

PROCESSO	- A. I. Nº 279465.0013/21-6
RECORRENTE	- LOJAS RIACHUELO S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0266-06/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0257-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 01; **b)** OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 02. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTAS DISTINTAS DAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. INFRAÇÃO 03. 3. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 05. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS REGULARMENTE TRIBUTADAS. MULTA. INFRAÇÃO 06. Contestação por negativa geral. Infrações 01 a 03 e 05/06 mantidas. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. CONSTATADAS OMISSÕES DE SAÍDA E DE ENTRADA. EXIGIDO O IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA MAIS VULTOSA, A DAS SAÍDAS. INFRAÇÃO 04. A auditora comprovou que, desde o início do PAF (Processo Administrativo Fiscal), na lavratura, os índices de perdas e os agrupamentos já haviam sido observados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Diligências realizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (Art. 169, I, “b” do RPAF) contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado no dia 15/12/2021 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 85.012,66, sob a acusação do cometimento das 6 (seis) seguintes irregularidades:

Infração 01. 001.002.002 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais de uso e consumo (03 a 10/2017, com períodos intercalados). R\$ 1.300,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02. 001.002.006 – Utilização indevida de crédito, relativo às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (01 a 12/2017). R\$ 700,96 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03. 003.002.002 – Recolhimento a menor, em razão de utilização de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas regularmente escrituradas (05 a 12/2017). R\$ 14.329,23 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04. 004.005.002 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da ausência de registro de saídas em valor superior ao das entradas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques de mercadorias no exercício fechado de 2017. R\$ 53.032,74 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 05. 006.005.001 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo fixo (02 a 12/2017, com períodos intercalados). R\$ 3.873,12 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 06. 007.015.005 – Multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por

anticipação parcial, referente às entradas interestaduais de mercadorias para revenda, registradas na escrita, com saídas posteriores normalmente tributadas (05 a 12/2017). Multa de R\$ 11.776,61, prevista no art. 42, II, "d" da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com **defesa** às fls. 73 a 102. Na **Informação Fiscal**, de fls. 123/124. O colegiado da 6ª JJF converte os autos em **diligência, em Pauta Suplementar**, no sentido de observar se “*foram feitos os agrupamentos pertinentes e observadas as perdas de 0,62%, específicas do ramo de atividade econômica a que se dedica o fiscalizado*” em relação à infração 4. Em nova **informação fiscal** às fls. 132/137, a autuante confirma que foram respeitadas todas as pertinências tratadas no art. 3º, § 1º da Portaria nº 445/98 e manteve a autuação. O impugnante se **manifesta** às fls. 141 a 145. Voltou a **prestar informações** às fls. 164 a 166 e 179 a 181.

A JJF dirimiu lide conforme abaixo:

VOTO

A autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos (entregues ao sujeito passivo), com seus dados, informações e cálculos, assim como apontou o embasamento jurídico.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, nas duas conversões do feito em diligência, nas informações fiscais e nas diversas manifestações do contribuinte. Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Como dito, duas diligências já foram levadas a efeito. Decido que não é o caso de realizar uma terceira, fundamentado no art. 147, I, “a” do RPAF/99. No mérito das infrações 01 a 03 e 05/06, percebe-se que o autuado não o atacou em sua substância, tendo se limitado, mediante uma espécie de negativa geral de cometimento de irregularidade (o que não é permitido no processo civil pátrio), a aduzir que é sociedade empresária de grande porte do ramo varejista, com raízes fincadas nesta Região do País, tendo sempre trabalhado com vistas a cumprir as suas obrigações tributárias, o que beneficia a população local.

Pouca coisa de concreto, por exemplo, se disse no que tange à infração 02. Foi argumentado que o ilícito não existe porque o imposto foi pago por substituição tributária. Ora, com a devida e respeitosa licença, é exatamente em função do pagamento do imposto a este título (substituição tributária) que não se pode cogitar a utilização do crédito respectivo. Parece-nos um argumento inusitada e equivocadamente posto. Tal estado de coisas reclama a aplicação dos artigos 140 a 143 do RPAF/99:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

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”.

Infrações 01 a 03 e 05/06 mantidas.

Trata a infração 04 da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da ausência de registro de saídas em valor superior ao das entradas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2017.

Alinho-me com o posicionamento da auditora, pois, efetivamente, conforme o que restou assinalado às fls. 132 a 137, via Informação Fiscal, as perdas tratadas no art. 3º, § 1º da Portaria 445/98 já haviam sido, desde a peça vestibular, computadas no levantamento quantitativo de estoques.

Por exemplo, o item de código 11221240 (BLUSA MC VP MICA GOLA V), constante da página 177 do relatório denominado RCHLO 98948922_ESTOQ_LISTA GERAL OMISSOES_2017, anexado aos autos na íntegra em mídia digital, teve 13 unidades encontradas como omissão de saídas, mas a cobrança somente foi efetuada sobre 5 unidades, tendo em vista a dedução das 8 unidades consideradas perdas admitidas no ramo do defendant (vide as explicações de fl. 133).

A respeito do agrupamento, o contribuinte apontou uma suposta correlação entre itens fiscalizados, em relação

aos quais já foi feito o levantamento em conjunto. A título de comprovação, o autuado elencou alguns exemplos de produtos com omissão de saída e outros com omissão de entrada, informando serem a mesma mercadoria.

Ocorre que, consoante o que já restou acima assinalado, a Fiscalização utiliza rigorosamente o conteúdo da EFD (Escrituração Fiscal Digital), lidando com cerca de cinco a dez mil itens, no caso de fiscalizados do porte da Riachuelo. A responsabilidade pela higidez das informações contidas na EFD é dos contribuintes e não se pode imaginar uma sociedade empresária do porte da Riachuelo etiquetando mercadorias com preços médios 400% superiores aos verdadeiros.

Não há que se falar também em agrupamento de mercadorias somente porque na descrição possuem uma palavra idêntica, como BLUSA, CALÇA MEIA KIT, KIT MEIA etc. Há que se comprovar um algo mais de similaridade, o que não ocorreu.

O sistema SIAF contém uma programação, em benefício dos auditados, no sentido de agrupar as mercadorias que possuem códigos ou descrições equivalentes. A obrigação de manter uma escrita organizada, com itens uniformemente codificados, é do contribuinte, e do contribuinte apenas.

À fl. 136, por exemplo, foram citados os itens KIT MEIA e MEIA KIT, com diversos códigos alfanuméricos, manifestando-se o Fisco contra o respectivo agrupamento, pois, com efeito, de acordo com as detalhadas informações ali registradas, não há elementos probatórios indicando tratar-se de uma mesma mercadoria.

O sistema SIAF prevê, para benefício dos contribuintes, o agrupamento automático de itens que apresentem a mesma descrição, sem nenhum caractere distinto. Realmente, para que se adote o agrupamento de itens com códigos diferentes, é preciso muito cuidado para que não ocorra o acolhimento de flagrante irregularidade.

O que muitas vezes o Fisco faz é uma tentativa, por intermédio de um facilitador existente no sistema, de ordenar os estoques dos contribuintes, quando os produtos fiscalizados possuem pequenas diferenças de códigos, que não é o caso.

À fl. 155 foi trazida uma amostra da planilha do contribuinte, já que esta última contém 53.768 itens. Por exemplo, o defendente, com código novo, pretende agregar uma série de mercadorias denominadas BLUSA SM, algumas com variação de preço médio de 400%, o que evidentemente fere o princípio da verdade material, juntamente com o da razoabilidade. Infração caracterizada.

Quanto à multa e ao seu caráter alegadamente confiscatório, este Conselho não tem atribuição legal para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Relativamente ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido impugnante, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999. Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Os patronos do recorrente apresentam peça recursal às fls. 203/37, tendo o mesmo teor da peça impugnativa, que resumo abaixo:

Incialmente através da sinopse, ressalta fortes raízes fincadas no Nordeste do Brasil, onde cumpre as suas obrigações tributárias, as quais serão revertidas em prol da população local.

Aduz quanto à tempestividade da peça recursal, reproduz as imputações novamente, pugna pela suspensão da exigibilidade e reporta o entendimento da manutenção total proferida pela 6ª JJF.

No mérito passa a argumenta que:

Na **infração 01**, diz que sequer chegou perto de cometê-la, o que seria possível observar se a escrita fiscal tivesse sido analisada. Por isso, solicita a realização de diligência.

Para as **infrações 02 e 03**, argumenta que jamais poderia ter havido a utilização do respectivo crédito, pois, como a própria autuante informou, o tributo foi pago por substituição tributária, situação que demonstra a inexistência de prejuízo para o Erário.

No que se refere à **quarta imputação**, diz que no seu ramo de atividade econômica uma série de peculiaridades devem ser observadas, sob pena de se chegar a conclusões distantes da realidade. Numa grande loja de departamentos, em função do expressivo número dos códigos de produtos,

um para cada cor, tipo e tamanho de item, não é raro ocorrer erro de etiquetagem, o que resulta em um drástico impacto no controle de estoques. Exemplifica através da mercadoria camisa branca “A” seja etiquetada com o código de outra semelhante, “B”, o que reclama a aplicação do art. 3º, III da Portaria nº 445/98, sem olvidar as perdas de que trata o § 1º do mesmo artigo. Disse que a suposta ausência de aplicação da Portaria nº 445/98 acaba por comprometer a liquidez do débito indicado. Pede pela nulidade do lançamento caso não possibilite o agrupamento dos itens.

Em referência à **infração 05**, alega que há anos está no mercado e que sua conduta sempre foi idônea e pautada pela responsabilidade tributária. Fundamentado em Decisão do TRF 5 e em doutrina de Hely Lopes Meirelles, Paulo Celso Bergstrom Bonilha, Hugo de Brito Machado Segundo e Ives Gandra Martins, reitera o pleito de diligência, argumentando que a verdade material é princípio específico do processo administrativo, não podendo a autoridade fiscalizadora ou julgadora atuar sem a sua observância.

No tocante à **sexta e última infração**, assevera que não há razão lícita para a manutenção de multa por suposta falha documental. No seu entendimento, afirma que a multa aplicada de 60% pela mera postergação do pagamento do imposto, além de atentar contra o art. 138 do CTN, fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Mais uma vez, para fundamentar o seu posicionamento, colaciona jurisprudência e doutrina, assegurando que “*sequer aproximou-se de infringir a legislação de regência*”.

Defende ainda em relação à **multa aplicada ser de caráter confiscatório**, onde afronta as garantias constitucionais. Explica que o percentual exposto na autuação é demasiado contra a nossa Carta Magna, em seus arts. 145, § 1º e 150, IV. Afirma que a multa tem natureza de confisco razão por que deve ser alterada para o patamar de 10%.

Alega inexistência de irregularidade e para provar essa situação, diz ser imprescindível a **realização de perícia técnica**, roga para o princípio da verdade material, citando jurisprudências dos tribunais pátrios e doutrinas.

Protesta pela produção de provas pelos meios admitidos, fornece endereço para correspondências processuais e requer seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Finaliza repetindo, resumidamente todas as alegações, no qual pediu pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Registrada a presença do advogado Dr. Gustavo de Pinho Britto na sessão de videoconferência, que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração, através do Recurso Voluntário apresentado, vem para tentar modificar a Decisão recorrida que julgou pela Procedência devido à lavratura de seis imputações que totaliza o montante de R\$ 85.012,66, transscrito abaixo:

Infração 01. 001.002.002 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais de uso e consumo (03 a 10/2017, com períodos intercalados). R\$ 1.300,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02. 001.002.006 – Utilização indevida de crédito, relativo às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (01 a 12/2017). R\$ 700,96 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03. 003.002.002 – Recolhimento a menor, em razão de utilização de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas regularmente escrituradas (05 a 12/2017). R\$ 14.329,23 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04. 004.005.002 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da ausência de registro de saídas em valor superior ao das entradas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de

mercadorias no exercício fechado de 2017. R\$ 53.032,74 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 05. 006.005.001 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo fixo (02 a 12/2017, com períodos intercalados). R\$ 3.873,12 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 06. 007.015.005 – Multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às entradas interestaduais de mercadorias para revenda, registradas na escrita, com saídas posteriores normalmente tributadas (05 a 12/2017). Multa de R\$ 11.776,61, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Assim, após a JJF converter os autos em diligência (por duas vezes) para verificar a situação em relação à infração 4 devido à reclamação da aplicação do art. 3º, III da Portaria nº 445/98, sem olvidar as perdas de que trata o § 1º do mesmo artigo. Nas diligências a autuante pontuou que “pode haver inconsistências no crédito lançado, mas que não está ao alcance da agente fiscal a correção dos dados encontrados na escrita utilizada para realização da auditoria”, manteve assim a autuação. Após o autuado ora recorrente manifestar, a autuante verificou que as informações prestadas pelo patrono são gerenciais e que as argumentações postas (questões jurídicas), não cabe a ela analisar. Afirma que apenas uma retificação da EFD, poderia uniformizar os códigos e/ou descrições das mercadorias comercializadas, permitindo uma contagem eficaz do estoque da empresa. Na segunda vez, informa a autuante que ratificou a autuação. O relator de piso rejeitou a nulidade suscitada, indeferiu a diligência solicitada novamente e rebateu todos os fatos abordados. Explicou todas as infrações e ao final manteve a autuação.

Nas razões recusais apresentadas, são as mesmas da peça impugnativa. Pois bem:

Alega nulidade da infração 4, por não ter aplicado o que dispõe o art. 3º, III da Portaria nº 445/98, no entanto, vejo que houve muitas diligências para que o contribuinte apontasse os erros e, mesmo encontrando, conforme relata a autuante, só poderia ser feita se a recorrente fizesse a retificação da EFD, como o sujeito passivo está em ação fiscal, não poderia mais retificar sua escrita fiscal. Considerando que a escrituração fiscal é de responsabilidade total do contribuinte e que não aponta nenhum outro erro procedural que possa elidir a infração, rejeito a nulidade.

No mérito, alega incongruências nas infrações 1, 2, 3, 4 e 5.

Nas infrações 1, 2, 3 e 5, verifica-se conversão da diligência, fica provado que o recorrente não o atacou em sua substância, se limitando a uma espécie de negativa geral de cometimento de irregularidade (o que não é permitido no processo civil pátrio), a aduzir que é sociedade empresária de grande porte do ramo varejista.

Para a Infração 2, vejo os mesmos argumentos da peça inicial, onde sustenta que o imposto foi pago por ST. Ao passo que a autuação é exatamente em função do pagamento do imposto a este título (substituição tributária) que não se pode cogitar a utilização desse crédito, sendo esse argumento equivocado e, só alegação genérica se aplica os artigos 140 a 143 do RPAF/99.

Portanto, mantenho as infrações discutidas.

Quanto ao mérito da infração 4, vejo que a diligência solicitada foi justamente para sanar as dúvidas, no entanto, o posicionamento da autuante de que as perdas tratadas no art. 3º, § 1º da Portaria nº 445/98 já haviam sido consideradas, desde a peça vestibular, computadas no levantamento quantitativo de estoques. A JJF apresenta um exemplo que foi verificado por mim e constatei verídica a informação.

Na questão do agrupamento apontado pelo contribuinte, foi considerado os dados da EFD, assim, a responsabilidade pela higidez das informações contidas é dos contribuintes.

Para o pedido novamente de perícia, rejeito, pois já tiveram duas oportunidades em que os patronos do recorrente, apesar de apontar argumentos que poderiam elidir a autuação, a autuante já prestou informação e confirmada que já foram consideradas durante a fiscalização da autuação e, caso, houvessem erros a serem corrigidos, a recorrente teria que retificar sua EFD, assim, não é

o caso da terceira, a meu ver, conforme o fundamentado do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Para o pedido de redução ou cancelamento das multas, tanto pecuniária ou referendo a do imposto principal, informo que este Conselho de Fazenda não tem atribuição legal para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Para o atendimento de intimações encaminhadas ao endereço destacado na peça recursal vestibular, rogo da mesma informação já exposta pelo relator de piso, de que nada impede a utilização daquele fornecido, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal. Entretanto, caso não atendido, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279465.0013/21-6, lavrado contra LOJAS RIACHUELO S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 73.236,05, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 20.203,31 e 100% sobre R\$ 53.032,74, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de R\$ 11.776,61, prevista no inciso II, “d” do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS