

PROCESSO - A. I. N° 206948.0002/15-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e KARFERRO COMERCIAL DE FERROS LTDA.
RECORRIDOS - KARFERRO COMERCIAL DE FERROS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0165-03/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/08/2021

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0102-12/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Foi considerado para determinação do crédito tributário decorrente de omissões de saída no levantamento quantitativo de estoque, o que determina a Portaria nº 01, de 02/01/2020, DOE de 03/01/2020, efeitos a partir de 03/01/2020, a qual alterou o no seu § 1º, do seu art. 3º da Portaria nº 445/98, aplicada a fatos pretéritos ainda não julgados. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. O sujeito passivo comprovou, por meio de notas e documentos, que houve erro na escrituração das notas fiscais e classificação dos produtos, em relação às medidas, o que acabou ocasionando as omissões, ajustadas com base nas provas documentais trazidas aos autos. Infração 2 procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. **c)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADA. **c.1)** RESPONSABILIDADE POR SOLIDARIEDADE. **c.2)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. O autuante reviu os lançamentos das infrações 3 e 4, e o contribuinte não apresentou impugnação específica. A recusa do autuado em comprovar fato controverso com elemento probatório de que disponha, resulta em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/1999). Infrações 3 e 4 procedentes em parte. Mantida a Decisão recorrida destes itens. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, contra a decisão exarada através do Acórdão JJF N° 0165-03/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, seguido de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, inconformado com a decisão de piso.

O presente Auto de Infração, lavrado no dia 12/05/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$ 445.265,48, decorrente da auditoria de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, quando foram constatadas pelo fisco as seguintes irregularidades à norma tributária deste Estado:

INFRAÇÃO 01 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registros de entradas em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de

estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (exercício de 2011), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, a diferença de maior valor monetário – das saídas tributáveis. R\$21.960,75, com multa de 100%.

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do ICMS, constatada tanto pela omissão de entradas como de saídas, sendo exigido o valor referente à diferença de maior expressão monetária – das entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas anteriores não contabilizadas. R\$35.818,67, com multa de 100% nos exercícios de 2012 e 2013.

INFRAÇÃO 03 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. R\$215.643,20, com multa de 100%, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

INFRAÇÃO 04 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela calculada a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. R\$171.842,86, com multa de 60%, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013.

Após duas manifestações da empresa e, igualmente, do fiscal autuante, que acatou parte das alegações defensivas (fls. 225/469), a 5ª JJF, através do Acórdão JJF N° 0079-05/16, datado de 28/02/2016 (fls. 479/489), com base no saneamento realizado pelo autuante, decidiu pela Procedência Parcial da autuação no valor de R\$110.169,96.

Por força das determinações do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, os autos foram encaminhados para julgamento em 2ª Instância e o sujeito passivo tributário apresentou Recurso Voluntário contra a decisão da 5ª JJF (fls. 500/539).

A 2ª CJF, através do Acórdão CJF N° 0023-12/17, datado de 30/01/2017, prolatou decisão pela Procedência Parcial da autuação no valor de R\$80.306,04 (fls. 549/561).

Em relação a nulidade do processo por cerceamento de defesa, arguida na peça recursal, ou que se anulasse o julgamento levado a efeito, diante da ausência de intimação do contribuinte da sessão na Junta de Julgamento, esta 2ª CJF assim se posicionou: ***Sobre o comunicado da realização da sessão de julgamento, em mesa, no dia do julgamento, o representante da empresa abdicou dessa preliminar, por entender que no mérito havia razões suficientes para garantir o sucesso de seu pleito. Desta forma, na Ata da sessão, constará a ciência da desistência de sua posição inicial quanto a este tema.***

No mérito, não foi dado provimento ao Recurso de Ofício interposto e, em Relação ao Recurso Voluntário, foram acatadas as razões recursais em relação às infrações 01 e 02, já que em relação às infrações 03 e 04 não existiu defesa de mérito.

Após prazos processuais, foi lavrado Termo de Perempção (fls. 574) e o Auto de Infração foi inscrito em Dívida Ativa (fls. 576/578).

Às fls. 578, verso dos autos, consta de que o crédito fiscal foi protestado em 07/06/2017, sendo promovida a execução fiscal dos créditos tributários junto à 4ª Vara da Fazenda Pública, em 08/08/2017 (fl. 579).

Nesta esteira dos fatos, a exigibilidade do crédito fiscal não mais restou suspensa.

Em 26/04/2017, a empresa impetrou o Mandado de Segurança nº 0525695-85.2017.8.0001 junto à 3ª Vara de Fazenda Pública (fls. 584/589) para que fosse determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, consequentemente, a expedição de Certidão Positiva com Efeitos Negativos. No mérito, que fosse declarado nulo o presente processo, ou, alternadamente, que a decisão de 1º Grau proferida por este CONSEF e atos subsequentes fossem anulados, pois não havia sido comunicado da data da sessão de julgamento de 1º Instância, havendo, no caso, cerceamento do seu direito de defesa.

A Liminar foi concedida (fls. 590/591) reconhecendo a nulidade do presente processo a partir da data da sessão de julgamento de 1º Grau e, por consequência, determinou a suspensão de exigibilidade do crédito tributário e a expedição de Certidão Positiva com Efeitos Negativos, na esfera da Administração Tributária Estadual.

Ressalta-se que o Estado da Bahia impetrou o Agravo de Instrumento nº 0022978-63.2017.8.05.0000, junto ao Tribunal de Justiça do Estado (4ª Câmara Cível) contra a decisão acima nominada, cuja decisão foi pelo seu não provimento, mantendo a decisão recorrida (fls. 664/668), tendo transitado em julgado no dia 06/06/2018, sendo procedida a sua BAIXA e enviado os autos ao SECOMGE/ARQUIVO JUDICIÁRIO em 08/06/2018 (fls. 669).

Das fls. 582/608 dos autos constam as providências tomadas pela PGE/Profis, por este CONSEF e pelo GECOB para que a exigibilidade do crédito tributário fosse suspensa, voltando aos autos para a fase/situação de *1^a Inst/PARA JULGAMENTO/Em Aberto*, conforme espelho do sistema de informática desta SEFAZ apensado ás fls. 609 e com data de 30/10/2017. Consequentemente, a certidão, porventura requerida pela empresa, será emitida Positiva com Efeito Negativo até o desfecho da presente lide se não inscrito, novamente, o processo em Dívida Ativa.

Em 03/10/2018, a 3ª JJF (Acórdão JJF Nº 0165-03/18) com base em todas as peças processuais que constituíram o presente processo até a data de julgamento de Primo Grau em 28/02/2016, prolatou a seguinte decisão de mérito após não acatar as questões de nulidades abordadas pelo impugnante em sua impugnação inicial e negar a realização de diligência já que o fiscal autuante havia corrigido os erros demonstrados na peça de defesa.

No mérito, assim decidiu:

“No mérito, o sujeito passivo alega que as omissões encontradas nas quatro infrações, resultam de inconsistências na escrituração fiscal, decorrentes, por exemplo, de conversões de unidades de peso, próprias da sua atividade.

Informa que compra em unidade de medida de peso e comercializa por unidade padrão: peça, placa etc. Desta forma, faz a conversão do produto recebido em kg para unidade padrão por estimativa de cada peso, podendo ainda haver variação, para mais ou para menos, em relação ao produto adquirido do fabricante e o que fica de estoque, que será comercializado.

Exemplifica situações nas quais garante que não houve as omissões apontadas, das quais passo a tratar.

Em relação à infração 1, no que diz respeito ao produto de código nº 3132, o problema é direcionado para a nota fiscal nº 37.020. Consta que o autuado adquiriu 1.979 kg do produto “tubo ind. 6591 50x50x1,55”, todavia, ao escriturar em seu inventário a quantidade adquirida, registrou 1.979 unidades, não convertendo para kg.

DADOS DOS PRODUTOS/SERVIÇOS													
CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇO	NCM/SH	QNST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ. ICMS	ALIQ. IPI
00000000000017340	TUBO IND. 6591.50 X 50 X 1,55 X 6M BZ	73066100	000	5102	KG	1.979,0000	3.2100	6.352,59	6.352,59	1.079,94	317,63	17,00	5,00

Ao analisar o Levantamento Quantitativo das Entradas (LQE) elaborado pelo Fisco, abaixo reproduzido, fica comprovado que houve a falha de escrituração cometida pelo autuado, pois nas outras notas de entrada do mesmo item, percebe-se que o custo unitário que em média era de R\$50,00, passou a ser de R\$6,28 em maio/11, em razão da classificação errada, de 1.979 unidades, sendo que na NF (conforme imagem ilustrativa acima), essa quantidade era em kg.

Análise das Entradas de Produtos - Ano 2011						
000000000003132						
<i>maio 2011</i>						
21/05/2011	37020	1	1102	UN	1.979,00	6.352,55
31/05/2011	29696	1	2102	UN	160,000	7.075,50
Soma					2.139,000	13.420,05
Custo Médio						6,28
<i>novembro 2011</i>						
23/11/2011	8352	2	1202	UN	12,000	96,00
Soma					12,000	96,00
Custo Médio						96,00
<i>dezembro 2011</i>						
21/12/2011	46826	1	1102	UN	72,000	3.257,10
Soma					72,000	3.267,10
Custo Médio						45,24
Total Anual das Entradas de Produtos (Qtd.)					2.223.000	

Na conversão, pelo cálculo revelado pelo autuado, esses mesmos 1.979 kg tornavam-se 144 unidades de “metalon galv. 50x50x1,55”, pois o peso médio da unidade era de R\$14,5 kg, com variação de 10% - 2.4166667 kg/m.

Se, ao invés de registrar 1.979 unidades, fossem consideradas apenas as 144 unidades resultantes da conversão, não haveria a omissão de saídas de 1.835. Teriam sido demonstradas entradas de apenas 388, que, somadas às 68 de estoque inicial e subtraídas as saídas de 177, resultariam na quantidade inventariada ao final do período, de 279 unidades, não existindo, portanto, a omissão de saídas atinente ao referido produto cobrada nesta infração.

Código	Descrição do Produto	Und	Estoque Inicial (a)	Entradas (b)	Estoque Final (c)	Saídas Reais (d)=(a)+(b)-(c)	Saídas Registradas (e)	Omissão de Entradas OE=(e)-(d)	Omissão de Saídas OS=(d)-(e)	Preço Médio (PM)	Omissão de Entradas = OE x PM	Omissão de Saídas = OS x PM
000000000001563	SOLDA LATAO 3/32=2,38MM k	KG	20,000	0,000	9,060	10,940	10,720	0,000	0,220	60,90	0,00	13,40
00000000002197	DISCO FLAP BOSCH 4.1/2 x12	JN	102,000	310,000	211,000	201,000	198,000	0,000	3,000	6,72	0,00	20,16
00000000002276	BOBINA ALUM 0,50x300(0,45K) VIT	213,000	1.005,000	358,140	859,860	859,500	0,000	0,360	9,03	0,00	3,25	
00000000002277	BOBINA ALUM 0,50x400(0,6KM) VIT	102,000	800,000	174,630	727,370	727,550	0,180	0,000	6,86	1,23	0,00	
00000000002278	BOBINA ALUM 0,50x500(0,7KM) VIT	78,000	811,500	123,760	765,740	766,050	0,310	0,000	8,12	2,52	0,00	
00000000002279	BOBINA ALUM 0,50x600(0,8KM) VIT	46,000	747,000	138,730	654,270	654,570	0,300	0,000	9,20	2,76	0,00	
00000000002371	BOBINA ALUM 0,50x700(1,0KM) VIT	59,000	231,500	66,230	224,270	224,700	0,430	0,000	11,50	4,94	0,00	
00000000002372	BOBINA ALUM 0,50x800(1,12K) VIT	120,000	116,000	26,160	209,840	209,590	0,000	0,250	21,84	0,00	5,46	
00000000002391	CARBURETO CALCIO 50x80	KG	808,000	3.902,000	190,276	4.519,724	4.519,794	0,070	0,000	6,93	0,49	0,00
00000000002753	CORDA MULTIF TRANCADA 8 VIT	2,315,000	2.250,000	074,000	2.491,000	2.490,740	0,000	0,260	0,74	0,00	0,19	
00000000002782	CORDA MULTIF TRANCADA 10 VIT	917,000	1.800,000	006,540	1.710,460	1.710,000	0,000	0,460	0,82	0,00	0,38	
00000000002930	SOLDA ESTANHO 40x60	KG	113,000	0,000	66,190	46,810	47,050	0,240	0,000	0,94	0,23	0,00
00000000003005	BROCA SDS IRWIN 11.0x160M	JN	3,000	20,000	2,000	21,000	1,000	0,000	20,000	12,40	0,00	248,00
00000000003132	METALON GALV 50x50x1,55(14JN)	68,000	2.223,000	279,000	2.012,000	177,000	0,000	1.835,000	60,90	0,00	111.751,50	

Sendo a base de cálculo de R\$111.751,50 e a alíquota de ICMS de 17%, o valor cobrado na infração 1, de falta de recolhimento por omissão de saídas referente a este item (produto tributado normalmente) foi de R\$18.997,75, valor que reduzirei do montante inicialmente cobrado.

Ainda em relação à infração 1, que cobrou ICMS pela omissão de saídas referentes ao exercício de 2011, foi registrada a omissão de 748 unidades do produto de código 1189. Acontece que também houve omissão, desta vez de saídas, pela mesma quantidade do produto de código nº 1187, conforme demonstrado abaixo:

Código	Descrição do Produto	Und	Estoque Inicial (a)	Entradas (b)	Estoque Final (c)	Saídas Reais (d)=(a)+(b)-(c)	Saídas Registradas (e)	Omissão de Entradas OE=(e)-(d)	Omissão de Saídas OS=(d)-(e)	Preço Médio (PM)	Omissão de Entradas = OE x PM	Omissão de Saídas = OS x PM
00000000000010	SOLDA COBREADA OXI 1,59M	KG	1.060,000	3.014,000	548,202	2.525,798	2.525,789	0,000	0,009	5,67	0,00	0,05
00000000000011	SOLDA COBREADA OXI 2,38M	KG	242,000	903,000	621,712	523,288	523,789	0,501	0,000	5,04	2,53	0,00
00000000000013	SOLDA ESTANHO 50x50	KG	138,000	4,500	69,955	72,545	72,295	0,000	0,250	42,00	0,00	10,50
00000000000066	BREDONDA 5/16 (2,4K)	PC	2.152,000	665,000	289,500	1.527,500	1.528,000	0,500	0,000	8,30	4,15	0,00
00000000000138	BASE ENCAIXE ART GALV/AC	VIT	496,000	0,000	134,830	361,170	360,700	0,000	0,470	4,80	0,00	2,26
00000000000148	BOBINA GALV 0,50x300(1,2K)MVT	915,000	6.220,500	886,052	6.249,448	6.249,168	0,000	0,280	4,81	0,00	1,35	
00000000000149	BOBINA GALV 0,50x400(1,6K)MVT	0,000	4.815,000	323,462	4.491,538	4.380,228	0,000	111,310	6,51	0,00	724,63	
00000000000150	BOBINA GALV 0,50x500(2K)MVT	438,000	3.962,000	795,963	3.604,037	3.604,017	0,000	0,020	8,00	0,00	0,16	
00000000000151	BOBINA GALV 0,50x600(2,4K)MVT	417,000	1.889,200	572,150	1.734,050	1.733,920	0,000	0,130	9,51	0,00	1,24	
00000000000152	BOBINA GALV 0,50x700(2,8K)MVT	622,000	1.703,200	770,660	1.554,540	1.554,840	0,300	0,000	8,06	2,42	0,00	
00000000000153	BOBINA GALV 0,50x800(3,2K)MVT	172,000	1.024,500	216,320	980,180	980,400	0,220	0,000	12,40	2,73	0,00	
00000000000154	BOBINA GALV 0,50x1000(4K)MVT	565,000	1.104,100	356,940	1.312,160	1.312,450	0,290	0,000	12,02	3,49	0,00	
00000000000388	DISCO ICAP CORTE 12"x3/4	JN	36,000	140,000	81,000	95,000	94,940	0,000	0,060	6,71	0,00	0,40
00000000000400	DISCO NORTON CORTE 7"x3,0JN	2,904,000	13.084,000	093,500	13.894,500	13.894,000	0,000	0,500	5,81	0,00	2,91	
00000000000412	DISCO BOSCH CORTE 7"x3,2- JN	935,000	4.026,000	086,800	3.874,200	3.874,000	0,000	0,200	4,39	0,00	0,88	
00000000000509	FITA ACO 1" P/LAT/PORTA(KG	KG	1.469,000	2.217,500	588,000	1.098,500	1.098,240	0,000	0,260	14,48	0,00	3,76
00000000000593	MOLA ACO 2" P/PORTA	KG	501,000	14,500	240,870	274,630	274,500	0,000	0,130	14,70	0,00	1,91
00000000001187	METALON AC 30x20x1,20(5,7K)JN	78,000	1.800,000	847,000	1.031,000	1.779,000	748,000	0,000	11,47	8.579,56	0,00	
00000000001189	METALON AC 30x30x1,20(6,5K)JN	297,000	2.444,000	146,000	2.595,000	1.847,000	0,000	748,000	21,87	0,00	16.358,76	

Tal fato ocorreu porque ao lançar a entrada da NF 10727, o autuado registrou erroneamente como se tivesse adquirido o produto de cód. nº 1189. Todavia, o produto adquirido foi o “metalon AC 30X20X1,20 (5,7K), de cód. nº 1187. A medida corresponde exatamente ao que consta da NF, conforme imagem abaixo, diferentemente da medida do produto de cód. 1189 “metalon AC 30X30X1,20 (6,5K)”:

DADOS DO PRODUTO/SERVIÇO												
CÓDIGO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇO	NCM/SH	CST	CFOP	UNID.	QTD.	VLR. UNIT.	VLR. TOTAL	BC ICMS	VLR. ICMS	YLR. IPN	ALIQ. ICMS
3311001587125001486	TB INDL FF RED 15.87 1.20.6000	73063000	000	6101	IL	2,0940	3.058,0000	6.403,45	6.685,12	802,33	334,31	12,00
3311001587125001156	TB INDL FF RED 10 1.20.6000	73063000	000	6101	IL	0,9810	2.573,9000	2.525,00	2.657,43	318,90	132,87	12,00
3312002020125001183	TB INDL FF QUAD 20X20 1.20.6000	73066100	000	6101	IL	2,7050	2.573,9000	6.962,40	7.327,55	879,30	366,38	12,00
3312002020905001182	TB INDL FF QUAD 20X20 0,90.6000	73066100	000	6101	IL	2,1130	2.625,4000	5.547,47	5.832,70	699,93	291,63	12,00
3313002030125001182	TB INDL FF RET 20X30 1.20.6000	73066100	000	6101	IL	4,0560	2.573,9000	10.439,74	10.987,39	1.318,49	549,37	12,00
33210011750001182	TB INDL FF RET 20X30 1.20.6000	73066100	000	6101	IL	4,0560	2.573,9000	10.439,74	10.987,39	1.318,49	549,37	12,00

A base de cálculo encontrada em razão dessa suposta omissão de saídas foi de R\$16.358,76, e o ICMS, considerando a alíquota da época (17%), de R\$2.780,99.

Desta forma, finalizo o julgamento da infração 1 com a redução do valor original, de R\$21.960,75 para R\$182,18 (R\$21.960,75 - 18.997,75 - 2.780,99).

Passo ao julgamento da infração 2, que cobrou ICMS em razão do levantamento quantitativo de estoques, desta

feita por omissão de entradas ocorridas em 2012 e 2013, sendo que as situações apresentadas a seguir referem-se apenas ao exercício de 2013.

Foi registrada a omissão de 225 unidades do produto de código nº 1217. Acontece que também houve omissão, desta vez de saídas, de 239 unidades do produto de código nº 1229.

Produto 1229:

Código	Descrição do Produto	Und	Estoque Inicial (a)	Entradas (b)	Estoque Final (c)	Saídas Reais (d)=(a)+(b)-(c)	Saídas Registradas (e)	Omissão de Entradas OE=(e)-(d)	Omissão de Saídas OS=(d)-(e)	Preço Médio (PM)	Omissão de Entradas = OE x PM	Omissão de Saídas = OS x PM
1218	METALON AC 40x20x1,20	UN	729,000	1.191,000	417,000	1.503,000	1.515,000	12,000	0,000	18,85	226,20	0,00
1220	METALON AC 50x50x2,65(24,5K)	UN	28,000	305,000	42,000	291,000	299,000	8,000	0,000	70,65	565,20	0,00
1222	METALON AC 60x60x2,00	UN	152,000	469,000	155,000	457,000	458,000	1,000	0,000	59,73	59,73	0,00
1223	METALON AC 40x40x1,50(11K)	UN	346,000	1.200,000	440,000	1.106,000	912,000	0,000	194,000	46,18	0,00	8.958,92
1224	METALON AC 80x40x1,50(17K)	UN	101,000	289,000	299,000	82,000	83,000	1,000	0,000	46,37	46,37	0,00
1229	METALON AC 100x100x3,00(56K)	UN	117,000	716,000	135,000	698,000	459,000	0,000	239,000	235,05	0,00	56.176,95

Produto 1217:

Código	Descrição do Produto	Und	Estoque Inicial (a)	Entradas (b)	Estoque Final (c)	Saídas Reais (d)=(a)+(b)-(c)	Saídas Registradas (e)	Omissão de Entradas OE=(e)-(d)	Omissão de Saídas OS=(d)-(e)	Preço Médio (PM)	Omissão de Entradas = OE x PM	Omissão de Saídas = OS x PM
10	SOLDAD COBREADA OXI 1,59MM	KG	1.030,622	2.012,000	1.088,722	1.953,900	1.981,400	27,500	0,000	7,00	192,50	0,00
1006	ROLDANA SISUP/EIXO V1R 3"	UN	186,000	150,000	222,000	114,000	120,000	6,000	0,000	10,14	60,84	0,00
1018	ROLDANA SISUP/EIXO V2R 4"	UN	56,000	180,000	58,000	178,000	180,000	2,000	0,000	25,26	50,52	0,00
1019	ROLDANA SISUP/EIXO V2R 3"	UN	112,000	140,000	84,000	168,000	172,000	4,000	0,000	16,18	64,72	0,00
1032	ROLDANA U EIXO 1R 2"	UN	119,000	0,000	89,000	30,000	34,000	4,000	0,000	0,95	3,81	0,00
1084	TRAVA INTERNA BRASILIA 301	UN	0,000	3,000	0,000	3,000	9,000	6,000	0,000	9,54	57,24	0,00
1090	TRENA STARRET BOLSO 8M	UN	20,000	48,000	7,000	61,000	64,000	3,000	0,000	9,62	28,86	0,00
1092	TRENA STARRET BOLSO 5M	UN	21,000	120,000	27,000	114,000	115,000	1,000	0,000	4,96	4,96	0,00
11	SOLDAD COBREADA OXI 2,38MM	KG	420,362	505,000	655,762	269,600	273,600	4,000	0,000	4,97	19,88	0,00
1101	TRILHO STANLEY 28x34x1,25x6M g	UN	0,000	100,000	35,000	65,000	66,000	1,000	0,000	22,80	22,80	0,00
1182	METALON AC 20x20x1,90(3,3K)	UN	744,000	2.213,000	1.076,000	1.881,000	1.886,000	5,000	0,000	9,95	49,75	0,00
1183	METALON AC 20x20x1,20(4,5K)	UN	373,000	3.354,000	331,000	3.396,000	3.423,000	27,000	0,000	12,46	336,42	0,00
1185	METALON AC 25x25x1,20(5,4K)	UN	166,000	1.204,000	359,000	1.011,000	1.016,000	5,000	0,000	15,07	75,35	0,00
1187	METALON AC 30x20x1,20(5,7K)	UN	289,000	1.184,000	0,000	1.473,000	1.556,000	83,000	0,000	14,92	1.238,36	0,00
1189	METALON AC 30x30x1,20(6,5K)	UN	324,000	942,000	110,000	1.156,000	1.175,000	19,000	0,000	18,65	354,35	0,00
1190	METALON AC 25x25x1,50(6,7K)	UN	565,000	191,000	428,000	328,000	341,000	13,000	0,000	17,31	225,03	0,00
1195	METALON AC 40x40x1,20(8,8K)	UN	172,000	687,000	379,000	480,000	497,000	217,000	0,000	36,80	7.985,60	0,00
1197	METALON AC 50x20x1,20(7,5K)	UN	518,000	503,000	407,000	614,000	618,000	4,000	0,000	21,81	87,24	0,00
1199	METALON AC 50x30x1,20(9K)	UN	315,000	1.699,000	148,000	1.857,000	1.949,000	92,000	0,000	28,29	2.602,68	0,00
1200	METALON AC 50x30x1,50	UN	194,000	512,000	13,000	693,000	703,000	10,000	0,000	48,84	488,40	0,00
1212	METALON AC 80x80x2,00	UN	21,000	235,000	0,000	256,000	260,000	4,000	0,000	79,18	316,72	0,00
1214	METALON AC 80x60x3,00(44K)	UN	33,000	627,000	277,000	583,000	584,000	1,000	0,000	131,40	131,40	0,00
1217	METALONAC100x100x2,65(50K)	UN	107,000	418,000	396,000	129,000	354,000	225,000	0,000	157,28	35.388,00	0,00

Isso ocorreu porque ao lançar a entrada da NF 83460, o impugnante registrou erroneamente como se tivesse adquirido o produto de código nº 1229. Todavia, o produto adquirido foi o "metalon AC 100X100X2,65 (51K), de código nº 1217. A medida corresponde exatamente ao que consta da NF, conforme imagem abaixo, diferentemente da medida do produto de cód. nº 1229 "metalon AC 100X100X3,00 (6,5K)":

DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCM/SH	Q/CST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CALC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ. ICMS	ALIQ. IPI
112001000000500	TUBO QUADRADO FQ 100X100X02,65X6000 MM	7306100	000	6101	TL	11.0650	2.980,0000	32.973,70	32.973,70	3.956,84	1.648,69	12,00	5,00

Desta forma, com base nos demonstrativos apresentados pelo autuante, com o acolhimento das explicações dadas pelo autuado, registrar-se-ia ainda uma omissão de saídas do produto 1229 de 14 unidades. Entretanto, como a infração refere-se à omissão de entradas, não haveria influência nos cálculos.

A base de cálculo encontrada em razão dessa suposta omissão de entradas foi de R\$35.388,00, e o ICMS, considerando a alíquota da época (17%), de R\$6.015,96.

Também ocorreu erro de escrituração envolvendo os produtos de códigos 3342 e 1443.

Código	Descrição do Produto	Und	Estoque Inicial (a)	Entradas (b)	Estoque Final (c)	Saídas Reais (d)=(a)+(b)-(c)	Saídas Registradas (e)	Omissão de Entradas OE=(e)-(d)	Omissão de Saídas OS=(d)-(e)	Preço Médio (PM)	Omissão de Entradas = OE x PM	Omissão de Saídas = OS x PM
1394	DISCO NORTON DESB 4,1/2"x6,4 S	UN	594,000	1.574,000	615,000	1.553,000	1.556,000	3,000	0,000	4,43	13,29	0,00
140	BOBINA SIMPLES	UN	0,000	0,000	0,000	0,000	4,000	4,000	0,000	3,98	15,90	0,00
1409	DISCO FIBRA NORTON 80x7"	UN	48,000	0,000	95,000	-47,000	0,000	47,000	0,000	0,63	29,66	0,00
142	BOBINA GUIA(UN)	UN	282,000	600,000	121,000	761,000	765,000	4,000	0,000	4,52	18,08	0,00
1436	METALON AC 40x40x2,00(15,2K)	UN	410,000	653,000	241,000	822,000	768,000	0,000	54,000	79,48	0,00	4.291,92
1443	PERFIL UE127x50x2,25(26,5K)	UN	270,000	180,000	151,000	299,000	119,000	0,000	180,000	64,40	0,00	15.192,00

Produto 3342:

Código	Descrição do Produto	Und	Estoque Inicial (a)	Entradas (b)	Estoque Final (c)	Saídas Reais (d)=(a)+(b)-(c)	Saídas Registradas (e)	Omissão de Entradas OE=(e)-(d)	Omissão de Saídas OS=(d)-(e)	Preço Médio (PM)	Omissão de Entradas = OE x PM	Omissão de Saídas = OS x PM
31	BCANTONEIRA 1.1/2x1/8(11K)	PC	333,000	2.097,000	339,000	2.091,000	2.106,000	15,000	0,000	26,02	390,30	0,00
3130	DISCO FIBRA NORTON 50x4,1/2"	UN	157,000	156,000	140,000	173,000	183,000	10,000	0,000	1,60	16,00	0,00
3162	BOBINA ALUM 0,50x1000(1,4KM)	MT	77,880	489,000	123,410	443,470	447,470	4,000	0,000	16,85	67,40	0,00
3172	ESTICADOR CB/ACO 3/16	UN	208,000	0,000	242,000	-34,000	0,000	34,000	0,000	0,33	11,25	0,00
3231	CAR/AO BOSCH 029	PR	0,000	0,000	0,000	0,000	5,000	5,000	0,000	6,53	32,65	0,00
3263	TELA AC 1.50MMx0,50M (1,6K/M)	MT	1.751,500	1.023,000	1.044,600	1.729,900	1.742,900	13,000	0,000	18,00	234,00	0,00
3270	BCANTONEIRA 3/4 SERRA	PC	286,000	1.070,000	962,000	394,000	399,000	5,000	0,000	13,81	68,05	0,00
3280	DISCO NORT/CORTE 4,1/2"X3,0 MA	UN	133,000	0,000	0,000	133,000	266,000	133,000	0,000	0,04	5,05	0,00
3281	DISCO NORT/CORTE 7"X3,0 MAXI	UN	178,000	0,000	0,000	178,000	356,000	178,000	0,000	0,06	10,32	0,00
33	BCANTONEIRA 2x1/8(14,8K)	PC	299,000	806,000	126,000	979,000	981,000	2,000	0,000	36,96	73,92	0,00
3304	CAR/AO P/POLIC.BOSCH-320 JG	PR	0,000	0,000	0,000	0,000	6,000	6,000	0,000	8,72	52,33	0,00
3338	GRAXA WORKER 500G	UN	153,000	97,000	53,500	196,500	199,500	3,000	0,000	7,91	23,73	0,00
3339	GRAXA WORKER P/CH 1000G	UN	82,000	73,000	60,000	95,000	96,000	1,000	0,000	13,06	13,06	0,00
3340	VIGA I W.250x25,3=152KG	PC	1,000	0,000	0,000	1,000	3,000	2,000	0,000	25,43	50,86	0,00
3342	PERFIL UE100x50x3,00(30,3K)	UN	28,000	0,000	7,000	21,000	201,000	180,000	0,000	67,63	12.172,89	0,00

A diferença ocorreu porque ao lançar as entradas das notas fiscais nºs 23573, 23575 e 23576, o autuado registrou erroneamente como se tivesse adquirido o produto de cód. 3342, todavia, o produto adquirido foi o “perfil UE 127X50X2,25 (26,7K)”, de cód. 1443. A medida corresponde exatamente ao que consta das respectivas notas fiscais, conforme imagem abaixo, diferentemente da medida do Produto de cód. 3342 “perfil UE 100X50X3,00 (30,5K)”:

Nota Fiscal nº 23573 – Chave: 2913.0133.0427.3000.1933.5500.0000.0235.7310.5240.1489:

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCMSH	QCST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ. ICMS	ALIQ. IPI
IPUE1_CD	TCL664/200 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,250 MM 127,00 MM 50,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0010	72166110	000	5101	TO	0,9600	2.195,9375	2.108,10	2.108,10	358,38	0,00	17,00	0,00
IPUE1_CD	TCL664/201 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,250 MM 127,00 MM 50,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0020	72166110	000	5101	TO	0,9570	2.195,9352	2.101,51	2.101,51	357,26	0,00	17,00	0,00
IPUE1_CD	TCL664/202 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,250 MM 127,00 MM 50,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0030	72166110	000	5101	TO	0,9680	2.195,9401	2.125,67	2.125,67	361,36	0,00	17,00	0,00

Nota Fiscal nº 23575 – Chave: 2913.0133.0427.3000.1933.5500.0000.0235.7513.8683.7735:

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCMSH	QCST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ. ICMS	ALIQ. IPI
IPUE1_CD	TCL673/101 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,000 MM 100,00 MM 40,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0070	72166110	000	5101	TO	0,9030	2.221,6501	2.006,15	2.006,15	341,05	0,00	17,00	0,00
IPUE1_CD	TCL676/101 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,000 MM 100,00 MM 40,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0080	72166110	000	5101	TO	0,9050	2.221,6464	2.010,59	2.010,59	341,80	0,00	17,00	0,00
IPUE1_CD	TCL677/200 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,250 MM 127,00 MM 50,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0090	72166110	000	5101	TO	0,9580	2.195,9395	2.103,71	2.103,71	357,63	0,00	17,00	0,00

Nota Fiscal nº 23576 – Chave: 2913.0133.0427.3000.1933.5500.0000.0235.7615.6626.7160:

CÓDIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO / SERVIÇO	NCMSH	QCST	CFOP	UN	QUANT	VALOR UNIT	VALOR TOTAL	B.CÁLC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ. ICMS	ALIQ. IPI
IPUE1_CD	TCL677/201 IPUE1-PERFIL LAMINADO A QUENTE 2,250 MM 127,00 MM 50,00 MM 6,00,00 MM ItemOV: 0100	72166110	000	5101	TO	0,9560	2.195,9414	2.099,32	2.099,32	356,88	0,00	17,00	0,00

A base de cálculo encontrada em razão dessa suposta omissão de entradas foi de R\$12.172,89, e o ICMS, considerando a alíquota da época (17%), de R\$2.069,39.

Com isso, reduzo o valor da infração 2, de R\$35.818,67 para R\$27.733,32 (R\$35.818,67 - R\$6.015,96 - R\$2.069,39).

Abaixo, quadro demonstrativo dos valores finais após modificação (infrações 1 e 2):

Infração	Ano	Valor original	Valor julgado
1	2011	R\$21.960,75	R\$182,01
2	2012	R\$11.983,00	R\$11.983,00
	2013	R\$23.835,67	15.750,32
	Total	R\$57.779,42	R\$27.915,33

No que tange aos valores residuais das infrações 3 e 4, após a informação fiscal, não houve impugnação específica de mérito.

O auditor reviu os levantamentos das imputações 3 e 4 (fl. 390), admitindo parcialmente as razões defensivas. Na manifestação, o contribuinte não contestou as alterações perpetradas, tampouco os comentários.

O autuante contestou tal argumentação, asseverando que da fl. 81, consta a saída do produto de código 1280, na quantidade de 1.111.975 CT.

A recusa do autuado em comprovar fato controverso com elemento probatório de que disponha resulta em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/1999).

Desse modo, as imputações permanecem na forma abaixo:

03 - 04.05.08	2011	2.154,44
	2012	13.540,55
	2013	19.419,50

<i>Soma:</i>	<i>INFRAÇÃO 3</i>	35.114,49
<i>04 - 04.05.09</i>	<i>2011</i>	<i>1.029,65</i>
	<i>2012</i>	<i>6.360,41</i>
	<i>2013</i>	<i>9.885,99</i>
<i>Soma:</i>	<i>INFRAÇÃO 4</i>	17.276,05

A decisão foi pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe.

Em face da Decisão acima exarada, a 3^a JJF recorreu de ofício 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 e o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, acostado às fls. 648/655, a seguir relatado, em síntese.

Após indicar a tempestividade de seu Recurso, a recorrente pediu a suspensão do PAF até o julgamento do Mandado de Segurança Nº 0525695-85.2017.8.05.0001.

Que embora o MM. Juízo da 3^a Vara da Fazenda Pública tenha concedido decisão liminar para reconhecer a nulidade parcial do Processo Administrativo Fiscal nº 206948.0002/15-9, determinando ainda a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, consequentemente, a expedição de Certidão Positiva com Efeito Negativo na esfera da Administração Tributária Estadual, posicionamento ratificado pelo Tribunal, mantendo os termos da decisão liminar em sede do Agravo de Instrumento nº 0022978-63.2017.8.05.0000, a ação mandamental ainda resta pendente de decisão terminativa. Como certo que o objeto do mandado de segurança é a legalidade de fase do processo administrativo, por óbvio a marcha processual deve ser sobrestada até apreciação judicial definitiva da demanda.

Ainda em sede preliminar, requereu o devido cancelamento do Protesto. Ressaltou que embora por força da decisão judicial acima nominada a exigibilidade do crédito tributário encontrar-se suspensa até sua constituição definitiva, permanece em vigor o título da dívida na praça de Salvador, no 2º Tabelionato de Títulos e Documentos, em afronta a referida Decisão Liminar, inclusive, ratificada nas razões do Agravo de Instrumento nº 0022978- 63.2017.8.05.0000. Portanto, requereu, de pronto, a sustação da cobrança do crédito fiscal e, consequente, o cancelamento do protesto e retirada da inscrição da empresa recorrente em órgãos de restrição de crédito.

Elaborou uma síntese dos fatos, afirmando que a apuração se restringe a matéria de conversão de unidades de medida de mercadorias comercializadas, lançadas no estoque em peso (quilo ou tonelada) e vendidas em “peças” (“barras”, “metro” etc.).

Aduziu que é necessário, para a compreensão das suas razões, explicar a dinâmica da sua atividade, que consiste na comercialização varejista de produtos de ferro e ferramentas, como barras redondas, quadradas, chatas, cantoneiras, vigas “I” e “H”, bobinas, correntes, cabos de aço, chapas, entre outros produtos, que são adquiridos em “feixes” lacrados com determinado peso, recebidos no estabelecimento, momento em que se obtém uma estimativa do peso de cada unidade, com a posterior conversão (do peso) em unidade padrão, forma em que há a comercialização.

Que as infrações apuradas na fiscalização, relativas à omissão de entradas ou saídas de mercadorias (infrações 01, 02, 03 e 04), estão relacionadas com a inconsistência na escrituração fiscal, devido à conversão de unidades de peso. Considerando o rigor de fabricação desses materiais (segundo normas da ABNT), é aceitável que em dezenas ou centenas de toneladas haja diferença de algumas poucas peças/metros/unidades. A situação gera conflito nos estoques, haja vista que a quantidade fornecida é calculada com base nas informações prestadas pelo fabricante.

Em assim sendo, pretendeu demonstrar através das informações dos itens movimentados nos documentos fiscais de entradas e de saídas, assim como registros considerados na fiscalização (LQS. LQE, arquivos EFD/SPED), que a acusação fiscal não deve prosperar, persistindo, portanto, sua irresignação apresentada na peça recursal aqui relatada..

Nas razões de mérito e com o título de DO ERRO DE FATO – RECONSIDERAÇÃO DO AUTO DE

INFRAÇÃO, asseverou que apesar da própria Administração Fazendária já ter reconhecido parte de erros de fato da escrituração fiscal de alguns produtos, ainda persistiam algumas inconsistências a serem revisadas. Ressaltou que não enfrentou a longa lista contida nos relatórios do Auto de Infração, escolhendo se concentrar em atacar aqueles mais díspares, momento em que obteve êxito nas suas alegações.

Todavia, o restante das omissões se encontra bastante pulverizada entre a universalidade dos itens selecionados no levantamento fiscal e a dúvida razoável que tenta demonstrar é que as omissões apuradas também decorreram de erro de fato atrelado na sua atividade comercial.

Informou que na venda a varejo de aço para serralheria, o produto é adquirido por unidade de medida de peso e vendida por unidade padrão, seja peça, metro, placa e entre outras. Assim, quando registrada a entrada do produto no estoque, tem de converter o produto recebido em quilo para unidade padrão por estimativa do peso de cada peça (“barra”, “placa”, “metro”, etc). Entretanto, na prática comercial, se houver variação de peso do produto entre fabricantes, o registro de entrada do estoque resta prejudicado, pois, se um indivíduo comprar 01 tonelada de barras de aço, com cada unidade pesando em média 01 kg, deverá lançar em seu estoque 1.000 unidades de barra. Mas, se houver diferença do peso médio desse lote, a quantidade recebida do fornecedor não será 1.000 unidades, podendo estar recebendo mais ou menos barras.

Em alguns itens disse ser fácil fazer a conciliação do estoque físico e o hipotético (obtido pelo peso e informação indicadas pelo fornecedor), como é o caso de materiais mais pesados e de pouca saída, porém em folhas de chapa, barras redondas, correntes, bobinas de chapa, por exemplo, é quase impossível ter esse controle em um volume grande de entrada e saída.

Afirmou que tal alegação é motivo suficiente para decretar nulidade do Auto de Infração, com base em erro fático da escrituração contábil, a ensejar a incerteza e iliquidez do lançamento, ou, para deferir diligência com intuito de coletar mais informações acerca da sua atividade empresarial.

Passou a buscar elidir o lançamento efetuado com base na presunção legal inserta no art. 4º, VI, § 4º, da Lei nº 7.014/1996. Diz que compulsando o Relatório Consolidado das Omissões das infrações 01, 02, 03 e 04, identificou que as diferenças apuradas estão relacionadas a conversão das unidades utilizadas pelo fornecedor para unidade que comercializa, bem como nos registros fiscais, já que tais inconsistências são próprias da atividade comercial de ferros. Neste sentido cita o que entende o Prof. Anselmo Brum no artigo “SPED - EFD ICMS/IPI - Informações sobre Unidades de Medidas” em relação à entrada de vergalhão em quilo, em uma empresa do ramo de material de construção e que o vende em “barras”.

Ressaltou que apesar do esforço contínuo de manter regular a movimentação de entrada e de saída de mercadorias, os registros dos produtos que adquire do fornecedor em unidade de peso resultam em determinada diferença no estoque no momento da conversão e no consequente lançamento, afirmando que demonstrará tal situação por amostragem.

Afirmou de que as entradas e saídas não foram omitidas, tendo todas sido registradas sem prejuízo do recolhimento do ICMS e a apuração toma por base mera inconsistência de registro fiscal relativo à conversão de unidades típica do comércio de ferros e ferragens.

E continuou na seguinte toada:

“Os dispositivos infracionais imputados serão enfrentados por tópico, destacando as mercadorias por amostragem, fazendo a juntada do histórico de movimentação do produto nos registros do contribuinte (Ficha Cardex), LQE ou LQS apresentado pela fiscalização, Nota Fiscal de Entrada comprovando o registro de entrada em determinada unidade de peso e amostra de Nota Fiscal de Saída demonstrando a unidade comercial praticada. Os demais documentos mencionados fazem parte integrante do próprio Auto de Infração, que por cautela, será entregue em meio digital para integrar os documentos da defesa. Na tarefa de conferir os documentos que culminaram nas apurações das omissões de entrada ou de saída, foi identificado no Levantamento Quantitativo de Saídas do Exercício de 2012, diversas ocorrências não contidas na escrituração fiscal, concernentes ao produto identificado pelo Código nº 1280 (Bucha Plast P/Fix A/F 8). O LQS aponta

movimentações não realizadas (escrituradas), mediante a confrontação com o SPED encaminhado para administração tributária.

Por se tratar de tarefa hercúlea a conferência da movimentação de cada item no SPED e LDS/LQE, em razão do prazo consignado para apresentação da defesa, resta impugnar os Levantamentos de Quantitativos de Entradas e Saídas dos Exercícios de 2011, 2012 e 2013, por se apresentarem documentos inidôneos para apuração de omissões e imposição de sanção ao contribuinte. Cumpre asseverar que a impugnação acima manifestada apesar de contemplar parte dos documentos considerados pelo fisco, estes são essenciais para enquadramento das infrações, aplicação das multas e exigência do tributo, evitando todo procedimento de fiscalizatório.

A inconformidade das informações contidas nos documentos em questão demonstra a insubsistência dos motivos que deram azo a aplicação da sanção e cobrança do ICMS, assim, não pode o ato administrativo prevalecer, visto que estes integram sua existência. Se impõe como medida de direito a anulação do ato, pelo que, por evidente aplicação da Teoria dos Motivos Determinantes.

Não obstante a inconsistência demonstrada, o Auto de Infração lavrado deve ser revestido da liquidez e certeza, faltante este requisito, requer, cumulativamente junto a revisão do lançamento das multas e tributos elencados na Infração 01, 02, 03 e 04, a anulação do Auto de Infração”.

Outrossim, passou a tratar da multa aplicada. Explicou que os erros de fato demonstram a ausência de intenção da recorrente em lesar a Fazenda Pública, pois o ICMS nas situações apresentadas foi recolhido em todas as movimentações, verificado apenas o erro residente na escrituração fiscal.

Além disso, arguiu que o RPAF/99, nas situações com ausência de dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, as multas poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF. Desse modo, pugnou pela reconsideração da aplicação da multa de 100% para Infração 01 e 60% para as Infrações 02, 03 e 04.

Diante do exposto, requereu: **(i)** o reconhecimento do presente Recurso; **(ii)** a manutenção de efeito suspensivo a exigibilidade tributária; **(iii)** a reforma do Acórdão JJF nº 0165-03/18, determinando a nulidade total do Auto de Infração em comento, pela incerteza e iliquidez do título, declarando o afastamento dos lançamentos tributários, quais sejam, os impostos regulares ou por substituição, e multas correlatas; **(iv)** caso não seja acolhida a nulidade do Auto de Infração, que seja declarada a nulidade da Decisão de 1º grau, determinando o retorno dos autos para a instância a quo para nova sessão de julgamento e a transformação do Auto de Infração em diligência, bem como seja revisado os lançamentos acima indicados; **(v)** a juntada dos documentos anexos, bem como, a produção de provas documentais em momento posterior, afastando a preclusão probatória.

Após o Recurso Voluntário, o presente processo administrativo legal foi encaminhado para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Assim sendo, uma vez relatado o teor básico da peça recursal, passo a apreciar os Recurso de Ofício e Voluntário interposto para exarar o seguinte voto.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Paulo Vitor Ribeiro da Silva.

VOTO

O presente Processo Administrativo Fiscal, envolve Recurso de Ofício, seguido de Recurso Voluntário. Arecio, inicialmente, o Recurso de Ofício apresentado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, na parte em que houve sucumbência do Estado quanto à exigência do crédito tributário.

As infrações apuradas no presente processo, decorreram da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques por espécie mercadorias, momento em que o Fisco constatou:

1. Exercício de 2011, a falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registros de entradas em valor inferior ao das saídas

efetivas omitidas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, a diferença de maior valor monetário – das saídas tributáveis (infração 01).

2. Exercícios de 2012 e 2013, a falta de recolhimento do ICMS, constatada tanto pela omissão de entradas como de saídas, sendo exigido o valor referente à diferença de maior expressão monetária – das entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas anteriores não contabilizadas (infração 02).
3. Exercícios de 2011, 2012 e 2013, a falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária (infração 03).
4. Exercícios de 2011, 2012 e 2013, a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela calculada a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária (infração 04).

Na sua impugnação, a empresa alegou que tais omissões, decorreram de inconsistências na sua escrituração fiscal, a exemplo das conversões de unidades de peso, próprias da sua atividade. Ressaltou que compra em unidade de medida de peso e comercializa por unidade padrão: peça, placa etc. Ao realizar a conversão do produto recebido em kg para unidade padrão por estimativa de cada peso, poderá haver variação, para mais ou para menos, em relação ao produto adquirido do fabricante e aquele que permanece em estoque, posteriormente, comercializado.

Dentro deste escopo, exemplificou situações (por produto, notas fiscais e registros fiscais) que entendeu comprovar a não existência das omissões apontadas.

A 3^a JJF analisou os pontos de discordância trazidos pela empresa, em relação ao levantamento fiscal. A conclusão desta análise, resultou em acatar as razões de defesa em relação às infrações 01 e 02.

No que tange às infrações 03 e 04, o próprio autuante admitiu parcialmente as razões de defesa. A empresa não contestou, especificadamente, o saneamento realizado no âmbito da 1^a Instância.

Diante deste quadro, em que se deve observar, rigorosamente, as provas fáticas e materiais, como cuidou de assim se posicionar a 1^a Instância.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a decisão recorrida no que tange ao valor desonerado, julgando Procedente em Parte o presente Auto de Infração, no valor de R\$80.305,87, nos termos do voto da referida JJF, transcritos acima.

Isto posto, passo a apreciação do Recurso Voluntário interposto.

A recorrente trouxe à presente lide duas preliminares, que devem ser apreciadas antes de se adentrar ao mérito de suas razões recursais.

Após indicar a tempestividade de seu Recurso, pede a suspensão do PAF até o julgamento do Mandado de Segurança Nº 0525695-85.2017.8.05.0001.

Afirmou que embora o MM. Juízo da 3^a Vara da Fazenda Pública tenha concedido decisão liminar para reconhecer a nulidade parcial do Processo Administrativo Fiscal nº 206948.0002/15-9, sendo mantido tais termos em sede do Agravo de Instrumento nº 0022978-63.2017.8.05.0000, a ação mandamental ainda permanece pendente de decisão terminativa. Como o objeto do mandado de segurança é a legalidade de fase do processo administrativo, por óbvio a marcha processual deve ser sobrestada até apreciação judicial definitiva da demanda, conforme asseverou a empresa.

Este argumento, no meu firme entendimento, não merece guarida.

Analisando a concessão da segurança judicial, constato que a medida liminar concedeu à empresa a **anulação dos atos processuais, a partir do julgamento exarado pela 5ª JJF, através do Acórdão JJF Nº 0079-05/16, e datado de 28/02/2016 e, por consequência, a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal**, objetivando a emissão de Certidão Positiva com Efeito Negativo no âmbito da Administração Estadual.

Estes foram os únicos objetos do Mandado de Segurança. Inclusive, o pedido feito pela empresa neste Mandado, para que fosse decretada a nulidade total do processo, não foi aceita pelo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, restando válidos, em todos os seus termos, os atos anteriores praticados.

O Estado questionou tal decisão, porém, não obteve êxito (Agravo de Instrumento nº 0022978-63.2017.8.05.0000).

Em assim sendo, e respeitando a decisão judicial exarada, os órgãos competentes do Estado restabeleceram corretamente a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal e foi proferido novo julgamento em 1º Grau, com base nos atos praticados até antes do julgamento de 2016 e proferido pela 5ª JJF, decisão ora em lide e transcrita no relatório do presente Acórdão.

Como se extrai desta síntese dos fatos, a Secretaria de Fazenda, bem como a PGE/PROFIS, ao obedecer ao comando emanado do Poder Judiciário, através do nominado Mandado de Segurança, esvaiu o seu objeto, evidenciando-se, desta forma, a superveniente ausência de interesse jurídico a ser tutelado, ensejando, quiçá, a extinção do Mandado sem resolução do mérito e o prosseguimento da lide administrativa já que esta concessão judicial, em qualquer, momento, adentra no mérito da autuação, não se podendo, aqui, se falar, nas determinações do art. 117 e 122, V do RPAF/BA, ou seja, o esgotamento da instância administrativa, nem, tampouco, a extinção do processo administrativo, ficando sua exigibilidade suspensa aguardando a decisão final do Poder Judiciário.

Ainda em sede preliminar, a recorrente solicitou cancelamento de Protesto. Informou que embora por força da decisão judicial acima nominada, a exigibilidade do crédito tributário encontrar-se suspensa até sua constituição definitiva, permanece em vigor o título da dívida na praça de Salvador, no 2º Tabelionato de Títulos e Documentos, em afronta a referida Decisão Liminar. Requeru, de pronto, a sustação da cobrança do crédito fiscal e, consequente, o cancelamento do protesto e retirada da inscrição da Recorrente em órgãos de restrição de crédito.

O Protesto é feito pela PGE/PROFIS com a CDA (Certidão da Dívida Pública), que é o título de crédito. No caso presente, a CDA que foi enviada ao 2º Tabelionato de Títulos e Documentos deve ter sido aquela constituída pelo julgamento da 2ª CJF (Acórdão CJF Nº 0023-12/17, datado de 30/01/2017). Porém, tal decisão foi anulada pelo judiciário. Por consequência, esta CDA deixou de ter efeito como título de crédito.

A PGE/PROFIS e a SEFAZ, pelo que se evidencia, cuidaram em reestabelecer a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal no sistema do órgão fazendário e retornar o processo para novo julgamento em Primeira Instância, como determinou o Mandado de Segurança, mandado este que não faz menção ao protesto de título já que não foi objeto de pedido.

No entanto, entendo que por força dos procedimentos (protesto e execução fiscal), o cancelamento do protesto, mesmo não sendo albergado pelo MS, deve ter ocorrido, como aconteceu, ou seja, com base em pesquisa junto a SEFAZ/Ba, verifico não constar nos arquivos da SEFAZ/BA a existência de qualquer crédito tributário protestado contra a recorrente inerente ao presente Processo Administrativo Fiscal.

Para tanto, trago abaixo a transcrição da tela atualizada, emitida pela SEFAZ, para corroborar o quanto afirmado neste meu voto. Por conseguinte, perde eficácia o pedido de nulidade desse 2º argumento de preliminar trazido pela recorrente na sua na peça recursal.

DETALHES DO PAF

PAF			
206948.0002/15-9	KARFERRO COMERCIAL DE FERROS LTDA	I.E.:	024.064.752
Fase/Situação:	2a Inst / PARA JULGAMENTO/Em Aberto	CNPJ/CPF:	13.437.124/0001-80
PAF Dem Débito Saldo Dem Cálculo Julgamento Dívida Ativa Situação Ocorrência Pagamento Parcelamento Autuante			
Tipo:	Auto Infração Estabelecimento		Saldo em 07/04/2021
Tributo:	ICMS		
DAT/INFAZ:	SAT/DAT METRO -INFAZ VAREJO	Principal:	80.306,04
Lavratura:	12/05/2015-INFAZ VAREJO	Correção:	0,00
Cadastramento:	12/05/2015-SAT/DAT METRO/CPAF	Acréscimo:	52.156,28
Último Trâmite:	26/03/2021-CONSEF/SECRETARIA	Multa:	73.395,61
Data de Ciência:	12/05/2015	Honorários:	0,00
Classificação:			
Suspensão de Exigibilidade:	SIM - Fase / Situação do PAF		Saldo Total: 205.857,93

No mérito, a recorrente repetiu seu argumento de que as omissões detectadas pelo Fisco decorreram das inconsistências na escrituração fiscal, fazendo um combate genérico do julgamento de Primo Grau, asseverando que à conversão de unidades de peso, na sua atividade comercial, como, e mais uma vez, explicou, sendo aceitável que em dezenas ou centenas de toneladas existem diferenças de algumas poucas peças/metros/unidades. Repetiu que esta situação gera conflito nos estoques, haja vista que a quantidade fornecida é calculada com base nas informações prestadas pelo fabricante.

Afirmou, que apesar da própria Administração Fazendária ter reconhecido parte de erros de fato da escrituração fiscal de alguns produtos (apresentados por amostragem), ainda persistiam algumas inconsistências a serem revisadas, e que se encontram bastante pulverizadas entre a universalidade dos itens selecionados no levantamento fiscal, gerando dúvida razoável sobre a constituição da exigência fiscal. Observou que em alguns itens é fácil fazer a conciliação do estoque físico e o hipotético (obtido pelo peso e informação indicada pelo fornecedor), como é o caso de materiais mais pesados e de pouca saída, porém em folhas de chapa, barras redondas, correntes, bobinas de chapa, por exemplo, é quase impossível ter esse controle em um volume grande de entrada e saída.

Segundo a recorrente, tal alegação, é motivo suficiente para decretar a nulidade do Auto Infração, com base em erro fático da escrituração contábil, ou, para deferir diligência com intuito de coletar mais informações acerca da sua atividade empresarial. Este é argumento que, embora comprehensível, não se pode acolher. Um levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadoria é todo baseado em fatos reais, não se podendo falar em dúvida razoável. No momento em que a empresa trouxe aos autos a documentação para provar seus argumentos (inclusive erro de escrituração), este Conselho de Fazenda os acatou, após minuciosa análise.

Contudo, sem apresentar na sua peça recursal um único fato que se possa ter como indicativo de suas colocações para os demais produtos inseridos no levantamento fiscal, ou seja, sem lastro probante, restou prejudicada a sua irresignação. E neste caminho, relembro as determinações legais contidas no RPAF/BA, como segue:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

- I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- II - se refira a fato ou a direito superveniente;*
- III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Nesta esteira, não posso acatar o pedido de diligência na forma requerida, ou seja, coletar informações acerca da sua atividade empresarial já que tal medida não teria qualquer influência na decisão a ser tomada.

No entanto, de ofício, em relação a **infração 01**, se evidencia no lançamento de ofício do autuante, bem como no julgamento da 3^a JJF, que não foi considerado para determinação do crédito tributário, decorrente de omissões de saída no levantamento quantitativo de estoque, o quanto determina a Portaria nº 01 de 02/01/2020, DOE de 03/01/2020, efeitos a partir de 03/01/2020, a qual alterou o no seu § 1º, do seu art. 3º da Portaria nº 445/98, aplicada a fatos pretéritos ainda não julgados, como é o caso em tela, a qual assim dispõe:

Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

§ 1º Deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período: I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados;

- II - 1,92%, no comércio varejista de perfumaria;*
- III - 1,80%, no comércio varejista de artigos esportivos;*
- IV - 1,18%, no comércio varejista de moda;*
- V - 1,09%, no comércio varejista de drogarias;*
- VI - 1,02%, no comércio varejista de material de construção;*
- VII - 0,99%, no comércio de atacarejo;*
- VIII - 0,91%, no comércio varejista de livrarias e papelarias;*
- IX - 0,70%, no comércio varejista de calçados; X - 0,62%, no comércio varejista de lojas de departamento;*
- XI - 0,46%, no comércio varejista de eletrodomésticos e móveis;*
- XII - 1,38%, outras atividades de comércio varejista, exceto comércio varejista de combustíveis.*

Nesta esteira, considerando-se que o valor julgado pela 1^a Instância foi de apenas R\$182,01, ao se aplicar o índice legal, a título de perdas, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, sobre o valor que remanesceu da decisão recorrida, todavia, faz-se necessário o devido ajuste para o valor de R\$89,70.

Portanto, razão assiste à recorrente, em combater o crédito julgado em 1º grau da referida infração, todavia, não pela fundamentação arguida. Mas, sim, pela fundamentação trazida, de ofício, por este Relator.

Em relação às **infrações 02, 03 e 04**, conforme bem pontuado pela decisão de piso, e já tratado mais acima neste voto, os valores julgados estão corretos e os argumentos trazidos pela recorrente não permitem elidir ou promover qualquer modificação ao crédito tributário remanescente resultante trazido no Acórdão combatido.

Por fim, a empresa recorrente contestou as multas aplicadas, entendendo ele que este CONSEF pode reduzir ou cancelar as mesmas.

Em primeiro lugar, jamais existiu no procedimento fiscal, qualquer aplicação de multa de caráter acessório. Em segundo, vale registrar que o artigo do RPAF/BA aduzido foi revogado.

Quanto ao combate às multas cobradas por descumprimento da obrigação principal dos valores que remanesceram das infrações 01, 02, 03 e 04, é sabido o fundamentado posicionamento deste C. Colegiado de 2º Grau, o qual, não tem poder nem dever de apreciar tal pleito, à luz da legislação.

Enfim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir apenas o valor remanescente da decisão recorrida relativa à infração 01, e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, mantendo as demais infrações nos valores decididos no Acórdão

exarado pela 3^a JJF. Nesta esteira, julgo o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	PROC. PARCIAL/P.PROVIDO	21.960,75	182,01	89,70	100%
02	PROC. PARCIAL/N.PROVIDO	35.818,67	27.733,32	27.733,32	100%
03	PROC. PARCIAL/N.PROVIDO	215.643,20	35.114,49	35.114,49	100%
04	PROC. PARCIAL/N.PROVIDO	171.842,86	17.276,05	17.276,05	60%
Total		445.265,48	80.305,87	80.213,56	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206948.0002/15-9, lavrado contra **KARFERRO COMERCIAL DE FERROS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$80.216,56**, acrescido das multas 60% sobre R\$17.276,05, e 100% sobre R\$62.937,51, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS