

A. I. Nº - 293872.0003/09-7
AUTUADO - DANONE LTDA
AUTUANTES - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUSA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0271-02/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Deve ser estornado o crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Fato não contestado. b) ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Infração não elidida. c) ATIVO IMOBILIZADO. Fato não contestado. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Fato não contestado. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Revisão fiscal confirma que o levantamento quantitativo foi feito em conformidade com a Portaria nº 445/98. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Subsistência parcial em razão de comprovados erros na apuração do débito. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o autuado deixou de reter o imposto nas vendas de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, para contribuintes localizados neste Estado. Fato não contestado. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/06/2010, para exigência de ICMS no valor de R\$1.658.448,75, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Estorno de débito de ICMS, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, no valor de R\$650.163,55, em desacordo com a legislação deste imposto, conforme demonstrativos às fls. 22 a 27.

2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$1.667,30, nos meses de março e outubro de 2006, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 29 a 30.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.035,99, no mês de março de 2006, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 32.
4. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 149.372,74, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, no período de janeiro a dezembro de 2006, setembro de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativos às fls. 34 a 72.
5. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no total de R\$18.478,02, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de janeiro a outubro de 2006, março, julho a dezembro de 2007, e janeiro de 2008, conforme demonstrativos às fls. 74 a 105.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$678.740,12, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo aos exercícios de 2006, 2007 e 2008, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme demonstrativos às fls. 107 a 136.
7. Falta de retenção do ICMS no valor R\$158.991,03, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2006, 2007 e 2008), conforme demonstrativos às fls. 130 a 136.

O autuado, em sua defesa às fls. 445 a 473, após descrever as infrações, informou que, por razões econômicas relativas ao custo de levantamento das informações e movimentações dos arquivos, optou por efetuar o pagamento das infrações 02, 03, 04 e 05, tendo juntado às fls. 501 a 502, cópia dos DAE's nos valores de R\$152.076,03 e R\$18.478,02, referentes aos valores de R\$1.667,30; R\$1.035,99; R\$149.372,74 e R\$18.478,02, respectivamente.

Com relação à infração 04, diz que apesar de sua convicção com relação à inconstitucionalidade do estorno de crédito em razão de saídas com redução de base de cálculo, por não se tratar de operação sujeita a não incidência ou isenção como previsto pelo art. 155, § 2º, II, b da Constituição Federal, reconhece que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contrariamente à tese defendida por toda a doutrina, como se observa das lições dos Professores Sacha Calmon, José Eduardo Soares de Melo e Roque Antonio Carraza, que foram transcritas.

Com base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a redução de base de cálculo seria isenção parcial, de modo a autorizar o estorno do crédito nos termos do art. art. 155, § 2º, II, b, diz que optou por efetuar o pagamento deste valor, com a redução da multa, reservando-se ao direito de pleitear a repetição dos valores pagos na hipótese de o entendimento do Supremo Tribunal Federal vir a ser revertido, alinhando-se com a melhor doutrina.

Em seguida, argüiu a nulidade das infrações 06 e 07 por inobservância do artigo 3º, III, da Portaria nº 445/98.

Explica que para a elaboração do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias foram selecionadas pelo autuante as mercadorias e efetuado o levantamento das entradas e das saídas, e apurado preço médio unitário das mercadorias no mês de dezembro de cada ano, tomando por base as informações constantes nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ.

Aduz que no curso da ação fiscal e após a conclusão dos trabalhos de fiscalização, informara ao autuante que o procedimento adotado apresentava divergências por não considerar a totalidade das mercadorias dos períodos fiscalizados, isto porque o seu estoque se altera de forma dinâmica pelo fato de os produtos terem a possibilidade de alteração de seu código mediante a operação denominada de inversão.

Explica que a citada inversão de estoque é a modificação de um dado item do estoque de uma natureza para outra. Citou como exemplo, o produto 110864, “IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO”, composto por 4 potes de iogurte e com peso de 460g, sendo reconhecido neste código como um item de estoque. Por sua vez, quando se apresenta com 2 potes e peso de 230g, o produto movimenta o código 110867 e é denominado “CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA”.

Observa que através da operação de inversão, o produto 110864 é quebrado em 2 itens de estoque o que provoca: 1. A baixa de um item 110864 “IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO”; e, 2. O acréscimo de itens 110867 “CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA”. Para comprovar essa alegação juntou os e-mails às fls. 498 a 499.

Por conta disso, diz que a conclusão fiscal está equivocada, pois apurou indevidamente pela omissão de saídas de um item 110864 ou pela omissão de entrada de dois itens 110867, caso selecionasse por amostragem apenas um dos produtos.

Transcreveu os artigos 1º e 3º da Portaria nº 445/98, para arguir que a fiscalização deveria ter feito o agrupamento, e ao não fazê-lo, transferiu ilegítimamente o ônus para a empresa. Cita lições de renomados professores de direito tributário sobre a questão relacionada com o dever da autoridade administrativa provar a ocorrência do fato gerador que enseja a autuação fiscal.

Assim, sustenta que o auto de infração está eivado de nulidade, pelo fato de o autuante deixar de produzir qualquer elemento de prova em relação aos fatos que dão ensejo a autuação levada a termo, além de desconsiderar as planilhas e esclarecimentos apresentados pela empresa sem qualquer fundamentação, razão pela qual deve ser cancelado.

Além disso, sustenta que está ausente do lançamento uma prova necessária à demonstração da omissão de saídas, que se trata do agrupamento dos itens comuns, conforme previsto no artigo art. 130, II, da Lei n. 3.956/1981.

Com base nesses argumentos, pede a nulidade da autuação por cerceamento de defesa.

No mérito impugnou as infrações 01, 06 e 07, com base nas seguintes razões defensivas.

Infração 01

Esclarece que é beneficiário do Decreto n. 7.799/00, que dispõe sobre o tratamento tributário a ser adotado pelas empresas que assinaram o Termo de Acordo Atacadista com redução da base de cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS, com direito a lançar a crédito, o valor equivalente a 16,667% do valor incidente das operações interestaduais que realizar com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes dos itens 1 à 16 do Anexo Único.

Destaca que o artigo 4º prevê que a redução de Base de Cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária.

No caso, diz que foi incluído no cálculo do valor do estorno do débito do ICMS, mercadorias enquadradas na substituição tributária, quais sejam, iogurtes – NCM 04.03.1000, ou seja, que o cálculo do Estorno de Débito Devido foi feito excluindo-se as mercadorias enquadradas na substituição tributária (Iogurtes-NCM 04.03.1000).

Frisa que em virtude das saídas interestaduais a partir do estabelecimento situado no Estado da Bahia serem efetuadas pela alíquota de 12%, o efeito prático da previsão acima transcrita é o lançamento de crédito no valor de 2%, decorrente da multiplicação de 16,667% por 12%.

Sustenta que sempre apurou regularmente o crédito presumido lançado a título de outros créditos em sua apuração mensal do ICMS, considerando a base de cálculo de suas vendas interestaduais de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros (CFOP. 6.102) e das operações interestaduais de transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros (CFOP. 6.152), deduzindo o valor de eventuais operações de devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros (CFOP 2.202).

Não concordou com a fiscalização no sentido da exclusão dos iogurtes NCM 04.03.100 no cálculo do crédito presumido sobre as saídas, por se tratar de produto enquadrado no regime de substituição tributária, por entender que com base na vedação prevista no art.4º do Decreto nº 7.799/00, a legislação do Estado da Bahia apenas enquadra os iogurtes no regime de substituição tributária nas operações internas, conforme se depreende do art. 353, II, item 3.3 do RICMS/BA.

Com relação às operações interestaduais, entende que deve ser observado o disposto no art. 370 e seguintes do RICMS/BA, visto que diante da inexistência de Protocolo ICMS ou Convênio sujeitando os iogurtes ao regime de substituição tributária nas operações interestaduais, é absolutamente indevida a exigência imposta pela Fiscalização.

Salienta que o que determina o enquadramento de uma mercadoria no regime de substituição tributária, não é sua NCM, mas o tipo de operação realizada (interna ou interestadual, além de ser considerado o destinatário) com uma dada mercadoria sujeita ao regime, além do fato de que o enquadramento de mercadorias no regime de substituição tributária em operações interestaduais depende de previsão em Protocolo ICMS ou do cadastramento do contribuinte no Estado de destino, o que não se verifica na hipótese.

Informa que todas as saídas consideradas pelo estabelecimento foram enquadradas em CFOP com tributação normal (6.102 e 6.152) e nas notas fiscais não constam destaque de ICMS-ST, tendo, às fls. 461 e 462, feito a demonstração de seu procedimento de apuração do crédito presumido em comparação com aquele utilizado pela Fiscalização para os meses de outubro/2006 e maio/2007.

Explica que, conforme se verifica das tabelas, efetuou seu cálculo considerando todas as saídas da apuração, tendo em vista que todas as operações estão sujeitas ao regime normal de apuração. Para confirmação dessa alegação, apresentou a demonstração dos cálculos do estorno em suas apurações mensais dos referidos meses. (docs.fls. 504 a 516).

Conclui este item argumentando que a vedação prevista no art. 4º, I, do Decreto nº 7.799/00 não se aplica às saídas interestaduais de Iogurte por ele efetuadas, e no seu entender é legítimo o cálculo do crédito presumido sobre tais operações, tendo em vista que o produto Iogurte é enquadrado no regime de substituição tributária somente nas operações internas; e as operações interestaduais são tributadas no regime normal, sem substituição tributária, e nos CFOPs. 6.102 e 6.152.

Infrações 06 e 07

Observa que as duas infrações correspondem à mesma situação de fato, qual seja, a infração 06 refere-se à exigência do ICMS próprio sobre as supostas omissões, enquanto que a infração 07 relaciona-se à exigência do ICMS-ST, sobre as mesmas omissões, quando aplicável.

Repete que houve a inversão de estoque, e que esta nada mais é do que a modificação de um dado item do estoque de uma natureza para outra, citando o mesmo exemplo das preliminares de nulidade, ou seja: o produto 110864 é o “IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO”, composto por 4 potes de iogurte e com peso de 460g, sendo reconhecido neste código como um item de estoque. Por outro lado, quando se apresenta com 2 potes e peso de 230g, o produto movimenta o código 110867 e é denominado “CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA”.

Informa que gerou em seu sistema o relatório anual de movimentação de estoques para este item filtrando as movimentações TRA. A transação TRA indica mudanças de posição da mercadoria dentro do estoque, ou seja, que esta transação pode se referir à simples movimentação de mercadoria de uma posição para outra no estoque, hipótese em que se

verificam registros de Entrada e Saída nas mesmas quantidades na mesma data. Juntou, a título de exemplo, levantamento intitulado “Inversão – 110864 e 10867” (docs.fls.518 a 585).

Esclarece que, no citado levantamento, os 6 primeiros registros da transação TRA são movimentações da mercadoria no estoque, entradas e saídas. Já o sétimo registro corresponde a uma saída de 216 unidades de “IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO” no dia 04.01.2006 – operação de inversão de estoque. No relatório de estoques “Invertido 110867.txt”, observa-se no mesmo dia 04.01.2006 a entrada de 432 unidades de “CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA”. Ou seja, 216 unidades de 460 g (quatro potes) tornaram-se 432 unidades de 230 gramas (2 potes), conforme demonstrado contabilmente.

Explica que ao totalizar as operações a diferença entre o total de entradas e saídas da transação TRA indica o estoque invertido para aquele produto. No arquivo Excel “110864” a empresa converteu a planilha.txt para apurar a mencionada movimentação encontrando 161.149 unidades entradas na transação TRA e 407.028 unidades saídas na transação TRA, o que indica a inversão da diferença, 245.879 unidades.

Além disso, que no arquivo “110.867”, a empresa verifica a movimentação de 569.446 unidades entradas na transação TRA e 73.416 entradas na transação TRA, totalizando uma diferença de 496.030 unidades. Segundo o verificado pela contabilidade, do produto 110864, foram invertidas 245.879 unidades que representam 491.758 unidades entradas no produto “110.867”.

Com isso, assevera que somente com esta operação de inversão a suposta omissão de saídas de 247.571 do produto “110.864”, é reduzida para 1.692 unidades, em vista da inversão de 245.879 unidades, baixadas deste produto para o produto 110.867. Justificou este valor residual dizendo tratar-se de operações de devolução de produtos fora da validade que, apesar de não movimentarem valores na apuração (crédito), tendo em vista que efetua o estorno dos eventuais créditos relativos aos produtos envolvidos, movimentavam os estoques devido ao registro da nota de devolução emitida pelo Cliente. Esclarece, ainda, que atualmente, regularizou o procedimento para emitir nota fiscal de baixa com débito, no lugar do estorno efetuado diretamente na apuração do ICMS.

Prosseguindo, o defendente diz que no ano de 2006, o estabelecimento passou por um processo de troca de seu RP (Sistema Integrado de Gestão Empresarial) o que demandou uma série de esforços para parametrização do novo sistema implantado.

A título de exemplo, citou o produto 110824 – “CORPUS PED AMEIXA 460 IOG”, para o qual a Fiscalização apurou suposta omissão de saídas de 192.845 unidades, totalizando a exigência de R\$69.173,50 (ICMS próprio) e R\$ 27.669,40 (ICMS-ST), números que correspondem, respectivamente, a 21% da exigência da infração 06 e 25% da exigência da infração 07, no exercício de 2006.

Alega que por um equívoco na geração de seu arquivo magnético SINTEGRA, as quantidades deste produto foram indevidamente quadruplicadas nos arquivos SINTEGRA relativos aos meses de setembro, outubro e novembro de 2006, gerando as diferenças apuradas no trabalho fiscal, conforme pode ser comparado nas quantidades das notas fiscais anexadas às fls. 608 a 613 e constantes no quadro à fl. 468.

Além disso, diz que através do seu arquivo anual de movimentação de estoques (docs.fls. 615 a 728), pode apurar que houve duplicação de todas as entradas e saídas no período de outubro a novembro de 2006, afetando o cálculo da movimentação de estoques, conforme arquivo Excel de movimentação, fl. 730 a 799, onde o FATOR 4 indica valores quatro vezes superiores para as saídas nos arquivos magnéticos.

Inclusive diz que do referido arquivo, se verifica também que este item ainda foi afetado por inversões de estoques, o que é confirmado pelas saídas no item 110.824, com entradas no item 110.823, item invertido (docs.fls. 781 a 800).

Sobre inconsistências no arquivo magnético, o defendente diz que a SEFAZ já se pronunciou no sentido de que deve prevalecer o que consta nos documentos fiscais, através do Auto de Infração nº 298921.0022/01-9. Acórdão JJF nº0043-02/02. Julgado em 21.02.2002.

Requeru a realização de diligência para comprovar o quanto alegado em sua peça defensiva, qual seja, para comprovar os critérios e elementos que impactam a movimentação de estoques do estabelecimento, pelas operações de inversão de estoques, argumentando ser necessária a consideração dos produtos passíveis de correlação no levantamento quantitativo.

Por fim, requer que seja julgada integralmente procedente sua impugnação pelas razões de fato e direito acima expendidas, para que:

“1. Preliminarmente, seja acolhida a preliminar de nulidade do levantamento quantitativo de estoques para os exercícios de 2006, 2007 e 2008, ante a inobservância do determinado no art. 3º, III, da Portaria n. 445/1998, com conseqüente ofensa ao disposto no art. 130, II, da Lei n. 3.956/1981 e do art. 18, II, do Decreto n. 7.629/1999, a consubstanciar verdadeira violação do direito de ampla defesa da Impugnante;

2. No mérito, seja julgada improcedente a infração 01, tendo em vista que a vedação prevista no art. 4, I, do Decreto n. 7.799/00 não se aplica às saídas interestaduais de iogurte por ela efetuadas, razão pela qual é legítimo o cálculo do crédito presumido sobre tais operações, tendo em vista que: i. o produto iogurte é enquadrado no regime de substituição tributária somente nas operações internas; ii. as operações interestaduais são tributadas no regime normal, sem substituição tributária, e nos CFOPs. 6.102 e 6.152;

3. E com relação às infrações 06 e 07, sejam as mesmas julgadas improcedentes, em vista da justificação das supostas diferenças pelas operações de inversão de estoques, retorno de mercadorias impróprias para consumo ou diferenças no arquivo SINTEGRA, como demonstrado.

4. E, por fim, na eventualidade de assim não entender a autoridade julgadora, seja o julgamento das infrações 06 e 07, convertido em diligência para a apresentação de maiores esclarecimentos pela Impugnante.”

Na informação fiscal às fls. 804 a 806, rebateu as razões defensivas nos seguintes termos.

Infração 01.

Argumenta que na infração 01, houve um equívoco de interpretação da legislação tributária deste Estado pelo autuado, visto que, foram incluídos nos cálculos dos estornos de débitos de ICMS a que faz jus o contribuinte em razão de Termo de Acordo firmado, os valores correspondentes às saídas interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Chama a atenção que o produto "Iogurte", com NCM 04.03.1000, está enquadrado pela legislação tributária deste Estado no regime de substituição tributária, conforme art. 353 do RICMS/BA. Observa que o contribuinte que efetuar as saídas internas deste produto é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto.

Esclarece que o autuado é beneficiário do Decreto nº 7.799/00, que dispõe sobre o tratamento tributário a ser adotado pelas empresas que assinarem o Termo de Acordo Atacadista com redução da base de cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS.

Frisa que o referido Termo de Acordo dispõe no seu art. 4º que a redução de Base de Cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações: 1- Com mercadorias enquadradas na substituição tributária. No caso, que o Decreto nº 7.799/00 excluiu, dentre outros constantes do art. 353 do RICMS, o produto "Iogurte" do benefício fiscal da redução da base de cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CADICMS e, conseqüentemente, o estorno de débito correspondente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais.

Entende que não é devida a redução da alíquota interestadual de 12% para 10% nas saídas interestaduais de produtos enquadrados na substituição tributária, uma vez que haveria um desequilíbrio entre créditos fiscais e débitos fiscais, pois, se apropria dos créditos fiscais em seus valores integrais nas aquisições destes produtos da região Nordeste, com alíquota de 12% e nas aquisições internas, com alíquota de 17%, enquanto que, os créditos fiscais relativos às mercadorias amparadas pelo benefício fiscal não poderão exceder a 10% do valor da base de

cálculo do imposto.

Infrações 06 e 07.

Esclarece que a infração 06 refere-se à omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques, enquanto que a infração 07 é referente à falta de retenção do ICMS-ST das mercadorias omitidas.

Informa que as infrações foram apuradas com base nos levantamentos quantitativos de estoques da empresa autuada, através de amostragem, tendo em vista o grande volume de mercadorias comercializadas. O contribuinte possui, para cada item comercializado, códigos de produtos e denominações distintas, conforme Livros de Inventários anexos a este Processo Administrativo Fiscal.

Quanto a alegação defensiva que em relação aos produtos com códigos "110864" e "110867", no exercício de 2006, o que ocorreu foi uma inversão de estoque, ou seja, a modificação de dado item do estoque de uma natureza para outra, o preposto fiscal diz que foi respondido ao autuado, através de e-mail, que não era possível acolher a solicitação de compensação das omissões de saídas de um código de produto com as omissões de entradas de outro código de produto por se tratar de itens com denominações e preços unitários diferentes.

Salienta que a operação de inversão de estoques é possível pela legislação do ICMS deste Estado, desde que o contribuinte efetue a reclassificação das mercadorias através da emissão de documentos fiscais próprios, com CFOP "1926" e "5926". No presente caso, sustenta que o autuado não comprovou, através das notas fiscais devidas, a regularização das operações de inversão dos estoques das referidas mercadorias.

Com relação às informações distorcidas das quantidades constantes no SINTEGRA referentes ao produto "CORPUS PED AMEIXA 460", com código "110824", foi confirmado pelo autuante, através dos preços unitários, que nos meses de setembro a novembro de 2006, as quantidades apresentavam-se quadruplicadas. O autuante fez as devidas correções dos referidos meses, gerando uma redução do imposto devido do exercício de 2006, conforme demonstrativos anexos a esta informação fiscal (docs.fls.807 a 819), constatando que os demais produtos não apresentaram inconsistências. Dessa forma, a infração 06 ficou reduzida para o valor de R\$609.566,62, enquanto a infração 07 corresponde ao valor de R\$ 131.321,63, conforme levantamentos de fls. 807 a 819.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

O sujeito passivo foi intimado a conhecer os novos elementos acostados à informação fiscal, conforme intimação e AR dos Correios às fls. 821 a 822, vindo a se manifestar às fls. 824 a 841, com fundamento no art. 127, § 7º, do RPAF/99, aduzindo as razões de fato e direito que seguem.

1. Aduz que o autuante opinou pela manutenção integral da infração 01, relativa ao cálculo do estorno de débito, e pela reforma parcial das infrações 06 e 07, relativas à suposta omissão de saídas, para excluir as quantidades informadas em duplicidade no SINTEGRA, reduzindo, reduzindo o débito para os valores de R\$609.566,62 e R\$131.321,63, respectivamente.
2. que houve ausência de manifestação com relação à preliminar de nulidade da autuação, no tocante a inobservância do art. 3º, III, da Portaria nº 445/1998.
3. que demonstrou que seus produtos (espécies) são agrupáveis em gênero, ou seja, os mesmos produtos de uma mesma família (gênero) comportam diferentes apresentações como, por exemplo, 110. 864 "IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO" (4 potes e peso 460g) e 110867 - "CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA" (2 potes e peso 230g) ou 110824 - "CORPUS PED AMEIXA 460 IOG" e 110823 - "CORPUS PED AMEIXA 230 IOG", dentre muitos outros, e que seu conteúdo e embalagem são idênticos, variando apenas a quantidade e o número de potes.
4. que o autuante selecionou para análise somente uma das mercadorias do grupo, violando o procedimento estabelecido pela legislação estadual em favor do contraditório e da ampla defesa, que é o levantamento com agrupamento de espécies afins num mesmo item, e transferindo ilegítimamente para a Impugnante o ônus que sempre foi da Administração

Estadual, com conseqüente ofensa ao disposto no art. 130, II, da Lei n. 3.956/1981 e do art. 18, II, do Decreto nº 7.629/1999.

No tocante à infração 01, observa que o débito se refere ao cálculo do crédito presumido concedido pelo Estado da Bahia em suas operações interestaduais através de Termo de Acordo firmado com base no disposto no Decreto n. 7.799/2000.

Não concordou com o entendimento do autuante de que houve erro de interpretação da legislação tributária, pois o produto iogurte está enquadrado na substituição tributária e “*o contribuinte que efetuar saídas internas deste produto é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição*”. Adicionalmente, entende que o art. 4º, I, do Termo de Acordo, ao determinar a não aplicação dos benefícios a mercadoria enquadrada na substituição tributária, alcançaria as operações interestaduais com iogurte efetuadas pela Impugnante.

Chama a atenção que o autuante afirma que apenas as operações internas com iogurte, estas enquadradas, estão sujeitas à retenção e recolhimento do ICMS-ST para, posteriormente, concluir que operações interestaduais (saídas interestaduais, 6.102 e 6.152), sem enquadramento, sem obrigação de retenção e recolhimento do ICMS-ST, estariam contempladas na vedação, por inexistir substituição tributária nas operações interestaduais com iogurtes.

Contesta o argumento do autuante de que com a redução da alíquota para 10% “*haveria um desequilíbrio entre créditos e débitos fiscais, pois, a autuada se apropria de créditos fiscais em seus valores integrais nas aquisições destes produtos da região nordeste, com alíquota de 12% e nas aquisições internas, com alíquota de 17%...*”, dizendo que a maioria das entradas de mercadorias ocorre em transferência do estabelecimento da Impugnante situado no Estado de Minas Gerais à alíquota de 7%, como se verifica dos Livros Registro de Apuração dos meses de março e outubro relativos aos anos de 2006, 2007 e 2008, conforme demonstrativo à fl. 828.

Observa que ao lavrar a infração 05, integralmente reconhecida e paga, o autuante glosou todos os créditos a 12% apropriados relativamente a mercadorias beneficiadas em operações posteriores.

Finaliza este item, reafirmando seu entendimento no sentido de que a vedação prevista no art. 4, I, do Decreto n. 7.799/00 não se aplica às saídas interestaduais de iogurte por ela efetuadas, razão pela qual, entende que é legítimo o cálculo do crédito presumido sobre tais operações, tendo em vista que o produto iogurte é enquadrado no regime de substituição tributária somente nas operações internas; e as operações interestaduais são tributadas no regime normal, sem substituição tributária, e nos CFOPs. 6.102 e 6.152.

Quanto às infrações 06 e 07, salienta que o autuante opinou pela redução do débito em razão da exclusão das quantidades informadas em duplicidade no SINTEGRA, relativamente ao produto 110824 – “CORPUS PED AMEIXA 460 IOG”.

No que se refere às operações de inversão de estoques, não acolheu a conclusão fiscal de que “*não seria “possível acolher a solicitação de compensação das omissões de saídas de um código de produto com as omissões de entradas de outro código de produto por se tratar de itens com denominações diferentes e preços unitários diferentes*”, por entender que tais produtos são identificado no seu sistema por códigos de produto diferentes, e que por conta da sistemática de custeio e da diferença de quantidades, os preços unitários podem variar entre os itens. Reafirmou seu pedido de diligência para sanar todas as eventuais dúvidas em razão da excelente qualidade dos controles e sistemas contábeis de que dispõe em seu estabelecimento. Também não concordou com o autuante de que a reclassificação de mercadorias deveria ter sido efetuada “*através da emissão de documentos fiscais próprios, com CFOP 1.926 e 5.926*” e “*a autuada não comprovou através das notas fiscais devidas a regularização das operações de inversão dos estoques das referidas mercadorias*”, ressaltando que o RICMS veda a emissão de nota fiscal que não corresponda a uma efetiva entrada ou saída de mercadoria, a teor do artigo 208, do RICMS/97.

Diz que apesar de existir a menção ao CFOP referido no Regulamento do ICMS, não se verifica qualquer determinação de emissão de nota ou regulamentação desta operação no corpo do mesmo Regulamento. Por outro lado, sustenta que ao mencionar a formação de kits de mercadorias ou sua desagregação, entende que o regulamento estaria se referindo à união ou desagregação de mercadorias distintas, a teor da descrição do CFOP: 1.926 - LANÇAMENTO EFETUADO A TÍTULO DE RECLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIA DECORRENTE DE FORMAÇÃO DE KIT OU DE SUA DESAGREGAÇÃO - Classificam-se neste código os registros efetuados a título de reclassificação decorrente de formação de kit de mercadorias ou de sua desagregação.

Aduz que na eventualidade de se entender que seria necessária a emissão dos referidos fiscais, observa que a ausência de sua omissão caracterizaria mero descumprimento de obrigação acessória sem qualquer prejuízo ao Erário.

Por fim, o defendente reforça que apresentou em sua impugnação evidências por amostragem, considerando os dois itens mais relevantes de 2006 (1. Produto 110864 invertido no Produto 110867; e, 2. Produto 110.824 invertido no Produto 110.823 e com quantidades alteradas no SINTEGRA), para os quais detalhou o procedimento de inversão de estoques, protestando pela realização de diligência caso tais esclarecimentos não bastassem.

Prosseguindo, quanto aos produtos 110.864 e 110.867, diz que conciliou as movimentações de estoques com os livros de inventário e as informações do levantamento efetuado pelo fiscal autuante, demonstrando que as supostas omissões de estoques são justificadas pelas inversões de um produto para o outro, devidamente controladas por seu sistema contábil, com identificação da baixa em um Produto de uma quantidade x em transação de saída TRA e respectiva entrada em outro Produto da quantidade 2x em transação de entrada TRA, conforme CD contendo demonstrativo final contemplando a compilação da movimentação de estoques dos referidos produtos no ano de 2006 (4.614 linhas de arquivo Excel) e (4.535 linhas de arquivo Excel). (DOC. Nº 07, fl. 921).

Igualmente no que diz respeito aos produtos 110.873 e 110.872, conforme CD anexado à fl. (ITEM IV.2 da Manifestação) e demonstrativo final contemplando a compilação da movimentação de estoques do Produto 110.873 no ano de 2007 (4.554 linhas de arquivo Excel) e do Produto 110.867 (2.953 linhas de arquivo Excel). (DOC. Nº 08, fl. 923).

Relativamente ao produto 110.415 ACTIVIA 480 G LTE FERM”, alega que no ano de 2008, a Fiscalização verificou entradas totais de 231.701 unidades e saídas de 190.044 unidades, com base nas informações do SINTEGRA, porém, verificou que também neste caso ocorreu equívoco na geração de seu arquivo magnético, no mês de outubro de 2008, com a multiplicação da quantidade deste produto por seis em virtude de o operador do sistema não ter marcado um parâmetro requisitado pelo sistema.

Assim, afirma que as movimentações reais foram de 101.934 unidades entradas (DOC n. 09 – relação de notas fiscais de entrada e respectivas quantidades), conforme planilha à fl. 834.

Observa que está justificada a diferença de 129.735 unidades de uma diferença total de 129.767 unidades (resultado da subtração das entradas conforme fiscalização - 231.701 – pelas entradas conforme relatório de estoques e notas fiscais – 101.934). Para demonstrar a correção de seu relatório, anexou no mesmo **DOC. Nº 09**, fls. 925 a 927, cópia das notas fiscais nº 330.108 e 331.266.

Com relação às saídas, frisa que as movimentações reais foram de 99.819 (DOC n. 10, fls. 929 a 941 – relação de notas fiscais de saídas e respectivas quantidades), e apresenta a relação de notas fiscais que concilia 100,00 % das saídas, em virtude da multiplicação das quantidades constantes das notas fiscais por seis no SINTEGRA de outubro/2008, conforme demonstrativo às fls. 835 a 837.

Salienta que está justificada a diferença de 90.225 unidades (resultado da subtração das saídas conforme fiscalização - 190.044 – pelas saídas conforme relatório de estoques e notas fiscais – 99.819 – DOC. 10, fls. 929 a 941, e cópia das notas fiscais de saída n. 65.780 e n. 65.777 anexadas.

Em seguida, alega, em relação ao produto 110.824, que pelo que consta do demonstrativo de fls. 807 a 815, com a retificação dos lançamentos no SINTEGRA o autuante passou de uma omissão de saídas de 192.845 unidades para uma omissão de entradas de 72.910 unidades na análise deste produto, uma diferença de 265.755 unidades.

Salienta que a redução decorre da dedução das entradas em duplicidade que provocaram a redução das entradas em seu demonstrativo inicial, de 462.083 unidades, para o demonstrativo substitutivo, com 196.328 unidades entradas.

Argumenta que apesar dessa retificação, o procedimento do fiscal continua equivocado pelo fato de ter ajustado somente as entradas, quando diz ter demonstrado que tanto as entradas, quanto as saídas foram duplicadas (DOC. Nº 12, fls. 946 a 966 da Impugnação). Assim, sustenta que o número de 268.746 unidades saídas através de notas fiscais não corresponde à realidade e ao que consta dos documentos fiscais.

Para comprovar o quanto alegado, aduz que as notas fiscais emitidas pela Sociedade, listadas em anexo, contemplam as seguintes quantidades para o produto 110.824:

“ENTRADAS - O total de entradas acobertadas por notas fiscais é de 195.927 unidades conforme listagem anexa (DOC. Nº 11 [fls.943 a 944]) e informação em DOC. n. 12 [fls. 946 a 966] da Impugnação. Assim, o total de 196.328 unidades identificado pelo Fiscal ainda merece ajustes.

SAÍDAS – O total de saídas acobertadas por notas fiscais é de 114.747 unidades conforme listagem anexa (DOC. Nº 12) e informação em DOC. Nº 12 da Impugnação. Assim, o total de 268.746, totalmente afetado pelas multiplicações de quantidade no arquivo SINTEGRA, merece retificação. Frise-se que a Impugnante já demonstrou que seu controles de estoques conferem com as notas fiscais!”

Frisa que a adoção destes procedimentos resultará na verificação pelo autuante de uma suposta omissão de saídas de 80.688 unidades, no lugar da omissão de entradas de 72.910 apurada às fls. 807, integralmente justificada pela operação de inversão deste produto para o Produto 110.823, resultando na entrada de 161.376 unidades neste último produto. Explica que providenciou a conciliação do estoque destas mercadorias no período, como segue.

“No CD Anexo, pasta “ITEM IV.4 da Manifestação - Produtos 110.824 e 110.823”, a Impugnante demonstra a movimentação de estoque contemplando saldo inicial, entradas e saídas conforme documentos fiscais e movimentações de estoque contábil e inversões conforme relatórios contábeis. Assim, a Impugnante conciliou as movimentações de estoques com os livros de inventário e as informações do levantamento efetuado pelo fiscal autuante, demonstrando que as supostas omissões de estoques são justificadas pelas inversões de um produto para o outro, devidamente controladas por seu sistema contábil, com identificação da baixa em um Produto de uma quantidade x em transação de saída TRA e respectiva entrada em outro Produto da quantidade 2x em transação de entrada TRA.”

Anexou o demonstrativo final contemplando a compilação da movimentação de estoques do Produto 110.824 no ano de 2006 (4.554 linhas de arquivo Excel) e do Produto 110.823 (2.953 linhas de arquivo Excel). (DOC. n. 13 [fl. 968]).

Por conta desses argumentos, argui que caso seja superada a preliminar de nulidade aduzida, a Impugnante reitera seu pedido de conversão do julgamento do presente auto de infração em diligência, com fulcro no § 3º do artigo 123 do Decreto do Estado da Bahia nº 7.629/99.

Por fim, reitera os pedidos formulados na impugnação requerendo que, seja acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração e, caso seja ultrapassada tal preliminar, no mérito, seja julgada integralmente procedente a IMPUGNAÇÃO pelas razões de fato e direito expendidas.

Às fls. 972 a 981, foram acostados documentos extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF” e “Relatório Débito do PAF”, referentes a informações sobre as parcelas reconhecidas e recolhidas.

Considerando que o autuado ao se manifestar sobre o teor da informação fiscal apresentou novos esclarecimentos em relação às infrações 01, 06 e 07, e acostou ao processo levantamentos e cópias de notas fiscais para embasar suas razões defensivas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, na Pauta Suplementar do dia 23/11/2010, foi deliberado pelo órgão julgador, converter o processo em diligência à Infaz de origem, para que o auditor fiscal autuante examinasse as razões da defesa constantes na impugnação às fls. 823 a 841, e prestasse nova informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da citada impugnação com a devida fundamentação e comprovação, na forma prevista no § 6º do artigo 127 do RPAF/99 (doc. fl. 983).

Conforme informação fiscal às fls. 986 a 987, o autuante em relação à infração 01, ratificou integralmente seus argumentos contidos em sua informação às fls. 804 a 819, salientando que o Decreto nº 7.799/00 é claro em seu artigo 4º, quanto à exclusão do benefício da redução da base de cálculo em relação aos produtos enquadrados pela legislação tributária do Estado da Bahia como sujeitos ao regime de substituição tributária. Indaga que se o produto “Iogurte” não possui o benefício fiscal nas saídas internas para contribuintes inscritos no cadastro da SEFAZ, como poderia possuir nas operações interestaduais?

Sobre as infrações 06 e 07, não acatou os argumentos defensivos do autuado quanto ao agrupamento dos produtos por Gêneros, por entender que a Portaria 445/98 recomenda que os produtos devam ser quantificados item a item. Afirma que cada item dos produtos do autuado possui um código diferenciado, considerando-se a denominação, valor unitário, quantidade e conteúdo. Assim, sustenta inaplicadas as exceções do artigo 3º, inciso II, da citada Portaria. Além disso, diz que o autuado não comprovou em sua defesa que houve o desmembramento dos produtos “Iogurte” 460 gramas de determinados códigos para os produtos “Iogurte” 230 gramas para códigos distintos.

Quanto ao produto com código “110824”, salienta que houve a retificação dos valores na informação porque o autuado comprovou através de cópias de notas fiscais anexadas à defesa que os valores referentes às quantidades de entradas nas notas fiscais nº 208543, 210804, 217974, 228292, 235037 e 241164 estavam quadruplicadas no arquivo magnético, porém, que em relação às saídas nada foi apresentado para comprovar o alegado erro. Manteve os valores apontados nas fls. 804 a 819.

Concluindo, pede a procedência total da infração 01, e parcial das infrações 06 e 07, nos valores de R\$609.566,62 e R\$131.321,63, respectivamente.

Conforme despacho de fls. 1.001 e 1.002, na Pauta Suplementar do dia 22/02/2011, o processo foi baixado em diligência à IFEP Comércio, visando obter do autuante e do autuado as provas que possuem na forma prevista nos artigos 123 e 126 do RPAF/99. Diante disso, foi solicitado ao autuante que cumprisse as providências constantes no despacho de fls. 1.001 e 1.002.

O autuante cumpre a diligência, conforme informação fiscal às fls. 1.004 e 1.005, esclarecendo o seguinte.

Informa que o autuado foi intimado em 10/03/2011, para a correção das divergências de informações apresentadas em meios magnéticos, em relação aos livros e documentos fiscais, sendo concedido um prazo de 30 (trinta dias) para a apresentação, em especial, as quantidades quadruplicadas de alguns produtos, e após a entrega dos mesmos, via SINTEGRA, foram elaborados novos levantamentos quantitativos dos estoques referentes aos exercícios de 2006 e 2008 através de CD autenticado, cujos valores históricos de débitos do ICMS devidos foram alterados (docs. fls. 1008 a 1026), conforme demonstrativos abaixo:

Infração 06

Data Ocorr	Data Vencto	B.Cálculo	Aliq.	Multa	VI.	Valor em
31/12/2006	09/01/2007	1.671.272,82	17,00	70	284.116,38	284.116,38
31/12/2007	09/01/2008	1.495.137,23	17,00	70	254.173,33	254.173,33
31/12/2008	09/01/2009	529.080,58	17,00	70	89.943,70	89.943,70
TOTAL DA INFRAÇÃO					628.233,41	628.233,41

Infração 07

Data Ocorr	Data Vencto	B.Cálculo	Aliq.	Multa	VI. Histórico	Valor em
31/12/2007	09/01/2007	544.242,70	17,00	70	92.521,26	92.521,26
31/12/2007	09/01/2008	267.254,88	17,00	70	45.433,33	45.433,33
31/12/2008	09/01/2009	16.151,70	17,00	70	2.745,79	2.745,79
TOTAL DA INFRAÇÃO					140.700,38	140.700,38

Quanto às alegações do impugnante de inversão de estoques e a solicitação de agrupamento das mercadorias por gênero, esclareceu o seguinte:

“- Foram analisados os relatórios de movimentação de estoques apresentados pelo contribuinte em sua defesa, entretanto, não foram considerados como suficientes para elidir a ação fiscal, uma vez que não é possível a compensação de uma omissão de saída de um produto com a omissão de entrada de outro' produto com código distinto na apuração dos estoques de mercadorias.

- Em relação à empresa autuada, cada produto possui um código distinto especificado com exatidão, conforme livros de inventário anexos a este PAF, não sendo indicado o agrupamento por gênero, tendo em vista que as unidades de medidas são diferentes, o que iria distorcer a apuração dos levantamentos quantitativos dos estoques, como por exemplo, o produto com código "110864" que é composto por bandejas de 460 gramas de peso e o produto com código "110867" composto por bandejas de 230 gramas de peso.

No caso de inversão de estoques no decorrer do exercício fiscal, entendo que a operação deveria ter sido regularizada através de documentação fiscal.

- Ressalto que os levantamentos quantitativos dos estoques foram elaborados rigorosamente como determina a portaria nº 445/98, inclusive obedecendo à regra geral conferidas as entradas, saídas e inventários iniciais e finais por espécies de mercadorias. “

Concluiu ratificando os argumentos apresentados em sua informação fiscal.

Conforme intimação à fl. 1.029, o sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência fiscal do autuante constante às fls.1.004 a 1.005, sendo-lhe entregues cópias, inclusive do CD contendo os levantamentos e demonstrativos refeitos, tendo o autuado se manifestado às fls. 1.031 a 1.040, aduzindo as razões de fato e direito que seguem.

Confirmou que foi intimado a corrigir os arquivos magnéticos do período fiscalizado, e após o atendimento, o autuante com base nos arquivos retificados elaborou os quadros abaixo após o refazimento do levantamento quantitativo.

Período	Auto Original	Após Manifestação Fiscal	Após Diligência
2006	333.608,14	264.434,64	284.116,38
2007	254.173,33	254.173,33	254.173,33
2008	90.958,65	90.958,65	89.943,70
ICMS	678.740,12	609.566,62	628.233,41
2006	112.317,89	84.648,49	92.521,26
2007	45.433,33	45.433,33	45.433,33
2008	1.239,81	1.239,81	2.745,79
ICMS-ST	158.991,03	131.321,63	140.700,38

Ressaltou que a variação do valor autuado no ano de 2006 corresponde basicamente à movimentação do produto 110.824, para o qual inicialmente foi apurada suposta omissão de saídas de 192.845 unidades (ICMS de R\$69.173,50), que passou a omissão de entradas de 72.910 unidades e, que após a eliminação das quantidades multiplicadas na diligência, passou a uma omissão de saídas de 81.089 unidades (ICMS de R\$29.086,62), muito próxima da quantidade de itens invertidos comprovado nestes autos, no total de 80.688 unidades. Apontou que maiores detalhes sobre a conciliação, encontram-se nos docs. nº 11, 12 e 13 da Manifestação sobre as Informações Fiscais (fls. 1.042/1.046).

Observa que a diligência efetivada pelo autuante, se limitou à reapuração dos levantamentos quantitativos de estoques com base nos arquivos magnéticos retificados, sem qualquer aprofundamento na questão principal destes autos: as inversões de estoques.

Sobre a conclusão fiscal de que não é possível a compensação de uma omissão de saída de um produto com a omissão de entrada de outro produto com código distinto na auditoria de estoques, e que a regularização deveria ter sido regularizada com documento fiscal, o defendente passou a rechaçar tais conclusões arguindo o seguinte.

Para rebater o argumento do autuante de que *“cada produto possui um código distinto especificado com exatidão, conforme livros de inventário anexos a este PAF, não sendo indicado o agrupamento por gênero”*, o patrono do autuado anexou às fls.1.042 a 1.046, a relação dos códigos de produto com suas respectivas descrições, visando mostrar a indicação de produtos idênticos enquadrados em código diverso por apresentarem peso diverso (230g e 460g ou 200g e 400g, por exemplo), conforme demonstrativos à fl. 1.036.

Além disso, apresentou à fl. 1.036, a ilustração exemplificativa da inversão de estoques dos produtos em questão, quais sejam: Produto Original com 460/400g x Produto Invertido com dois itens de 230/200g, e ressalta que $1 X = 2 Y$ e a sua movimentação deverá ser conjunta, pois se tratam do mesmo produto.

Para demonstrar que no levantamento quantitativo todas as omissões de saídas de um determinado código de produto correspondem à metade das omissões de entradas de outro código, ou seja, que são itens correlatos, apresentou no corpo de sua manifestação, fl. 1.037, o quadro comparativo dos produtos com códigos 110872/110873; 110874/110876; 110877/110878; e 110879/110880.

No que tange ao entendimento do autuante de que no caso de inversão de estoques no decorrer do exercício fiscal, a operação deveria ter sido regularizada através de documento fiscal, o defendente reportou às razões apresentadas em sua manifestação sobre as Informações Fiscais, destacando que, na eventualidade de se entender necessária a emissão da referida nota fiscal, o que se admite para fins de argumentação, a ausência de emissão da mesma caracteriza mero descumprimento de obrigação acessória que jamais poderia ensejar a exigência de ICMS e ICMS-ST, pois, sustenta que comprovou as inversões por todas as provas apresentadas no curso da diligência fiscal.

Concluindo, reitera todas as razões aduzidas, na impugnação e nas informações fiscais, acrescidas dos esclarecimentos nesta última manifestação, requerendo:

- a) que seja acolhida a preliminar de nulidade do levantamento quantitativo de estoques para os exercícios de 2006, 2007 e 2008, ante a inobservância do determinado no art. 3º, III, da Portaria n. 445/1998, com conseqüente ofensa ao disposto no art. 130, II, da Lei n. 3.956/1981 e do art. 18, II, do Decreto n. 7.629/1999;
- b) no mérito, seja julgada improcedente a infração 01, tendo em vista que a vedação prevista no art. 4, I, do Decreto n. 7.799/00 não se aplica às saídas interestaduais de iogurte por ela efetuadas, razão pela qual é legítimo o cálculo do crédito presumido sobre tais operações, tendo em vista que: i. o produto iogurte é enquadrado no regime de substituição tributária somente nas operações internas; ii. as operações interestaduais são tributadas no regime normal, sem substituição tributária, e nos CFOPs. 6.102 e 6.152;
- c) com relação às infrações 06 e 07, sejam as mesmas julgadas improcedentes, em vista da justificação das supostas diferenças pelas operações de inversão de estoques, retorno de mercadorias impróprias para consumo ou diferenças no arquivo SINTEGRA, como demonstrado nesta diligência, colocando à disposição todos os demais documentos relacionados à apuração da movimentação de estoques, esclarecimentos e comprovação das inversões, o que não foi feito na diligência fiscal.

Considerando quanto às infrações 06 e 07 que:

- a) o autuado em reiteradas manifestações (fls. 445 a 473, 821 a 822, e 1.031 a 1.040) detalhou o procedimento de inversão de estoques em relação a alguns produtos, a exemplo dos códigos 110.864 e 110.867, tendo inclusive demonstrado detalhadamente a movimentação conjunta de tais produtos;
- b) o patrono do autuado anexou, às fls. 1.042 a 1.046, a relação dos códigos de produto com suas respectivas descrições, visando mostrar a indicação de produtos idênticos enquadrados em código diverso por apresentarem peso diverso (230g e 460g ou 200g e 400g, por exemplo);
- c) foi alegado na defesa a existência de retorno das mercadorias em questão impróprias para consumo;
- d) foram colocados à disposição todos os demais documentos relacionados à apuração da movimentação de estoques, esclarecimentos e comprovação das alegadas inversões.

Considerando, ainda, o previsto no inciso III, do artigo 3º da Portaria nº 445/98, *in verbis*: **III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.**

Conforme despacho de fl. 1.050, foi proposto pelo Relator, na Pauta Suplementar, do dia 29/09/2011, e acolhida pelos demais membros desta 2ª JJF, em converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que o auditor fiscal estranho ao feito, in loco, à vista dos livros e documentos fiscais do estabelecimento, efetuasse revisão fiscal do levantamento quantitativo, adotando as seguintes providências:

- 1. Tomando por base os esclarecimentos e comprovações apresentados nas peças defensivas, e outras verificações que se fizerem necessária na escrita fiscal do contribuinte, apurasse a veracidade as alegações defensivas, e emitisse parecer sobre as alegadas inversões dos estoques dos produtos citados, e, se constatado efetuasse a aplicação da orientação contida no art. 3º, inciso III da Portaria 445/98, ou seja, através dos documentos fiscais de entradas e de saídas, e mercadorias inventariadas, fizesse o levantamento da forma adotada pelo sujeito passivo mediante o agrupamento dos produtos citados em um só gênero.
- 2. Cumprido o item anterior, elaborasse demonstrativo de débito das omissões de todos os produtos, devendo ser aplicadas as disposições contidas na Portaria nº 445/98, indicando o real valor do débito a ser mantido nos itens em questão, se for o caso.

Cumprida a diligência, deveria ser intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação, cópia do parecer emitido pelo auditor fiscal estranho ao feito e dos novos elementos acostados aos autos por ocasião da revisão fiscal, com a indicação do prazo legal para, querendo, sobre eles se manifestar, e, em seguida, que fosse remetido o PAF ao autuante para nova informação fiscal.

Consta à fl. 1.054, uma Autorização subscrita pela Advogada Fabiana Actis de Senna autorizando estagiários a examinar o processo, requerer cópias e certidões, realizar carga dos autos, e vistas dos autos por Raphael de A. Miranda.

Auditora Fiscal estranha ao feito lotada na ASTEC efetua a revisão do lançamento, nos termos solicitado pelo órgão julgador, e emite o Parecer nº 21/2012, datado de 19/03/2012, fls. 1.056 a 1.061, tendo informado os procedimentos que foram adotados para a realização da revisão fiscal.

A revisora fiscal após análise e confrontos dos dados e documentos apresentados pelo autuado e demais demonstrativos e documentos constantes do PAF, informou que foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, Assim, diz que com os ajustes ocorridos no levantamento quantitativo dos mencionados produtos no ano de 2206, foi apurada uma diferença de saídas de mercadorias no valor de R\$719.143,66 de Base de Cálculo e ICMS no valor de R\$122.254,42.

Ressalta que não foram feitas as alterações nas quantidades justificadas pelo autuado como devolução de produtos ruins, uma vez que, não foram relacionadas as respectivas notas fiscais para comprovar se não haviam sido consideradas pelo autuante.

Quanto ao exercício de 2007, explica que de acordo com os dados apresentados pelo autuado na planilha à fl. 1.639 foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, causando, assim, grandes diferenças de entradas e de saídas dos mesmos. Observa que as diferenças apuradas pelo autuante são quase as mesmas das saídas com notas fiscais dos produtos fracionados, ou seja, de 400 para 200. Deste modo, diz que todas as movimentações de estoque inicial, entradas, estoque final e saídas com notas fiscais, cujos produtos tinham a mesma descrição e que estavam fracionados para 200, ou seja, metade de 400, foram ajustadas, ficando as quantidades movimentadas com 200 divididas por dois ($400/2=200$) e foram incluídas aos totais das quantidades movimentadas dos produtos com a mesma descrição, de 400, conforme demonstrativo elaborado no seu parecer.

Com base nisso, informa que com os ajustes ocorridos no levantamento quantitativo dos produtos demonstrados, foi apurada uma diferença de omissão de saídas de mercadorias no valor de R\$1.163.985,01 de Base de Cálculo e o ICMS no valor de R\$197.874,05.

Ressalta que não foram feitas as alterações nas quantidades justificadas pelo autuado como devolução de produtos ruins, uma vez que, não foram relacionadas as respectivas notas fiscais para comprovar se não haviam sido consideradas pelo autuante.

No caso do ano de 2008, informou que não foram feitos, tendo em vista, que não foram relacionadas todas as notas fiscais de entradas para comprovar a DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS como justificados pelo autuado para serem confrontadas com os dados levantados pelo autuante para comprovar que as mesmas não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque.

Desde modo, aduz que permanece o valor de R\$529.080,26 de Base de Cálculo e R\$89.943,70 de ICMS apurados pelo autuante na Informação Fiscal às fls. 1.015 a 1.022 dos autos.

Em relação à infração 07, exercícios de 2006/2008, demonstra que com as alterações ocorridas na infração 06, e feitos os devidos ajustes nos respectivos produtos, resultou na diminuição do débito.

Concluindo, declara que a após análise das planilhas e documentos apresentados pelo autuado, e feitos os devidos ajustes, foram apurados os seguintes valores das Infrações 06 e 07, conforme demonstrativos de débitos abaixo:

Infração 06

Data Ocorr.	Data Veneto.	Base de Cálculo	Aliq%	Multa	Valor ICMS
31/12/2006	09/01/2007	719.143,65	17%	70%	122.254,42
31/12/2007	09/01/2008	1.163.965,00	17%	70%	197.874,05
31/12/2008	09/01/2009	529.080,59	17%	70%	89.943,70
Totais					439.158,80

Infração 07

Data Ocorr.	Data Veneto.	Base de Cálculo	Aliq%	Multa	Valor ICMS
31/12/2006	09/01/2007	231.833,71	17%	60%	39.411,73
31/12/2007	09/01/2008	134.785,88	17%	60%	22.913,60
31/12/2008	09/01/2009	16.151,71	17%	60%	2.745,79
Totais					[439.158,80]

Registro que constam nos autos as manifestações apresentadas pelo autuado no curso da revisão fiscal, prestando esclarecimentos à auditora fiscal estranha ao feito, quais sejam: em 30/01/2012, fls. 1.090 a 1.095; em 14/02/2012, fls. 1.550 a 1.555; e em 27/02/2012, fls. 1.643 a 1.645.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 1.700 e 1.700-verso, o sujeito passivo foi cientificado da revisão fiscal (Parecer ASTEC nº 21/2012), constante às fls. 1.056 a 1.061, **sendo-**

lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 1.702 a 1.714, argüindo o seguinte.

Informa que após ser devidamente intimado da diligência em questão, reuniu-se com a Auditora Fiscal Diligente, Sra. Maria do Socorro, em 20/12/2012, para apresentar a documentação suporte comprobatória da ocorrência das inversões de estoques e alinhar os termos do cumprimento da diligência, os quais restaram determinados pelo e-mail, datado de 26/12/2012 e pela resposta da i. Auditora prorrogando o prazo de apresentação das informações para 30/01/2012.

Ressalta que, devido ao fato de a Auditora diligente ter informado que não possuía acesso às informações magnéticas do sistema da SEFAZ/BA, tais como os arquivos SINTEGRA, nem tampouco ao sistema utilizado pelo autuante para a realização do levantamento quantitativo, acordou-se que seriam trabalhados em diligência os itens mais relevantes por ano, de modo a viabilizar a conclusão acerca da ocorrência das inversões de estoques, para que ao final todos os itens correlatos fossem movimentados em conjunto.

Destaca que, em que pese o seu esmero em detalhar todos os elementos necessários à conclusão da diligência, através de suas petições apresentadas em 31.01.2012, 14.02.2012 e 27.12.2012, mostrou-se surpreendido pelo Parecer Técnico nº 21/2012, que, apesar de reconhecer a efetiva ocorrência das inversões de estoques, está eivado de uma série de erros técnicos e inconsistências que se passam a examinar, não se prestando à quantificação do valor real do débito por ventura existente.

Em seguida apresentou as seguintes considerações sobre o parecer técnico, aduzindo que:

a) o Parecer Técnico nº 21/2012 reconheceu a efetiva ocorrência das inversões de estoques, tendo firmado seu convencimento através do exame dos documentos fiscais, da natureza dos produtos e de suas descrições e através do aludido Parecer, foram acolhidas as inversões dos produtos objeto de análise, para, ao final, concluir pela redução dos valores dos anos de 2006 e 2007. Elaborou o quadro abaixo, referente ao histórico das movimentações dos valores das infrações 06 e 07:

Período	Auto Original	Após Manifestação Fiscal	Após 1º Diligência	Após Parecer Técnico 21/2012
2006	333.608,14	264.434,64	284.116,38	122.254,42
2007	254.173,33	254.17-3,33	254.173,33	197.874,05
2008	90.958,65	90.958,65	89.943,70	89.943,70
ICM	678.740,12	609.566,62	628.233,41	410.072,17
2006	112.317,89	84.648,49	92.521,26	39.411,73
2007	45.433,33	45.433,33	45.433,33	22.913,60
2008	1.239,81	1.239,81	2.745,79	2.745,79
ST	158.991,03	131.321,63	140.700,38	65.071,12

b) o referido Parecer incorreu nos seguintes equívocos que majoraram o valor exigido pela Fiscalização Estadual:

1. Ao contrário do determinado pela decisão da 2ª Junta de Julgamento, o Parecer Técnico não expandiu conclusão da amostra selecionada para comprovação das inversões e não elaborou demonstrativo de débito das omissões de todos os produtos. No entender da Impugnante, uma vez comprovada a ocorrência das inversões, todos os produtos sujeitos a esta movimentação de estoque deveriam ter sido movimentados em conjunto;
2. O Parecer Técnico apresenta evidentes equívocos técnicos e matemáticos para os anos de 2006 e 2007;
3. O Parecer Técnico desconsiderou a demonstração da multiplicação da quantidade de itens nos arquivos SINTEGRA relativos ao ano de 2007, através do confronto entre os documentos fiscais e a base do levantamento quantitativo da Fiscalização, com impacto direto sobre os valores deste período;
4. O Parecer Técnico, por razões que se desconhece, desprezou e sequer buscou o

aprofundamento na questão da devolução dos produtos inservíveis, cujos estornos no LRAICMS foram devidamente demonstrados e detalhados pela impugnante.

Assim, apesar de sua convicção acerca da plena nulidade do levantamento quantitativo como destacado no item IV da presente manifestação, porém, diante dos equívocos acima apontados, apresentou demonstrações analíticas dos resultados do referido Parecer, fls. 1.706 a 1.710, apontando os equívocos que entende existir na revisão fiscal.

Ressalta que diante desta demonstração e do alto grau de comprovação apresentado para a amostra selecionada, a Auditoria Fiscal Diligente deveria ainda ter expandido a análise para todos os produtos objeto de inversão de estoques, consolidando sua movimentação conforme expressa determinação da decisão da 2ª Junta de Julgamento, ou, alternativamente, ter expandido o resultado obtido para a amostra examinada para o restante da população, conforme critério estatístico, reduzindo a omissão de saídas apurada com relação aos demais produtos que totalizam omissões de saídas no valor de R\$438.565,70.

Desse modo, destaca que o valor inicial das omissões de entradas selecionadas (R\$517.137,50) foi reduzido a zero e o valor das omissões de saídas selecionadas (R\$682.327,04), restou reduzido ao valor de R\$123.377,94, através das comprovações apresentadas nos autos do processo administrativo em questão, considerando-se o reconhecimento da ocorrência das inversões de estoques e a eliminação das duplicidades comprovadas nos autos.

Ressalta que a amostra selecionada apresentava uma cobertura de 45,61% das omissões de saídas, tendo sido comprovadas as inversões e duplicidades para 81,92% deste saldo selecionado, conforme **demonstrativo abaixo**:

ANO de 2007	Omissões de Entrada AI	Omissões Saída AI	TOTAL	Imposto sobre omissões de saídas
Valor Total da Seleção		682.327,04	682.327,04	115.995,60
Valor Residual da Omissões		123.377,94	123.377,94	20.974,25
Percentual justificado		81,92%	81,92%	81,92%
Cobertura Percentual da Seleção		45,61%	45,61%	45,61%
Valor Total das omissões AI		1.496.093,3	1.496.093,3	254.335,86

Seguindo a mesma linha de raciocínio mencionada no item anterior, argui que a Auditoria Fiscal Diligente deveria ainda ter expandido a análise da amostra selecionada para os demais produtos objeto de inversão de estoques, consolidando sua movimentação conforme expressa determinação da decisão da 2ª Junta de Julgamento, ou, alternativamente, ter expandido o resultado obtido para a amostra examinada para o restante da população, conforme critério estatístico, reduzindo a omissão de saídas apurada com relação aos demais produtos.

Por fim, frisa que uma vez ajustados todos os equívocos ora apontados, esta 2ª Junta de Julgamento poderá passar ao exame da justificativa para os valores residuais, consistentes no abatimento das devoluções dos produtos inservíveis, cujos estornos no LRAICMS foram devidamente demonstrados e detalhados pela Impugnante, tendo sido desconsiderados pela Fiscalização.

Prosseguindo, reafirma que as comprovações apresentadas em sede de diligência consideraram os produtos com omissões mais relevantes dos respectivos períodos de análise, tendo em vista as seguintes premissas:

1. A Fiscal Diligente não possuía acesso ao SINTEGRA da Impugnante, razão pela qual não bastaria a indicação dos itens correlatos a cada um dos produtos para realização da movimentação conjunta. Por isso, a Fiscal Diligente solicitou o detalhamento das saídas e a apresentação de notas fiscais para cada novo produto constante dos autos;
2. O volume de informações corresponderia a milhares de páginas, não atendendo aos princípios da proporcionalidade e da economia processual; e,
3. A partir das conclusões da diligência para as amostras selecionadas, poderiam ser adotados dos procedimentos: a. a determinação para que o Fiscal Autuante realizasse as movimentações consolidadas de todos os produtos, a partir dos arquivos SINTEGRA; ou b, a expansão dos

resultados da diligência por critério estatístico para os demais produtos.

Diante de tais premissas, considerou inadmissível o procedimento adotado pela Fiscal consistente na dedução pura e simples do valor comprovado da amostra selecionada, com a manutenção de todos os demais valores, quando entende que, não só os produtos movimentados na diligência, mas todos aqueles constantes do lançamento deveriam ter sido movimentados em conjunto pela Fiscalização Estadual, caso contrário, resta evidente o prejuízo de defesa decorrente do procedimento adotado pela fiscalização.

Salienta que, reconhecidas as inversões de estoques, é ônus da Fiscalização Estadual promover o levantamento quantitativo na forma prescrita no art. 30, III, da Portaria n. 445/1998, razão pela qual, sustenta que o presente lançamento é nulo de pleno direito por ferir a referida Portaria, assim como o disposto no art. 130, II, da Lei nº 3.956/1981 e do art. 18, 11, do Decreto n. 7.629/1999.

Isto posto, aduzindo que na hipótese de ser superada a nulidade argüida desde a Impugnação e reiterada no tópico anterior requer o acolhimento das razões apresentadas acima para que seja retificado o Parecer Técnico nº 21/2012, com relação às inversões e duplicidades comprovadas. Destaca que se acolhidas estas razões, tem-se que as quantidades remanescentes são justificadas pelas devoluções de produtos impróprios para consumo, amplamente detalhadas através da petição apresentada em 27/12/2012, junto da qual foram apresentados os detalhamentos dos estornos de produtos ruins, que ensejaram os lançamentos de estorno de crédito constantes da apuração mensal do estabelecimento autuado.

Observa que, apesar de ter apresentado os seguintes documentos: 1. Todas as apurações do ICMS de jan/06 a dez/08, onde se verificam os lançamentos "Estorno de crédito produto ruim"; e, 2. O detalhamento dos estornos mensais com as quantidades que totalizaram os estornos para os anos de 2007 e 2008, por documento fiscal de devolução, a Fiscal Diligente simplesmente omitiu-se na análise destes documentos ao fundamento de que "não foram feitas as alterações nas quantidades justificadas pelo Autuado como devolução de produtos ruins, uma vez que não foram relacionadas as notas fiscais e respectivas quantidades para comprovar se haviam sido consideradas pelo Autuante".

Pondera que, para o ano de 2006, o detalhamento das operações em questão foi efetuado no arquivo "Ano de 2006 - 14.02.2012", apresentado junto da petição de 14/02/2012, com o detalhamento das entradas em devolução de produtos impróprios, listando-as uma a uma, a partir do confronto do arquivo SINTEGRA com seu relatório de estoques, possibilitando a sua verificação pela Fiscalização Estadual.

Com relação aos anos de 2007 e 2008, diz que o detalhamento das informações constou nos arquivos "Detalhamento Produto Ruim 2007. xis" e "Detalhamento Produto Ruim 2008.xls", foram apresentados juntamente com a petição protocolada em 27/12/2012.

Com fundamento nas razões apresentadas, reitera seu pedido de nulidade do levantamento quantitativo, por entender que o mesmo não poderia ter sido suprido pela diligência ora concluída, diante da inegável ofensa ao disposto no art. 3º, III, da Portaria nº 445/1998.

Requer, ainda, requer o acolhimento da presente manifestação para que sejam efetuadas as correções no Parecer Técnico ASTEC/CONSEF nº 21/2012, conforme apontadas nos itens acima, além do acolhimento da consideração das devoluções de produtos inservíveis no levantamento quantitativo, indevidamente afastada pelo Parecer ao fundamento de que as operações não teriam sido detalhadas, o que restou prontamente rechaçado na presente manifestação.

O autuante foi cientificado da revisão fiscal e se manifesta à fl. 1.719, ratificando o resultado do Parecer Técnico da ASTEC nº 028/2012.

Às fls. 1.723 a 1.724 o autuado requer a juntada de instrumento de procuração, bem como de comprovante de revogação do mandato outorgado a seus antigos patronos. Por conta disso, requer que todas as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis,

inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, com endereço profissional na Av. da França, 164, sala II, Edf. Futurus, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40010-000.

Considerando as alegações do autuado acima sobre a revisão fiscal, conforme despacho de diligência, fl. 1.744, na Pauta Suplementar do dia 20/09/2012, foi decidido pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que a revisora fiscal, prestasse esclarecimentos sobre os equívocos apontados pelo autuado às fls.1.702 a 1.714, tendo sido recomendado que, se cabíveis, fossem efetuadas as devidas alterações no seu parecer técnico, indicando, ao final, o real valor do débito a ser mantido no auto de infração em relação aos itens revisados.

Auditora Fiscal estranha ao feito lotada na ASTEC efetua a revisão do lançamento, nos termos solicitado pelo órgão julgador, e emite o Parecer nº 117/2012, fls.1.746 a 1751, onde presta os esclarecimentos abaixo sobre os questionamentos feitos pelo autuado.

Em relação à Infração 06 - Exercício de 2006

- a) Foram feitos todos os ajustes de todas as inversões que ficaram, efetivamente, comprovadas pelo autuado, não foram feitos, evidentemente, os ajustes das inversões que não ficaram comprovadas.
- b) Em relação ao exercício de 2006, basta confrontar o demonstrativo do autuado à fl. 1564, com o demonstrativo à fl.1058 da Diligência Fiscal, para se constatar que foi excluído da base de cálculo no valor de R\$1.671.272,47, o valor de R\$965.713,04 e incluído o valor de R\$13.584,23, que foi apurado após confrontos dos dados.
- c) Não foram excluídos os valores justificados como RETORNO DE PRODUTOS IMPRÓPRIOS, REFERENTE AO PRODUTO DE COD. 110322 E 112560, CONSIDERANDO QUE OS > MESMOS NÃO FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS, HAJA VISTA QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVAS QUANTIDADES DOS PRODUTOS PARA COMPROVAR QUE NÃO HÁ VIAM SIDO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE .

Em relação à Infração 06 - Exercício de 2007

- d) Em relação ao exercício de 2007, basta confrontar o demonstrativo do autuado à fl. 1639, com o demonstrativo à fl. 1059, da Diligência Fiscal, para se constatar que foi excluído o valor de R\$374.795,22 do valor de R\$1.495.137,23 e incluído o valor de R\$43.623,00 que foi apurado após confrontos dos dados.
- e) Não foram excluídos os valores justificados como RETORNO DE PRODUTOS IMPRÓPRIOS, REFERENTE AO PRODUTO DE COD. 130151, CONSIDERANDO QUE OS MESMOS NÃO FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS, HAJA VISTA QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVAS QUANTIDADES DOS PRODUTOS PARA COMPROVAR SE O AUTUANTE NÃO HA VIA CONSIDERADAS.
- f) OS ESTORNOS REGISTRADOS NO LRAICMS NÃO COMPROVAM QUE SE TRATA DOS MESMOS PRODUTOS LEVANTADOS PELO AUTUANTE.
- g) Em relação aos valores de R\$146,622,45 e R\$ 98.049,05 dos produtos de códigos 110342 e 143144, referente ao exercício de 2007, que constam como ELIMINANDO DUPLICIDADES, estão agora sendo excluídos.
- h) Após análise e confrontos dos dados e documentos apresentados pelo autuado e demais demonstrativos e documentos constantes do PAF, foram feitos os seguintes ajustes:

INFRAÇÃO 06:

a) EXERCÍCIO DE 2006:

Na planilha apresentada pelo autuado à fl. 1564 foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, causando, assim, grandes diferenças de entradas e de saídas dos mesmos. Verifica-se que as diferenças apuradas das entradas pelo autuante, são quase as mesmas das diferenças apuradas nas saídas com notas fiscais dos produtos fracionados, ou seja, de 460 para 230. Deste modo, todas as movimentações de estoque inicial, entradas, estoque final e saída com notas fiscais, cujos produtos tinham a mesma descrição e que estavam fracionados para 230, ou seja, metade de 460, foram ajustadas, ficando as quantidades movimentadas com 230 divididas por dois $460/2=230$) e foram incluídas aos totais das quantidades movimentadas dos produtos com a mesma descrição, porém de 460, conforme demonstrativo abaixo:

Com os ajustes ocorridos no levantamento quantitativo dos produtos acima demonstrados, foi apurada uma diferença de saídas de mercadorias de no valor de R\$719.143,66 de Base de Cálculo e ICMS no valor de R\$122.254,42.

VALE RESSALTAR QUE NÃO FORAM FEITAS AS ALTERAÇÕES NAS QUANTIDADES JUSTIFICADAS PELO AUTUADO COMO DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS, UMA VEZ QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS RESPECTIVAS NOTAS FISCAIS PARA COMPROVAR SE NÃO HAVIAM SIDO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE .

b) EXERCÍCIO DE 2007:

De acordo com os dados apresentados pelo autuado na planilha à fl. 1639 foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, causando, assim, grandes diferenças de entradas e de saídas dos mesmos. Verifica-se que as diferenças apuradas pelo autuante são quase as mesmas das saídas com notas fiscais dos produtos fracionados, ou seja, de 400 para 200. Deste modo, todas as movimentações de estoque inicial, entradas, estoque final e saídas com notas fiscais, cujos produtos tinham a mesma descrição e que estavam fracionados para 200, ou seja, metade de 400, foram ajustadas, ficando as quantidades movimentadas com 200 divididas por dois ($400/2=200$) e foram incluídas aos totais das quantidades movimentadas dos produtos com a mesma descrição, de 400, conforme demonstrativo abaixo:

Com os ajustes ocorridos no levantamento quantitativo dos produtos acima demonstrados, foi apurada uma diferença de omissão de saídas de mercadorias no valor de R\$919.293,51 de Base de Cálculo e o ICMS no valor de R\$156.279,90.

VALE RESSALTAR QUE NÃO FORAM FEITAS AS ALTERAÇÕES NAS QUANTIDADES JUSTIFICADAS PELO AUTUADO COMO DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS, UMA VEZ QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVAS QUANTIDADES PARA COMPROVAR SE NÃO HAVIAM SIDO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE .

COMO SE CONSTATA NO DEMONSTRATIVO ACIMA FORAM EXCLUÍDOS DA BASE DE CÁLCULO OS VALORES DE R\$ 146.622,45 E R\$ 98.049,05, ELIMINANDO DUPLICIDADES DOS PRODUTOS 110342 E 143144 QUE NÃO FORAM EXCLUÍDOS ANTERIORMENTE.

c) EXERCÍCIO DE 2008:

Não foram feitos ajustes nos valores referentes ao exercício de 2008, tendo em vista, que não foram relacionadas todas as notas fiscais de entradas para comprovar a DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS como justificados pelo autuado para serem confrontadas com os dados levantados pelo autuante para comprovar se as mesmas não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque.

Como não houve alteração no levantamento quantitativo de estoques (infração 06), permanece o valor de R\$2.745,78, conforme demonstrativos do autuante, às fls. 1.025 a 1.026 dos autos.

DA CONCLUSÃO.

Após análise das planilhas e documentos apresentados pelo autuado, foram feitos os ajustes relativos aos produtos 110342 e 143144, referente ao exercício de 2007, que constam como ELIMINANDO DUPLICIDADES nos valores de R\$ 146.622,45 e R\$98.049,05, sendo assim apurados os seguintes valores das infrações 06 e 07: R\$368.478,02 e R\$58.403,78, respectivamente.

Logo após a revisão fiscal, consta à fl. 1.753, um pedido de vista do processo formulado pelo advogado Lucas de Almeida Maia, OAB Nº 27.819, datado de 28/11/2012, no qual consta uma anotação de caneta a expressão: “fotos das pags.1.744 a 1.752”.

À fl. 1.754 o autuante declarou que foi cientificado da revisão fiscal, tendo argüido que quanto às inversões efetuadas nos produtos referentes às infrações 06 e 07, mantém o seu entendimento apresentado na informação fiscal às fls. 1.004 e 1.005 do processo. Em relação a conclusão do parecer informou que nada tem a acrescentar quanto aos valores apurados.

Na fase de instrução, o Relator verificando que:

a) Atendendo ao pedido do órgão julgador constante no despacho de fl. 1.744, fiscal estranho ao feito da ASTEC/CONSEF realizou revisão fiscal dos itens 06 e 07, e emitiu o Parecer Técnico nº 117/2012 (docs.fls.1.746 a 1.751 vol. V), tendo o processo sido encaminhado para a Infaz de

origem para que o autuado e autuante fossem cientificados do referido parecer, para se manifestarem, querendo.

b) À fl. 1.754 o autuante declarou que foi cientificado da revisão fiscal, tendo argüido que quanto às inversões efetuadas nos produtos referentes às infrações objeto da diligência fiscal, mantém o seu entendimento apresentado na informação fiscal às fls. 1.004 e 1.005 do processo, e que em relação a conclusão do parecer informou que nada tem a acrescentar quanto aos valores apurados.

c) Não consta nos autos intimação cientificando o sujeito passivo do resultado da revisão fiscal, mas tão-somente um pedido de vista do processo pelo patrono do autuado, conforme documento à fl. 1.753.

Diante disso, e com fulcro no § 1º do art.18 do RPAF/99, foi proposto pelo Relator, na Pauta Suplementar, do dia 19/03/2013, e acolhida pelos demais membros desta 2ª JF, em converter o processo em diligência a INFAZ DE ORIGEM, para que fosse intimado o sujeito passivo, fornecendo-lhe, sob recibo, no ato da intimação, cópia do parecer emitido pelo auditor fiscal estranho ao feito constante às fls. 1.746 a 1.751, com a indicação do prazo legal para, querendo, sobre eles se manifestar.

O sujeito passivo se manifesta, fls. 1.760 a 1.762, expondo e requerendo o quanto segue.

Relata que em sua petição anterior, ao analisar a movimentação de estoques do produto ACTIVIA AMEIXA COCO 600 LTE FERM, item 110.342, relativa ao ano de 2008, verificou a multiplicação de seus itens nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e agosto, além do mês de outubro, já retificado na manifestação anterior.

Frisa que tal informação é facilmente verificada através do confronto do anexo relatório contábil de controle de estoques deste item, com as informações consideradas pela Fiscalização com base no SINTEGRA original às fls. 252 do arquivo SAFA_estq_levant_quantitativo_saidas.rpt (Levantamento quantitativo de saídas do ano de 2008).

Salienta que por se tratar de um relatório com todas as movimentações do ano, apresenta as primeiras páginas do mesmo impressas, e disponibiliza o arquivo integral em meio magnético para consulta e conferência de tais informações.

Para demonstrar a diferença mencionada, cita por exemplo, que para as duas primeiras notas fiscais de saída nº 48.131 e n. 48.146, as quantidades indicadas no levantamento fiscal são de 1.980 e 1.080 unidades, enquanto no relatório de controle de estoques são de 330 e 180 unidades, respectivamente, sendo esta a informação constante dos documentos fiscais.

Assim, diz que uma vez verificada a multiplicação por seis das unidades dos produtos devido ao equívoco na marcação de uma função do sistema (*flag*) no momento da geração dos arquivos magnéticos informou tal circunstância à Fiscalização em sua última petição e, em virtude da intimação que ora se cumpre, providenciou prontamente a retificação dos arquivos, como se verifica dos comprovantes que atestam a retificação dos arquivos magnéticos previstos no Convênio 57/95 referentes aos meses acima citados.

Por conta disso, renova o seu requerimento para realização de uma diligência por parte do autuante para a verificação de todos os documentos que se encontram à sua disposição, o qual, ao final, deverá manifestar-se quanto às inversões de estoques e, conseqüentemente, pela improcedência da autuação fiscal.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 1.788 a 1.789, o sujeito passivo foi cientificado da revisão fiscal (Parecer ASTEC nº 117/2012) de fls. 1.746 a 1.751, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 1.793 a 1.799, expondo e requerendo o seguinte.

Expõe que após a ciência da autuação, apresentou Impugnação na qual informou o pagamento das Infrações 02, 03, 04 e 05, bem como contestou as infrações 01, 06 e 07, alegando, em síntese, o quanto segue:

- A autuação é nula porque a d. Fiscalização deixou de produzir qualquer prova com relação aos fatos que ensejaram a cobrança, ignorando as justificativas da Impugnante

de que as supostas omissões de saídas tributadas decorrem de inversões de estoque, bem como deixando de observar o quanto determinado no artigo 3º, inciso III, da Portaria nº 445/1998;

- A Infração 01 é absolutamente improcedente porque a Impugnante legitimamente utilizou-se do crédito presumido nas operações interestaduais;
- As Infrações 06 e 07 são absolutamente improcedentes porque a omissão de saída de mercadorias foi apurada pela Fiscalização sem a consideração (i) das inversões de estoque efetuadas pela Impugnante; (ii) das operações de devolução de produtos fora da validade que movimentam os estoques sem que haja a incidência do ICMS; (iii) do registro duplicado ou quadruplicado no SINTEGRA de entrada ou saída de mercadorias.

Em seguida, faz um relato de suas manifestações anteriores, argüindo que:

- Pleiteou diligência revisora.
- Apresentou manifestação às fls. 804 a 805, onde apontou a existência entradas e saídas de mercadorias duplicadas no SINTEGRA, no que resultou em ajustes e na redução do débito das infrações 06 e 07.
- Apontou inversões de estoque que ocasionaram a omissão de saídas apurada e respectiva documentação.
- Às fls. 986/989 a Fiscalização se manifestou pela manutenção dos cálculos apresentados às fls. 802/804, sendo que posteriormente os autos foram remetidos a esta 2ª Junta Fiscal de Julgamento que, verificando a pertinência das alegações da Impugnante, determinou a conversão do julgamento em diligência para que a d. Fiscalização, após análise de todas as provas apresentadas e aventadas pela Impugnante, prestasse “*nova informação fiscal, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da impugnação apresentada, com a devida fundamentação e comprovação*”.
- Ato contínuo, adveio a manifestação da d. Fiscalização de fls. 1004/1005, mediante a qual foi corrigida a autuação para eliminar a contabilização de registros em duplicidade no SINTEGRA, todavia, que os seus argumentos de que a inversão de estoques ocasionou as omissões apuradas na autuação foram novamente rechaçados.
- Apresentou nova manifestação, apontando que, novamente, a Fiscalização deixou de considerar seus argumentos e, sobretudo, a comprovação de que a inversão de estoques ocasionou as omissões apuradas na autuação, colacionando mais explicações e documentos a afastar as omissões de saída supostamente existente nos anos de 2006 e 2007.
- Esta 2ª Junta Fiscal de Julgamento determinou, então, a realização de nova diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, que deveria diligenciar *in loco* ao estabelecimento da Impugnante para revisão da autuação em razão das alegações e provas trazidas aos autos pela Impugnante.
- Posteriormente, apresentou documentação adicional acerca das inversões de estoque, comprovando que para os produtos n.º 110.823, 110.824, 110.867, 110.864, 110.868, 110.865, 110.866, 110.869, 110.525, 110.527, 112.569, 112.560, 110.872, 110.873, 110.874, 110.876, 110.877, 110.878, 110.879 e 110.880 não existiam omissões de saída ou entrada de estoque, mas tão somente inversão de estoque, de forma que não existe imposto a ser cobrado com relação a tais operações.
- Além disso, apresentou nova manifestação explanando que as supostas omissões de entradas apontadas pela Fiscalização advém da devolução de produtos impróprios para consumo, uma vez que expirado o prazo de validade, os clientes da Impugnante devolveram as mercadorias, que foram registradas como entrada nas Notas Fiscais de devolução.
- Em que pese referidas entradas não terem sido devidamente refletidas no estoque da Impugnante, tal fato não causou nenhum impacto, na medida em que, caso referidas entradas tivessem sido refletidas, deveria, ato contínuo, ter efetuado a respectiva baixa

do estoque, já que referidos produtos, em sendo impróprios para o consumo, foram devidamente descartados.

Ressalta que, ainda que se entenda que incorreu em erro ao não refletir em seu estoque o retorno das mercadorias devolvidas pelos seus clientes, este equívoco não causou nenhum impacto no montante final de mercadorias que deveriam constar em seu estoque.

Assim afirma que demonstrou que a movimentação do estoque decorrente da devolução das mercadorias impróprias para consumo não impactou na apuração do ICMS devido, uma vez que a Impugnante efetuou o estorno dos créditos fiscais gerados na entrada das mercadorias devolvidas.

Para comprovar o estorno dos créditos fiscal referente às mercadorias devolvidas, a Impugnante apresentou livros Registro de Apuração do ICMS, detalhamento das entradas de produtos devolvidos, notas fiscais de devolução, entre outros.

Destaca que, diante disso, foi elaborado o Parecer ASTEC nº 21/2012, mediante o qual a Fiscalização acatou a comprovação de inexistência de omissão de receitas no que tange às inversões dos estoques dos produtos nº 110.823, 110.824, 110.867, 110.864, 110.868, 110.865, 110.866, 110.869, 110.525, 110.527, 112.569, 112.560, 110.872, 110.873, 110.874, 110.876, 110.877, 110.878, 110.879 e 110.880, reduzindo o valor da autuação.

Apesar disso, argumenta que a Fiscalização não analisou suas alegações acerca da inexistência de omissões de entradas apontadas pela Fiscalização, uma vez que a movimentação dos estoques apontada na autuação advinha de devolução de produtos impróprios para consumo, simplesmente afirmando que *“não foram relacionadas as notas fiscais e respectivas quantidades para comprovar se não haviam sido consideradas pelo autuante”*, sem análise da documentação juntada aos autos pela Impugnante, tampouco dos documentos fiscais disponíveis em seu estabelecimento.

Observa, ainda, que instada a se manifestar sobre o Parecer ASTEC nº 21/2012, apresentou a manifestação de fls. 1702/1713 na qual demonstrou diversas inconsistências e irregularidades na manifestação fiscal, a saber:

- Ao contrário do quanto determinado por este 2ª Junta Fiscal de Julgamento, Fiscalização não aprofundou sua análise quanto às inversões de estoques efetuadas pela Impugnante, sendo que, tendo sido comprovado pela Impugnante que as inversões não podem ocasionar as omissões de saídas apontadas pela Fiscalização, bem como expressamente determinado que a diligência fosse realizada in loco na sede da Impugnante, todas as inversões de estoque deveriam ser analisadas pela Fiscalização e não somente aquelas comprovadas pela documentação trazida aos autos;
- O trabalho realizado pela Fiscalização apresenta erros de cálculo e erros matemáticos que merecem ser sanados;
- Não foram analisados os documentos apresentados pela Impugnante para comprovar a contabilização múltipla dos produtos de nº 110.342 e 143.144;
- Foram desconsiderados os argumentos e documentos apresentados pela Impugnante que, com relação às supostas omissões de entradas apontadas pela d. Fiscalização, comprovavam sua origem na devolução de produtos impróprios para consumo, os quais eram registrados como entradas com o posterior estorno do crédito fiscal gerado com esta entrada.

Diante disso, diz que esta 2ª Junta Fiscal de Julgamento determinou que a Fiscalização apresentasse esclarecimentos quanto ao Parecer ASTEC n.º 21/2012, tendo advindo o Parecer ASTEC n.º 117/2012 no qual o único esclarecimento efetuado pela d. Fiscalização foi no sentido de eliminar a duplicidade de contabilização dos produtos de n.º 110.342 e 143.144, efetuando-se, desta forma, os ajustes ao cálculo do imposto cobrado na autuação.

Quanto aos seus demais argumentos, a Fiscalização se limitou a afirmar que *“não foram feitos, evidentemente, os ajustes das inversões que não ficaram comprovadas”*, bem como

que “*não foram excluídos os valores justificados como retorno de produtos impróprios, (...) considerando que os mesmos não foram devidamente comprovados, haja vista que, não foram relacionadas as notas fiscais e respectivas quantidades dos produtos para comprovar que não haviam sido consideradas pelo autuante*”.

Frisa que Fiscalização descumpriu a determinação de fls. 1050 desta 2ª Junta Fiscal de Julgamento para que a autuação fosse revista com base (i) nos documentos e esclarecimentos apresentados pela Impugnante nos presentes autos, bem como (ii) outras verificações da escrita fiscal que se fizerem necessárias para apurar a veracidade das alegações da defesa.

Observa que, a fiscalização tanto no Parecer ASTEC nº 21/2012, como no Parecer ASTEC nº 117/2012, apenas se limitou a verificar os elementos já trazidos aos autos pela empresa, sem se aprofundar na questão da inversão dos estoques ou da devolução de produtos impróprios para consumo, tampouco diligenciando para obter documentação fiscal que permitisse verificar a veracidade das alegações trazidas pela Impugnante em relação aos demais itens da autuação.

Com base no acima exposto, aduz que foram violados pela fiscalização o princípio da verdade material e o princípio do dever de investigação, pois não foi feita verificação *in loco* ao seu estabelecimento para analisar a integralidade de sua documentação fiscal.

Consigna que até o presente momento, todas as diligências da Fiscalização efetuadas resultaram na minoração da autuação guerreada, o que somente corrobora com os seus argumentos de que autuação é nula porque a Fiscalização deixou de produzir qualquer prova com relação aos fatos que ensejaram a cobrança, ignorando as justificativas e a documentação apresentadas pela Impugnante, bem como deixando de observar o quanto determinado no artigo 3º, inciso III, da Portaria nº 445/1998 quanto ao procedimento de fiscalização adotado no caso em tela.

Assim, requer que esta 2ª Junta Fiscal de Julgamento intime a Fiscalização para se manifestar conclusiva e derradeiramente acerca dos argumentos e documentos trazidos aos autos pela Impugnante, diligenciando *in loco* ao seu estabelecimento para analisar a integralidade de sua documentação fiscal, ou, até mesmo, intimando-lhe a apresentar eventual documentação adicional que julgar necessária, especialmente no que tange à:

1. Análise das inversões de estoques efetuadas pela Impugnante, sendo que, tendo sido comprovado pela Impugnante que as inversões não podem ocasionar as omissões de saídas apontadas pela Fiscalização, todas as inversões de estoque efetuadas no período da autuação devem ser analisadas pela Fiscalização e não somente aquelas comprovadas pela documentação trazida aos autos;
2. Justificativa ou ratificação dos erros de cálculo e erros matemáticos no cálculo dos créditos fiscais gerados na entrada das mercadorias devolvidas.

Finaliza, requerendo que todas as intimações e publicações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado **Marcelo Neeser Nogueira Reis**, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, com endereço profissional na Av. da França, nº 164, Sala 11, Ed. Futurus, Comércio, Salvador, Estado da Bahia, CEP 40010-000.

À fl. 1.803 o autuante, em relação à manifestação do autuado de fls. 1.793 a 1.799, esclarece o seguinte:

- Quanto às infrações 01, o art. 4º do Decreto nº 7.799/00 é absolutamente claro quanto à exclusão do crédito presumido de 16,667 do valor do imposto incidente nas operações de saídas interestaduais das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (RICMS-BA).

- Em relação às infrações 06 e 07, corroboro o meu entendimento apresentado na informação fiscal, às fls. 1004 e 1005 deste PAF, de que a junção de produtos com códigos, valores e unidades diferentes, por inversão de estoques, deveria ter sido informado através de documentação fiscal com a finalidade de regularização dos estoques, o que não ocorreu nos exercícios fiscalizados.

- Outrossim, de acordo com o artigo 824-F do RICMS-BA: “O contribuinte deverá adotar código único para cada item de mercadoria ou serviço”.
- Segundo o § 1º do artigo supracitado: “é vedada a utilização em um mesmo exercício fiscal, de um mesmo código para mais de um item de mercadoria ou serviço”.
- Desta forma, considerando que o autuado não apresentou em sua última manifestação qualquer documento fiscal que justifique alteração dos valores já apurados pela fiscalização, encaminho o presente Processo Administrativo Fiscal à 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL para julgamento.

VOTO

Inicialmente, quanto às infrações 06 e 07, o autuado suscitou a nulidade do lançamento tributário do débito destes itens, por inobservância do artigo 3º, III, da Portaria nº 445/98, com base na preliminar de que a fiscalização deixou de considerar no levantamento quantitativo a totalidade das mercadorias dos períodos fiscalizados, isto porque o seu estoque se altera de forma dinâmica pelo fato de os produtos terem a possibilidade de alteração de seu código mediante a operação denominada de inversão, que se caracteriza como a modificação de um dado item do estoque de uma natureza para outra.

Com base nisso, sustenta que o auto de infração está eivado de nulidade, pelo fato de o autuante deixar de produzir qualquer elemento de prova em relação aos fatos que dão ensejo a autuação levada a termo, além de desconsiderar as planilhas e esclarecimentos apresentados pela empresa sem qualquer fundamentação, razão pela qual deve ser cancelado o trabalho fiscal por está ausente do lançamento uma prova necessária à demonstração da omissão de saídas, que se trata do agrupamento dos itens comuns.

Da análise das peças processuais, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando os itens da autuação questionados acompanhados de levantamentos e demonstrativos que foram entregues ao sujeito passivo, inclusive de um CD contendo os levantamentos, e permitiram a ampla defesa e o contraditório, inclusive foram expedidas as intimações dando ciência das informações fiscais e dos novos elementos a elas anexados, bem como, o processo foi baixado em diligência várias vezes para revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, cujas questões acima alinhadas envolvendo erro na apuração do débito serão apreciadas por ocasião do mérito.

Portanto, fica rejeitado o pedido de nulidade da ação fiscal que direta ou indiretamente foi argüido pelo defendente, tendo em vista que não se encontram presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999, para decretar a nulidade do presente lançamento tributário.

Quanto ao pedido para que todas as publicações e intimações referentes ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado Marcelo Neeser Nogueira Reis, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.398, com endereço profissional na Av. da França, 164, sala , Edf. Futurus, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40010-000, inexistente óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que sete infrações contempladas no Auto de Infração, os débitos relativos às infrações 02 a 05, nos valores de R\$1.667,30; R\$1.035,99; R\$149.372,74 e R\$18.478,02, são totalmente subsistentes, porquanto, o sujeito passivo as reconheceu como devida, inclusive, comprovou o devido recolhimento, conforme DAE's nos valores de R\$152.076,03 e R\$18.478,02 à fls.501 a 502, confirmados no SIDAT da SEFAZ.

Com relação à infração 04, o sujeito passivo diz que optou pelo pagamento do débito lançado no auto de infração, apesar de sua convicção com relação à inconstitucionalidade do estorno de crédito em razão de saídas com redução de base de cálculo, por não se tratar de operação sujeita a não incidência ou isenção como previsto pelo art. 155, § 2º, II, b da Constituição Federal, aduz que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contrariamente à tese defendida por toda a doutrina.

Quanto aos aspectos constitucionais acima abordados, destaco a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo. Assim, fica mantido débito referente à infração 04.

Em relação às infrações 01, 06 e 07, relativamente aos débitos nos valores de R\$650.163,55; R\$678.740,12 e R\$ 158.991,03, considerando que o autuado os impugnou e não concordou com os esclarecimentos prestados na informação fiscal, tornou-se necessário baixar o processo em diligência à Infaz de origem para uma revisão do lançamento, por fiscal estranho ao feito, dos referidos itens, conforme despachos de diligência às fls. 1.050 e 1.744.

As diligências solicitadas por esta 2ª JJF, foram devidamente cumpridas pela Auditora Fiscal Maria do Socorro, conforme Pareceres ASTEC nº 21/2012, fls. 1.056 a 1.061, 117/2012, fls. 1.746 a 1.751, e o autuado foi cientificado do resultado de tais revisões, e exerceu a ampla defesa e contraditório.

Portanto, para proferir o meu voto, tomo por base os documentos de prova constantes nos autos e os esclarecimentos prestados nas citadas revisões fiscais, pois o sujeito passivo foi cientificado das mesmas, e os seus argumentos e documentos não foram capazes para modificar o resultado do trabalho revisional.

Desta forma, analisando, de per si, os itens acima mencionados, é possível, a esta altura processual, concluir o seguinte.

INFRAÇÃO 01

Trata de acusação de que o autuado fez o estorno de crédito de ICMS em desacordo com o RICMS/BA, cujo débito lançado no auto de infração encontra-se demonstrado no levantamento fiscal às fls. 22 a 27, onde constam especificados todos os valores que serviram de base para a apuração do débito.

O autuado não apontou erro nos números consignados no referido levantamento, no entanto, diz que foi incluído no cálculo do valor do estorno do débito do ICMS, mercadorias enquadradas na substituição tributária, quais sejam, iogurtes – NCM 04.03.1000, ou seja, que o cálculo do Estorno de Débito Devido foi feito excluindo-se as mercadorias enquadradas na substituição tributária (Iogurtes-NCM 04.03.1000).

Pelo que consta nos autos, o autuado é beneficiário do Decreto nº 7.799/00, que dispõe sobre o tratamento tributário a ser adotado pelas empresas que assinarem o Termo de Acordo Atacadista com redução da base de cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CAD-ICMS.

Ressalto que o referido Termo de Acordo dispõe no seu art. 4º que a redução de Base de Cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações: 1- Com mercadorias enquadradas na substituição tributária, ou seja, o Decreto nº 7.799/00 excluiu, dentre outros constantes do art. 353 do RICMS, o produto "Iogurte" do benefício fiscal da redução da base de cálculo nas saídas internas para contribuintes inscritos no CADICMS e, conseqüentemente, o estorno de débito correspondente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais.

Portanto, quanto a alegação defensiva, observo que o produto "Iogurte", com NCM 04.03.1000, está enquadrado pela legislação tributária deste Estado no regime de substituição tributária, conforme art. 353 do RICMS/BA, sendo, o autuado ao efetuar as saídas internas deste produto, responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto.

Desta forma, comungo com o autuante no sentido de que não é devida a redução da alíquota interestadual de 12% para 10% nas saídas interestaduais de produtos enquadrados na substituição tributária, no caso, o produto "Iogurte", uma vez que haveria um desequilíbrio entre créditos fiscais e débitos fiscais, pois, se apropria dos créditos fiscais em seus valores integrais nas aquisições destes produtos da região Nordeste, com alíquota de 12% e nas aquisições internas, com alíquota de 17%, enquanto que, os créditos fiscais relativos às mercadorias amparadas pelo benefício fiscal não poderão exceder a 10% do valor da base de

cálculo do imposto.

Mantido o lançamento.

INFRAÇÕES 06 e 07

O débito destas infrações foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2006 a 2008, e encontra-se devidamente demonstrado às fls. 107 a 136, nos quais, constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito de cada período.

O cálculo do débito de cada infração foi apurado com base na a Portaria nº 445/98, qual seja, com base:

- Nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, relativa aos exercícios de 2006 a 2008, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas (Infração 06).
- Na falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, correspondente aos exercícios de 2006 e 2008 (Infração 07).

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é um roteiro de auditoria que objetiva a conferência da regularidade da movimentação quantitativa de determinado período, toma por base as quantidades dos estoques iniciais e finais, as entradas, apurando as saídas reais que comparadas com as notas fiscais de saídas, se resultar diferença, leva a conclusão de que esta diferença decorre de saídas de mercadorias não registradas. E foi exatamente com base na apuração através de levantamento quantitativo que a fiscalização fundamentou estes itens da autuação.

O trabalho fiscal obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques citado, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e consta em cada demonstrativo que o autuado recebeu uma cópia, inclusive em CD, e exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que o procedimento adotado pela fiscalização não considerou a totalidade das mercadorias dos períodos fiscalizados, isto porque o seu estoque se altera de forma dinâmica pelo fato de os produtos terem a possibilidade de alteração de seu código mediante a operação denominada de inversão (modificação de um dado item do estoque de uma natureza para outra).

Citou o mesmo exemplo das preliminares de nulidade, ou seja: o produto 110864 é o “IOG PED FTA CORPUS 460 MORANGO”, composto por 4 potes de iogurte e com peso de 460g, sendo reconhecido neste código como um item de estoque. Por outro lado, quando se apresenta com 2 potes e peso de 230g, o produto movimenta o código 110867 e é denominado “CORPUS PED MORANGO 230 IOG PED FTA”.

Alega que por um equívoco na geração de seu arquivo magnético SINTEGRA, as quantidades do produto 110824 – “CORPUS PED AMEIXA 460 IOG”, foram indevidamente quadruplicadas nos arquivos SINTEGRA relativos aos meses de setembro, outubro e novembro de 2006, gerando as diferenças apuradas no trabalho fiscal, conforme notas fiscais anexadas às fls.608 a 613.

Além disso, diz que através do seu arquivo anual de movimentação de estoques (docs.fl.615 a 728), pode apurar que houve duplicação de todas as entradas e saídas no período de outubro a novembro de 2006, afetando o cálculo da movimentação de estoques, conforme arquivo Excel de movimentação, fl. 730 a 799, onde o FATOR 4 indica valores quatro vezes superiores para as saídas nos arquivos magnéticos.

Verifico que conforme informação do autuante o estabelecimento possui, para cada item

comercializado, códigos de produtos e denominações distintas, conforme cópia do Livro de Inventários constantes nos autos.

Quanto a alegação defensiva que ocorreu inversão de estoque dos produtos com códigos "110864" e "110867", no exercício de 2006, o preposto fiscal diz que foi respondido ao autuado, através de e-mail, que não era possível acolher a solicitação de compensação das omissões de saídas de um código de produto com as omissões de entradas de outro código de produto por se tratar de itens com denominações e preços unitários diferentes.

Sobre as informações distorcidas das quantidades constantes no SINTEGRA referentes ao produto "CORPUS PED AMEIXA 460", com código "110824", foi confirmado pelo autuante, através dos preços unitários, que nos meses de setembro a novembro de 2006, as quantidades apresentavam-se quadruplicadas, tendo feito as devidas correções dos referidos meses, gerando uma redução do imposto devido do exercício de 2006, conforme demonstrativos anexos a esta informação fiscal (docs. fls. 807 a 819), constatando que os demais produtos não apresentaram inconsistências.

De fato pela legislação tributária é possível a ocorrência de inversão de estoques, desde que o contribuinte efetue a reclassificação das mercadorias através da emissão de documentos fiscais próprios. No presente caso, não foi apresentado nenhuma comprovação, através das notas fiscais devidas, relativamente à regularização das operações de inversão dos estoques das referidas mercadorias. Portanto, correto o procedimento da fiscalização em não aceitar a tese defensiva.

Assim, considerando que o autuado comprovou apenas a existência de erro no arquivo Sinagra, bem como, que houve erro na quantificação das quantidades, e que suas razões defensivas quanto a justificação das diferenças pelas operações de inversão de estoques e retorno de mercadorias impróprias para consumo, não foram devidamente comprovadas com documentos fiscais, com a informação fiscal do autuante a infração 06 ficou reduzida para o valor de R\$609.566,62, enquanto a infração 07 corresponde ao valor de R\$131.321,63, conforme levantamentos de fls. 807 a 819.

Quanto as razões aduzidas sobre a informação fiscal, o autuado sustenta que houve ausência de manifestação com relação à preliminar de nulidade da autuação, no tocante a inobservância do art. 3º, III, da Portaria nº 445/1998. Ressalto que o autuante justificou que deixou de acolher o pedido do autuado para o agrupamento dos produtos acima citados em virtude de o levantamento ter considerado os itens separadamente por possuírem códigos e preços unitários distintos.

Contudo, diante da controvérsia entre os insistentes argumentos do autuado para as ponderações do autuante, para evitar futura alegação de cerceamento de defesa, o processo foi convertido em diligência para o autuante, o qual, informou que o autuado foi intimado em 10/03/2011, para a correção das divergências de informações apresentadas em meios magnéticos, em relação aos livros e documentos fiscais, sendo concedido um prazo de 30 (trinta dias) para a apresentação, em especial, as quantidades quadruplicadas de alguns produtos, e após a entrega dos mesmos, via SINTEGRA, foram elaborados novos levantamentos quantitativos dos estoques referentes aos exercícios de 2006 e 2008 através de CD autenticado, cujos valores históricos de débitos do ICMS devidos foram alterados (docs. fls. 1008 a 1026), para os seguintes valores: infração 06 = R\$628.233,41 e infração 07 = R\$140.700,38, e ratificado o seu entendimento em relação a inversão de estoque dos produtos citados.

Considerando que:

- e) o autuado em reiteradas manifestações (fls. 445 a 473, 821 a 822, e 1.031 a 1.040) detalhou o procedimento de inversão de estoques em relação a alguns produtos, a exemplo dos códigos 110.864 e 110.867, tendo inclusive demonstrado detalhadamente a movimentação conjunta de tais produtos;

- f) o patrono do autuado anexou, às fls. 1.042 a 1.046, a relação dos códigos de produto com suas respectivas descrições, visando mostrar a indicação de produtos idênticos enquadrados em código diverso por apresentarem peso diverso (230g e 460g ou 200g e 400g, por exemplo);
- g) foi alegado na defesa a existência de retorno das mercadorias em questão impróprias para consumo;
- h) foram colocados à disposição todos os demais documentos relacionados à apuração da movimentação de estoques, esclarecimentos e comprovação das alegadas inversões.

Considerando, ainda, o previsto no inciso III, do artigo 3º da Portaria nº 445/98, *in verbis*: **III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.**

Conforme despacho de fl. 1.050, foi proposto pelo Relator, na Pauta Suplementar, do dia 29/09/2011, e acolhida pelos demais membros desta 2ª JJF, em converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que o auditor fiscal estranho ao feito, in loco, à vista dos livros e documentos fiscais do estabelecimento, efetuasse revisão fiscal do levantamento quantitativo, adotando as seguintes providências:

- Tomando por base os esclarecimentos e comprovações apresentados nas peças defensivas, e outras verificações que se fizerem necessária na escrita fiscal do contribuinte, apurasse a veracidade as alegações defensivas, e emitisse parecer sobre as alegadas inversões dos estoques dos produtos citados, e, se constatado efetuasse a aplicação da orientação contida no art. 3º, inciso III da Portaria 445/98, ou seja, através dos documentos fiscais de entradas e de saídas, e mercadorias inventariadas, fizesse o levantamento da forma adotada pelo sujeito passivo mediante o agrupamento dos produtos citados em um só gênero.
- Cumprido o item anterior, elaborasse demonstrativo de débito das omissões de todos os produtos, devendo ser aplicadas as disposições contidas na Portaria nº 445/98, indicando o real valor do débito a ser mantido nos itens em questão, se for o caso.

Conforme relatado, Auditora Fiscal estranha ao feito lotada na ASTEC efetua a revisão do lançamento, nos termos solicitado pelo órgão julgador, e emite o Parecer nº 21/2012, datado de 19/03/2012, fls. 1.056 a 1.061, informando que foram adotados os seguintes procedimentos:

1. No dia 16/12/2011, o autuado foi intimado a apresentar demonstrativos ou planilhas e demais documentos fiscais que comprovassem todas as irregularidades do levantamento quantitativo de estoque que alegou, por amostragem, na defesa, conforme Intimação Fiscal às fls.1062 a 1065.
2. No mesmo dia, ou seja, no 16/12/2011, o autuado, através do seu advogado, solicitou agendamento para esclarecimentos da Intimação Fiscal, como também sobre os documentos que já haviam sido apresentados na defesa. (fl. 1.061), ficando agendado para o dia 20/12/2011.
3. No dia 26/12/2011, em resposta à reunião ocorrida no dia 20/12/2011, e alegando a grande quantidade de informações que teria para levantar, o autuado solicitou prorrogação do prazo para apresentação dos documentos solicitados para os dias 23/01/2012, 30/01/2012 e 06/02/2012 (fl. 1067), considerando as informações dos exercícios fiscalizados de 2006, 2007 e 2008, respectivamente, como também apresentou um modelo de planilha para confirmar se as informações atendiam à solicitação da Diligência Fiscal. Ficando a data prorrogada para o dia 30/01/2012(fl. 1066).
4. No dia 31/01/2012, através manifestação nº 01720612012-9 (fls. 1087/1535), o autuado apresentou as planilhas e cópias das notas fiscais (amostragem) referentes aos exercícios de 2006 e 2007, e solicitou prorrogação do prazo para entregar os levantamentos de 2008,

ficando acordado para o dia 14/02/2012.

5.No dia 14/02/2012, através manifestação nº 02622912012-3 (fls. 1549/1641), como acertado, o autuado apresentou novas planilhas referentes aos exercícios de 2006 e 2007, e solicitou prorrogação de prazo para o dia 27/02/2012, para o detalhamento do retorno de produtos impróprios para consumo do exercício de 2008.

6. No dia 27/02/2012, através manifestação nº 031784/2012-0 (fls. 1642/1652), o autuado apresentou a planilha referente ao exercício de 2008.

7. No dia 05/03/2012, através manifestação 036921/2012-0 (fls. 1653/1696), juntou "as cópias das páginas dos livros de apuração de ICMS dos exercícios de 2006, 2007 e 2008 que constam o ajuste de estorno de crédito de produto ruim."

A revisora fiscal após análise e confrontos dos dados e documentos apresentados pelo autuado e demais demonstrativos e documentos constantes do PAF, informou que foram feitos os seguintes ajustes:

INFRAÇÃO 06:

a) EXERCÍCIO DE 2006:

Na planilha apresentada pelo autuado à fl. 1.564 foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, causando, assim, grandes diferenças de entradas e de saídas dos mesmos. Verifica-se que as diferenças apuradas das entradas pelo autuante, são quase as mesmas das diferenças apuradas nas saídas com notas fiscais dos produtos fracionados, ou seja, de 460 para 230. Deste modo, todas as movimentações de estoque inicial, entradas, estoque final e saídas com notas fiscais, cujos produtos tinham a mesma descrição e que estavam fracionados para 230, ou seja, metade de 460, foram ajustadas, ficando as quantidades movimentadas com 230 divididas por dois $460/2=230$) e foram incluídas aos totais das quantidades movimentadas dos produtos com a mesma descrição, porém de 460, conforme demonstrativo por exercício.

Verifico, ainda, que não foram feitos, na revisão fiscal, ajustes nas quantidades justificadas pelo autuado como devolução de produtos ruins, em virtude de o autuado não ter relacionado todas as notas fiscais de entradas para comprovar a DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS como justificados pelo autuado para serem confrontadas com os dados levantados pelo autuante para comprovar que as mesmas não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque.

Concluindo, a revisora fiscal declara que a após análise das planilhas e documentos apresentados pelo autuado, e feitos os devidos ajustes conforme acima alinhado, foram apurados os seguintes valores das Infrações 06 e 07 : R\$368.478,02 e R\$58.403,78, respectivamente.

Ao se manifestar sobre a revisão fiscal acima, o autuado aduziu que:

1. Ao contrário do determinado pela decisão da 2ª Junta de Julgamento, o Parecer Técnico não expandiu conclusão da amostra selecionada para comprovação das inversões e não elaborou demonstrativo de débito das omissões de todos os produtos. No entender da Impugnante, uma vez comprovada a ocorrência das inversões, todos os produtos sujeitos a esta movimentação de estoque deveriam ter sido movimentados em conjunto;
2. O Parecer Técnico apresenta evidentes equívocos técnicos e matemáticos para os anos de 2006 e 2007;
3. O Parecer Técnico desconsiderou a demonstração da multiplicação da quantidade de itens nos arquivos SINTEGRA relativos ao ano de 2007, através do confronto entre os documentos fiscais e a base do levantamento quantitativo da Fiscalização, com impacto direto sobre os valores deste período;
4. O Parecer Técnico, por razões que se desconhece, desprezou e sequer buscou o aprofundamento na questão da devolução dos produtos inservíveis, cujos estornos no LRAICMS foram devidamente demonstrados e detalhados pela impugnante.

Diante de tais premissas, considerou inadmissível o procedimento adotado pela Fiscal consistente na dedução pura e simples do valor comprovado da amostra selecionada, com a manutenção de todos os demais valores, quando entende que, não só os produtos movimentados

na diligência, mas todos aqueles constantes do lançamento deveriam ter sido movimentados em conjunto pela Fiscalização Estadual, caso contrário, resta evidente o prejuízo de defesa decorrente do procedimento adotado pela fiscalização, e requereu que sejam efetuadas as correções no Parecer Técnico ASTEC/CONSEF nº 21/2012, conforme apontadas nos itens acima, além do acolhimento da consideração das devoluções de produtos inservíveis no levantamento quantitativo, indevidamente afastada pelo Parecer ao fundamento de que as operações não teriam sido detalhadas, o que restou prontamente rechaçado na presente manifestação.

Considerando as alegações do autuado acima sobre a revisão fiscal, conforme despacho de diligência, fl. 1.744, na Pauta Suplementar do dia 20/09/2012, foi decidido pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que a revisora fiscal prestasse esclarecimentos sobre os equívocos apontados pelo autuado às fls. 1.702 a 1.714, tendo sido recomendado que, se cabíveis, fossem efetuadas as devidas alterações no seu parecer técnico, indicando, ao final, o real valor do débito a ser mantido no auto de infração em relação aos itens revisados.

Auditora Fiscal estranha ao feito lotada na ASTEC efetua nova revisão do lançamento, nos termos solicitado pelo órgão julgador, e emite o Parecer nº 117/2012, fls. 1.746 a 1.751, onde presta os esclarecimentos abaixo sobre os questionamentos feitos pelo autuado.

Em relação à Infração 06 - Exercício de 2006:

- a) Foram feitos todos os ajustes de todas as inversões que ficaram, efetivamente, comprovadas pelo autuado, não foram feitos, evidentemente, os ajustes das inversões que não ficaram comprovadas.
- b) Em relação ao exercício de 2006, basta confrontar o demonstrativo do autuado à fl. 1564, com o demonstrativo à fl. 1058 da Diligência Fiscal, para se constatar que foi excluído da base de cálculo no valor de R\$1.671.272,47, o valor de R\$965.713,04 e incluído o valor de R\$13.584,23, que foi apurado após confrontos dos dados.
- c) Não foram excluídos os valores justificados como RETORNO DE PRODUTOS IMPRÓPRIOS, REFERENTE AO PRODUTO DE COD. 110322 E 112560, CONSIDERANDO QUE OS > MESMOS NÃO FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS, HAJA VISTA QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVAS QUANTIDADES DOS PRODUTOS PARA COMPROVAR QUE NÃO HÁ VIAM SIDO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE.

Em relação à Infração 06 - Exercício de 2007

- d) Em relação ao exercício de 2007, basta confrontar o demonstrativo do autuado à fl. 1639, com o demonstrativo à fl. 1059, da Diligência Fiscal, para se constatar que foi excluído o valor de R\$374.795,22 do valor de R\$1.495.137,23 e incluído o valor de R\$43.623,00 que foi apurado após confrontos dos dados.
- e) Não foram excluídos os valores justificados como RETORNO DE PRODUTOS IMPRÓPRIOS, REFERENTE AO PRODUTO DE COD. 130151, CONSIDERANDO QUE OS MESMOS NÃO FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS, HAJA VISTA QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVAS QUANTIDADES DOS PRODUTOS PARA COMPROVAR SE O AUTUANTE NÃO HA VIA CONSIDERADAS.
- f) OS ESTORNOS REGISTRADOS NO LRAICMS NÃO COMPROVAM QUE SE TRATA DOS MESMOS PRODUTOS LEVANTADOS PELO AUTUANTE.
- g) Em relação aos valores de R\$146.622,45 e R\$98.049,05 dos produtos de códigos 110342 e 143144, referente ao exercício de 2007, que constam como ELIMINANDO DUPLICIDADES, estão agora sendo excluídos.
- h) Após análise e confrontos dos dados e documentos apresentados pelo autuado e demais demonstrativos e documentos constantes do PAF, foram feitos os seguintes ajustes:

INFRAÇÃO 06:

a) EXERCÍCIO DE 2006:

Na planilha apresentada pelo autuado à fl. 1564 foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, causando, assim, grandes diferenças de entradas e de saídas dos mesmos. Verifica-se que as diferenças apuradas das entradas pelo autuante, são quase as mesmas das diferenças apuradas nas saídas com notas fiscais dos produtos fracionados, ou seja, de 460 para 230. Deste

modo, todas as movimentações de estoque inicial, entradas, estoque final e saída com notas fiscais, cujos produtos tinham a mesma descrição e que estavam fracionados para 230, ou seja, metade de 460, foram ajustadas, ficando as quantidades movimentadas com 230 divididas por dois $460/2=230$) e foram incluídas aos totais das quantidades movimentadas dos produtos com a mesma descrição, porém de 460, conforme demonstrativo abaixo.

Com os ajustes ocorridos no levantamento quantitativo dos produtos acima demonstrados, foi apurada uma diferença de saídas de mercadorias de no valor de R\$719.143,66 de Base de Cálculo e ICMS no valor de R\$122.254,42.

A revisora ressaltou que não foram feitas as alterações nas quantidades justificadas pelo autuado como devolução de produtos ruins, visto que não foram relacionadas as respectivas notas fiscais para comprovar se não haviam sido consideradas pelo autuante.

b) EXERCÍCIO DE 2007:

De acordo com os dados apresentados pelo autuado na planilha à fl. 1639 foram consolidadas as movimentações de estoque dos produtos com a mesma descrição, que ao serem fracionados geraram novos códigos, causando, assim, grandes diferenças de entradas e de saídas dos mesmos. Verifica-se que as diferenças apuradas pelo autuante são quase as mesmas das saídas com notas fiscais dos produtos fracionados, ou seja, de 400 para 200. Deste modo, todas as movimentações de estoque inicial, entradas, estoque final e saídas com notas fiscais, cujos produtos tinham a mesma descrição e que estavam fracionados para 200, ou seja, metade de 400, foram ajustadas, ficando as quantidades movimentadas com 200 divididas por dois $(400/2=200)$ e foram incluídas aos totais das quantidades movimentadas dos produtos com a mesma descrição, de 400, conforme demonstrativo abaixo.

Com os ajustes ocorridos no levantamento quantitativo dos produtos acima demonstrados, foi apurada uma diferença de omissão de saídas de mercadorias no valor de R\$919.293,51 de Base de Cálculo e o ICMS no valor de R\$156.279,90.

VALE RESSALTAR QUE NÃO FORAM FEITAS AS ALTERAÇÕES NAS QUANTIDADES JUSTIFICADAS PELO AUTUADO COMO DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS, UMA VEZ QUE, NÃO FORAM RELACIONADAS AS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVAS QUANTIDADES PARA COMPROVAR SE NÃO HAVIAM SIDO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE.

COMO SE CONSTATA NO DEMONSTRATIVO ACIMA FORAM EXCLUÍDOS DA BASE DE CÁLCULO OS VALORES DE R\$146.622,45 E R\$98.049,05, ELIMINANDO DUPLICIDADES DOS PRODUTOS 110342 E 143144 QUE NÃO FORAM EXCLUÍDOS ANTERIORMENTE.

c) EXERCÍCIO DE 2008:

Não foram feitos ajustes nos valores referentes ao exercício de 2008, tendo em vista, que não foram relacionadas todas as notas fiscais de entradas para comprovar a DEVOLUÇÃO DE PRODUTOS RUINS como justificados pelo autuado para serem confrontadas com os dados levantados pelo autuante para comprovar se as mesmas não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque.

Como não houve alteração no levantamento quantitativo de estoques (infração 06), permanece o valor de R\$2.745,78, conforme demonstrativos do autuante, às fls. 1.025 a 1.026 dos autos.

DA CONCLUSÃO

Após análise das planilhas e documentos apresentados pelo autuado, foram feitos os ajustes relativos aos produtos 110342 e 143144, referente ao exercício de 2007, que constam como ELIMINANDO DUPLICIDADES nos valores de R\$146.622,45 e R\$98.049,05, sendo assim apurados os seguintes valores das infrações 06 e 07:

Infração 06

Data	Data	Base de	Aliq.	Multa	Valor ICMS
31/12/2006	09/01/2007	719.143,65	17%	70%	122.254,42
31/12/2007	09/01/2008	919.293,51	17%	70%	156.279,90
31/12/2008	09/01/2009	529.080,59	17%	70%	89.943,70
Totais					368.478,02

Infração 07

Data	Data	Base de Cálculo	Aliq.	Multa (%)	Valor ICMS
31/12/2006	09/01/2007	231.833,71	17%	60%	39.411,73
31/12/2007	09/01/2008	95.566,24	17%	60%	16.246,26
31/12/2008	09/01/2009	16.151,71	17%	60%	2.745,79
Totais					58.403,78

Acolho o resultado da revisão fiscal acima, tendo em vista que:

- foram observadas as ponderações do autuado quanto a demonstração da multiplicação da quantidade de itens nos arquivos SINTEGRA, notadamente de registros duplicados ou quadruplicados de entrada ou saída de mercadorias, com a devida correção no levantamento quantitativo;
- foram feitos os ajustes referentes à inversão dos estoques dos itens fracionados e comprovados na defesa, e quanto a realização das movimentações consolidadas de todos os produtos o autuado não apresentou nada neste sentido.
- no caso da devolução de produtos ruins, não foram comprovados com os respectivos documentos fiscais esta ocorrência nos períodos fiscalizados.
- foram produzidas provas nas informações fiscais e nas revisões fiscais sobre as questões abordadas nas defesas, que confirmam a subsistência parcial dos itens em comento.

Nestas circunstâncias, tendo a revisão fiscal atendido às determinações do órgão julgador, e confirmado que a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, e o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, efetuando os ajustes acima alinhados, com a produção das necessárias provas sobre o cometimento das infrações imputadas nestes itens, concluo pela redução do débito para os valores de R\$368.478,02 e R\$58.403,78, respectivamente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$1.247.599,40, devendo ser homologado os valores já recolhidos, ficando o demonstrativo de débito das infrações 06 e 07, modificados conforme quadros abaixo:

RESUMO DO DÉBITO

INFRAÇÃO	VL.INICIAIS	RECONHECIDOS	INF.FISCAL	VLS.JULGADOS
1	650.163,55	-	650.163,55	650.163,55
2	1.667,30	1.667,30	1.667,30	1.667,30
3	1.035,99	1.035,99	1.035,99	1.035,99
4	149.372,74	149.372,74	149.372,74	149.372,74
5	18.478,02	18.478,02	18.478,02	18.478,02
6	678.740,12	-	609.566,62	368.478,02
7	158.991,03	-	131.320,63	58.403,78
TOTAL	1.658.448,75	170.554,05	1.561.604,85	1.247.599,40

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa %	Vr.do Débito	INF.
31/12/2006	09/01/2007	719.143,65	17	70	122.254,42	6
31/12/2007	09/01/2008	919.293,53	17	70	156.279,90	6
31/12/2008	09/01/2009	529.080,59	17	70	89.943,70	6
TOTAL					368.478,02	

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa	Vr.do Débito	INF.
31/12/2006	09/01/2007	231.833,71	17	70	39.411,73	7
31/12/2007	09/01/2008	95.566,24	17	70	16.246,26	7
31/12/2008	09/01/2009	16.151,71	17	70	2.745,79	7
TOTAL					58.403,78	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293872.0003/09-7**, lavrado contra **DANONE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.247.599,40**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$879.121,38 e de 70% sobre R\$368.478,02, previstas no artigo 42, II, “e”, “f”, VII, “a” e “b”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR