

A. I. N° - 279465.0010/20-9
AUTUADO - ATACADÃO DO PAPEL LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA ARAUJO D'OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 16/12/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0228-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pela Autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração subsistente em parte. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 2. MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Após reabertura do prazo de defesa, o Autuado reconhece como devido o valor apurado no levantamento fiscal. Infração procedente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2020, refere-se à exigência de R\$ 97.843,69 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2017). Valor do débito: R\$ 36.996,12. Multa de 100%.

Infração 02 – 04.05.11: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2017). Valor do débito: R\$ 210,05. Multa de 60%.

Infração 03 – 07.02.02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 26.748,49. Multa de 60%.

Infração 04 – 07.02.03: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas

realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 33.889,03. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 44 a 45v do PAF. Informa que o Auto de Infração ora impugnado versa sobre 4 ocorrências, porém a defesa será parcial, se reportando apenas às Infrações 01, 03 e 04.

Inicialmente, requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Como preliminar, de logo protesta pela reabertura do prazo de defesa, considerando as dificuldades geradas pela "crise sanitária", que, em decorrência da redução do quadro funcional e do "trabalho remoto", não permitiu a completa apuração dos dados relacionados às justificativas que adiante serão apresentadas. Diz que outro fator que contribuiu para dificultar o trabalho de conferência, foi a postagem, via DT-e, das planilhas das apurações em PDF, ou seja, de forma não "editável". Informa que a Autuante, posteriormente à intimação, ofereceu os demonstrativos em outra "formatação", porém pelo DT-e, a partir de quando o prazo começa a fluir já havia se iniciado. Assim, prestada a "Informação Fiscal", requer que sejam aos arquivos enviados em "Excel", com a reabertura do prazo regulamentar para juntada de documentos e demonstrativos, pertinentes às suas alegações.

Com relação à Infração 01, em preliminar, protesta pela nulidade desta infração, alegando insegurança na apuração da infração e da base de cálculo, com consequente cerceamento do direito de defesa. Afirma que a Autuante, ao apurar a base de cálculo, não observou que o Autuado trabalha com produtos sujeitos à redução de base de cálculo, em relação aos quais a carga tributária haveria que ser ajustada. Informa que comercializa com diversos "produtos de informática", que possuem carga tributária de 12%, conforme art. 266, inciso XIII, do RICMS. Apenas a título de exemplo, diz que o produto 00617356-0-0 - NB DELL, se inclui nessa situação.

Também alega que a Autuante não considerou as movimentações decorrentes de "outras saídas" - CFOP 5949, com repercussão direta na alegada omissão. Nesses pontos, menciona decisões do CONSEF. ACORDÃO JJF Nº 0059-03/04 e ACORDÃO CJF Nº 0028-12/17.

Com relação à Infração 03, alega que cabe igual pedido de nulidade, pois no Auto de Infração não foi prestado qualquer esclarecimento fático, ou seja, não aponta qual teria sido o erro na apuração e retenção do imposto. Diante disso, afirma que não entendeu o lastro do pedido e teria que conferir todas as suas operações, manualmente, para identificar qual o erro cometido. Pergunta: Foi no valor da operação e sua base de cálculo? Alíquota? MVA?

Apresenta o entendimento de que se torna necessário esclarecer qual a motivação da alegada divergência, a fim de que possa se defender. Consciente de que apura e paga o ICMS ST com exatidão, renova o pedido de reabertura do prazo de defesa, caso algum esclarecimento seja prestado.

Finalmente, com relação à infração 04, diz que é igualmente nulo, pois não foi observado que o Autuado recebeu as mercadorias já com a fase de tributação encerrada (pela ST), não cabendo, conforme o próprio dispositivo do enquadramento legal (art. 89, inciso II, da Lei 7.014/96), nova retenção.

No mérito, pede que sejam feitos os devidos ajustes, nas infrações 01, 03 e 04, relativos às cargas tributárias devidas, CFOP 0949 (infração 01); que sejam esclarecidas as motivações relativas à infração 03 e que sejam excluídas as operações com produtos recebidos com a fase de tributação encerrada pela ST, a fim de que, uma vez reaberto o prazo na forma já solicitada, possa se manifestar e, sendo comprovados que os valores são devidos, serão recolhidos.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, da movimentação de estoques, e as adequações acima reportadas. Pede pela nulidade ou improcedência dos itens contestados do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal à fl. 54 dos autos. Em atendimento ao quanto alegado pelo Defendente e considerando que, em igual situação, nos processos 279465.0006/20-1 e 279465.0007/20-8 da mesma empresa, houve recomendação do CONSEF para envio das planilhas em formato Excel e reabertura do prazo de defesa original, encaminha novamente o inteiro teor dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, agora em planilhas Excel, ficando reaberto o prazo de defesa por mais 60 dias.

O Defendente apresenta manifestação às fls. 61 a 64 do PAF. Inicialmente, reitera o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, seus legítimos representantes legais na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa ao PAF.

Diz que o Auto de Infração ora impugnado versa sobre 4 ocorrências, porém já havia reconhecido a pertinência da Infração 02, o que fica ratificado. Com relação à Infração 03, depois de conhecer a demonstração analítica da apuração, acata a cobrança. Fará o pagamento do valor cobrado, protestando apenas pelo direito de redução da multa por infração, em 90%, em consonância com o art. 45, § 1º, da Lei nº 7.014/96, na medida em que o pagamento será realizado “antes do encerramento do prazo para a impugnação”, fato que, por sua vez, é decorrência lógica e legal da reabertura do prazo para defesa. Pede, em relação às infrações 02 e 03, que o CONSEF declare o direito ao redutor previsto em lei, para que o pagamento efetuado seja homologado, sem resíduos.

Com relação à Infração 01, em preliminar, pede a nulidade desta infração, alegando insegurança na apuração da infração e da base de cálculo, com conseqüente cerceamento do direito de defesa.

Afirma que a Autuante, ao apurar a base de cálculo, não observou que o Autuado trabalha com produtos sujeitos à redução de base de cálculo, em relação aos quais a carga tributária haveria que ser ajustada. Informa que comercializa com diversos “produtos de informática”, que possuem carga tributária de 12%, conforme art. 266, inciso XIII, do RICMS. Apenas a título de exemplo, cita o produto 00617356-0-0 – NB DELL, que se inclui nessa situação.

Também alega que a Autuante não considerou as movimentações decorrentes de “outras saídas” – CFOP 5949, com repercussão direta na alegada omissão. Nesses pontos, menciona decisões do CONSEF.

No mérito, relativamente à Infração 01, em decorrência do acesso às planilhas analíticas, alega que identificou que a autuação foi levada a efeito com ofensa à Portaria nº 445/98, mais precisamente no que concerne ao art. 3º, incisos I e III, posto que o produto “Notebook DELL”, foi “seccionado” em “Notebook e Software”, apesar de inexistir essa dualidade. Em relação ao produto especificado, informa que adquire o “Note” já com o “Software” instalado, e assim realizada as vendas. Não comercializada “Software” de maneira isolada. Assim, se não existe omissão de “Notebook”, conseqüente não existe omissão de “Software”. Se impõe, portanto, o “agrupamento” dos itens “Notebook Dell” e “Software”, correspondente.

Com relação ao produto “SMART MOTO X4 – Código 85171231”, afirma que a Autuante não computou as operações realizadas através das Notas Fiscais 446482, 446577, 446587 e 446594, que juntou aos autos.

A Autuante não computou, ainda, as notas fiscais pertinentes a “remessas para conserto”, como por exemplo aquelas cujas planilhas seguem (amostragem das notas), relativas ao produto “Cód. 006 19219-0-0 – TAB. QUAND. DAZZ 69182”.

Conclui que a Infração 03, se superada a questão prejudicial, precisa ser objeto de revisão, para os ajustes necessários, com o agrupamento dos produtos “Notebook Dell” e “Software”, inserção das notas fiscais 446482, 446577, 446587 e 446594 e daquelas correspondentes a “remessas para conserto”.

Finalmente, no que concerne à infração 04, entende que é igualmente nulo, pois não foi observado que foram recebidas as mercadorias já com a fase de tributação encerrada (pela ST), não cabendo, conforme o próprio dispositivo do enquadramento legal (art. 8º, inciso II, da Lei 7.014/96), nova retenção.

No mérito, quanto a esse mesmo item, diz que a falha pode ser exemplificada através dos produtos “Celular LG”, “pipocas”, “chocolates” e “amendoim”, já adquiridos com a fase de tributação encerrada (demonstrativo e amostragem de notas fiscais, em anexo). Se superada a questão prejudicial, também em relação a essa infração, se torna necessária completa revisão fiscal, com o desiderato de excluir as mercadorias adquiridas com a fase de tributação encerrada.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos demonstrativos e documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, da movimentação de estoques e das aquisições com fase de tributação encerrada, pede a nulidade ou improcedência dos itens contestados (01 e 04), do Auto de Infração, bem como pelo pagamento dos valores atinentes às Infrações 02 e 03, com redução da multa em 90%.

Nova informação fiscal foi prestada pela Autuante às fls. 87 a 92 dos autos. Observa que o Defendente reconhece procedência das infrações 02 e 03, e apresenta impugnação quanto às infrações 01 e 04.

INFRAÇÃO 01 – Levantamento Quantitativo de Estoque, Omissões de Saídas: Diz que o Defendente alega a não aplicação da Redução da Carga Tributária (RBC) para 12% em “diversos produtos de informática”, conforme art. 266, inciso XIII, do RICMS.

A Autuante admite que, de fato, a RBC dos produtos de informática não foi aplicada em alguns dos itens constantes no Regulamento e o fez agora, conforme se pode verificar em demonstrativos anexos à Informação Fiscal.

Sobre as saídas pelo CFOP 5949, diz que o Impugnante alega que “as movimentações decorrentes de “outras saídas” – CFOP 5949” não teriam sido consideradas nas análises do levantamento quantitativo de estoques da empresa.

Como seu uso varia bastante de um contribuinte a outro, cabe ao auditor fiscal analisar cada caso e verificar se as operações codificadas com o CFOP 5949 acompanham a movimentação de mercadorias e, consequentemente, impactam o estoque da empresa. No caso em questão (do Atacado do Papel), afirma que essa verificação foi feita e esse CFOP foi selecionado desde o início. Conclui que não há alterações a serem feitas nesse quesito.

Em relação a Notebooks e Softwares, reproduz a alegação defensiva de que o produto “Notebook DELL”, foi seccionado em “Notebook e Software”, apesar de inexistir essa dualidade. O Autuado, em relação ao produto especificado, adquire o “Note” já com o “Software” instalado, e assim realiza as vendas.

Antes de entrar no mérito da questão, a Autuante esclarece que a fiscalização não agrega nem secciona mercadorias comercializadas pela empresa, mas tão somente analisa as informações da forma como as encontra nos documentos fiscais entregues à Secretaria da Fazenda. Se os produtos “Notebook” e “Software” foram lançados isoladamente, assim o fez o Contribuinte.

Diz que se confunde o Autuado quando afirma que “a autuação foi levada a efeito com ofensa à Portaria 445/98, mais precisamente, no que concerne ao art. 3º”, que fala sobre o agrupamento que deve ocorrer quando todos os indícios levam ao entendimento de que duas mercadorias

similares, com códigos divergentes, podem ser o mesmo produto. Informa que no caso em lide não foi efetuado agrupamento.

Quanto ao argumento defensivo referente aos produtos notebook e software de maneira generalizada, não trazendo descrições detalhadas ou códigos de itens que pudessem ajudar no cruzamento entre saídas de um e saídas de outro. O Atacadão do Papel comercializou 63 códigos distintos de notebooks apenas da marca DELL, para os quais houve quase 3.000 unidades vendidas em 2017. Quanto aos softwares, são mais de 109 códigos diferentes, para os quais houve pouco mais de cerca de 1.600 unidades comercializadas em 2017.

Acrescenta que a quantidade total de saídas de softwares DELL é descasada da quantidade de saídas de notebooks DELL, o que caracteriza que não foram vendidos conjuntamente. E, como para comprovar seu ponto o Contribuinte apresenta notas fiscais de 2015, sendo que o ano em questão é o exercício fiscal de 2017, pode-se aduzir, que não houve prova documental que justificasse qualquer modificação no lançamento.

Por último, supondo-se que o Autuado tenha se referido especificamente ao produto SOFT DELL SIST OPERACIONAL WIN8 421-8695 - código 00613836-0-0, cuja quantidade de omissões de saída foi de 198 unidades (a mais relevante das omissões de softwares), verificou-se que foram registradas 206 un de entradas e apenas 8 un de saídas. Como se trata de um produto tributado (Licença de software de prateleira), conforme Parecer DITRI anexo, era preciso dar saída ao item ainda que ele fosse vendido já instalado no equipamento. Essa saída não pôde ser identificada, razão pela qual ratifica o valor do crédito lançado.

Sobre o Item SMART MOTO X4, diz que o Defendente apresenta também algumas notas fiscais de saída, alegando que as saídas documentadas naquelas NF não teriam sido computadas no levantamento de estoques, especificamente quanto ao item “SMART MOTO X4 – Código 85171231”.

A esse respeito, antes de proceder a análise propriamente dita, a Autuante informa que identificou de imediato que a numeração 85171231 é a NCM do produto e não seu código de venda. Buscando de toda forma solucionar o problema, diz que foi ao demonstrativo Lista de Omissões de Saída, que acompanha o Auto de Infração, e verificou que havia de fato um item com a descrição SMART MOTO X4 e cujo código era 00620240-2455-70.

De posse dessa informação, a fiscal verificou as notas fiscais apresentadas na peça impugnatória (NF 446482, 446577, 446587 e 446594) e constatou que em nenhuma delas havia o item SMART MOTO X4 com esse código de saída especificamente. Havia um SMART MOTO X4, cujo código de saída era 00620293-2455-70. Ao verificar as entradas e saídas de ambos os itens, cujas descrições eram bastante similares, mas não idênticas, observou-se os quantitativos de 8 omissões de saída para o primeiro e 8 omissões de entrada para o segundo.

Assim sendo, apesar da divergência entre o código utilizado para registro das entradas e aquele constante nas notas de saídas do item, a fiscalização entende tratar-se do mesmo produto e procedeu ao agrupamento manual no sistema de fiscalização SIAF, anulando dessa forma, as omissões originalmente identificadas. Tudo conforme demonstrativos anexos.

Em relação às Saídas pelo CFOP 5915, que o Defendente alega que não teriam sido consideradas no levantamento quantitativo de estoques as remessas para conserto, através dos CFOPs 5915 e 6915, informa que não é praxe considerar tais CFOPs no cálculo do estoque, visto que, na grande maioria das vezes eles são utilizados para bens de consumo ou do ativo permanente do estabelecimento, e na fiscalização realizada não os havia incluído inicialmente. Entretanto, como o ATACADÃO DO PAPEL comercializa aparelhos eletrônicos que, eventualmente, podem ir a conserto junto ao fabricante, foi feita a inclusão dos códigos fiscais e operações e prestações 5915 e 6915 agora quando da revisão do lançamento da Infração 01. Tudo conforme demonstrativos anexos.

INFRAÇÃO 04 – Falta de Retenção do ICMS ST: Reproduz a alegação do Autuado de que houve recebimento de itens como pipoca (NCM 1904), chocolates (NCM 1806), amendoim (NCM 2008) e até celulares (NCM 85171231) já com o ICMS retido e a fase de tributação encerrada, razão pela qual não teria procedido à retenção do imposto nas saídas.

Entretanto, verificadas as entradas dos itens exemplificados, constatou que há dois tratamentos tributários distintos em todos os casos: ora o ICMS está destacado nas notas fiscais de entrada, ora não está.

Assim que, obriga-se o Contribuinte a realizar a retenção do ICMS nas saídas dessas mercadorias (art. 291 do Regulamento), creditando-se dos impostos da entrada, tanto o normal quanto o ST. Caso contrário, o Autuado estaria sendo beneficiado pelas saídas não tributadas e eventualmente creditando-se nas aquisições.

Quando existe essa ambiguidade nos procedimentos, como no caso do Atacadão do Papel aqui fiscalizado, como Substituto Tributário que é, deve proceder atendendo ao disposto na legislação. Desse modo, ratifica o valor do crédito lançado.

As modificações realizadas na infração 01, em virtude dos argumentos trazidos pelo Contribuinte na recente Impugnação, levaram a uma redução no crédito tributário lançado no Auto em epígrafe, que ficou assim:

Infração 01:

Valor original: R\$ 36.996,12

Redução: R\$ 5.576,46

Valor corrigido: R\$ 31.419,66

TOTAL CORRIGIDO NO AI: R\$ 92.267,23

Em nova manifestação às fls. 109/110 do PAF o Defendente ratifica a defesa apresentada, mantendo o pleito relativo à Infração 03, no que tange ao direito de redução da multa por infração, em 90%, em consonância com o art. 45, § 1º da Lei 7.014/96, na medida em que o pagamento foi realizado “antes do encerramento do prazo para impugnação”, fato que, por sua vez, é decorrência lógica e legal da reabertura do prazo para defesa, anteriormente realizado. Pede, em relação às infrações 02 e 03, que o CONSEF declare o direito ao redutor previsto em lei, para que o pagamento efetuado seja homologado sem resíduos.

Quanto à Infração 01, alega que não pode, em apenas dez dias, rever as demonstrações ora apresentadas, as quais, ressalta que deveriam compor a intimação sobre o lançamento, a teor do art. 46 do RPAF. Assim, requer seja renovada a intimação com a reabertura do prazo de defesa.

Em relação à infração 04, igualmente é nulo, alegando que não foi observado que recebeu as mercadorias já com fase de tributação encerrada, como inclusive em parte admitido pela Autuante, não cabendo, conforme previsto no próprio dispositivo do enquadramento legal.

No mérito, quanto a esse mesmo item 04, alega que a falha pode ser exemplificada através dos produtos Celular LG, pipocas, chocolates e amendoim, já adquiridos com fase de tributação encerrada. Se superada a questão prejudicial, também em relação a essa infração, entende que se torna necessária a completa revisão fiscal, com o desiderato de excluir as mercadorias adquiridas com fase de tributação encerrada.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos demonstrativos e documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, da movimentação de estoques e das aquisições com a fase de tributação encerrada, pede pela nulidade ou improcedência dos itens contestados (01 e 04), do Auto de Infração, bem como pelo pagamento dos valores atinentes às Infrações 02 e 03, com redução da multa em 90%.

Às fls. 115/116 o Defendente ratifica todo o conteúdo da defesa, informando que foi induzido a erro pela INFAZ. Diz que em 07/04/22 recebeu intimação por AR, enviada ao advogado habilitado, com a concessão do prazo de dez dias (intimação assinada dia 06/04/22). Em 14/04/22, conforme SIPRO 023802/2022-0, apresentou manifestação, inclusive pleiteando a reabertura do prazo de defesa (60 dias). Neste intermédio, foi postada no DT-e outra intimação – dia 04/04/22, em relação à qual entendeu possuir o mesmo conteúdo e, por isso mesmo, o profissional habilitado no PAF não foi informado.

Afirma que a confusão causada pela INFAZ, emitindo duas intimações com datas próximas, meios de comunicação diferentes, destinatários e prazos diversos, induziram o Autuado a erro, provocando prejuízo à defesa.

Pede que seja expedida nova e regular intimação, destinada ao advogado credenciado no PAF, com reabertura do prazo de defesa. No caso específico, aceita que a nova intimação seja realizada através do endereço de e-mail que indicou.

A Autuante presta 3ª Informação Fiscal às fls. 119/120 do PAF. Diz que o Contribuinte segue inconformado com o resultado da fiscalização e persiste na alegação de questões jurídicas relativas ao direito de defesa. Solicita, mais uma vez, reabertura do prazo de 60 dias, alegando agora “confusão causada pela INFAZ, emitindo duas intimações com datas próximas, meios de comunicação diferentes, destinatários e prazos diversos” quando da ciência da segunda informação fiscal da Autuante em abril passado.

Esclarece que na primeira informação fiscal prestada em 16/11/2021, quando a Autuante enviou em planilhas Excel todos os demonstrativos pertinentes às infrações lançadas, já lhe foi concedido novo prazo de defesa de 60 dias.

Frisa que o Autuado vem apresentando sistematicamente medidas protelatórias, que é o que parece nesse caso mais uma vez.

Afirma que todos os aspectos passíveis de serem analisados nas infrações combatidas (infrações 01 e 04) já o foram e nada mais há a declarar além do que foi dito na última resposta a esse Conselho.

Diz que o Defendente não trouxe fato novo ou prova documental que possam modificar os lançamentos efetuados, e todos os argumentos anteriores já foram devidamente esclarecidos, nada mais há a acrescentar e reafirma a legitimidade do crédito lançado.

A Sessão de Julgamento realizada por videoconferência, foi acompanhada pela Dra. Adriana Ribeiro de Santana, OAB/BA Nº 65.371.

VOTO

Inicialmente, o Autuado protestou pela reabertura do prazo de defesa, alegando as dificuldades geradas pela "crise sanitária", que, em decorrência da redução do quadro funcional e do "trabalho remoto", não permitiu a completa apuração dos dados relacionados às justificativas apresentadas. Disse que outro fator que contribuiu para dificultar o trabalho de conferência, foi a postagem, via DT-e, das planilhas das apurações em PDF, ou seja, de forma não "editável". Informou que a Autuante, posteriormente à intimação, ofereceu os demonstrativos em outra "formatação", porém pelo DT-e, a partir de quando o prazo de defesa já havia se iniciado.

Na informação fiscal à fl. 54 dos autos, a Autuante, esclareceu que em atendimento ao quanto alegado pelo Defendente e considerando que, em igual situação, nos processos 279465.0006/20-1 e 279465.0007/20-8 da mesma empresa, houve recomendação do CONSEF para envio das planilhas em formato Excel e reabertura do prazo de defesa, encaminhou novamente o inteiro teor dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, agora em planilhas Excel, e foi reaberto o prazo de defesa por mais 60 dias. Portanto, considero remediado esse questionamento apresentado pelo Defendente.

Na manifestação apresentada às fls. 115/116, o defendente alegou que foi induzido a erro pela INFAZ. Disse que em 07/04/22 recebeu intimação por AR, enviada ao advogado habilitado, com a concessão do prazo de dez dias (intimação assinada dia 06/04/22). Em 14/04/22, conforme SIPRO 023802/2022-0, apresentou manifestação, inclusive pleiteando a reabertura do prazo de defesa (60 dias). Neste intermédio, foi postada no DT-e outra intimação (dia 04/04/22), em relação à qual entendeu possuir o mesmo conteúdo e, por isso mesmo, o profissional habilitado no PAF não foi informado.

Afirmou que a confusão causada pela INFAZ, emitindo duas intimações com datas próximas, meios de comunicação diferentes, destinatários e prazos diversos, induziram o Autuado a erro, provocando prejuízo à defesa. Solicitou que fosse expedida nova e regular intimação, destinada ao advogado credenciado no PAF, com reabertura do prazo de defesa.

Não acato a alegação defensiva, considerando que não ficou configurada a existência de qualquer irregularidade na intimação (fl. 105) que reabriu o prazo de sessenta dias para manifestação do Autuado e o fato de ter sido emitida uma outra intimação concedendo dez dias (fl. 106) não invalida a de reabertura do prazo. O Defendente tomou conhecimento das duas intimações e teve oportunidade de apresentar suas alegações acerca da informação fiscal prestada pela Autuante. Neste caso, considero superado o questionamento do Impugnante, inexistindo o cerceamento ao direito de defesa.

Constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pela Autuante, e foram fornecidas ao Defendente, cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Autuado, as infrações apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido.

Em relação aos questionamentos constantes nas razões de defesa e manifestações posteriores, apresentadas pelo Defendente, nas informações fiscais a Autuante realizou revisões saneadoras, com a concessão de prazo para o Autuado se manifestar em cada etapa, com o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos. Portanto, não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2017).

Em preliminar, o Defendente alegou insegurança na apuração da infração e da base de cálculo, com conseqüente cerceamento do direito de defesa, afirmando que a Autuante, ao apurar a base de cálculo, não observou que o Autuado trabalha com produtos sujeitos à redução de base de cálculo, em relação aos quais a carga tributária haveria que ser ajustada. Informou que comercializa com diversos "produtos de informática", que possuem carga tributária de 12%. Também alegou que a Autuante não considerou as movimentações decorrentes de "outras saídas" (CFOP 5949), com repercussão direta na alegada omissão.

Observe que o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, demonstrando conhecimento do lançamento fiscal. As alegações defensivas foram esclarecidas com as informações fiscais prestadas pela Autuante que acostou aos autos novos demonstrativos, sendo fornecidas as cópias com a concessão de prazo para o Defendente se manifestar.

Em decorrência do acesso às planilhas analíticas, com reabertura do prazo de defesa, o Defendente alegou que identificou que a autuação foi levada a efeito com ofensa à Portaria nº 445/98, mais precisamente no que concerne ao art. 3º, incisos I e III, posto que o produto “Notebook DELL”, foi “seccionado” em “Notebook e Software”, apesar de inexistir essa dualidade. Disse que adquire o “Note” já com o “Software” instalado, e não comercializada “Software” de maneira isolada.

Também alegou que a Autuante não computou as operações realizadas através das Notas Fiscais 446482, 446577, 446587 e 446594. Não computou as notas fiscais pertinentes a “remessas para conserto”, relativas ao produto “Cód. 006 19219-0-0 – TAB. QUAND. DAZZ 69182” e concluiu que, se superada a questão prejudicial, precisa ser realizado o agrupamento dos produtos “Notebook Dell” e “Software”, inserção das notas fiscais 446482, 446577, 446587 e 446594 e daquelas correspondentes a “remessas para conserto”.

Na Informação Fiscal às fls. 87 a 92 dos autos, a Autuante admitiu que, de fato, a RBC dos produtos de informática não foi aplicada em alguns dos itens constantes no Regulamento e o fez, conforme se pode verificar em demonstrativos anexos à Informação Fiscal.

Sobre as saídas pelo CFOP 5949 (outras saídas), disse que as operações acompanham a movimentação de mercadorias e, conseqüentemente, impactam o estoque da empresa. No caso em questão, o Autuado afirmou que essa verificação foi feita e esse CFOP foi selecionado desde o início. Conclui que não há alterações a serem feitas nesse quesito.

Quanto aos notebooks informou que o Autuado comercializou 63 códigos distintos de notebooks apenas da marca DELL, para os quais houve quase 3.000 unidades vendidas em 2017. Quanto aos softwares, são mais de 109 códigos diferentes, para os quais houve pouco mais de cerca de 1.600 unidades comercializadas em 2017. A quantidade total de saídas de softwares DELL é descasada da quantidade de saídas de notebooks DELL, o que caracteriza que não foram vendidos conjuntamente.

Sobre o Item SMART MOTO X4, informou que o Defendente apresentou algumas notas fiscais de saída. Disse que verificou as notas fiscais apresentadas na peça impugnatória (NF 446482, 446577, 446587 e 446594) e constatou que em nenhuma delas havia o item SMART MOTO X4 com esse código de saída especificamente. Havia um SMART MOTO X4, cujo código de saída era 00620293-2455-70. Ao verificar as entradas e saídas de ambos os itens, cujas descrições eram bastante similares, mas não idênticas, observou os quantitativos de 8 omissões de saída para o primeiro e 8 omissões de entrada para o segundo.

Assim sendo, apesar da divergência entre o código utilizado para registro das entradas e aquele constante nas notas de saídas do item, entendendo tratar-se do mesmo produto, procedeu ao agrupamento manual no sistema de fiscalização SIAF, anulando dessa forma, as omissões originalmente identificadas

Sobre o argumento defensivo de que não teriam sido consideradas no levantamento quantitativo de estoques as remessas para conserto, através dos CFOPs 5915 e 6915, informou que foi feita a inclusão dos códigos fiscais, operações e prestações 5915 e 6915, quando da revisão do lançamento.

Saliento que embora o Impugnante não tenha acatado expressamente os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não apresentou qualquer argumento novo, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos, por se tratar de documentos que estão na posse do Contribuinte.

Conforme estabelece o art. 13, inciso I, da Portaria 445/98, constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas.

Acato as conclusões apresentadas na informação fiscal e concluo pela subsistência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$ 31.419,66 (Demonstrativos às fls. 95 a 98 do PAF).

Infração 02 – 04.05.11: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2017).

Nas razões de defesa, o Autuado reconheceu a pertinência dessa Infração. Dessa forma, é procedente o item não impugnado, considerando que não há lide a ser decidida, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Infração 03 – 07.02.02: Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2017.

O Defendente alegou que não foi prestado qualquer esclarecimento fático, ou seja, não foi apontado qual teria sido o erro na apuração e retenção do imposto. Disse que não entendeu o lastro do pedido e teria que conferir todas as suas operações, manualmente, para identificar qual o erro cometido.

Após a reabertura do prazo de defesa, na manifestação às fls. 61 a 64 do PAF, o Impugnante afirmou que, depois de conhecer a demonstração analítica da apuração, acata a cobrança. Disse que fará o pagamento do valor cobrado, protestando apenas pelo direito de redução da multa por infração, em 90%, em consonância com o art. 45, § 1º, da Lei nº 7.014/96, na medida em que o pagamento será realizado “antes do encerramento do prazo para a impugnação”, fato que, por sua vez, é decorrência lógica, e legal, da reabertura do prazo para defesa.

Constato que em razão das alegações defensivas após a reabertura do prazo de defesa, não há lide a ser decidida. Neste caso, de acordo com os argumentos trazidos pelo defendente, acolhendo o levantamento fiscal, subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração procedente.

Infração 04: Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2017.

O Defendente alegou que não foi observado o recebimento de mercadorias já com a fase de tributação encerrada (pela ST), não cabendo, conforme o próprio dispositivo do enquadramento legal (art. 89, inciso II, da Lei 7.014/96).

Na manifestação apresentada após a reabertura do prazo de Defesa foram indicados os produtos “Celular LG”, “pipocas”, “chocolates” e “amendoim”, já adquiridos com a fase de tributação encerrada (conforme demonstrativo e amostragem de notas fiscais). Disse que se torna necessária completa revisão fiscal, com o desiderato de excluir as mercadorias adquiridas com a fase de tributação encerrada.

Conforme art. 292 do RICMS-BA/2012, *O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: “ICMS pago por substituição tributária”.*

A Autuante informou que verificadas as entradas dos itens exemplificados, constatou que há dois tratamentos tributários distintos em todos os casos: ora o ICMS está destacado nas notas fiscais de entrada, ora não está.

Dessa forma, obriga-se o Contribuinte a realizar a retenção do ICMS nas saídas dessas mercadorias (art. 291 do Regulamento), creditando-se dos impostos da entrada, tanto o normal

quanto o ST. Caso contrário, o Autuado estaria sendo beneficiado pelas saídas não tributadas e eventualmente creditando-se nas aquisições.

Concordo com o posicionamento da Autuante, considerando que no caso em exame, o Defendente deve proceder conforme previsto no art. 291 do RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido, considerando que deveria utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, e efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com mesma mercadoria. Mantida a exigência fiscal.

RICMS-BA/2012:

Art. 291. Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria.

O Defendente requereu, em relação às infrações 02 e 03, que o CONSEF declare o direito a redutor previsto em lei, na medida em que o pagamento será realizado “antes do encerramento do prazo para a impugnação”, fato que, por sua vez, é decorrência lógica e legal da reabertura do prazo para defesa.

Vale salientar, que uma vez sanada alguma irregularidade processual e reaberto o prazo de defesa, deve ser devolvido ao Autuado o prazo originalmente estabelecido em lei para pagamento ou impugnação, restabelecendo o direito do Contribuinte às reduções da multa na forma prevista na legislação, a contar da data da intimação, com redução igual à que poderia ter usufruído no decurso do prazo previsto originalmente para apresentação da defesa. Portanto, assiste razão ao Defendente.

Foi requerido na impugnação, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279465.0010/20-9**, lavrado contra **ATACADÃO DO PAPEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 92.267,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 60.847,57 e 100% sobre R\$ 31.419,66, previstas no art. 42, inciso II, alínea “e”, e inciso III, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA