIDO. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração subsistente. Cálculos refeitos, de ofício, em função da vigência do § 6º do inc. XI, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.816/17, com efeitos de 22/12/2017 até 30/12/2021. Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal e a EFD. A autuada não elidiu a infração. Infração subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Verificado que a autuada deixou de recolher parcela do imposto por antecipação parcial sendo que a infração aplica de forma incorreta a multa percentual consoante art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido. Não foi aportado aos autos qualquer prova capaz de desconstituir a acusação, cabendo aplicar o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99. Infração subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2020, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 128.050,99, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para os fatos ocorridos em

setembro de 2016 e fevereiro de 2017. ICMS no valor histórico de R\$ 1.718,87, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.73. Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, para os fatos ocorridos em abril de 2018. ICMS no valor histórico de R\$ 7.598,54, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Consta a seguinte informação das autuantes: *“Utilização de Crédito Extemporâneo de ICMS sem comprovação de origem do mesmo e sem autorização prévia de uso pela SEFAZ/BA. Conforme lançamento efetuado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS do mês de abril/2018, sob a rubrica: Estorno de débito ref. abril/2013 a dezembro/2015.”*

Enquadramento legal: art. 31, parágrafo único da Lei nº 7.014/96 c/com artigos 314 e 315 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 02.01.02. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, fatos apurados em agosto de 2018. ICMS no valor histórico de R\$ 1.615,32, acrescido da multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

As autuantes informam que o contribuinte *“Deixou de lançar no livro Registro de Saídas da Escrituração Fiscal Digital, diversas Notas Fiscais Consumidor – NFC-e. Conforme consta da planilha: Demonstrativo de Notas Fiscais Consumidor não lançadas na EFD - Exercício 2018 em anexo.”*

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 06.05.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, para os fatos ocorridos em janeiro, maio, junho, setembro, outubro, dezembro de 2016, fevereiro, abril, maio, outubro, dezembro de 2017, maio a dezembro de 2018. ICMS no valor histórico de R\$ 31.136,84, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/com art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 07.01.02. Efetuou o 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 e/ou do exterior, fatos ocorridos em agosto a dezembro de 2016, janeiro a março, maio, junho de 2017, maio, agosto, outubro e novembro de 2018. ICMS no valor histórico de R\$ 15.889,43, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II, e art. 23, § 3º da Lei nº 7.014/96 c/com art. 289 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 06 – 07.15.05. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, fatos apurados em novembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, fevereiro, novembro e dezembro de 2018. Multa no valor histórico de R\$ 70.091,99, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 85 a 104, onde inicialmente informa ser uma empresa dedicada ao comércio de artigos de moda e dentre suas filiais, destaca-se a unidade de Salvador, ora autuada, em razão do princípio da autonomia dos estabelecimentos em relação aos impostos sobre o consumo, tal como o ICMS, uma vez que ao realizar atos de comércio, está sujeita ao recolhimento do imposto estadual e ao cumprimento das respectivas obrigações acessórias, bem como à fiscalização estadual.

Narra que se deparou com a lavratura do presente Auto de Infração, ora combatido, que lhe impõe as seis supostas infrações, que reproduz. Por não concordar com a atuação e entendendo que não houve a ocorrência de todas as infrações apontadas, além do vício de nulidade, apresentou a presente defesa.

Sublinha que Auto de Infração é suportado em planilhas de levantamento dos seus registros fiscais e embora traga demonstrativos de débitos relativo à apuração do ICMS que teria deixado de ser recolhido ou de crédito fiscal indevidamente aproveitado, não é apresentada qualquer informação que demonstre ou comprove as supostas infrações ou lhe dê suporte para a devida contestação.

Justifica que dessa forma, com amparo no princípio da verdade material, que não houve a alegada falta de recolhimento do ICMS ou de aproveitamento indevido de crédito, o que determinará, senão o cancelamento integral da autuação, a respectiva redução do montante exigido de imposto e multa.

Avisa que antes da discussão de mérito, é imprescindível sustentar o vício de motivação do lançamento diante do não esclarecimentos dos fatos e motivos determinantes para a imputação das infrações.

Demonstra a tempestividade da defesa e registra que já realizou o pagamento das infrações 01 e 03 - doc. 04, as quais, não são objetos de defesa.

Alega nulidade do Auto de Infração, por vício de motivação diante da ausência de justificativa legal, falta de fundamentação precisa e demonstração dos elementos da autuação, explica nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, que no lançamento tributário deverá ser verificada a ocorrência dos fatos geradores, determinada a matéria tributável e o tributo devido.

Ensina que o Princípio da Motivação está consagrado nos artigos 18 e 39 do RPAF, cuja interpretação tem como base os artigos 37 e 93 da Constituição Federal.

Explica que os atos de lançamento devem ser fundamentados e motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos quando neguem, limitem ou afetem direitos dos particulares ou quando imponham deveres, encargos ou sanções.

Acrescenta que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos em pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato, corroborada pelo conteúdo abordado no artigo publicado por Lúcia Valle Figueiredo, cujo trecho reproduz.

Enfatiza que o Auto de Infração deve apresentar todas as circunstâncias fáticas e as premissas adotadas para a descrição e a qualificação dos fatos, assim como demonstrar e fundamentar as premissas e o raciocínio jurídico desenvolvido para a indicação da qualificação jurídica, de forma a justificar o processo de subsunção empreendido na emissão da norma individual e concreta do crédito tributário, bem como indicar precisamente as provas que suportam a autuação.

Registra que a fiscalização não aponta as notas fiscais que, por exemplo, suportariam as infrações e exigência de ICMS pelo suposto não recolhimento de ICMS-DIFAL ou do ICMS antecipação, o que diz implicar na nulidade da autuação, conforme lição reproduzida de Fábio Soares de Melo.

Ressalta ter demonstrado que sem fundamentação e motivação clara e precisa com a devida justificativa da opção adotada pela fiscalização que possibilite a ampla defesa e contraditório, o

Auto deverá ser declarado nulo, tal como ocorre no presente caso, que não há a indicação das notas fiscais cujo ICMS é exigido.

Transcreve ementas de julgados do CONSEF para demonstrar a obediência ao princípio da motivação é assegurada pelo Conselho, assim como a quem cabe o ônus da prova.

Repisa que não foram apresentadas as provas necessárias no Auto de Infração, bem como não foram expostos o raciocínio e os fundamentos pelo qual se chegou à conclusão de recolhimento a menor de ICMS, portanto, requer o reconhecimento de sua nulidade por vício de motivação.

Pondera, caso não seja reconhecida a nulidade, o que admite por argumento, passa a defender a improcedência das infrações.

Infração 02 - crédito extemporâneo.

Assegura que verificando a sua documentação fiscal, notadamente do Livro de Entrada - doc. 05, o crédito extemporâneo aproveitado refere-se à devolução de mercadorias adquiridas e que estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Narra que na qualidade de remetente das mercadorias objetos de devolução, estornou o débito fiscal do ICMS destacado nas notas fiscais de devolução, o que foi operado mediante o crédito do imposto no registro de apuração do ICMS, tal como disposto no inc. I, do art. 299 do RICMS, reproduzido.

Explica que nessa situação, tem-se de um lado, o fornecedor substituto tributário, em um primeiro momento, recolheu tanto o ICMS próprio quanto o ICMS-ST e no momento da devolução, a destinatária emitiu nota fiscal com o destaque de ICMS, o qual foi estornado mediante o crédito do ICMS correspondente ao valor destacado. No último momento, o fornecedor tomou o crédito do ICMS referente a devolução da mercadoria, anulando a operação em relação ao ICMS próprio dele e estornando o ICMS-ST ou o aproveitando em operação subsequente.

Conclui, pelo exposto, que não houve qualquer lesão ao erário público, bem como crédito de imposto não amparado em prévio recolhimento ou sem autorização legal.

Diz ter demonstrado que houve aquisição de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária com a posterior devolução, na qual destacou o ICMS na nota fiscal da devolução e em contrapartida aproveitou o respectivo ICMS como crédito para estornos de débitos, o que se verifica da documentação que afirma anexar, assim, entende que a infração 02 é improcedente.

Registra que o inc. III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 possui diversas alíneas, o que leva à conclusão de vício no Auto de Infração, por violação do art. 142 do CTN, diante do não apontamento de qual alínea suportaria a imposição de multa aplicada, o que diz caracterizar vício de motivação, e, por conseguinte, violação do princípio da ampla defesa.

Ressalta que a motivação da infração 03 é a falta de lançamento de documento fiscal, entretanto, não se amolda nas alíneas do inc. III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que reproduz.

Destaca que em relação à alínea “g”, outras omissões, embora possa haver alguma dúvida se a falta de registro de documento fiscal possa ser qualificada como omissão, é certo que a fiscalização não especificou se a multa pretendida na infração 03 nela fundamentada, o que impossibilita o completo exercício da defesa e evidencia a nulidade da imposição de penalidade que não esteja devidamente fundamentada e motivada, sem a indicação precisa da base legal.

Quanto ao mérito da infração 04 que trata da falta de recolhimento do diferencial de alíquota, destaca a sua nulidade, tal como já fundamentado, na medida em que a fiscalização não indicou as notas fiscais que suportam a exigência do ICMS-DIFAL, fato que diz impossibilitar a defesa detalhada, viola o princípio da ampla defesa, além do art. 142 do CTN. Assim, esta infração dever ser cancelada e, caso não seja reconhecida a nulidade, demonstrará que não houve falta de recolhimento do ICMS-DIFAL.

Relata ter feito um levantamento, mediante o cruzamento do Livro de Entrada - doc. 05, com os demais documentos, base para a apuração - doc. 06, a despeito da não indicação de quais notas fiscais suportariam a infração, e constatou que não deixou de recolher qualquer valor de ICMS-DIFAL relativo às aquisições interestaduais.

Pondera, ainda que se tenha havido alguma falta de recolhimento, nos termos da redação da Constituição Federal do inc. VII, do § 2º, do art. 155, nas operações e prestações que destinassem bens e serviços a consumidor final localizado em outro estado, adotar-se-ia: (i) a alíquota interestadual, quando o destinatário fosse contribuinte do imposto; e (ii) a alíquota interna, quando o destinatário não fosse contribuinte. Contudo, com a Emenda Constitucional nº 87/15, o dispositivo em questão passou a estabelecer que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado, adotar-se-á a alíquota interestadual, cabendo ao estado de destino o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual.

Conclui que no caso, é contribuinte do ICMS, o que implica dizer que a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 87/15 não provocou mudança normativa. Portanto, neste caso, tanto antes, como atualmente, sempre foram tributadas nas saídas, estado de origem, à alíquota interestadual e sempre lhe coube, em tese, o recolhimento ao estado do Bahia, destino do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Transcreve os artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 87/96, donde depreende não haver nenhum dispositivo legal sobre o fato gerador do ICMS-DIFAL ou sobre a base de cálculo.

Complementa que sobre as operações interestaduais, a Lei Complementar nº 87/96 apenas disciplinou: (i) as operações com combustíveis, derivados de petróleo e energia elétrica, cujo ICMS, segundo a Constituição, é devido ao estado de destino, o que implica na escolha legislativa para que a base de cálculo seja o valor da entrada e não da saída; e (ii) de serviços que tenham iniciado em um estado e terminado em outro, quando, então, a base de cálculo será o valor da prestação no estado de origem e ao estado de destino caberá o imposto resultante da diferença entre a alíquota interna e interestadual sobre a base de cálculo definida na operação de origem.

Reconhece que para a exigência do ICMS-DIFAL por legislação estadual, é necessária a expressa e prévia previsão em lei complementar nacional, a exemplo do quanto reconhecido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.903/PR, decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do RE 580.903/PR, objeto de Agravo Regimental, pelo qual a Primeira Turma do STF confirmou a necessidade de lei complementar para a exigência do imposto, pelos estados e pelo Distrito Federal, conforme a Ementa reproduzida.

Registra que consta consignado no voto do Agravo Regimental que (i) a Carta Magna prevê a cobrança da diferença de alíquota em favor do estado de destino, tal como atualmente previsto pela Emenda Constitucional nº 87/15; (ii) a previsão constitucional por si só do diferencial de alíquota não basta para que o legislador estadual possa fazer incidir o ICMS-DIFAL nas aquisições de bens para ativo fixo e material para uso e consumo; e (iii) a Lei Complementar nº 87/96, ao cuidar do fato gerador do imposto, não cogitou do diferencial de alíquotas.

Observa que a posição adotada, foi novamente confirmada pelo STF quando do julgamento da tutela provisória na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.866/DF, cujo objeto foi a declaração de inconstitucionalidade do Convênio ICMS 57/2017, que tratou sobre a substituição tributária e, por consequência, de hipóteses de exigência do ICMS diferencial de alíquota, tal como se depreende da Cláusula décima terceira, transcrita.

Inferi, da decisão proferida na ADI 5.866, o STF entendeu que o ICMS se trata de imposto nacional e sua uniformidade é assegurada pela legislação complementar, assim, as hipóteses de determinação e/ou instituição de fato gerador, base de cálculo, apuração, e regime de substituição, incluindo a exigência do diferencial de alíquota, devem ser previstas inicialmente em lei complementar.

Acrescenta que sobre a probabilidade do direito, além do já decidido pelo STF nos autos do RE nº 580.903/PR, em relação à necessidade de lei complementar para determinação legal da forma de apuração do ICMS diferencial de alíquota, bem como da posição adotada na ADI 5.866, e transcreve a decisão liminar proferida nos autos da ADI nº 5464 MC/DF.

Destaca que embora na ADI 5464 seja discutida a validade do Convênio ICMS 93/15, que tratou da apuração e do recolhimento do ICMS diferencial de alíquota nas operações com consumidor final e a decisão tenha se limitado a analisar a questão das microempresas, é certo que a Suprema Corte, mais uma vez, foi firme em consignar que a cobrança de ICMS diferencial de alíquota depende de lei complementar conforme disposto no art. 146 da Carta Magna.

Ressalta que o tema é objeto de repercussão geral, Tema 1.093, o qual pende de julgamento em relação ao RE 1.287.019 e da ADI 5469 nas quais o Ministro Dias Toffoli ressaltou a necessidade de lei complementar para regulamentar a Emenda Constitucional nº 87/2015 e observou que, antes disso, os estados e o Distrito Federal não podem cobrar o ICMS diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor não contribuinte do tributo e a seu ver, o Convênio 93/2015 não pode substituir a lei complementar.

Argui que em sendo confirmado o voto do relator no RE 1.287.019 em rito de repercussão geral, ter-se-á a improcedência da infração 04, o qual deverá ser anulado no caso de não reconhecimento da nulidade do Auto de Infração ou da inexistência de falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquota.

Quanto ao mérito da infração 05, a despeito da alegação de recolhimento a menor de ICMS por antecipação, verifica dos lançamentos registrados nas EFD de 2016 a 2018, bem como nos comprovantes de pagamento acostados por amostragem - doc. 07, que efetuou o recolhimento do ICMS exigido.

Conclui que, uma vez comprovado o recolhimento do ICMS por antecipação, ainda que parcialmente em reação aos períodos apontados, requer a improcedência da infração.

Relativamente ao mérito da infração 06, a despeito da alegação de recolhimento a menor de ICMS por antecipação, aponta que nos lançamentos registrados nas EFD de 2016 a 2018, bem como nos comprovantes de pagamento acostados por amostragem, que efetuou o recolhimento do ICMS exigido. Ademais, há uma duplicidade de lançamento pelo mesmo fato gerador, com duplicidade de pena, o que não pode ser admitido.

Dos argumentos de defesa apresentados, diz que parte deles é fundamentado na comprovação documental da improcedência do lançamento e, portanto, no princípio da verdade material a ser acolhido que governa o processo administrativo fiscal, porque com a defesa não se instaura propriamente uma lide, com oposição de partes com interesses diversos. Ao contrário, tem-se, no processo administrativo, um interesse comum, compartilhado pelo contribuinte e pela Administração Pública, que consiste na busca do estrito cumprimento da lei.

A respeito do princípio da verdade material, traz colocações dos juristas e antigos membros do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, dos quais transcreve trechos de votos proferidos, assim como do professor Gabriel Lacerda Troianelli.

Conclui restar claro que o alcance da verdade material não é um interesse só do particular, mas também da Administração Pública, ou seja, trata-se de um interesse público e, portanto, a autoridade fiscal deve estar disposta a tentar compreender todos os detalhes dos fatos envolvidos no caso em julgamento, buscando verificar se procedem as alegações do contribuinte, ainda que para isso tenha que, de ofício, consultar seus controles internos e produzir, ela mesma, a prova dos fatos.

Justifica, porque prevalece, no âmbito do processo administrativo, não apenas o já citado princípio, mas também o da oficialidade, segundo o qual, independentemente de quaisquer alegações do contribuinte, é dever primário das autoridades fiscais a correta aplicação da

legislação aos fatos, uma vez que esta, muito mais que um direito, é uma obrigação das autoridades fiscais.

Complementa que este dever que decorre diretamente dos mencionados princípios da oficialidade e da verdade material, qual seja, de que a autoridade administrativa deve buscar as provas necessárias ao exame do caso no âmbito da própria repartição fiscal ou através de intimação ao sujeito passivo.

Salienta que a Fazenda Pública ao impor uma exação fiscal ao contribuinte no âmbito administrativo, através de lançamento ou de indeferimento, deve esgotar as provas e informações que lhe estão disponíveis, seja nos próprios autos do processo administrativo, em seu sistema eletrônico de informações ou ainda através de diligências e/ou intimações ao contribuinte e caso isso não seja feito, caberá à autoridade julgadora administrativa revisar o procedimento adotado pela repartição, reparando-o em vista dos elementos e provas não considerados no momento do lançamento ou da autuação.

Aponta que no presente caso, tendo em vista a demonstração da validade do aproveitamento de créditos e da existência do recolhimento do ICMS indevidamente exigido, deverá prevalecer o princípio da verdade material e análise das provas acostadas para determinar o cancelamento do no Auto de Infração.

Requer o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, por vício de fundamentação e/ou ausência de motivação e comprovação da infração, e, caso superados os vícios apontados, o que se admite por argumento, seja dada procedência da presente defesa e a consequência e respectiva improcedência do Auto de Infração, senão em sua totalidade, ao menos parcialmente, diante da demonstração da inexistência de recolhimento de ICMS, ou, ainda, da validade dos créditos de ICMS aproveitados.

Uma das autuantes presta a informação fiscal às fls. 400 a 407, onde informa inicialmente que o processo foi instaurado para o lançamento do crédito tributário decorrente de seis infrações à legislação do ICMS, tendo a autuada efetuando o pagamento integral das infrações 01 e 03, no valor de R\$ 4.197,89, conforme comprovantes em anexo, prosseguindo na defesa das demais infrações.

Diz que a autuada é sediada em São Paulo e possui quatorze estabelecimentos filiais na Bahia, nos quais exerce a atividade varejista de loja de departamentos onde revende artigos de vestiário, calçados, telefonia celular dentre outros. É uma empresa de grande porte, sendo este estabelecimento responsável por uma arrecadação direta de ICMS da ordem de R\$ 10,75 milhões e R\$ 10,58 milhões para os exercícios de 2017 e 2018, respectivamente.

Quanto a arguição de nulidade, registra que consta no Termo de Início de Fiscalização, fl. 10, que o trabalho de auditoria foi desenvolvido com base nas informações constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, nas informações constantes no Sistema de Emissão de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, notas fiscais emitidas e recebidas e nos valores de ICMS recolhidos pelo contribuinte constantes no sistema de arrecadação da SEFAZ, cujas informações são de interesse e conhecimento do contribuinte e do Fisco.

Conta que Fisco, através do sistema de auditoria fiscal – SIAF, faz a leitura das informações constantes nas EFDs e nas NF-es em cotejo com a legislação do ICMS e as diferenças encontradas se configuram infrações à legislação do ICMS. Após análise dos valores, o SIAF gera relatórios resumidos e detalhados de cada divergência encontrada, os chamados Demonstrativos da Infração, que servem para embasar cada um dos lançamentos constantes no Auto de Infração.

Complementa que nesses demonstrativos constam detalhadamente todas as informações necessárias para que o autuado tenha conhecimento do erro cometido e da forma como foi procedido o cálculo do imposto devido, tais como: data ocorrência do fato gerador, número da nota fiscal, CNPJ do remetente, unidade da Federação de origem, valor da nota, base de cálculo, alíquota, valor do ICMS, etc., ou seja, todas as informações necessárias e indispensáveis para o

conhecimento da infração, estando os mesmos em conformidade com as formalidades legais estabelecida do RPAF/BA.

Conclui que dessa forma, não faz sentido a alegação da defesa, pois tais demonstrativos foram enviados ao contribuinte juntamente com o Auto de Infração, conforme recibo, fls. 74 e 75.

Ao abordar as arguições da defesa quanto ao mérito das infrações, trata inicialmente da infração 01, sobre a qual registra que a autuada optou por efetuar o pagamento integral da mesma no valor de R\$ 1.718,87.

Quanto à infração 02, informa que conforme consta no livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 28 a 30, para se creditar de tal valor, o contribuinte fez o seguinte lançamento em abril/2018: ESTORNO DE DÉBITO REF. ABRIL/2013 A DEZEMBRO/2015 – VALOR DO AJUSTE R\$ 21.936,50.

Conclui que o próprio contribuinte afirmou tratar-se de crédito extemporâneo, e, conforme dispõe a legislação do ICMS, o contribuinte somente poderia tê-lo utilizado mediante prévia autorização do Fisco.

Salienta que mesmo assim, o contribuinte foi intimado formalmente a comprovar a origem de tal crédito, sendo que não se pronunciou, fl. 11.

Transcreve o art. 31 da Lei nº 7.014/96 e dos artigos 314 e 315 do RICMS/BA, acerca do enquadramento legal da infração.

Para a infração 03, informa que o contribuinte optou por efetuar o pagamento integral da mesma no valor principal de R\$ 1.615,32.

Em relação a infração 04, afirma que diferentemente do que diz a autuada, a metodologia do cálculo do ICMS sobre diferença de alíquota está perfeitamente demonstrada nas planilhas que dão suporte a essa infração, conforme se verifica às fls. 37 a 48, onde se observa a indicação de todos os elementos necessários ao cálculo do imposto devido, bem como a dedução da parcela de imposto que já tinha sido paga.

Quanto à discussão de ser ou não necessária uma lei complementar para regulamentar a Emenda Constitucional nº 87/15, deixa de se manifestar, em razão de entender que tal discussão foge a alçada do julgamento administrativo, conforme dispõe o art. 167 do RPAF/BA.

Ao tratar dos argumentos frente a infração 05, registra que o contribuinte afirma que: *“Assim, uma vez comprovado o recolhimento do ICMS por antecipação, ainda que parcialmente em relação aos períodos apontados no Auto de Infração, é que se requer a improcedência do lançamento fiscal ora combatido.”*

Acerca desse argumento, salienta que o crédito tributário lançado nesta infração foi justamente a diferença entre o valor devido e o valor recolhido pelo contribuinte, uma vez que ao contribuinte adquirente é atribuído o dever de pagar o imposto corretamente calculado, nem a mais nem a menos que o devido.

Acrescenta que nas planilhas anexas, fls. 49 a 60, consta o demonstrativo do valor devido e o valor recolhido, sendo lançado apenas a diferença entre as parcelas.

Sobre a infração 06, que exige multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, afirma perceber, na forma que a combate, a autuada confundiu o ICMS devido por antecipação total com o ICMS devido por antecipação parcial.

Esclarece que são infrações distintas. Na infração 05 foi lançado o imposto recolhido à menor, ICMS devido por antecipação total sobre a aquisição interestadual de mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, no caso, aparelhos de telefonia celular, conforme dispõe a Lei nº 7.014/96.

Já na infração 06 foi lançada a multa percentual de 60% sobre o recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial, quando da aquisição interestadual de mercadorias sujeitas à tributação normal, conforme dispõe a Lei nº 7.014/96.

Conclui que são lançamentos distintos, pois possuem fatos geradores distintos, conforme explicitado no texto da infração e no enquadramento legal das mesmas.

Ressalta que os demais argumentos trazidos pela autuada e as citações de pareceres de renomados juristas e acórdãos de julgamento administrativo dizem respeito à teoria da validade do lançamento tributário e as situações de nulidade processual, o que não é o caso em lide.

Conclui a informação fiscal colocando-se à disposição dos Julgadores para quaisquer outros esclarecimentos que considerem pertinentes ao lançamento tributário.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de seis infrações, sendo contestadas tempestivamente as infrações 02, 04, 05 e 06 e as demais, o contribuinte as reconheceu como devidas, tendo procedido a quitação dos valores conforme comprovante de recolhimento, DAE, fl. 136, e confirmado através de consulta ao Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, efetuado em 24/02/2021, que deverá ser homologado pelo setor competente da SEFAZ.

Assim, não havendo lide em relação as infrações 01 e 03, desde já as tenho como subsistentes.

O sujeito passivo, contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, é uma das filiais estabelecidas na Bahia, em Salvador de empresa nacional que exerce a atividade principal de comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, dentre outras classificadas como secundárias.

O contribuinte tomou conhecimento do início da ação fiscal em seu estabelecimento, em 13/11/2020, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 20/10/2020, referente ao Termo de Início de Fiscalização, fl. 10, onde as autuantes informaram que as análises das operações mercantis, tomou como base os dados registrados na Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte e das notas fiscais eletrônicas por ele emitidas e recebidas.

Consta também, fl. 11, Termo de Intimação, postada no DT-e, em 15/12/2020, onde as Auditoras Fiscais solicitam que o contribuinte prestasse os esclarecimentos acerca da origem do lançamento efetuado na sua EFD a título de estorno de débito referente a abril e dezembro de 2013, no montante de R\$ 7.598,54.

Os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam as infrações, elaborados pelas autuantes, encontram-se impressos e anexados aos autos às fls. 22 a 72 e gravados em arquivos eletrônicos na mídia CD, fl. 73, todos entregues ao contribuinte, quando da notificação da lavratura do Auto de Infração, através do DT-e, mensagem postada em 23/12/2020.

Verifico que os demonstrativos foram elaborados de forma clara e sucinta, contendo todos os elementos, dados, informações e memória de cálculo de todas as infrações, permitindo que o contribuinte entendesse perfeitamente cada infração, viabilizando de forma ampla o direito de defesa e contraditório, sem nenhum óbice.

Ademais, constato que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Constato inexistir qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, ou seja, qualquer das ocorrências das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Pelo exposto, afasto a arguição de nulidade.

No mérito, abordo inicialmente a infração 02 que acusa o contribuinte de escrituração extemporânea de crédito fiscal sem a comprovação da origem destes valores, tendo se configurado através de lançamento no Livro Registro de Apuração do ICMS da EFD, cujo período de escrituração foi :01/04/2018 a 30/04/2018, referente aos períodos de abril de 2013 a dezembro de 2015, no montante de R\$ 7.598,54, conforme relatório da apuração do ICMS, fls. 29 e 30.

A defesa alega que o “*crédito extemporâneo*” aproveitado refere-se à devolução de mercadorias adquiridas e que estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo recolhimento do ICMS coube ao fornecedor e nessa condição, na qualidade de remetente da mercadoria objeto de devolução, estornou o débito fiscal do ICMS destacado nas notas fiscais de devolução, o que foi operado mediante o crédito do imposto no registro de apuração do ICMS, tal como disposto no inc. I, do art. 299 do RICMS/2012.

Ou seja, a própria autuada reconhece o lançamento do estorno de débito, que equivale a apropriação de crédito fiscal, como extemporâneo. Nessa condição, o crédito fiscal para ser escriturado, requer prévia autorização da Administração Tributária, conforme previsto no art. 315 do RICMS/2012, *verbis*.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

Registro que mesmo intimado a justificar a origem dos créditos, o contribuinte não o fez, tampouco, demonstrou a origem destes valores.

Resta clara a apropriação indevida do crédito fiscal, já que não obteve autorização prévia do Fisco para escriturá-lo, de modo que considero subsistente a infração 02.

A infração 04, acusa o contribuinte de deixar de recolher o ICMS-DIFAL nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento.

Importante registrar que o demonstrativo que sustenta a infração, fl. 38 a 48, contém todos os dados necessários para identificação dos itens e operações arroladas na infração. Contrariamente ao aduzido na defesa, para justificar a arguição de nulidade por cerceamento de defesa, constato que estão indicados o número de cada nota fiscal, a data de emissão, o CNPJ do destinatário, unidade federativa de origem, CFOP da operação, código e descrição de cada item assim como os valores da base de cálculo do ICMS, alíquota interna e interestaduais e metodologia de cálculo, de forma que não vislumbro procedência na arguição da defesa, a qual afasto.

Quanto ao mérito, a defesa argui improcedência da infração trazendo como suporte a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a necessidade de edição de lei complementar para cobrança do ICMS-DIFAL pelos estados e Distrito Federal, cujo tema é objeto de repercussão geral no STF, Tema 1093, pendente de julgamento em relação ao RE 1.287.019 e da ADI 5469. Confirmado o voto relator no RE 1.287.019 em rito de repercussão geral, a defesa reivindica a decretação da improcedência da infração 04.

Este argumento não merece acolhimento, pois o ICMS-DIFAL, encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal, art. 155, § 2º, incisos VII e VIII.

Ademais, lembro que art. 24, § 3º da Constituição Federal, estabelece que inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Por pertinência ao argumento trazido pela defesa, transcrevo texto disponibilizado no sítio do Supremo Tribunal Federal <https://portal.stf.jus.br/noticias/>, postado em 24/02/2021.

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), nesta quarta-feira (24), julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário

(RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469. Ao final do julgamento, os ministros decidiram que a decisão produzirá efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão.

Ações

A ADI 5469 foi ajuizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico contra cláusulas do Convênio ICMS 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) que dispõem sobre os procedimentos a serem observados nas operações e nas prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada. O RE 1287019 foi interposto pela Madeira Comércio Eletrônico S/A contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que entendeu que a cobrança do Difal não está condicionada à regulamentação de lei complementar.

Resultado

Nos termos dos votos dos relatores, a ADI 5469 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio ICMS 93/2015. No RE, foi dado provimento para reformar a decisão do TJDFT e assentar a invalidade de cobrança em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do Difal/ICMS, pela inexistência de lei complementar disciplinadora.

Tese

A tese de repercussão geral fixada no RE 1287019 foi a seguinte: “A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

Modulação de efeitos

Os ministros aprovaram, por nove votos a dois, a modulação de efeitos para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas continuam em vigência até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão. Segundo o ministro Dias Toffoli, autor da proposta de modulação, a medida é necessária para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos estados. O ministro salientou que, durante esse período, o Congresso Nacional terá possibilidade de aprovar lei sobre o tema. Ficam afastadas da modulação as ações judiciais em curso sobre a questão” (Grifos do relator).

Assim, resta claro que os efeitos da decisão do STF, frente aos efeitos da modulação, não se aplicam ao caso em lide, haja vista que os fatos geradores aqui discutidos ocorreram em 2016, 2017 e 2018, assim como não se tem notícia de ajuizamento por parte do contribuinte de ação judicial nesse sentido, o que põe por terra o argumento da defesa.

Saliento que o contribuinte que apura o imposto no regime de conta corrente, no cálculo e pagamento do ICMS-DIFAL, deve observar a metodologia estabelecida do art. 305, § 4º, inc. III do RICMS/2012, *verbis*.

Art. 305. No regime de conta corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal. (...)

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher: (...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;

b) nas utilizações de serviços de transporte ou de comunicação iniciados em outra unidade da Federação e não vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto;

Nesse aspecto, saliento que autuada não trouxe aos autos qualquer elemento ou prova de que tenha lançado à debito, para fins de apuração do ICMS-DIFAL, os valores correspondentes as diferenças arroladas na infração. Assim, pelas razões fáticas e de direito, não há dúvidas quanto ao cabimento da exigência do ICMS-DIFAL.

Lembro ainda que o julgamento da ADI 5866, teve como consequência a revogação do Convênio 52/2017 pelo Convênio ICMS 142/2018, sendo que a suspensão, face ao julgamento da ADI, alcança

tão somente a norma indicada do Convênio ICMS 52/2017, não atingindo o comando contido no inciso XI e no § 6º, do art. 17 da Lei nº 7.014/1996, cuja vigência se deu a partir de 21/12/2017.

No caso em análise a base de cálculo do ICMS-DIFAL é o valor da operação ou prestação na unidade de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrarem a base de cálculo, conforme o inciso XI do art. 17 da Lei nº 7.014/96, resultando no imposto a pagar calculado na forma do § 6º do mesmo dispositivo legal.

Ainda questionando a metodologia aplicada pelo Fisco estadual no cálculo do ICMS-DIFAL, verifico que as autuantes calcularam o ICMS-DIFAL para o exercício de 2016 e 2017 aplicando a metodologia de cálculo que somente vigorou a partir de publicação da Lei nº 13.816, de 21/12/2017, com efeitos a partir de 22/12/2017, que alterou o § 6º, *caput* do art. 17 da Lei nº 7.014/96.

Explico.

O Estado da Bahia, em consonância com Emenda Constitucional nº 87/2015, alterou a Lei nº 7.014/96, através da Lei nº 13.373, de 21/09/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016, modificando a redação do seu inc. XI, passando o vigorar o seguinte texto.

Art. 17. A base de cálculo do imposto é: (...)

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo.

Somente posteriormente, através da Lei nº 13.816, de 21/12/2017, com efeitos a partir de 22/12/2017, foi alterado o § 6º, do *caput* do art. 17 da Lei nº 7.014/96, conforme redação transcrita.

§ 6º Nos casos do inciso XI do caput deste artigo, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal.

Da inteligência dos dispositivos reproduzidos, constata-se que a base de cálculo do ICMS-DIFAL é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrarem a base de cálculo, sendo o valor do imposto a pagar, resultante da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual, e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal, que pode ser traduzido na fórmula a seguir.

$$\text{ICMS-DIFAL} = \frac{\text{Valor da operação} - \text{ICMS origem}}{(1 - \text{ALQ interna})} \times \text{ALQ interna} - (\text{Valor da operação} \times \text{ALQ interestadual})$$

- ICMS-DIFAL - valor do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna ao consumidor final, estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria, e a alíquota interestadual;
- Valor da operação - valor das mercadorias ou serviços, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros;
- ICMS origem - valor do imposto correspondente à operação interestadual, destacado no documento fiscal de aquisição;
- ALQ interna - alíquota interna estabelecida na unidade federada de destino para as operações com o bem e a mercadoria ao consumidor final;
- ALQ interestadual - alíquota estabelecida pelo Senado Federal para a operação.

Lembro que a regra geral de cálculo do ICMS considera que o seu valor integra a sua base de cálculo, ou seja, o imposto é calculado “por dentro”, conforme previsto no § 1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

O cálculo do ICMS-DIFAL, em observância ao § 6º do art. 17 da Lei nº 7.014/96, alterado pela já citada Lei nº 13.816/2017, repito, somente se aplica para os fatos geradores a partir de 22/12/2017, consoante já pacificado no CONSEF.

Ou seja, para os fatos geradores ocorridos até 21/12/2017, o cálculo do ICMS-DIFAL, será efetuado conforme a seguinte fórmula matemática.

$$\text{ICMS-DIFAL} = \text{Valor da Operação} \times \text{ALQ interna} - (\text{Valor da Operação} \times \text{ALQ interestadual})$$

Pelo exposto, considerando a vigência do § 6º do art. 17 da Lei nº 7.014/96, de ofício, retifico o demonstrativo de débito, fls. 19 a 30, restando devido o ICMS-DIFAL conforme exposto a seguir.

| Período | Valor do ICMS-DIFAL |
|--------------|---------------------|
| Mai/16 | 3,45 |
| Jun/16 | 2,47 |
| Out/16 | 1,51 |
| Out/17 | 59,52 |
| Dez/17 | 283,92 |
| Mai/18 | 90,88 |
| Jun/18 | 7.184,58 |
| Jul/18 | 17.976,38 |
| Ago/18 | 239,19 |
| Set/18 | 314,13 |
| Out/18 | 1.484,85 |
| Total | 27.640,88 |

Destarte tenho a infração 04 como parcialmente procedente.

A infração 05 exige o ICMS devido por antecipação tributária, recolhido a menor pelo contribuinte, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

A defesa alega ter quitado o imposto exigido, sendo que as autuantes esclareceram que o crédito tributário exigido na infração foi justamente a diferença entre o valor devido e o valor recolhido, como demonstram às fls. 49 a 60.

Da análise do demonstrativo e dados da EFD do contribuinte, constato como devido o valor exigido e corretos os cálculos do imposto, portanto, a infração 05 é subsistente.

A infração 06 exige multa percentual sobre a parcela do ICMS antecipação parcial não recolhido pelo contribuinte.

A defesa argui improcedência da infração, alegando que “...*verifica-se dos lançamentos registrados nas EFD de 2016 a 2018, bem como nos comprovantes de pagamento acostados por amostragem, que efetuou, sim o recolhimento do ICMS pretendido pela Fiscalização.*”, sem, contudo, sem trazer elementos de prova de que as diferenças apuradas como não recolhida, estavam efetivamente pagas.

Alega ainda a defesa que “*há uma duplicidade de lançamento pelo mesmo fato gerador e com duplicidade de pena, o que não pode ser admitido.*”, se referindo a infração 05, fato bem esclarecido pelas autuantes que explicaram se tratar de exigências distintas. Enquanto na infração 05 exige-se o ICMS Antecipação Total, devido pelo contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, a infração 06 cobra multa percentual para diferença do ICMS Antecipação Parcial não recolhido pelo contribuinte.

A infração 06 decorre do descumprimento do que determina o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, sendo exigida a multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da citada lei, conforme demonstrativos, fls. 62 a 72.

Repito, o contribuinte não aportou aos autos, provas ou elementos de fato capazes de elidir a infração, cabendo aplicar o previsto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, *in verbis*.

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.

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

Portanto, tenho a infração 06 como subsistente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Assim, o montante da autuação é conforme o Demonstrativo abaixo:

| INFR | RESULTADO | VL LANÇADO | VL JULGADO | MULTA |
|-------|---------------------|------------|------------|-------|
| 01 | RECONHECIDA | 1.718,87 | 1718,87 | 60% |
| 02 | PROCEDENTE | 7.598,54 | 7.598,54 | 60% |
| 03 | RECONHECIDA | 1.615,32 | 1.615,32 | 100% |
| 04 | PROCEDENTE EM PARTE | 31.136,84 | 27.640,88 | 60% |
| 05 | PROCEDENTE | 15.889,43 | 15.889,43 | 60% |
| 06 | PROCEDENTE | 70.091,99 | 70.091,99 | ----- |
| TOTAL | | 128.050,99 | 124.555,03 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0016/20-9**, lavrado contra **C&A MODAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 54.463,04**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$52847,72 e de 100% sobre R\$1.615,32, previstas no art. 42, inc. VII, alínea “a”; inc. III, inc. II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$ 70.091,99**, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.873/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR