

A. I. N° - 298636.0002/20-5
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S/A
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2024

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0047-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. AUTUAÇÃO ENVOLVE PRODUTOS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL, POR ANTECIPAÇÃO E IMPOSTO COBRADO EM FACE DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Verificando-se, num mesmo exercício fiscal, diferenças de estoques de mercadorias sujeitas à tributação normal e sujeitas à tributação antecipada, portanto sem a devida cobertura documental, é de se cobrar o imposto correspondente. Todavia, foi reconhecido pela auditoria que, ao rodar o sistema de apuração quantitativa, não foram consideradas, a título de saídas, as notas fiscais de venda a consumidor eletrônicas. Revisão fiscal reduz a exigência inicial. Razões defensivas parcialmente acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale de começo salientar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, inclusive contextualizados para o formato das sessões virtuais.

No valor histórico total de R\$ 4.545.516,99, afora acréscimos, tem o presente auto de infração com outras palavras os seguintes descritivos:

Infração 01 – 04.05.02: Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de produtos tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, logo sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie em exercício fechado, conforme demonstrativos físicos e digitais.

Fatos geradores têm datas fixadas em 31.12.2017. Cifra de R\$ 3.597.965,41.

Fundamentação legal esquadrinhada nos arts. 2º, I e 23-B, da Lei 7.014/96, c/c o art. 83, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais o art. 13, I, da Port. 445/98, além da multa tipificada no art. 42, III, da lei antes citada.

Infração 02 – 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de produtos sujeitos à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie em exercício fechado, tudo conforme demonstrativos anexos.

Fatos geradores têm datas fixadas em 31.12.2017. Cifra de R\$ 687.463,27.

Conduta enquadrada nos arts. 6º, IV, e 23, I, da Lei 7.014/96, c/c o art. 217 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, além do art. 10, I, “a”, da Port. 445/98, mais multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei retro mencionada.

Infração 03 – 04.05.09: Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de produtos sujeitos à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie em exercício fechado, tudo conforme demonstrativos anexos.

Fatos geradores têm datas fixadas em 31.12.2017. Cifra de R\$ 260.088,31.

Conduta enquadrada nos arts. 6º, IV, e 23, I, da Lei 7.014/96, c/c o art. 217 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, além do art. 10, I, “b”, da Port. 445/98, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei retro mencionada.

Documentos apensados pelo autuante, inclusive em meio digital (fls. 05/16).

O contribuinte, em sua defesa (fls. 48/67), sustenta a insubsistência do lançamento, a saber:

Acerca da infração 01, afirma não terem ocorrido saídas sem nota fiscal, particularmente em relação aos produtos “enfeite estrela oito pontas” (cód 2138216), “ban moto gatinha” (cód 4236845) e “MP5 player 2gb prime” (cód 4136303), os quais faz a demonstração quantitativa que entende correta.

Lembra que não foram computadas as baixas de estoque decorrentes de perdas, isto é, quebras, furtos e perecimentos.

Acerca das infrações 02 e 03, argui preliminar de nulidade da cobrança sob o argumento de que o fisco não disponibilizou a metodologia e os cálculos do levantamento quantitativo, dificultando o seu direito de defesa, fora dos parâmetros referidos no art. 3º, I, 6º e 7º, todos da Port. 445/98 e, portanto, desprovido de fundamentação. Mostra alguns exemplos disto na peça processual.

Pede, ao final, remessa das intimações para o endereço consignado no final da petição, pertencente ao advogado Dr. Gilberto Souza.

Acostados documentos em meio digital (fls. 69/70).

Em face da impugnação oferecida, o autuante, em suas informações (fl. 72), admite que as notas fiscais de consumidor eletrônica (NCFe) não haviam sido carregadas pelo sistema de auditoria, revisa a cobrança inicial, e a reduz para R\$ 277.378,28, juntando novos demonstrativos em CD (fl. 77).

Em face da alteração de valores e da revisão fiscal ter acusado omissão de entradas maior que omissão de saídas na infração 01, o contribuinte é intimado para firmar pronunciamento em dez dias, ocasião em que retruca a exiguidade do prazo, com óbices à sua defesa, ante a quantidade de dados e informações, além da mudança de fulcro da infração 01, inclusive no seu enquadramento legal, afetando os comandos dos arts. 145, III, e 149, ambos do CTN, de modo que solicita a reabertura de lapso temporal para nova impugnação.

A auditoria (fl. 108) responde dizendo que a infração 01 decorreu do mesmo levantamento quantitativo de estoques, dos mesmos arquivos da EFD e documentos fiscais, de sorte que não se pode aventar de outro enquadramento legal. Apenas o sistema de fiscalização não carregou as NCFEs.

Sob outra relatoria, o PAF é convertido em diligência no intuito de serem apensados aos autos em mídia física excertos de todos os levantamentos fiscais, inclusive do cálculo dos preços médios, após o que o autuante deverá produzir informação fiscal abordando todos os pontos defensivos, o autuado deverá apresentar nova contestação, no prazo de 60 dias, com réplica fiscal e réplica empresarial em seguida.

Providências formais adotadas pela fiscalização (fls. 120/134).

Intimação encaminhada para o endereço do estabelecimento autuado (fls. 135/135-A), o que suscitou protesto do seu representante legal, que mantém seu pedido de envio das comunicações processuais para o seu endereço profissional (fls. 138/139).

Na réplica fiscal (fl. 146), o preposto estatal indica os valores que passaram a ser supostamente devidos para as três infrações.

Agora sob esta relatoria, o PAF novamente vai a diligência a fim de serem completadas as medidas solicitadas pelo relator anterior, quais sejam, oferecimento de nova defesa e apresentação de novo informativo fiscal.

Intimado da complementação dos atos processuais (fls. 152/153), o contribuinte (fls. 157/161) denuncia que não foram disponibilizados os levantamentos sintéticos e analíticos da revisão fiscal.

Há razões reiterativas da fiscalização (fl. 166).

Ao constatar que havia nos autos dois CDs com o mesmo conteúdo do trabalho de revisão fiscal, a 5^a JJF exarou o seguinte despacho:

**DESPACHO COLEGIADO.
ENTREGA DE ELEMENTOS DE PROVA**

RESUMO DOS FATOS FUNDAMENTADORES.

Num montante de R\$ 4.545.516,99, mais consectários, cobra-se neste PAF falta de recolhimento de ICMS em face de diferenças de estoque apuradas em levantamento quantitativo fechado, resultando nas clássicas três infrações de imposto devido na condição de contribuinte, responsável por solidariedade e responsável por antecipação.

Em face da impugnação oferecida, o autuante, nas informações fiscais, revisa a cobrança inicial e a reduz para R\$ 277.378,28.

Em decorrência disto, foi apensada mídia digital com novos demonstrativos, em dois (02) CDs de **igual conteúdo** – fls. 77 e 82.

Por algumas vezes, o órgão de preparo da unidade fazendária de origem não observou com total exatidão as solicitações de diligência desta Junta, sob a antiga e a atual relatoria: ora não se abria o prazo correto, ora não disponibilizava as planilhas fiscais revisadas. Daí a autuada por diversas vezes alegar – com acerto – a nulidade das intimações.

Compulsando os autos, esta relatoria verificou que constam duplicatas em meio magnético dos novos demonstrativos elaborados pelo fisco, apresentados no informativo do autuante

Em homenagem à celeridade, à ampla defesa, à economia processual e à oficialidade, entendeu o Colegiado que um retorno do PAF em nova diligência seria contraproducente para o desenvolvimento regular do processo. Bastava a presença do i. representante legal do contribuinte em sessão de julgamento para a pendência ser resolvida.

Note-se que os fatos geradores são de 2017, o lançamento foi formalizado em 2020 e até agora o processo não tramitou satisfatoriamente.

DO CUMPRIMENTO DO DESPACHO.

Isto posto, tem o presente despacho a seguinte missão confiada à Secretaria da 5^a JJF:

1. Consoante aprovado pelo Colegiado, **adotar providências complementares de preparo e instrução**, tendo em vista os novos demonstrativos elaborados pelo fisco, já presentes no PAF, apensados quando do oferecimento das informações fiscais.
2. Conforme acordado com a i. advogada da empresa, Dra. Catherine Velasco Liberal, OAB/RJ 224.675, presente na sessão de 19.10.2023 (gravação disponibilizada pelos controles deste Conselho, a qual garante autenticidade a oralidade característica do processo administrativo tributário), no sentido de comparecer à

Secretaria da 5ª JJF deste Consegf até 24/10/2023, **sob pena de preclusão**, e receber o CD envelopado à fl. 82, **firmando recibo neste nos autos, com aposição da data respectiva, além de cópia deste despacho.**

3. Deve a v. Secretaria da 5ª JJF, após entrega da mídia mencionada, registrar a seguinte observação no rosto do envelope de fl. 82: “CD entregue ao autuado, conforme decisão do Colegiado, despacho anexo, e recibo nos autos. Referido CD é cópia fiel do CD de fl. 77”.
4. Abrir o prazo de sessenta (60) dias para a autuada se manifestar sobre os novos demonstrativos, **contados da data** apostila no recibo referido no item 2, retro, cuja petição deverá ser protocolada neste Conselho, dirigida para esta relatoria.
5. Após a expiração do prazo referido no item 4, retro, fazer a reinclusão em pauta do processo para prossecução do julgamento, após análise complementar desta relatoria, **inclusive a respeito de haver a necessidade de novo pronunciamento fiscal**.

Providências tomadas pela Secretaria da Junta.

Protocolada sob o nº SIPRO 164236/2023-0, a defendant, a título de aditamento à impugnação, invoca, nos termos dos arts. 145 e 149, parágrafo único, do CTN, a decadência do crédito tributário exigido na infração 01, haja vista a revisão do lançamento, modificando inclusive a sua essência.

A respeito das infrações 02 e 03, assevera que, a despeito de sua significativa redução, tais irregularidades permaneceram englobando itens que não se sujeitam à tributação antecipada, conforme tabelas que encartou.

Ainda debaixo do argumento de que inocorreram aquisições de produtos sem nota fiscal, reitera o que já tinha contestado e acrescenta particularmente alguns casos em que não houve omissão tributável, quais sejam, para os produtos “pisca 100L” (cód. 2139136), “porta retrato estamp vidro” (cód 2150640) não foram computadas as sobras e “cofre porquinho” (cód. 2166403), este último porque não foram considerados 24 recebimentos pela NF 5857739.

Sob o SIPRO nº 012987/2024-4, a defendant junta CD no qual são apresentados os números considerados corretos para a infração 02 e 03.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência e/ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Primeiro, uma questão procedural processual: a solicitação das intimações rumarem para o endereço do escritório profissional dos advogados constituídos nos autos.

Improcede o pleito. Os comunicados processuais devem ser encaminhados para o domicílio tributário eletrônico (DTe) do estabelecimento autuado, nos termos dos arts. 108 e 109 do RPAF-BA.

Como preliminar, o autuado pede a nulidade da autuação porque não dispôs dos cálculos e da metodologia utilizadas nos levantamentos de estoques. **Pedido superado.** Após diligências e acesso a mídias digitais, a impugnante acabou acessando os cálculos da auditoria, na sua inteireza, tanto na exigência inicial como na cobrança revisada, inclusive apresentando defesa pormenorizada neste sentido.

Dito isso, é de se garantir que o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, nomeadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, e a previsão normativa da multa proposta, além da assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamento de Créditos Tributários.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais na iniciativa da parte ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios - constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indefere-se o pedido de diligência acenado na peça impugnatória, até porque já bastam nos autos os elementos probatórios até então colacionados, inclusive em função das diligências ministradas no PAF.

Em particular para a infração 01, a impugnante persegue a aplicação da decadência, porquanto a revisão fiscal, efetivada cinco anos depois de dezembro de 2017, acabou constatando uma omissão de entradas superior à omissão de saídas, de modo diferente ao que ocorreu inicialmente.

O contribuinte tomou ciência da autuação em 24.6.2020.

Vale dizer que na auditoria de estoques o fisco identificou tanto omissões de entradas como omissões de saídas. Como, num primeiro momento, estas foram superiores àquelas, o valor omitido recaiu sobre as saídas. Acontece que o sistema fazendário de levantamento quantitativo por não reconhecer determinados caracteres, conforme explicado à fl. 166, não carregou as notas fiscais de venda a consumidor eletrônicas (NFCes). Ao *rodar* novamente os dados no sistema, as omissões de entradas passaram a ser maiores do que a omissão de saídas, com a constatação de novos valores.

Portanto, a técnica de apuração dos estoques foi a mesma, o exercício foi o mesmo, os documentos fiscais foram os mesmos, a escrita fiscal foi a mesma. Não há razão para se falar em mudança de fulcro na autuação. Apenas o resultado quantitativo que antes apontava para a omissão de saídas, antes maior do que a omissão de entradas, passou a ser o da omissão de entradas, agora maior do que a omissão de saídas. Tão-somente isso. O exercício regular da defesa foi garantido no processo. O que se viu foi, após verificação dos estoques, existirem omissões que delatam falta de emissão de documentos fiscais, circunstância não elidida no PAF.
Decadência afastada.

No mérito, acerca da infração 01, não houve contestação específica depois da revisão fiscal. Então, a pretensão estatal deixou de ser resistida, suplantada a alegação de decadência, com assunção da procedência parcial da exigência.

Irregularidade procedente em parte, na cifra histórica de R\$ 226.708, 81, mais consectários.

Acerca das infrações 02 e 03, a conclusão última da empresa é a de que as bases de cálculos de ambas as irregularidades são as mesmas. Não é bem assim. O que se cobra na infração 02 é o ICMS por solidariedade, posto que mercadorias submetidas à substituição tributária não tiveram emissão de documentos fiscais. A infração 03 é diferente. A exigência recai sobre mercadorias sujeitas à antecipação tributária, ICMS calculado sobre o valor acrescido (MVA ou pauta, a depender da mercadoria), deduzidos os créditos fiscais. São situações distintas, porém relacionadas aos mesmos produtos. Daí os montantes revisados apontarem quantias de imposto diferentes para uma e outra irregularidade.

Os produtos “pisca 100L” (cód. 2139136), “porta retrato estamp vidro” (cód 2150640) e “cofre porquinho” (cód. 2166403) não se encontram mais nos levantamentos fiscais reexaminados.

A revisão fiscal reduziu a infração 02 de R\$ 687.463,27 para R\$ 36.567,95 e a infração 03 de R\$ 260.088,31 para R\$ 14.101,52, e desta maneira devem ser consideradas.

Irregularidades 02 e 03 procedentes em parte.

Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, no total histórico de R\$ 277.378,28, abaixo separado por infração, mais consectários:

Lançado	Procedente
Inf. 01 3.597.965,41	226.708,81
Inf. 02 687.463,27	36.567,95
Inf. 03 260.088,31	14.101,52
Total	277.378,28

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298636.0002/20-5, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 277.378,28**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 263.276,76 e de 60% sobre R\$ 14.101,52, previstas no art. 42, incisos III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR