

PROCESSO - A. I. Nº 206908.0002/17-8
RECORRENTE - CIA. HERING
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 4ª CJF nº 0031-12/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0277-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS ANTERIORES SEM TRIBUTAÇÃO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA. O requisito ou pressuposto para a admissibilidade de Pedido de Reconsideração é que a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, em julgamento de Recurso de Ofício, a de 1ª Instância em processo administrativo fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em relação ao Acórdão CJF nº 0031-12/24-VD, que manteve parcialmente, sendo reformada a Decisão de piso, em sede de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão contida no Acórdão JJF Nº 0191-04/21-VD relativo as infrações 1 e 2 julgadas procedentes.

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2017 e notificado ao Sujeito Passivo em 09/07/2017 (fl. 800), exigiu ICMS no valor de R\$ 191.106,18, além multa (100% para ambas as Infrações) de juros e acréscimos legais, sob a acusação de cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetivadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado [exercícios de 2014 e 2015]. **Enquadramento Legal:** Art. 2º, inciso I; art. 23-B da Lei 7.014/96 C/C art. 83, inciso I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inciso I, da Portaria 446/96. **Multa Aplicada:** Art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96. **Total da Infração: R\$ 76.629,19.**

INFRAÇÃO 02 - 04.05.05 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração 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 – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício [de 2013]. **Enquadramento Legal:** Art. 4º, § 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II da Lei 7.014/96 C/C art. 13, inciso II, da Portaria 446/96. **Multa Aplicada:** Art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96. **Total da Infração: R\$ 24.447,08.**

Na **Defesa** (fls. 802 a 863; guarneçada por documentos e mídia de fls. 964 a 906) aduziu-se, em síntese, o seguinte: **a)** erro material e vício insanável do lançamento ao apontar na Infração 01 a data da ocorrência como 31/01/2015 e vencimento em 09/02/2015; **b)** vícios materiais no lançamento que não consideraram que “a movimentação de estoque é um movimento cíclico e que na prática, os contribuintes escrituram fiscalmente o documento em momento diferente da entrada física, devido aos curtos prazos de fechamento dos períodos”, tecendo considerações analíticas sobre as diversas mercadorias envolvidas no levantamento, exercício a exercício; **c)** caráter confiscatório da multa aplicada (100%), em dissonância com entendimentos de tribunais superiores, pleiteando subsidiariamente a sua redução a 30%. Requereu realização de perícia.

Na **Informação Fiscal** (fls. 908 a 912), o Autuante admite o erro material, que corrige, mas afirma que no mais a Defesa reconhece o descumprimento daquilo determinado pela legislação do ICMS, rejeita as alegações, e rechaça a redução da multa.

A 4ª JJF, por sua vez, rejeitou os argumentos de defesa, **mantendo a autuação em sua totalidade** informando, o relator, juntamente com os pares que o argumento não justifica para elidir o lançamento tributário, explicando que *“o levantamento quantitativo de estoque é efetuado com base nos elementos constantes do livro Registro de Inventário de Mercadorias, escriturado pelo autuado no final de cada exercício, oportunidade em que efetuou a contagem física das mercadorias existentes em seu estabelecimento e, em seguida as escriturou. Foram consideradas também nos levantamentos todas as entradas de mercadorias registradas no período através de notas fiscais e, por igual em relação às saídas. Portanto, o argumento alusivo ao dito movimento cíclico de mercadorias não se sustenta, e não há qualquer previsão legal nesse sentido”*.

O Sujeito Passivo ofereceu **Recurso Voluntário** (fls. 932 a 951, garantido por documentos e mídia de fls. 952 a 1.004-A), em sede do qual deduziu os seguintes argumentos, em parte reiterativos da Defesa. A 2ª CJF deliberou por converter o feito em diligência para que a Fiscalização refizesse a auditoria de estoques consoante a atual redação da Portaria nº 445/1998, observando, se for o caso, os percentuais de tolerância à perda, roubo ou extravio ali previstos, intimando-se o Recorrente a se manifestar. Às fls. 1.015 (com demonstrativos sintéticos de fls. 1.016 a 1.021 e mídia à fl. 1.022) a Fiscalização afirmou que utilizando o mesmo banco de dados que originou o Auto de Infração, refez o demonstrativo não tendo encontrado *“qualquer tipo de benéfico [Sic] ao sujeito passivo”*.

Em **Manifestação** (fls. 1.025 a 1.039 -, garantida por documentos e mídia de fls. 1.040 a 1.133), a Recorrente rechaça a diligência e aponta equívocos no levantamento, concluído por postular “nova auditoria” com base no princípio da busca da verdade material, ou de perícia como alternativa, ratificando as razões recursais e postulando, subsidiariamente, *“que seja exigida apenas a multa prevista no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, por suposto descumprimento de obrigação acessória”*.

A 2ª CJF deliberou por converter o feito em nova **diligência** para a Fiscalização, sob as seguintes considerações, franqueando subsequentemente ao Recorrente, oportunidade para se manifestar.

Em novo **Relatório de Diligência** (fls. 1.142 e 1.143, garantido de documentos e mídia de fls. 1.144 a 1.344), o Autuante declara que, aplicando os percentuais de tolerância a perdas, furtos e extravios da legislação aos exercícios de 2014 e 2015 (quando foi constatada omissão de saída), incabível para o exercício de **2013** (quando foi constatada omissão de entrada), foi constatada modificações do lançamento: no exercício de **2014**, de R\$ 39.815,17 para R\$ 32.961,64; e no exercício de **2015** de R\$ 36.813,93 para R\$ 30.581,05.

Instado a se **manifestar**, o Recorrente **ofereceu razões** acostadas às fls. 1.337 a 1.342 (secundada por documentos às fls. 1.343 a 1.352), nas quais insiste em pugnar pela verdade material, afirmando ter evidenciado as falhas na sua própria escrituração que acarretaram a percepção de omissões de saída ou de entrada a partir do seu livro de registro de inventário, mas que não implicaram operações não submetidas à tributação, não havendo impacto econômico contra o Fisco. Criticou o cálculo do preço médio, e criticou a ausência de manifestação analítica do Autuante sobre suas razões recursais.

Nova Informação Fiscal (fls. 1.356 e 1.357, mais demonstrativos e mídia de fls. 1.358 a 1.396) acolhe parcialmente o pleito da Recorrente em relação ao preço médio das mercadorias, e reduz os lançamentos no exercício de **2014** para R\$ 30.554,34, e no exercício de **2015** para R\$ 30.095,34.

O Recorrente, por sua vez, em **peça** de fls. 1.400 a 1.418 torna a criticar a manutenção de vícios anteriores e ofensa à busca material; rejeita haver praticado operações tributáveis não submetidas à tributação; critica o fato de que *“partindo dos mesmos documentos a INFAZ de origem chegou a 3 cálculos de ICMS devido diferentes”*, evidenciando completa imprecisão da auditoria de

estoques; reitera a impugnação especificada dos quantitativos; e conclui requerendo “nova auditoria”, “nova diligência fiscal”, “prova pericial”, reitera argumentos recursais e pleiteia, subsidiariamente, a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Este colegiado de segundo plano decidiu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário apresentado, tendo dois votos esta decisão: **I) VOTO VENCIDO** - (Relator) após discorrer sobre os fatos de nulidades e improcedências emitiu voto no sentido de desconstituir a autuação nas duas imputações exigidas, no entanto, aplicou “multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “e”, item 1.1 da Lei nº 7.014/96, ou seja, de R\$ 1.380,00, a cada período fiscalizado – 2013, 2014 e 2015”; **II) VOTO VENCEDOR** – rejeitou as nulidades e as alegações de improcedência, mas acolheu as reduções proferidas pelo fiscal, após à última diligência solicitada, nos termos da “*adequação do levantamento às novas disposições do Art. 3º da Portaria nº 445/98, observando os percentuais de tolerância à perda, roubo ou extravio ali previstos*”, para a Infração 01, tendo como valores remanescente, respectivamente, R\$ 30.554,34 e R\$ 30.095,34 para os exercícios de 2014 e 2015. Manteve em sua totalidade quanto à infração 02 por não se reportar aplicação da Portaria nº 445/98.

O contribuinte ainda inconformado com a decisão de segundo plano, nas fls. 1443/47, apresenta **Pedido de Reconsideração** onde solicita reconsideração quanto à decisão desta Câmara (A-0031-12/24-VD), em seu voto vencedor, que tornou, na auditoria de estoque, a presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS e afastou a exigência fiscal da realidade dos fatos. Sustenta ser inaceitável tal fato, pois viola o princípio da verdade material.

Reconheceu o engano no cumprimento das obrigações acessórias, no entanto, afirmou que demonstrou a escrituração de todas as notas fiscais eletrônicas de entrada e saída no período autuado, assim, pede pelo afastamento da presunção presumida na decisão proferida, pois, reafirma que estão presente nos autos os elementos para tal ato, conforme o que dispõe o fundamento do art. 142 do RPAF/99 (verdade material) e o vem descrito no voto vencido.

Pondera que a fiscalização insistiu em considerar o movimento cíclico dos estoques e o fato de que o ICMS devido nas operações realizadas foi pago, baseando-se em informações incompletas e descontextualizadas na operação empresarial (presunção) que foge do princípio da verdade material. Ressaltou também, que no voto vencido, dispôs sobre o mesmo fato descrito. Menciona que foram realizadas diversas tentativas, sem sucesso, para que a fiscalização analisasse, as movimentações de estoques, a fim de demonstrar a ausência de prejuízo ao erário decorrente do estoque cíclico. Observou-se que a conduta da fiscalização de analisar as movimentações do estoque, foram desconsideradas tais movimentações, sendo contrária ao requerimento formulado pela recorrente nas fls. 1026/1131, da própria determinação desta Câmara.

Destacou que cada nova diligência realizada ficou evidente a imprecisão da auditora fiscal, na medida em que partindo dos mesmos documentos a INFAZ DE ORIGEM chegou a (três) cálculos de ICMS devido diferentes, levando a conclusão pela falta de hígidez da autuação. Ressalta que a matéria não é estranha no Judiciário (Processo nº 0310311-32.2018.8.05.0001), pois reconheceu a inconsistência de autuações lastreadas no levantamento quantitativo de estoque para cancelar a exigência do ICMS, ou seja, tal conduta do Estado só causaria prejuízo na esfera judicial.

Salienta que, considerando os princípios da eficiência e da moralidade, bem como a evidente ofensa à verdade material, requer a reconsideração desta decisão recorrida para que seja reconhecida a nulidade integral do Auto de Infração ou, ao menos, determinar a realização de nova diligência no sentido de apurar todo o estoque do período auditado, considerando o movimento cíclico da operação.

Registrada a presença do advogado Dr. Ruy Figueiredo de Almeida Barros na sessão de videoconferência, sendo que o mesmo fez uso da palavra conforme regra regimental.

É o relatório.

VOTO

De início, compete analisar a admissibilidade do Pedido de Reconsideração apresentado, conforme a legislação pertinente (RPAF/99 - Art. 169, I, “d”), sendo que estabelece requisito ou pressuposto para a sua admissibilidade é que a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, em julgamento de Recurso de Ofício, a de 1ª Instância em Processo Administrativo Fiscal.

A legislação para a admissibilidade é a seguinte:

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

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

(...)

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 da Decisão recorrida das instâncias anteriores, observa-se que a Decisão de 2º grau reformou a Decisão de 1ª Instância, o que implica na falta de pressuposto para a interposição deste Pedido de Reconsideração, além disso pode ser verificado que a reforma tem que ser de Recurso de Ofício e, não, o de Recurso Voluntário, como pode ser observado pelo resumo das razões recursais expostas no relatório.

Diante do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO deste Pedido de Reconsideração.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 206908.0002/17-8, lavrado contra CIA. HERING, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 85.126,76**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA - RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSO SALAU - REPR. DA PGE/PROFIS