



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 021/2022

78ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL DE 06.12.2021

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4156/2018

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201808508

RECORRENTE: LOJAS AMERICANAS S/A

CGF: 06.302201-0

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONS. MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL

ICMS – OMISSÃO DE SAÍDAS detectada por meio de levantamento de estoques. Julgamento Singular pela procedência do feito fiscal. Ausência de análise da alegação de que parte das mercadorias elencadas no Auto de Infração seria destinada ao uso ou consumo da Recorrente. Tópico fundamental para o deslinde do julgamento. Recurso Ordinário conhecido e provido. Nulidade do Julgamento Monocrático. Retorno dos autos à Instância Singular. Decisão por maioria de votos, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas contrária à manifestação oral em sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

ICMS. Omissão Saídas. Levantamento Estoque. Ausência Apreciação Tema Relevante. Nulidade Julgamento Singular. Retorno Primeira Instância.

RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração sobre deixar de emitir documento fiscal para acobertar operações de saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária – omissão de saídas, em 2014.

A Autoridade Fiscal autuante aponta como infringidos os arts. 127 e 176-A do Decreto nº 24.569/97 - RICMS e sugere como penalidade a prevista no art. 123, III, "b", item 2, da Lei nº 12.670/96 - LICMS, alterado pela Lei nº 16.258/2017.

Informa, ainda, que:

- No curso da ação fiscal verificamos através de análise e levantamento fiscal com base documentação fiscal e relatórios de pré-auditoria disponibilizados pela Célula de

Laboratório Fiscal-Celab e sistema SOLARE da Sefaz/CE, constando os registros da EFD e NFe's do exercício de 2014, foi constatado através de levantamento quantitativo de estoques uma Omissão de Saídas de mercadorias sob o regime de tributação de substituição tributária, no montante de R\$ 1.776.553,13 durante o ano de 2014, conforme comprovação dos relatórios do levantamento de estoques em mídia "Cd-Rom" anexa e totalizador impresso que resultou na presente infração.

- Após amplo direito a crítica concedido ao contribuinte, conforme cópias de e-mails anexas (fls. 11/15), resultou em aplicação de MULTA no valor de R\$ 532.965,94.

Instrui o presente processo, dentre outros documentos, com Termo de Início (fls. 05), Termo de Conclusão (fls. 07).

Tempestivamente a Autuada apresentou defesa, a qual repousa às fls. 21 a 41 dos autos, alegando:

- Necessidade de exclusão dos diretores do polo passivo
- Divergências apontadas decorrem de intercorrências comuns tais como erro de código nas vendas por semelhança de produtos, problemas de cronologia do sistema informatizado, sanados pela empresa nas contas contábeis de estoque (11310010) e de perdas (11310120).
- Legislação cearense não prevê a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal para registrar baixa dos bens perdidos.
- Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem reconhecendo os ajustes realizados pela Impugnante.
- A acusação incluiu mercadorias destinadas ao uso e consumo da empresa.
- Aplicação da penalidade prevista no parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96 com a redação trazida pela Lei nº 13.418/2003.

Pede seja:

- Julgado improcedente o feito fiscal ou
- Reduzida a multa aplicada
- Realizada perícia.

Acosta CD (fls.59) com exemplos de lançamentos com movimento 702.

No Julgamento Singular, o Julgador de 1ª Instância, às fls. 63 a 67v, proferiu decisão de procedência do feito fiscal, apresentando a seguinte ementa:

ICMS - DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL EM OPERAÇÃO TRIBUTADA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, OU AMPARADA POR NÃO INCIDÊNCIA, OU ISENÇÃO INCONDICIONADA. Mediante levantamento quantitativo de estoques, verificou-se que o contribuinte deixou de emitir documentos fiscais de saída (omissão de saída) de mercadorias tributadas por substituição tributária com imposto recolhido anteriormente, no ano de 2015. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PROCEDENTE. Os trabalhos de Levantamento Quantitativo de Estoques, fora realizado com base no SPED FISCAL do contribuinte e arquivos xlm das notas fiscais eletrônicas fornecidas pela Célula de Laboratório Fiscal da SEFAZ/CE em conformidade com o art. 276-A e 276-G e 127 do RICMS/CE. Com relação as alegadas perdas de estoques devem ser lançadas na Escrituração Fiscal Digital (EFD). Não cabe ao fisco prevê perdas e assim fazer ajustes no Levantamento Quantitativo de Estoques. No tocante a multa aplicada, temos a dizer que não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação da norma sob o fundamento da inconstitucionalidade, conforme dispõe o artigo 48, §2º da Lei nº.

15.614/14. Não detectamos duplicidade de lançamento no levantamento fiscal que estão consistentes com os dados fiscais informados pela atuada no seu SPED FISCAL. Não há elementos que justifiquem a realização de perícia, inviabilizando o pedido de perícia nos termos do artigo 93, §1º, inciso II e art. 97 Lei nº. 15.614/14. Caracterizada a infração fiscal, com fulcro nos Art. 127 do Decreto nº. 24.569/97 e penalidade inserta no art. 123, inciso III, alínea "B", item 2, da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 16.258/17. DEFESA TEMPESTIVA.

Em suas razões, informa que:

- O fato é que o Levantamento Quantitativo de Estoques foi realizado com base em sua Escrituração Fiscal Digital dos anos 2015 não havendo necessidade de verificar a contabilidade da empresa. Afinal de contas, a EFD deve refletir a totalidade das operações e prestações da empresa. Não pode haver uma EFD com escrita fiscal diferente da contabilidade.
- As perdas de estoques devem ser lançadas na Escrituração Fiscal Digital (EFD). Não cabe ao fisco prevê perdas e assim fazer ajustes no Levantamento Quantitativo de Estoques. Essa informação das perdas é unicamente obrigação da empresa através de seus controles internos e claro, informar ao Fisco e registrar na sua EFD.
- A recorrente alega também preliminar de nulidade por ilegitimidade do sujeito passivo alegando "impossibilidade de inclusão dos administradores ou diretores no polo passivo do auto de infração" e neste tocante, temos o entendimento que esta questão não tem fundamento legal, considerando que o sujeito passivo do presente processo é a empresa LOJAS AMERICANAS S.A. CGF Nº 06302201-0 não sendo os DIRETORES sujeitos na presente relação tributária.
- No que se refere à alegação da desproporcionalidade da multa aplicada", temos a dizer que não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento da inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que já tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, é o que diz o artigo 48, §2º, da Lei nº. 15.614/14, que trata do Processo Administrativo Tributário.
- Importante registrar que em nossa avaliação, não há elementos que justifiquem a realização de perícia, inviabilizando um pedido de perícia nos termos do artigo 93, §1º, inciso II e art. 97 da Lei nº. 15.614/14.

Inconformada com a Decisão Singular, a Recorrente interpõe tempestivamente Recurso Ordinário (fls. 73/79), onde aduz:

- Nulidade do Julgamento Singular

Ao apreciar o caso, a Ilma. Julgadora de 1ª instância deixou de se manifestar sobre parte dos argumentos de defesa trazidos em sede de Impugnação. Confirma-se abaixo a omissão identificada na r. decisão recorrida: "Da Inocorrência de venda de mercadoria sem documentação fiscal - mercadorias destinadas ao uso e consumo da Impugnante" - Tópico IV.d da Impugnação

- Legislação cearense não prevê a obrigatoriedade de emissão de nota fiscal para registrar baixa dos bens perdidos.

Importante salientar que, em análise à Instrução Normativa nº 39/2011, que uniformiza os procedimentos a serem adotados quando da ocorrência de sinistros com mercadorias, é possível concluir que não há qualquer obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para registro da baixa de itens furtados (uma das perdas vivenciadas pela Recorrente).

O que pode se concluir da Seção II (Sinistro de Mercadorias ou Bens com geração de Crédito Tributário), do referido texto legal, é que o contribuinte deve comunicar a ocorrência do fato à Administração Fazendária, apresentando documentos específicos, como, por exemplo, cópia do boletim de ocorrência da Polícia Civil ou Rodoviária.

Inexiste qualquer obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para registro da baixa de itens perdidos em decorrência de sinistros (furtos).

- Deve-se considerar os relatórios gerenciais das perdas

Em que pese a falta de emissão de Nota Fiscal para registro das baixas possa resultar em divergências quantitativas, ante as disposições normativas sobre o tema, o Fisco estadual deveria considerar a movimentação no fluxo de estoque, de modo com que nenhum contribuinte fosse penalizado justamente por cumprir a Lei (obrigação negativa / de não fazer).

Ressalta-se, inclusive, que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao analisar casos idênticos ao presente, reconheceu os ajustes realizados pela Recorrente determinando o cancelamento de diversas autuações (Doc. 01 – fls. 81/87). Isto porque, após a realização de efetiva Perícia sobre o mesmo conjunto de documentos acostados aos presentes autos, é possível concluir de que os ajustes contábeis foram efetivamente realizados, não havendo que se falar em omissões de saída.

Neste cenário, os relatórios gerenciais apresentados pela Recorrente devem ser considerados e efetivamente analisados, uma vez que comprovam os ajustes de estoque realizados pela Recorrente por força de tais eventualidades (perdas, quebras e furtos), comprovando-se a inexistência de saídas de mercadorias sem a devida documentação fiscal e a consequente improcedência da autuação fiscal.

- A acusação incluiu mercadorias destinadas ao uso e consumo da empresa.

Conforme aduzido em peça impugnatória e não analisado pela Julgadora recorrida, a Recorrente detectou que a presunção fiscal assumida recaiu sobre aquisições de mercadorias destinadas ao seu uso e consumo.

Ora, se tais produtos, por sua natureza são evidentemente consumidos, por óbvio, não há que se falar em infringência a norma, pois jamais haverá a operação de saída desses materiais.

Para comprovar tal alegação, veja os seguintes casos extraídos do levantamento fiscal

- Erro de cálculo da penalidade aplicada

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, com imposição da penalidade capitulada no artigo 123, Inciso III, alínea "b", item 2, da Lei nº 12.670/96, com redação dada pela Lei nº 16.258/17.

Em que pese a indicação do referido dispositivo para fins de imposição da Multa exigida através do Auto de Infração ora combatido, a qual corresponde ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das operações, a penalidade exigida no lançamento corresponde à multa de 30%.

Pede seja:

- Declarada nulidade do Julgamento Singular;
- Julgado improcedente o feito fiscal;
- Recalculado o crédito tributário;
- Realizada perícia.

A Assessoria Processual Tributária emitiu o Parecer de nº 147/2021 (fls. 89/90v), onde manifesta-se favorável ao conhecimento do Recurso Ordinário para dar-lhe provimento no sentido de anular a decisão singular, por ausência de motivação referente à alegação de defesa referente a inclusão de material de uso e consumo no levantamento fiscal.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário onde é Recorrente LOJAS AMERICANAS S/A (CGF: 06.302201-0) e Recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, por meio do qual a Recorrente insurge-se contra decisão de procedência do feito fiscal proferida no Julgamento Singular.

A acusação versa sobre, em 2014, deixar de emitir documento fiscal para acobertar operações de saídas de mercadorias sujeitas a tributação de ICMS por substituição tributária – omissão de saídas, detectada por meio de levantamento de estoque.

A decisão no Julgamento Monocrático foi de procedência do feito fiscal.

Entretanto, a Recorrente aduz, inicialmente, que a Decisão Singular é nula em razão de ter violado o princípio da ampla defesa ao deixar de analisar o argumento apresentado pela Impugnante quanto à inclusão, no rol de omissões de saídas, mercadorias destinadas ao seu uso e consumo, ou seja, que não são destinados a sair do estabelecimento.

Me parece que realmente houve omissão de análise quanto ao tópico suscitado no item IV.d da Impugnação (fls. 38/39).

Embora a decisão recorrida reconheça, em seu relatório, a existência da alegação deste ponto pela Recorrente (fls. 64), não apresenta em sua fundamentação qualquer argumento destinado à análise, concordância ou discordância do tema.

Ao realizar detida leitura do Julgamento Singular (fls. 63/67v), percebo nessa peça processual a ausência de exame a respeito do presente tema, tendo sido analisados todos os demais pontos elencados na Impugnação.

Como esse tópico possui, em tese, a condição de alterar o cálculo do valor total das omissões de saídas de produtos sujeitos à tributação do ICMS pelo regime de substituição tributária, ou mesmo de alterar a multa aplicada e o lançamento do tributo, deveria ter sido analisado.

Dessa forma, entendo que a Decisão Singular é nula por violar o direito da Autuada a ampla defesa no que concerne à análise de ponto de sua alegação que poderia influenciar na decisão final do Julgador, devendo o processo retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Nesse passo, frente à clara nulidade da Decisão Singular, não havendo espaço para a aplicação do princípio da eventualidade, deixo de analisar as demais alegações apresentadas no Recurso Ordinário.

Isto posto, voto no sentido de que se conheça do Recurso Ordinário, para dar-lhe provimento, julgando nulo o Julgamento de Piso e determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento.

É como voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente **LOJAS AMERICANAS S/A** (CGF: 06.302201-0) e Recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.

A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve inicialmente: **1) Quanto à nulidade em razão da ausência de análise, pelo julgador singular, de todos os argumentos apresentados na defesa.** Resolvem os membros da 4ª Câmara, por maioria de votos, acatar a nulidade do julgamento singular, determinando o **RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA MONOCRÁTICA**, para novo julgamento, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas contrariamente à manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Vencido o voto da Conselheira Dalcília Bruno Soares que se manifestou contrária, entendendo não haver razão para a anulação do julgamento, por inexistir provas de que houve prejuízo à defesa do contribuinte. Presente, para apresentação de sustentação oral, o representante legal da autuada, Dr. Samir Dahi.

Presentes à 78ª (septuagésima oitava) SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL de 2021 o Presidente da 4ª Câmara de Julgamento Dr. JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA, os Conselheiros (as) IVETE MAURÍCIO DE LIMA, MICHEL ANDRÉ BEZERRA LIMA GRADVOHL, DALCÍLIA BRUNO SOARES, ROBÉRIO FONTENELE DE CARVALHO, FRANCILEITE CAVALCANTE F. REMÍGIO e THYAGO DA SILVA BEZERRA e o Procurador do Estado, Dr. RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA. Secretariando os trabalhos a Sra. ANA PAULA FIGUEIREDO PORTO.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 14 de FEVEREIRO de 2022.

MICHEL ANDRE BEZERRA LIMA
GRADVOHL:43043526368
Dados: 2022.02.15 22:22:27 -03'00'

Assinado de forma digital por
MICHEL ANDRE BEZERRA LIMA
GRADVOHL:43043526368
Dados: 2022.02.15 22:22:27 -03'00'

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
CONSELHEIRO RELATOR

FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA:31939368391
Dados: 2022.02.16 11:12:29 -03'00'

Assinado de forma digital por
FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA:31939368391
Dados: 2022.02.16 11:12:29 -03'00'

José Augusto Teixeira
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA

RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2022.02.21 13:46:26 -03'00'

Assinado de forma digital por
RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2022.02.21 13:46:26 -03'00'

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO