



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO N°038/2021

4ª (QUARTA) SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2021.

PROCESSO N° 1/866/2017. AUTO DE INFRAÇÃO N.º 1/201626418-1

RECORRENTE: LOJAS AMERICANAS S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE RECEITAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

1. Levantamento de estoque baseado nos dados do laboratório fiscal, levando-se em consideração os valores de entradas, saídas, Inventário inicial e final, tabela de produtos e totalizador, constatando-se a aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária, desacompanhadas de notas fiscais, referentes ao ano de 2011.
2. Auto de infração lavrado por violação aos arts. 127, 169, 174, 176-A e 177 do Decreto 24.569/97, com aplicação da penalidade aplicada com base no art. 123, III, "b", da Lei 12.670/96, indicando o percentual de em 30% sobre o valor das operações omitidas.
3. Julgamento de primeira instância com rejeição das questões preliminares e procedência da ação fiscal.
4. Preliminar de ilegitimidade passiva dos sócios rejeitada por falta de interesse processual, uma vez que os sócios não foram autuados como corresponsáveis.
5. Preliminar de decadência rejeitada, uma vez que, não tendo as operações destacadas pela fiscalização sido objeto das declarações do contribuinte (autolançamento), não há que se falar na respectiva homologação tácita prevista no art. 150, §4º, do CTN, tratando-se de lançamento de ofício com prazo decadencial regulado pelo art. 149, incisos II, e IV c/c art. 173, I, do CTN.
6. Prejudicada a análise do caráter confiscatório da penalidade aplicada, eis que vedada tal análise na seara administrativa, conforme art. 48, §2ª, da Lei 15.614/2014.
7. Constada a omissão de saídas com base nas informações fiscais prestadas pelo contribuinte, nega-se provimento ao recurso ordinário, mantendo-se o julgamento de PROCEDÊNCIA da ação fiscal consignado em primeira instância, nos termos do parecer da assessoria processual tributária acolhido pela Procuradoria do Estado do Ceará.

PALVRAS CHAVES: ICMS – OMISSÃO DE SAÍDA – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – AFASTAMENTO DA DECADÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA

RELATÓRIO:

Trata-se de ação fiscal em que o contribuinte foi autuado sob o seguinte relato:

“FALTA DE EMISSAO DE DOCUMENTO FISCAL, EM OPERAÇÃO ACCBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1ª, NFE NFVC SERIE “D” OU CUPOM FISCAL. APÓS FISCALIZAÇÃO CONSTATEI QUE A AUTUADA OMITIU SAIDAS NO EXERCÍCIO DE 2011 NO MONTANTE DE R\$ 1.247.430,64 DE MERCADORIAS TRIBUTAÇÃO NORMAL, CONFORME DEMONSTRADO NA INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR EM ANEXO AO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO..”

Verificada omissão de saída alusiva ao ano de 2011, apurada por levantamento de estoque, apontou-se violação aos arts. 127, 169, 174, 176-A e 177 do Decreto 24.569/97, com aplicação da penalidade aplicada com base no art. 123, III, “b”, da Lei 12.670/96, indicando o percentual de em 30% sobre o valor das operações omitidas, alcançando o valor de R\$ 374.229,19 (trezentos e setenta e quatro mil, duzentos e vinte e nove reais e dezenove centavos), bem como o ICMS no percentual de 17%.

Para apurar a omissão de saídas, a fiscalização promoveu o Levantamento de Estoque baseado nos dados do laboratório fiscal, levando-se em consideração os valores de Entradas, Saídas, Inventário inicial e final, tabela de produtos e totalizador, constatando-se a aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária, desacompanhadas de notas fiscais.

Na impugnação apresentada, o contribuinte apresenta as seguintes questões preliminares:

1. Exclusão dos sócios do pólo passivo da autuação, tenda em visto a ausência das hipóteses do art. 135 do CTN, postulando a aplicação do entendimento sumulado pelo STJ no enunciado 430.
2. Decadência com relação às competências de janeiro a novembro de 2011, tendo em vista a ciência do auto de infração em 8/12/2016 e a aplicação ao caso da regra do art. 150, §4º, do CTN.

No mérito, defende o contribuinte a ausência de recebimento de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, justificando os achados da fiscalização na não observância a peculiaridades de sua atividade econômica e não observância à verdade material.

Aponta os seguintes fatores como justificativa de defesa:

1. Problemas operacionais em razão do grande número de mercadorias em operação de varejo de grande porte, que eventualmente impactam na contabilização do estoque;
2. Erro de códigos de produtos, dada a semelhança dos mesmos.
3. Erros de cronologia do sistema informatizado, nas hipóteses de transferências de mercadorias entre lojas.

Informa que essas distorções, advindas dos problemas operacionais do dia a dia, são prontamente corrigidas em auditoria pelos profissionais de contabilidade, inclusive com contagem física dos estoques, gerando registros contábeis de acerto no SAP, em especial sob o registro de Sobra de Mercadorias (movimento 701) e Perda de Mercadorias (Movimento 702).

Esclarece que esses movimentos fazem contrapartida a duas contas contábeis apropriadas, a de estoque (11310010) e a de perdas (11310120).

Dessa forma, atribui os achados da fiscalização a hipóteses de perda de mercadoria, devoluções e reclassificação quanto aos códigos.

Defende ainda que a legislação tributária não obriga a emissão de notas fiscais para fins de registro de bens perdidos, invocando o disposto no art. 176 do RICMS:

Art. 176. Fora dos casos previstos nas legislações do IPI e do ICMS, é vedada a emissão de nota fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias.

Fundamenta, por fim, o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 30% do valor da operação, trazendo precedentes do Supremo Tribunal Federal reconhecendo tal ilegalidade em casos semelhantes, porém em julgados sem caráter vinculante.

Em julgamento de primeira instância, a Cédula de Julgamento, acerca da preliminar de ilegitimidade passiva dos sócios, esclareceu que os mesmos não estariam sendo apontados como co-devedores da obrigação tributária, constando seus nomes apenas em caráter informativo.

Quanto à decadência, afirmou ser inaplicável a regra do art. 150, §4º, do CTN, uma vez tratar-se de operações omitidas nas declarações fiscais e, portanto, sujeitas a lançamento de ofício, na forma do art. 173, I, c/c 149, VI, do CTN.

No mérito, negou-se procedência aos fundamentos do contribuinte, sob o argumento de que *“as intervenções corretivas realizadas pela empresa através de ajustes contábeis ou controle interno não têm natureza de dever tributário e não seguem a forma prescrita do RICMS”*. Seriam, segundo o julgador singular, indiferentes à luz da legislação tributária.

Finaliza registrando que a autuação deu-se com base em informações fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, destacando não ser razoável que os ajustes contábeis não terem sido realizados após quase cinco anos dos fatos.

Rejeitou-se, por fim, o fundamento de caráter confiscatório da multa aplicada, uma vez que, não tendo sido declarada inconstitucional, tem sua aplicação vinculada à legislação vigente, não sendo possível tal discussão em âmbito administrativo, conforme vedado pelo art. 48, §2º, da Lei 15.614/2014.

Dessa decisão, o contribuinte apresentou recurso, pelo qual repetiu os fundamentos suscitados em defesa. Quanto à ilegitimidade passiva dos sócios, destacou que, apesar da decisão de primeira instância negar sua imputação

como responsáveis, estão incluídos no auto de infração como corresponsáveis, sendo necessária deliberação explícita acerca de sua exclusão.

Submetido os autos a parecer da assessoria processual tributária, esta opinou pela manutenção da decisão de primeira instância, com a PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

Processo distribuído à 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, estando apto a escorreito julgamento.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Inicialmente, conhece-se do recurso, tendo em vista presente os pressupostos processuais pertinentes.

Apreciam-se, inicialmente, as questões preliminares suscitadas pela parte recorrente, para, seguidamente, proceder-se com apreciação de mérito.

1. Ilegitimidade passiva dos sócios (pessoa física)

Preliminarmente, suscita a recorrente a ilegitimidade passiva dos sócios, pessoa física, para responderem solidariamente ao auto de infração, uma vez que estariam ausentes os pressupostos do art. 135 do CTN, postulando a aplicação do entendimento sumulado pelo STJ no enunciado 430.

Destacou-se que, apesar da decisão de primeira instância negar a imputação dos sócios como responsáveis, afirmando tratar-se de mera explicitação de seus dados cadastrais, estes estariam incluídos no auto de infração sob a rubrica de corresponsáveis, sendo necessária deliberação explícita acerca de sua exclusão.

Quanto a este capítulo do recurso, verifica-se que, às fls. 3 do auto de infração, de fato constam os nomes e dados dos sócios da empresa autuada.

Entretanto, conforme já decidido em primeira instância, trata-se apenas “*das informações que acompanham o auto de infração, mas em nada altera a sujeição passiva da relação tributária instaurada*”, explicitando que **“Esta permanece na pessoa jurídica da sociedade empresária e não de quaisquer daqueles”**.

Acrescenta-se, ademais, que para atribuir corresponsabilidade aos sócios da empresa autuada seria necessária a intimação de cada um deles quanto aos termos do auto de infração, viabilizando-lhes o pleno exercício do direito de defesa. Verifica-se, dos autos, entretanto, que apenas a empresa foi autuada.

Assim, não tendo a nomeação de caráter informativo o condão de atribuir a responsabilidade tributária aos sócios, tem-se que carece a Recorrente de interesse processual recursal, pelo que tal preliminar há de ser, por esse motivo, rejeitada.

2. Decadência

Neste auto de infração, autua-se o contribuinte por ter vendido mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, configurando, portanto, omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Como preliminar de mérito, suscita a parte decadência parcial do auto de infração, postulando pela exclusão de sua base de cálculo as competências de jan/2011 a nov/2011, tendo em vista a ciência do auto de infração em 8/12/2016.

Argumenta que, tratando-se o ICMS tributo sujeito a lançamento por homologação, aplicar-se-ia ao caso a regra do art. 150, §4º, do CTN, segundo o qual o prazo decadencial contar-se-ia do fato gerador.

O caso concreto, entretanto, revela-se lançamento de ofício, pelo qual fora constada a existência de operações de ICMS omitidas pelo contribuinte em suas declarações fiscais.

Logo, não tendo as operações destacadas pela fiscalização sido objeto das declarações do contribuinte (autolançamento), não há que se falar na respectiva homologação tácita prevista no art. 150, §4º, do CTN.

Atrai-se, por outro lado, a aplicação do art. 149, incisos II, e IV c/c art. 173, I, do CTN, que dispõem:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

[...]

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

[...]

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Assim, pela sistemática de contagem de prazo prescrita no art. 173, I, do CTN, tem-se que o prazo decadencial de 5 anos referente a lançamentos de ofício a fatos geradores ocorridos em 2011 inicia-se em 01/01/2012, esgotando-se, por conseguinte, em 31/12/2016.

Logo, tendo o contribuinte sido intimado do auto de infração em 8/12/2016, tem-se que a preliminar de decadência há de ser rejeitada.

3. Mérito

Na hipótese dos autos, a autoridade fiscal promoveu fiscalização ampla, conforme análise do movimento real tributável que promovesse análise quantitativa de seus estoques.

Para apurar a omissão de saídas, a fiscalização promoveu o Levantamento de Estoque baseado nos dados do laboratório fiscal, levando-se em consideração os valores de entradas, saídas, Inventário inicial e final, tabela de produtos e totalizador, constatando-se a saída de mercadorias sujeitas a substituição normal, desacompanhadas de notas fiscais.

Verificada omissão de saída alusiva ao ano de 2011, apurada por levantamento de estoque, apontou-se violação aos arts. 127, 169, 174, 176-A e 177 do Decreto 24.569/97, com aplicação da penalidade aplicada com base no art. 123, III, "b", da Lei 12.670/96, indicando o percentual de em 30% sobre o valor das operações omitidas, alcançando o valor de R\$ 374.229,19 (trezentos e setenta e quatro mil, duzentos e vinte e nove reais e dezenove centavos), bem como o ICMS no percentual de 17%.

Em sua defesa, o contribuinte nega a materialidade da infração, argumentando (i) problemas operacionais que impactam na contabilização, (ii) erros na indicação de código de produto e (iii) erros de cronologia do sistema informatizado, nas hipóteses de transferências de mercadorias entre lojas.

Conquanto tenha informado que as distorções teriam sido corrigidas pela contabilidade em momento posterior, não trouxe aos autos documentação que infirmasse as informações que o próprio contribuinte prestou em suas declarações fiscais.

Aliás, a atuação deu-se com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, que não se desincumbiu do ônus processual de provar, no curso do processo administrativo, que tais informações estariam distorcidas, tampouco em que amplitude seria esta distorção.

Outrossim, conquanto lhe seja facultado o amplo exercício do direito de defesa, sequer apresentou documentação que comprovasse as impugnações feitas em recurso, tampouco formulou a produção de prova por meio de perícia, na forma permitida nos arts. 92 e 93 da Lei 15.614/2014.

Dessa forma, há de prevalecerem as informações prestadas pelo próprio contribuinte em suas declarações fiscais, de modo que as conclusões da fiscalização por ela lastreada não merecem retificação.

Destaca-se, por fim, não poder ser apreciado ou acolhido o fundamento contido no recurso de que a penalidade aplicada teria caráter confiscatório, uma vez que não é possível, na via administrativo, promover controle de constitucionalidade, nos termos do art. 48, §2ª, da Lei 15.614/2014.

Pelo exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso ordinário para negar-lhe provimento, mantendo-se o julgamento de PROCEDÊNCIA da ação fiscal proferido em primeira instância, nos termos do parecer da assessoria processual acolhido pela Douta Procuradoria do Estado.

É o voto.

DECISÃO:

Processo de Recurso nº: 1/866/2017 A. I: 1/2016. 26418. Recorrente: LOJAS AMERICANAS S/A; Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Conselheiro Relator: FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL. Decisão: A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto resolve, preliminarmente em relação as preliminares suscitadas pela recorrente: 1) Exclusão dos sócios do pólo passivo, nos termos do art. 135 do CTN; 2) Multa, com efeito, confiscatório. Preliminares afastadas por unanimidade de votos. 3) Decadência referente ao período de janeiro a novembro de 2011, com esteio no art. 150, §4º do CTN. Preliminar afastada por maioria de votos com fundamento no art.173, inciso I, do CTN. Os Conselheiros Carlos César Quadros Pierre e Pedro Jorge Medeiros, votaram favoráveis à aplicação do art. 150 §4º do CTN. No mérito, resolve por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário, para confirmar a decisão proferida no julgamento singular para julgar PROCEDENTE a acusação fiscal, nos termos do voto do conselheiro relator, com os fundamentos contidos no julgamento de

1ª Instância e Parecer da Assessoria Processual Tributária referendado em manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de fevereiro de 2021.

MANOEL MARCELO AUGUSTO
MARQUES NETO:22171703334

Assinado de forma digital por MANOEL
MARCELO AUGUSTO MARQUES
NETO:22171703334
Dados: 2021.03.24 19:55:35 -03'00'

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

PRESIDENTE

FELIPE SILVEIRA
GURGEL DO AMARAL

Assinado de forma digital por FELIPE SILVEIRA
GURGEL DO AMARAL
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=A, i=Identificado por AR
SesCap Ceasa, ou=Assinatura Tipo A1, ou=-sem
branco, cn=FELIPE SILVEIRA GURGEL DO AMARAL
Dados: 2021.03.11 11:17:36 -03'00'

MATTEUS VIANA
NETO:15409643372

Assinado de forma digital por MATTEUS
VIANA NETO:15409643372
Dados: 2021.03.29 21:59:51 -03'00'

Felipe Silveira Gurgel do Amaral
Conselheiro – Relator

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado