

PROCESSO - A. I. Nº 2069480010/13-5
RECORRENTE - F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA - MAGAZINE LUÍZA S.A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0169-12/21-VD
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0395-12/21-VD

EMENTA: ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Não houve reforma da decisão de primeira instância pela Câmara de Julgamento Fiscal, cuja decisão decorreu de apreciação de Recurso Voluntário. Os requisitos previstos no art. 169, alínea “d” do RPAF/99, não foram preenchidos para a admissibilidade. Contudo, há alegações recursais que não foram devidamente combatidas. Admissível neste caso o pedido de Controle da Legalidade junto à PROFIS/PGE. Mantida a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em face do Acórdão nº 0169-12/21-VD, desta 2ª CJF, que Negou Provimento ao Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo para reformar a decisão da 5ª JJF, em face do seu Acórdão JJF nº 0105-05/15, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, em decisão unânime.

A apreciação da lide pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, ocorreu em 02/06/2015, conforme Acórdão JJF nº 0105-05/15, fls. 309 a 318, o que motivou a interposição de Recurso Voluntário, fls. 329 a 339, cuja apreciação ocorreu nesta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal em 16/06/2021, e decidiu, por unanimidade, Não Prover o Recurso, mantendo, portanto, a decisão de piso, cujo voto foi fundamentado nos termos a seguir transcritos:

“VOTO

No presente feito é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado referente a 2011.

Suscita inicialmente, o recorrente, nulidade do Auto de Infração, considerando o fato de o Fiscal Autuante relatar detalhadamente as rotinas utilizadas na fiscalização da empresa, quanto a suposta omissão de saídas e/ou entradas, nos exercícios de 2008 a 2012, contudo, não o fez quanto ao exercício de 2011.

De logo, sinalizo que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei, sendo certo afirmar que a natureza da infração e a pessoa do infrator estão determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte, não havendo que se cogitar em nulidade, como pretende o recorrente.

Esclareço que o autuante fiscalizou a recorrente nos exercícios de 2008 a 2012, sendo que cada exercício foi objeto de um Auto de Infração. Por este motivo, portanto, incorreu em mero erro de digitação ao assim mencionar, excluindo o ex.2011: ‘O resultado do Levantamento Fiscal efetuado, para os exercícios de 2008, 2009 e 2012, revelou falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração tanto de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas’.

Ou seja, entendeu a recorrente que a referida omissão quanto ao exercício de 2011 trouxe prejuízos ao exercício do contraditório, pois não menciona o ocorrido quanto ao exercício de 2011, objeto da presente autuação.

Ora, se observados a infração e seu descritivo, restam devidamente evidenciados a infração e o infrator. Incabível, portanto, suposta alegação de prejuízo ao contraditório.

Dessa forma, não vislumbro qualquer vício no procedimento fiscal que ensejou a correlata autuação em apreço, seja pela observância do seu rito formal, seja pela ciência e oportunidade conferidas ao contribuinte para exercer o seu amplo e irrestrito direito à defesa.

Não há, portanto, em minha ótica, como atribuir à ação fiscal uma violação aos princípios legais e da garantia

de ampla defesa invocados pelo recorrente.

Afasto as nulidades suscitadas e avanço na apreciação do mérito.

Cinge-se a recorrente a reiterar suas razões de defesa, notadamente em relação às mencionadas devoluções de mercadorias “fictas”, nos termos do § 3º, do art. 2º do Decreto nº 7.016/99. Salienta a recorrente que referidas operações não movimentam o seu estoque e que, portanto, não poderiam interferir no levantamento quantitativo dos seus estoques.

Relata a recorrente que em boa parte dos casos objeto da presente autuação, as omissões foram causadas por entradas no mês de janeiro/2012 de notas de devoluções emitidas por fornecedores e referentes às operações de devoluções de IPI, como contrapartidas de notas de devolução emitidas pela Autuada na competência anterior (2011).

Na atividade comercial, em razão de alterações na legislação tributária, de fato há operações de retorno de mercadoria, com emissão de nota fiscal, uma devolução ficta, ou seja, sem mercadoria.

Com o advento do Decreto nº 7016/99, o qual trouxe a alíquota zero para alguns produtos fabricados, e redução para outros, foi permitido ao contribuinte que fosse devolvido ao fabricante a mercadoria, para que este, retroativamente, concedesse tal benefício para mercadorias já entregues e comercializadas.

Neste sentido, os contribuintes foram autorizados a efetuar, mediante emissão de nota fiscal, a devolução simbólica ao respectivo fabricante de mercadorias novas existentes em seu estoque, ou em trânsito nessa data, para os seus respectivos estabelecimentos. Para tanto, o fabricante, no recebimento da mercadoria, se incumbe na responsabilidade do registro da devolução do produto em seu estoque, promovendo a saída ficta para o varejista/atacadista que a devolveu.

*Ocorre que nas referidas notas fiscais deve constar, devidamente sinalizado no campo informações complementares, a expressão “**nota fiscal emitida nos termos do Decreto 7.016/99, referente à Nota Fiscal de Devolução nº....**”*

Pelo exposto, motivados pela busca da verdade material, os relatores desta 2ª Câmara converteram o presente processo em diligência, oportunizando o contribuinte colacionar, trazer provas que, de fato, corroborem sua tese de defesa. Todavia, em todas as oportunidades ali concedidas, não logrou êxito a ora recorrente em elidir a referida infração.

Sinalizo ainda para diligência realizada por fiscal estranho ao feito, onde houve, inclusive, majoração da base de cálculo da infração. Contudo, considerando a impossibilidade de majoração da exação figurada neste lançamento tributário, mantenho, portanto, o valor originalmente exigido quando da lavratura do presente Auto de Infração.

Importante salientar que as obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos e, também, para facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo.

A comprovação da regularidade da devolução ficta, aduzida pela recorrente, está, de fato, condicionada à devida comprovação através dos documentos fiscais originais, tanto da devolução para o fornecedor (em razão da redução do IPI), como do retorno, devendo, pois, a recorrente correlacionar estas operações através da referência ao número do documento fiscal de devolução.

Sinalizo, portanto, que referidas providências foram devidamente requeridas em diligências, tanto em pautas suplementares ainda em fase impugnatória, como em diligências já proferidas por Relatores desta Câmara de Julgamento.

É também sabido que, no caso em lide, a fiscalização apurou omissões de saídas, com base na movimentação dos seus estoques, cujos dados foram extraídos basicamente do arquivo SINTEGRA da autuada. Ou seja, a análise e comprovação para sanar irregularidades, em face de caso concreto, é de competência exclusiva do próprio contribuinte, sendo que este não logrou êxito na apresentação dos referidos documentos, necessários para afastar o presente lançamento fiscal.

A despeito das inúmeras oportunidades, conforme acima já sinalizado, a recorrente não cumpriu com o quanto requerido nas diligências apresentadas.

Não há como dar guarida à tese recursal, pois, ao dar causa à infração, pela falta de emissão de notas fiscais de saídas para acobertar as operações objeto da autuação, não descumpriu apenas uma obrigação acessória, como também, impediu o controle do Fisco sobre o cumprimento da obrigação principal, qual seja, o pagamento do ICMS em operações sujeitas à incidência do imposto.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário.”.

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresentou Pedido de Reconsideração da decisão desta Câmara, fls. 650 a 658, onde inicialmente requer que as notificações, intimações e todos os atos concernentes ao feito sejam emitidos em nome dos seus patronos, sob pena de nulidade.

Após demonstrar ser tempestivo o presente Pedido de Reconsideração, frisa a necessidade de reforma da decisão proferida.

Relata sinteticamente que no Auto de Infração que imputou o cometimento da infração à legislação tributária, a fiscalização utilizou-se da hipótese de presunção de omissão de saída de mercadoria tributável desacompanhada de nota fiscal.

Acrescenta que no trâmite processual, após o julgamento da 5ª JJF, no qual se decidiu pela procedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário, tendo em vista os equívocos cometidos naquele julgado, tendo sido os autos encaminhados para diligência, por força do princípio da busca pela verdade material.

Complementa que apesar dos argumentos defensivos e da documentação acostada, o diligente chegou à conclusão de que as omissões persistiam, nada modificando no levantamento fiscal. Entretanto, quando da conclusão do presente processo para julgamento pela 2ª CJF, foi solicitada nova diligência, fl. 548, oportunidade que foi apresentada nova informação fiscal - Doc. 02, no intuito de que fossem consideradas justamente as razões aduzidas na defesa e, especialmente, as provas documentais colacionadas, até então, reiteradamente não apreciadas.

Continuando o relato, diz, que quando da apresentação dessa nova informação fiscal, foi reexaminada toda a auditoria de estoques, elaborados novamente os cálculos relativos às operações autuadas, procedendo com o cotejo entre os dados fornecidos quando da lavratura do Auto de Infração e a documentação colacionada, onde foi verificada a pertinência dos argumentos da defesa, ensejando no desprovento parcial do Auto de Infração.

Transcreve trechos da referida informação e aponta que não por acaso, o Auditor reduziu a base de cálculo do imposto de R\$2.070.487,66 para R\$367.692,66, conforme planilha, cujo trecho plota. Observa ser a planilha dotada de clareza, pois além de constar, nas colunas “P” e “O”, respectivamente, o valor imputado a título de “omissão de saídas original” (R\$2.070.487,66) e o valor de “omissão de saídas ajustado” (R\$367.692,66), foi inserida pela autoridade fiscal, na coluna “Q”, a observação quanto a todos os casos que foram acatadas as justificativas da defesa.

Aponta que o Auditor concluiu pela improcedência do lançamento quanto à considerável parcela das operações autuadas, reduzindo a base de cálculo do ICMS, dito como não recolhido.

Sinaliza que apesar desta última conclusão, quando da prolação do acórdão pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o colegiado incorreu em erro material, quando concluiu pela procedência da totalidade do Auto de Infração divergindo da informação fiscal apresentada, cujo trecho reproduz.

Observa que o Acórdão CJF nº 0169-12/21-VD, utilizou como fundamento justamente a informação fiscal por meio da qual foi acatada a maioria das alegações defensivas, e, contrariamente o julgamento concluiu em sentido oposto, julgando totalmente procedente a autuação.

Inferre que não foi apreciada pela Câmara julgadora as razões de fato e de direito ventiladas na defesa e apontadas no conjunto probatório colacionado, aduzindo que a autuada não teria logrado em apresentar provas capazes de demonstrar a improcedência da autuação, e ainda interpretou a conclusão prestada pelo próprio fisco de modo absolutamente deturpado.

Conclui que contrariamente à compreensão do *desisuium*, não há que se falar em majoração da base de cálculo do ICMS, quando na prestação da informação fiscal, uma vez que na auditoria em verdade, há expressa previsão justamente em sentido oposto.

Explica que no momento da lavratura do Auto de Infração, alcançou-se como valor das operações, objeto da suposta omissão de saída, o valor de R\$2.053.664,70, configurando, assim, como base de cálculo do imposto, dito como devido. Desse modo, com a incidência da alíquota de 17%, o *quantum* de ICMS em cobrança correspondia a R\$349.123,00, como principal, sem a multa, correção monetária e os demais acréscimos legais. Todavia, no cumprimento da diligência o auditor responsável, ao refazer todo o levantamento fiscal, encontrou como base de cálculo originária do ICMS o valor de R\$2.070.487,66, próximo ao constante no Auto de Infração.

Salienta que ao realizar essa nova apuração, considerando, em tal oportunidade as informações e as provas apresentadas nas defesas administrativas, foi acatada considerável parcela das alegações defensivas e por conseguinte, findou por reduzir a base de cálculo do imposto dito como não recolhido “*correspondente ao valor supostamente objeto de omissão de saídas, de*

R\$2.070.487,66 (dois milhões, setenta mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e sessenta e seis centavos) para o importe de R\$367.692,66 (trezentos e sessenta e sete mil, seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos).”, conforme trecho transcrito do parecer exarado pelo diligente.

Diz que compreendendo pela improcedência da parcela majoritária da autuação, a fiscalização findou por reduzir a base de cálculo do ICMS, de modo que, com a incidência da alíquota de 17%, como aplicada quando da lavratura do auto de infração, o importe principal em cobrança foi minorado de R\$349.123,00 para R\$62.507,75.

Assevera não restar dúvidas de que, ao contrário da premissa utilizada pelo *decisum* recorrido, a informação fiscal, acatando as alegações da defesa, ao reduzir a base de cálculo do tributo, findou por minorar o valor cobrando a título de ICMS na presente autuação.

Ressalta que o acórdão, sob o fundamento de observância à conclusão alcançada na informação fiscal em questão, em verdade, não apreciou o fundamento central apresentada na defesa e também, no recurso, nos termos do art. 173, inc. V do RPAF, mais ainda divergiu completamente da informação fiscal prestada, incorrendo em evidente erro material quanto ao entendimento ali exarado.

Conclui restar patente que o *decisum* deve ser reformado a fim sanar o vício material apontado, observando, assim, a informação fiscal na qual se respalda.

Roga pela reconsideração do acórdão ora vergastado, a fim de seja reconhecida a improcedência de parcela da autuação, nos exatos termos da conclusão da auditoria fiscal encarregada pelo reexame de todo o lançamento tributário em questão.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação do Pedido de Reconsideração.

Registro a presença na sessão de julgamento da procuradora do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Maria Eduarda Cavalcanti Pinheiro Ramos.

É o relatório.

VOTO

Como já relatado, o Pedido de Reconsideração visa reformar a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, consubstanciado no Acórdão CJP nº 0169-12/21-VD, que por unanimidade rejeitou o Recurso Voluntário interposto pela autuada.

Preliminarmente, lembro que o Decreto nº 7.629/99 que aprova o RPAF e disciplina o processo administrativo fiscal e os procedimentos administrativos não contenciosos, prevê, dentre as espécies recursais possíveis, o Pedido de Reconsideração, que para ser admitido deverá observar as determinações do art. 169, inc. I, alínea “d” do RPAF/99, cuja redação vigente foi dada pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/2018, com efeitos a partir de 18/08/2018, a seguir reproduzido:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal: (...)

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

Da leitura destes dispositivos, conclui-se que existem dois pressupostos concomitantes para sua admissibilidade: que a decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha: (i) decorrido de julgamento de Recurso de Ofício; e (ii) reformado, no mérito, a de Primeira Instância.

Existe ainda uma outra condição prevista no art. 173, inc. V do citado RPAF/99, para que esta instância tome conhecimento do Pedido de Reconsideração, *in verbis*:

Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto:

I - intempestivamente;

II - pela segunda vez, no mesmo processo, exceto se a decisão do primeiro pedido houver versado exclusivamente sobre preliminar; (...)

IV - sem previsão na legislação processual.

V - sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na

alínea “d” do inciso I do art. 169.

Analisando o caso concreto, constata-se que não houve apreciação pela Câmara de Julgamento de Recurso de Ofício, já que as decisões tanto de primeira como de segunda instância foram unânimes e decidiram no mesmo sentido, pela procedência do Auto de Infração.

Por óbvio, para a admissão do pedido ora formulado pelo sujeito passivo, é necessário que citados, os requisitos regulamentares estejam preenchidos.

No presente caso, a 2ª CJF não reformou a decisão de primeira instância, mantendo a decisão da 5ª JJF, cujo julgamento decorreu de interposição de Recurso Voluntário, conforme constata-se da leitura da ementa do Acórdão e no trecho do voto condutor a seguir reproduzidos:

ACÓRDÃO CJF Nº 0169-12/21-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS EM VALOR INFERIOR AO DAS SAÍDAS. OMISSÃO DE SAÍDAS. A tributação nesse caso deve recair sobre a diferença de maior expressão monetária, a de saídas. Não foram comprovadas as incorreções apontadas pelo impugnante, especialmente quanto às devoluções fictícias, conforme demonstra a diligência feita pela ASTEC/CONSEF. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

“Não há como dar guarida à tese recursal, pois, ao dar causa à infração, pela falta de emissão de notas fiscais de saídas para acobertar as operações objeto da autuação, não descumpriu apenas uma obrigação acessória, como também, impediu o controle do Fisco sobre o cumprimento da obrigação principal, qual seja, o pagamento do ICMS em operações sujeitas à incidência do imposto.

*Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao presente **Recurso Voluntário**. ” (Grifo do relator)*

Em assim sendo, constata-se não estarem preenchidas as condições de admissibilidade do Pedido de Reconsideração, portanto, não deve ser conhecido.

Por derradeiro, é oportuno pontuar que da análise dos autos, vislumbro ser possível a discussão do questionamento posto pela suplicante, contudo, advirto que a utilização do Pedido de Reconsideração para este processo não é o meio próprio e possível para dar continuidade à discussão da lide na esfera administrativa, por estarem ausentes os requisitos para a sua admissibilidade, como demonstrado linhas acima, sendo, entretanto, cabível recorrer ao Controle da Legalidade junto à PGE/PROFIS para discussão da questão posta.

Assim, por todo o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2069480010/13-5**, lavrado contra **F S VASCONCELOS E CIA. LTDA. (LOJAS MAIA - MAGAZINE LUÍZA S.A.)**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 349.123,00**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS