

PROCESSO - A. I. N° 206948.0009/13-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA - MAGAZINE LUÍZA S/A.)
RECORRIDOS - F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA - MAGAZINE LUÍZA S/A.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0099-05/15
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0369-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. FALTA DE APRECIAÇÃO DE MÉRITO. NOVA DECISÃO. A Junta de Julgamento Fiscal não se debruçou sobre questões as quais esta Câmara não pode apreciar em sede de Recurso, sob pena de supressão de instância. De ofício, julgada nula a Decisão recorrida. Recursos PREJUDICADOS. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por intermédio do Acórdão 5ª JJF n° 0099-05/15 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto n° 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça de irresignação respaldado no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 22/10/2013 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 2.589.300,09, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei n° 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2010), levando-se em conta, para o cálculo do valor devido, a omissão de maior expressão monetária (das saídas tributáveis).

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 26/05/2015 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 766 a 780), nos termos abaixo reproduzidos.

“VOTO

Trata o presente lançamento de "Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis".

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, que o presente lançamento de ofício atende as exigências formais, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; 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, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a produzir. A diligência solicitada pelo relator à ASTEC/CONSEF dirimiu as dúvidas existentes e trouxe os elementos complementares para a presente Decisão.

Argui o autuado, às fls. 200, que o código 201531-KIT DE INSTALAÇÃO ANTENA como sendo supostamente

um ativo imobilizado, e, por não ser uma mercadoria, não deveria ter sido selecionado para o Levantamento Fiscal. Quanto ao aludido item demonstra o autuante que consta apenas uma única saída do produto, em 02/10/2010, através da Nota Fiscal nº 17.921, lançada normalmente no livro Registro de Saídas, na folha 00011 do mês de outubro de 2010, cujos dados reproduzimos abaixo: [planilha de fl. 778].

Nota: CFOP 5152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

O autuante anexa cópia da retro mencionada folha 00011 do mês de outubro de 2010, não havendo mais dúvidas se tratar de mercadorias e não ativo imobilizado.

Foram comprovadas as alegações do impugnante de que as quantidades dos estoques iniciais do exercício fiscalizado, exercício de 2010, estavam em duplicidade, fato que impôs uma correção nos cálculos originalmente efetuados. Foram corrigidas as quantidades lançadas no Demonstrativo de Omissões de Saídas, às fls. 45 e 46 do presente PAF, a título de Estoque Inicial, e novo Demonstrativo de Débito foi elaborado e entregue à Autuada. Assim, após a revisão dos cálculos o valor foi reduzido para R\$ 361.504,82, ficando então atendido o quanto sugerido pelo autuado à fl. 195, no qual o próprio autuado concordou.

O sujeito passivo alega que procedeu à emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, na competência de 2010, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº 7016, de 26/11/2009, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela Fiscalização e findou por gerar uma suposta omissão de entradas, no referido exercício.

O processo foi encaminhado à ASTEC/CONSEF, com o pedido de diligência para que verificasse quanto à alegação do autuado de que procedeu à emissão de diversas notas fiscais de devolução de mercadorias, dos exercícios de 2011/2012, em atenção ao Decreto nº 7.016/09, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela fiscalização, bem como mercadorias adquiridas para ativo imobilizado, além de outros casos relacionados na planilha de fls. 199/201 dos autos. Assim, foram solicitadas as seguintes providências:

Intime o autuado a apresentar as notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação.

Exclua as comprovadas operações fictas, as saídas e retornos, que foram efetuadas com base no aludido decreto federal, acima referido, observando as arguições defensivas e a informação fiscal, e efetue uma nova apuração das quantidades omitidas, se houver.

Deve, no ato da intimação para ciência do resultado da presente solicitação, ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Havendo manifestação do autuado no prazo regulamentar, deverá ser dada ciência ao autuante, para aprestar nova informação fiscal.

A ASTEC/CONSEF em Parecer nº 121/2014, às fls. 598 a 599, aduz que intimou o contribuinte a apresentar: "1. Cópias e originais das notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação; 2 - Demonstrativo informando os números, valores e quantidades das notas fiscais de remessa e retorno referentes às operações efetuadas com base no decreto federal que alega na defesa; 3 - Demonstrativo informando os números das notas fiscais e quantidades das entradas, saídas e estoques que comprovem irregularidades no levantamento fiscal".

Conclui o Parecer da ASTEC que, no confronto dos dados (código, descrição do produto, quantidade e preços), fls. 397/411, constata que não há correspondência com os dados demonstrados pelo autuado na inicial, ou seja, as diferenças alegadas decorrentes das operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, não se confirmam, haja vista que as mercadorias autuadas não são as mesmas. Aduz que ao comparar os dados das planilhas, fls. 397/411, com as das fls. 618/621, não procedem as alegações da defesa. Assim, mantém o valor reduzido pelo autuante de R\$361.504,82, conforme a informação fiscal.

Ao tomar ciência da diligência o sujeito passivo aduz que o diligente não verificou as notas de devolução em relação aos exercícios de 2010 e 2011. Consigna erro dos fornecedores quanto ao código dos produtos na devolução. Alega que emitiu notas em 2010, mas as saídas foram em 2011. Anexou a mesma planilha da defesa inicial e pede que sejam novamente apreciadas as alegadas notas fiscais. Juntou a descrição do produto das notas fiscais, alegando que as diferenças apontadas são relativas às notas de devoluções. Retoma a arguição de incorreção da aplicação das multas.

Quanto a tais alegações verifico não caber acolhimento, na medida em que o Parecer da ASTEC, conclui que no confronto dos dados (código, descrição do produto, quantidade e preços), fls. 397/411, constata que não há correspondência com os dados demonstrados pelo autuado na inicial, ou seja, as diferenças alegadas decorrentes das operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, não se confirmam, haja vistas que as mercadorias autuadas não são as mesmas.

Os elementos trazidos aos autos não demonstram a alegação defensiva de que, apesar das alegadas notas fiscais terem sido emitidas em 2010, as mesmas não foram baixadas do estoque, resultando em quantidades

incorrectas apuradas pelo autuante no estoque final, uma vez que, segundo o impugnante, as respectivas saídas das mercadorias e, portanto, dos estoques, só ocorreram no exercício seguinte.

No que tange à incorreção da multa aplicada, alegada pelo impugnante, a data da ocorrência do fato gerador do imposto foi 31/12/2010, momento em que foi apurada a omissão de saída. A multa de 100% aplicada sobre o débito relativo ao exercício de 2010 está prevista no inciso III do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, devendo ser mantida a multa de 100%.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme o valor de R\$361.504,82”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto 7.629/1999), a 5^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorre de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0099-05/15.

A sociedade empresaria interpõe Recurso Voluntário às fls. 791 a 805, conforme previsão do art. 169, I, “b” do sobredito Regulamento processual, no qual inicia informando que foi incorporado por Magazine Luíza S/A e fornecendo endereço para intimações, “*sob pena de nulidade*”.

Sintetiza as ocorrências e, em seguida, manifesta inconformismo com a Decisão de primeiro grau, pois entende que não houve omissões. Com a correção dos estoques iniciais de cada produto, que diz terem sido lançados em duplicidade pelo Fisco, apesar da diligência efetuada para corrigir tal falha, a omissão de saídas seria revertida para uma aparente omissão de entradas de R\$ 322.662,86, que também não subsiste, na sua concepção.

No exercício de 2010, segundo alega, procedeu à emissão de diversas notas fiscais de devolução, em atenção às normas do Decreto nº 7.016/2009 (transcritas às fls. 794/795), que determinou a redução das alíquotas do IPI de vários produtos da linha branca e de móveis, fato não considerado na auditoria (a emissão das notas de devolução).

Referindo-se às situações acima indicadas (devoluções), aduz que houve algumas em relação às quais o levantamento quantitativo computou as saídas, mas não as entradas correspondentes, que não ocorreram no fim de 2010, mas no início de 2011 (está dito à fl. 805).

Tais operações são fictas, consoante o art. 2º do Decreto nº 7.016/2009, o que também não teria sido verificado pelo autuante. Em outros casos, os códigos das mercadorias foram registrados de forma distinta nas devoluções, relativamente às entradas.

Como forma de comprovar a sua argumentação de que não ocorreram saídas irregulares, elabora planilha às fls. 796 a 798 com as justificativas por mercadorias e respectivos códigos (também gravada em meio magnético e no documento 02 da defesa, conforme informações de fl. 796). Além disso, apresentou no documento 03 da peça de defesa as tais notas de devolução, que, nos seus dizeres, estão mais legíveis no CD acostado aos autos.

Deve-se analisar os Documentos Fiscais nºs 124.308, 007.941 e 124.316 (documento 04 da defesa), referentes aos produtos designados na planilha de fls. 799/800, que contém na segunda coluna as justificativas correlatas (escriturações tardias (na passagem de 2010 para 2011), erros na codificação das mercadorias etc.). O art. 319 do RICMS-BA/1997 autoriza o registro de documentos na escrita no prazo de até 05 (cinco) dias após a entrada, em função de que alega que não infringiu a legislação.

A multa de 100%, do art. 42, III da Lei nº 7.014/1996, foi instituída pela Lei nº 11.899, de 30/03/2010, motivo pelo qual somente se aplica aos fatos ocorridos a partir de abril do referido ano, imperativo que no seu entendimento não foi observado pela Fiscalização.

Em tópico denominado “*Das Razões Equivocadas do Acórdão Recorrido*”, sustenta que a JJF não acolheu as notas de devolução porque não continham a expressão “*emitida nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.016, de 26 de novembro de 2009*”, o que considera uma formalidade extrema. No que se refere àquelas emitidas após o encerramento da fiscalização, salienta que no levantamento quantitativo foram computadas as saídas, mas não as entradas correspondentes,

que não ocorreram no fim de 2010, mas no início de 2011 (fl. 805).

Encerra pedindo seja julgado improcedente o lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 817/818, assinala que o procedimento de levantamento quantitativo de estoques, com vistas a obter as saídas reais, faz uso da equação estoque inicial + entradas - estoque final, o que foi rigorosamente observado no caso concreto, no qual inclusive não há congruência entre as supostas devoluções e as operações auditadas.

Não foi apresentada, seja na peça de apelo, seja nos outros incidentes processuais, prova de que não houve baixa nos estoques das mercadorias com notas emitidas em 2010 cujas saídas ocorreram em 2011.

Por conseguinte, opina pelo Não Provimento.

VOTO

A JJF, à fl. 596, converteu o presente feito em diligência à ASTEC/CONSEF, para que o sujeito passivo apresentasse a documentação concernente às aludidas devoluções. A auditora responsável pelos trabalhos, no Parecer ASTEC nº 121/2014, de fls. 598/599, informou ter efetuado cotejo entre os códigos, descrições, quantidades e preços de fls. 397 a 411 (levantamentos da revisão) e aqueles decorrentes das indigitadas devoluções (operações fictas), após o que chegou à conclusão de que não há correspondência entre ambos.

Segundo a mencionada servidora da ASTEC:

“Basta comparar os dados das planilhas do autuante, às fls. 397/411, com os dados das planilhas do autuado, às fls. 618/621, para comprovar que as alegações da defesa não procedem”.

Entretanto, na petição de Recurso, o contribuinte colacionou a planilha de fls. 796 a 798, idêntica àquela trazida na impugnação às fls. 199 a 201, relativa aos códigos 199933, 199389, 192475, 195938, 201531, 195980, 193656, 195982, 195984, parte dos quais, ao contrário do que asseverou a diligente, consta da revisão de fls. 397 a 411 (192475, 193656, 195938, 195980, 195982, 195984 etc.).

Por exemplo, o item 199933 está nas planilhas de fls. 796 a 798 e 199 a 201, assim como na suposta nota de retorno de fl. 454, com o mesmo código e descrição. Os valores unitários dos preços e as quantidades não precisam coincidir nos documentos fiscais e no levantamento quantitativo, uma vez que este último diz respeito às diversas operações ocorridas em intervalos de tempo: o ano fiscalizado no levantamento propriamente dito (2010) e o último mês do ano fiscalizado (12/2010), no que se refere ao preço médio unitário.

Ocorre que o órgão julgador de primeira instância, tendo acompanhado o Parecer ASTEC nº 121/2014, omisso em parte (relativamente às planilhas de fls. 796 a 798 e 199 a 201), não emitiu qualquer juízo de valor a respeito das justificativas apresentadas às fls. 199 a 201 (na impugnação; coluna “*JUSTIFICATIVAS*” da planilha), o que implica, data máxima vénia, cerceamento de defesa e inobservância do devido processo legal.

A Câmara não pode suprir o erro e julgar o mérito dos fatos indicados na coluna “*JUSTIFICATIVAS*” da planilha de fls. 199 a 201 (igual à de fls. 796 a 798), uma vez que tal medida significaria supressão de instância.

De ofício, julgo nula a Decisão recorrida.

Em face do exposto, restam PREJUDICADOS os Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO DISCORDANTE

Divirjo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto à sua conclusão de considerar nula a Decisão recorrida, sob o entendimento de que o órgão julgador de piso, ao acompanhar o Parecer ASTEC nº 121/2014, omisso em parte, não emitiu qualquer juízo de valor a respeito das alegações apresentadas pelo defendant na coluna “*JUSTIFICATIVAS*” da planilha de

fls. 199 a 201 dos autos, o que ensejou cerceamento de defesa e inobservância do devido processo legal.

Vislumbro que o juízo *a quo* se fundamentou no Parecer Técnico da ASTEC para exarar seu veredito, cujo opinativo concluiu que os produtos, objetos da alegação de defesa, não são os mesmos da auditoria de estoque.

Há de se destacar que o órgão julgador ao determinar diligência ou perícia ao seu corpo técnico, o faz por existir uma relação de confiança como também por necessitar de uma análise técnica e específica, cuja realização não condiz com a habilidade do julgador ou ao ato de julgar.

Também deve-se salientar que o sujeito passivo tomou ciência da conclusão da diligência e inclusive se insurgiu sobre a mesma, o que, por si só, já prova a inexistência de cerceamento do direito de defesa e, em consequência, da inobservância do devido processo legal, como entendeu o nobre Relator desta 2ª CJF, pois, o fato alegado pelo insurgente foi avaliado pelos julgadores da Decisão recorrida e, por unanimidade, concluíram por não acolher a insurgência com supedâneo no aludido Parecer ASTEC, o qual, repise-se, concluiu que “... as diferenças alegadas decorrentes das operações fictas relativas as operações efetuadas com base no aludido decreto federal, não se confirmam, haja vistas que as mercadorias autuadas não são as mesmas.”

Sendo assim, diante de tais considerações, não vislumbro o alegado cerceamento de direito de defesa e nem a inobservância do devido processo legal, muito menos supressão de instância, pois, no máximo, o que ocorreu foi uma diligência cujo resultado supostamente continha falha, o que levou a Decisão recorrida ao cometimento de erro material, ao se fundamentar no parecer técnico para seu veredito, porém, nunca ao cerceamento de defesa, cabendo à Segunda Instância a conversão do processo em diligência para as correções das falhas, porventuras existentes, e, caso confirmadas, a reforma da Decisão recorrida, quanto ao mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADOS** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 206948.0009/13-7, lavrado contra **F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA - MAGAZINE LUÍZA S/A.)**, devendo os autos devem retornar à Junta de Julgamento Fiscal para nova deliberação.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Daniel Ribeiro Silva, Alessandra Brandão Barbosa, Luiz Alberto Amaral Oliveira e José Antonio Marques Ribeiro.

VOTO DISCORDANTE - Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS