

A. I. Nº - 206948.0009/13-7
AUTUADO - F. S. VASCONCELOS E CIA. LTDA. (MAGAZINE LUÍZA S.A.)
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 10.06.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-05/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Refeitos, após informação fiscal, os cálculos da autuação, reduzido o valor exigido, remanesce diferença de maior expressão monetária, a de saídas. A diligência solicitada à ASTEC/CONSEF não comprova as arguições defensivas quanto à influência das alegadas devoluções. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/10/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$2.589.300,09 em razão da seguinte irregularidade: "*Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis*". Multa de 100% - Art. 42, III;

O autuado, às fls. 190 a 209 dos autos, apresenta defesa requerendo, inicialmente, que todas as intimações referentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas à Dra. Renata Amoêdo Cavalcante, OAB/BA N. 17110, no seguinte endereço: Rua Alfredo Guimarães, n. 05, Amaralina, Salvador/BA, CEP: 41.900-426, sob pena de nulidade.

Alega lançamento em duplicidade do estoque inicial de 2010 (estoque final de 2009) realizado pela fiscalização. Relata que os procedimentos adotados no presente lançamento, apontou que, durante a fiscalização realizada, utilizou a seguinte equação matemática: "*Quantidade no Estoque Inicial + Quantidade de Entradas ou Compras – Quantidade de Estoque Final = Quantidade de Saídas ou Vendas Reais*"

Ressalta que a fiscalização encontrou quantidade que "*foi confrontada com a Quantidade de Saídas Registradas em documentos fiscais próprios para se apurar a possível omissão na comercialização do contribuinte*", no exercício de 2010, constatando falta de recolhimento do ICMS, pela apuração de diferenças tanto de entradas, como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – o das operações de saídas tributáveis.

Afirma que o levantamento fiscal elaborado encontra-se equivocado, na medida em que foi lançado em duplicidade o estoque inicial da empresa, ou seja, o inventário final de 2009, para a totalidade dos itens objeto do levantamento.

Explica que, como auditoria de estoques realizada computou o estoque inicial da competência de 2010, qual seja, o inventário final de 2009, de maneira duplicada para todos os itens, foi imputada ao contribuinte uma suposta omissão de saídas no valor de R\$ 15.231.177,00, totalmente descabida, no entanto, gerando uma falta de recolhimento do imposto no valor R\$ 2.589.300,09.

Esclarece, ainda, que com um estoque inicial inflado e totalmente equivocado, eis que não corresponde aos registros fiscais e contábeis da empresa, toda a apuração, que resultou no presente Auto de Infração, elaborada pelo Fiscal Autuante, encontra-se eivada de vícios e

resultou numa cobrança totalmente indevida, já que os números lançados em duplicidade, relativamente ao Estoque Inicial, resultaram numa suposta omissão de saídas, que, na verdade, não existiu. Trata-se, apenas, de erro constante no Levantamento Fiscal elaborado pelo Fiscal Autuante, o que, certamente, será retificado por este E. CONSEF.

Disse que a legislação tributária estadual é clara ao determinar a forma como devem ser elaborados os levantamentos fiscais pelos prepostos do Fisco Estadual, sendo certo que o Inventário Inicial deve espelhar exatamente os lançamentos fiscais e contábeis do contribuinte, conforme art. 936, do RICMS/97, vigente à época do fato gerador objeto da demanda. Transcreve o dispositivo citado.

No que concerne ao presente lançamento, salienta que a fiscalização utilizou os valores constantes no Estoque Inicial de 2010, qual seja, Inventário Final de 2009, de forma duplicada, gerando a presente cobrança, totalmente indevida. Destaca que os números constantes no Registro 74 do SINTEGRA, enviado pelo contribuinte à SEFAZ encontram-se corretos, mas foram lançados em duplicidade na elaboração do Levantamento Fiscal que originou o presente Auto de Infração, o que o torna Improcedente.

Elucida que elaborou levantamento detalhado, conforme planilha em anexo – DOC. 01, onde comprova que os valores lançados pelo I. Fiscal Autuante, relativamente ao Inventário Inicial, encontram-se duplicados. Exemplifica através da apuração do equívoco quanto aos primeiros itens do Levantamento, constante na planilha em anexo – DOC. 01, também salva no meio magnético (CD-ROM) anexado aos autos.

Reafirma que o lançamento está equivocado no estoque inicial, em duplicidade, no Levantamento Fiscal, a omissão de saídas apurada não se sustenta e não deve ser mantida por este E. CONSEF, uma vez que, de fato, não existiu e não houve falta de recolhimento do imposto, conforme apontado pela Fiscalização.

Ressalta que o lançamento em duplicidade do estoque inicial no Levantamento Fiscal é de fácil constatação, através da realização de Diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, o que desde já se requer. Para tanto, basta comparar os valores constantes no Registro 74 do SINTEGRA, enviado pelo contribuinte à SEFAZ, com o arquivo constante em anexo ao presente Auto de Infração, intitulado 03 – Inventário Inicial, ambos salvos no meio magnético (CD-ROM) anexado à presente defesa, para que se verifique os lançamentos equivocados, em duplicidade, que fundamentaram a presente cobrança.

Diz que “*corrigindo os estoques iniciais, adotando os cômputos corretos registrados no Registro 74 do SINTEGRA, enviado pelo contribuinte à SEFAZ, e refazendo a análise quantitativa de estoques teremos uma redução de quase 90% da Base de Cálculo da suposta omissão de saídas de mercadorias apontadas pelo I. Fiscal Autuante, bem como do ICMS infracional exigido nesse caso, o que, certamente, será constado por este E. CONSEF, a fim de se evitar a manutenção de lançamento tributário completamente equivocado, ilegal e indevido*”.

Quanto à suposta omissão de entradas apurada, Alude que, conforme explicitado na planilha em anexo – DOC. 01, elaborada pela empresa não houve a omissão de saídas apontada pela Fiscalização, em virtude dos lançamentos equivocados e em duplicidade dos valores referentes ao estoque inicial do exercício de 2010.

Explica que, com a correção dos estoques iniciais, o caso em questão mudaria de uma suposta omissão de saídas que gerou um imposto a pagar de R\$ 2.589.300,09 para uma “aparente” omissão de entradas, ocasionando uma suposta falta de recolhimento do imposto no importe de R\$ 322.662,86, uma vez que o entendimento da legislação tributária estadual baiana vai no sentido de exigir o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária (entrada ou saída).

Defende que a emissão de notas fiscais de devolução de mercadorias em função da redução do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados. Aduz que procedeu à emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, na competência de 2010, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº

7.016, de 26/11/2009, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela Fiscalização e findou por gerar uma suposta omissão de entradas, no referido exercício. Senão vejamos.

Assevera que os artigos 1º e 2º, do Decreto nº 7.016/99 (reproduzido), determinaram a redução da alíquota do IPI a zero, relativamente a diversos produtos, até o dia 31/03/2010. Para tanto, as pessoas jurídicas atacadistas e varejistas dos produtos em questão deveriam efetuar a devolução ficta ao fabricante desses produtos, existentes em seu estoque e ainda não negociados, até a data de publicação do Decreto, mediante emissão de nota fiscal de devolução.

Afirma que segue a determinação constante na norma tributária, na qual procedeu a sua operação, na medida em que emitiu diversas notas fiscais de devolução de mercadorias sujeitas à redução da alíquota do IPI, a fim que fosse gerado o crédito do imposto. No entanto, pontua que as devoluções são apenas FICTAS, nos termos do §3º, do art. 2º, Decreto nº 7.016/99 e não servem para movimentar estoque, o que não foi verificado pelo I. Fiscal Autuante, no momento da elaboração do Levantamento Fiscal e resultou na apuração de uma suposta omissão de entradas.

Assinala que, em diversos casos, a emissão da nota fiscal de contrapartidas de devolução por parte dos fornecedores não se deu na mesma competência, o que gerou a diferença de estoque. Ou seja, mesmo que as notas fiscais de devolução emitidas para utilização do crédito do IPI não movimentem estoques, sendo suas quantidades fictas e utilizadas apenas para cálculo do crédito do IPI, na rotina de movimentação de estoques feita pela SEFAZ-BA, computou-se estas saídas, mas não as correspondentes entradas, visto que estas não se deram em 2010, mas sim em 2011.

Esclarece que o normal seria que a emissão da nota fiscal de devolução referente ao quanto determinado no Decreto nº 7.016/99 pelo autuado e a correlata nota de retorno do fornecedor se dessem na mesma competência, anulando-se as quantidades, mas, em alguns casos, não foi o que ocorreu.

Frisa que houve devoluções de fornecedores com códigos diferentes dos códigos existentes nas notas de devolução emitidas pelo autuado para estes, ocasionando a mesma impressão de omissão de entradas, já que o contribuinte emitiu a nota fiscal de devolução ao fornecedor e não houve uma contrapartida equivalente (mesmo código de produto nas mesmas quantidades). Logicamente, houve também a omissão de saídas deste código devolvido pelo fornecedor, mas, como o objeto da autuação é apenas a infração referente à omissão de maior valor, a empresa foi autuada apenas nas omissões de entrada no presente lançamento.

Destaca, novamente, elaborou planilha detalhada, onde constam todas as justificativas relativamente aos produtos lançados pelo I. Fiscal Autuante como objeto de omissão de entradas, que, na verdade, não ocorreram, não havendo que se falar em falta de recolhimento do imposto. A planilha em anexo – DOC. 02, também se encontra salva no meio magnético (CD-ROM) anexado à presente defesa, já que a impressão tornou a planilha com fontes bastantes pequenas.

Registra que encontram-se em anexo – DOC. 03, as notas fiscais de devolução emitidas pelo autuado para os fornecedores, nos termos do Decreto nº 7.016/99, bem como as notas fiscais emitidas pelos fornecedores para o autuado, como contrapartida da emissão das notas fiscais de devolução. Tais documentos também se encontram salvos no meio magnético (CD-ROM) anexado à presente defesa, já que a impressão das notas fiscais emitidas pela empresa se encontra bastante clara, mas no CD-ROM se encontram legíveis. Desde já informa que está providenciando as cópias mais legíveis para que sejam acostadas aos autos, como forma de comprovar o quanto alegado.

Exemplifica que a apuração do equívoco quanto aos primeiros itens do Levantamento Fiscal, constante na planilha em anexo – DOC. 02, onde se pode verificar que constam todas as justificativas para as supostas omissões de saídas apontadas, onde, na verdade, se trata de nota fiscal de devolução de mercadorias ao fornecedor, nos termos do quanto determinado pelo Decreto nº 7.016/1999, além de outros casos, como mercadorias adquiridas para o Ativo

Imobilizado, comprovando, assim, que não houve a falta de pagamento do imposto, conforme apontado no presente lançamento.

Junta tabela demonstrativa referente aos primeiros itens do levantamento, fls. 199/201, no qual se verifica que não pode proceder a cobrança perpetrada em face da empresa, uma vez que a suposta omissão de saídas de mercadorias, de fato, não ocorreu. O contribuinte elaborou detalhado demonstrativo como forma de comprovar que as operações de saídas ocorreram de forma regular, sem a falta de recolhimento do imposto e espera que todas as suas alegações e provas acostadas aos autos, bem como outras que se encontram na sede da empresa, sejam analisadas por Fiscal estranho ao feito, através de diligência fiscal, onde restará comprovado que não existe saldo de imposto a pagar.

Quanto às notas fiscais de entrada registradas no período subsequente e a incompatibilidade dos códigos das mercadorias registrados nas notas fiscais x EFD equívoco na EFD, pede que se analise os Documentos Fiscais nºs 124.308, 7941 e 124.316 (DOC. 04, em anexo).

Disse que o Auto de Infração original imputa ao contribuinte a infração de omissão de saídas, contudo, ao corrigir o inventário inicial, o percentual das supostas omissões de saídas é reduzido de maneira drástica, permanecendo apenas algumas omissões de entradas e saídas. Nos termos da legislação do Estado da Bahia, há previsão para, nessas situações, o agente fiscal lavrar a autuação naquela omissão de maior valor (entrada ou saída). No caso, procedemos com a análise nas duas vertentes, tanto nas omissões de entradas, residuais como nas omissões de saídas residuais, para não deixar dúvidas quanto à efetiva inexistência de omissões. Dessa forma, pode se verificar que os ajustes fiscais feitos para adequar a redução do IPI eliminam grande partes dessas possíveis omissões de entradas.

Declara que o remanescente é justificado pelas três notas fiscais citadas acima (Notas Fiscais nºs 124.308, 7941 e 124.316). Quanto às notas fiscais em questão, estas são referentes aos produtos contidos na planilha em anexo. Já o código 199270 estava originalmente imputado como omissão de saída. Com a correção do inventário, afirma que se tem uma aparente omissão de entradas. Afirma que os códigos 188737, 201629, 201315 já estavam sendo imputados como omissão de entradas. Por conseguinte, todas as omissões são sanadas pelos motivos descritos na última coluna da planilha anexa, a qual está inserida abaixo:

Código	Descrição do Produto	JUSTIFICATIVAS
199270	CAD ALUMINIO C/BRACO 102 SAM	LANÇAMENTO EXTEMPORÂNEO DA NOTA FISCAL 124.308 DE 28/12/2010 EM 04/01/2011 NO LIVRO DE ENTRADAS (EFD). A NOTA FISCAL 124.308 CONTÉM 200 PRODUTOS QUE CONSTAVAM NO ESTOQUE FINAL DE 2010, TODAVIA A NF SÓ FOI REGISTRADA/INSERIDA NA EFD DE JANEIRO DE 2011. O MOTIVO DESSE REGISTRO TARDIO É A INTENSA MOVIMENTAÇÃO DE FINAL DE ANO, SOMADO A FALHA HUMANA E OPERACIONAL DA LOGÍSTICA.
201315	CAD ALUMINIO C/B Q C111 MARR	A NOTA FISCAL 124.308 FOI EMITIDA EM 28/12/2010 CONTENDO 150 PRODUTOS E SEU REGISTRO NO INVENTÁRIO DE ENTRADAS FOI FEITO EM 2010, CONTUDO, SEU REGISTRO EM EFD FOI EXTEMPORÂNEO, TENDO OCORRIDO APENAS NA EFD DE JANEIRO DE 2011 EM 04/01/2011. O MOTIVO DESSE REGISTRO TARDIO É A INTENSA MOVIMENTAÇÃO DE FINAL DE ANO, SOMADO A FALHA HUMANA E OPERACIONAL DA LOGÍSTICA.
188737	CLARO09 LL 1108 NOKIA	A NOTA FISCAL 7491 EMITIDA EM 27/07/2010 CONTÉM 55 PRODUTOS DE CÓDIGOS DIFERENTES, MAS NENHUM É O CÓDIGO 188737. É COMO SE HOUVE APENAS UM TIPO DE PRODUTO, QUANDO NA VERDADE EXISTEM DIVERSOS. HOUVE UM EQUÍVOCO NA IMPORTAÇÃO DAS INFORMAÇÕES PARA A EFD, ENTRETANTO, A NOTA FISCAL RATIFICADA A EXISTÊNCIA DE DIVERSOS PRODUTOS, COM CÓDIGOS DISTINTOS, COMPROVANDO AS ENTRADAS.
201629	LIQUID. 2V 4VEL LN70BR CLIC' LA	A NOTA FISCAL 124.316 EMITIDA EM 28/12/2010 CONTÉM 90 PRODUTOS E FIGURA DENTRE AS ENTRADAS DE 2010, TODAVIA, SEU REGISTRO NA EFD FOI EXTEMPORÂNEO, TENDO OCORRIDO NA EFD DE JANEIRO DE 2011 EM 05/01/2011. O MOTIVO DESSE REGISTRO TARDIO É A INTENSA MOVIMENTAÇÃO DE FINAL DE ANO, SOMADO A FALHA HUMANA E OPERACIONAL DA LOGÍSTICA.

Concluiu que não houve omissão, pois, as mercadorias supostamente omissas constavam no Estoque Inicial, porém, sua saída se deu nos últimos dias do ano de 2010 (devido ao grande volume de vendas no final de cada ano em razão do período de festas e consequente aumento de vendas e movimentações no estoque), e seus registros na EFD foram computados no início do ano posterior, o que gerou a suposta diferença apontada, no qual não é caso de se arguir omissão, a

diferença foi devidamente escriturada, em período posterior, uma vez que as operações foram legítimas.

Salienta que as mercadorias que poderiam levar a incongruente conclusão de não terem sido registradas no estoque de 2010, estão registradas nas respectivas Notas Fiscais apontadas e foram devidamente registradas na EFD competente logo no início do ano de 2011, como fica comprovado através das análises dos arquivos magnéticos eletrônicos já em posse do Estado da Bahia. Frisa que as quantidades dos produtos contidos nas Notas Fiscais de entrada são exatamente as mesmas em que o fiscal apontou como omissas.

Dessa forma, conclui que: "*i) Para as mercadorias apontadas no levantamento de estoque, todas foram devidamente registradas nos competentes livros de entrada da unidade recebedora das mesmas, as quais foram devidamente escrituradas no momento de sua entrada e dentro do prazo legal previsto (art. 319, §1º, do RICMS/Bahia); ii) As mercadorias apontadas no levantamento de estoque acostado ao presente lançamento possuem um código específico e estes são exatamente os mesmos contidos nas Notas Fiscais emitidas no final de cada ano, e lançadas no início do ano seguinte; iii) algumas mercadorias foram registradas na EFD com o seu código fiscal incorreto, ou seja, diferente do que consta no próprio documento fiscal, contudo isso decorre de um lapso no preenchimento da EFD que não pode prosperar, haja vista que a informação constante na nota fiscal deve prevalecer. Tal alegação pode ser facilmente comprovada mediante análise das notas fiscais (doc. anexo)".*

Afirmou com segurança que houve o registro de entrada das mercadorias supostamente omitidas, bem como a emissão de nota fiscal quando de sua saída. Ocorre que o registro se deu em período posterior e que, no caso em epígrafe, se deu na virada entre os anos de 2010 e 2011, pois como as Notas Fiscais de Entrada foram emitidas no final de dezembro de 2010, elas somente foram registradas e lançadas no livro de entrada no início do ano seguinte – 2011, daí a diferença apontada.

Reproduz artigo 319, do Decreto n. 6.284/97 do RIMCS/BA, que autoriza que os documentos fiscais sejam escriturados no prazo máximo de 05 (cinco) dias a contar de sua entrada, assim, consoante a este artigo, disse que os lançamentos nos livros fiscais deverão ser feitos no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar de sua entrada, conforme a legislação em vigor. Conforme a documentação juntada, todas as mercadorias autuadas no levantamento de estoque foram escrituradas dentro do lapso temporal de 05 (cinco) dias.

Por fim, pelo princípio da verdade material que norteia o processo administrativo tributário, aborda que as inconsistências entre os códigos fiscais das mercadorias que constam nas notas fiscais e na EFD podem e devem ser superadas, pois somente a EFD foi incorretamente preenchida, uma vez que as notas fiscais estão corretas. Logo, ao se buscar a verdade dos fatos chegar-se-á a conclusão de que houve apenas uma falha operacional que não acarretou qualquer prejuízo ao erário, razão pela qual deve ser afastada qualquer omissão alegada.

Solicita a realização de diligência, no qual requer a realização de perícia por fiscal estranho ao feito, a fim de que o mesmo possa verificar as alegações aqui trazidas, através da análise de todos os documentos acostados aos autos na peça defensiva, o que não foi feito até o presente momento.

Registra que tem direito à realização de perícia por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento do direito de defesa, inclusive conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/199, que no § 3º, do art. 123. Transcreve a norma.

Transcreve o art. 131, do RPAF que, como forma de regularmente instruir o presente feito, deve acolher o pleito do contribuinte e encaminhar os autos à ASTEC, para que outro Auditor Fiscal possa verificar a legalidade da presente autuação, em virtude de tudo o quanto alegado e comprovado pelo contribuinte. Requer, ainda, que seja verificada toda sua documentação fiscal,

a fim de que seja atestado que recolheu todo o imposto devido nas operações de venda das mercadorias realizadas, não restando qualquer valor de imposto a pagar, sendo, portanto, totalmente improcedente o lançamento que se refere o presente Auto de Infração. Portanto, diz que a necessidade da realização de perícia, para o revisto do presente lançamento, impedindo, assim, que seja imputada ao contribuinte a cobrança de imposto efetivamente indevido, uma vez que não há qualquer valor de imposto a recolher, conforme equivocadamente apontado pelo I. Autuante nos itens ora contestados.

Defende quanto à aplicação da multa ora alegada, ser equivocada. Destaca que a multa de 100% (cem por cento) foi instituída pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, publicada no DOE em 31/03/10 e com efeitos a partir de 31/03/10. Sendo assim, a mesma apenas pode ser aplicada aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/04/2010, devendo ser aplicada aos fatos geradores anteriores a esta data, a multa de 70% (setenta por cento), vigente até 31/03/2010. Assim, pede pelo reconhecimento da ilegalidade na aplicação da multa de 100% aos fatos geradores ocorridos até 31/03/2010, sendo cabível a multa de 70% vigente até então.

Por fim, pede: "*1- seja determinada a realização de perícia por Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada a veracidade dos argumentos ora trazidos aos autos, bem como para que seja verificada toda a documentação acostada na peça defensiva, bem como toda a documentação fiscal da empresa, disponível para análise por este I. Órgão; 2- seja aberto prazo para que o autuado apresente outros documentos necessários à realização da perícia, caso sejam solicitados pelo Fiscal Diligente; 3- seja, ao final, julgada IMPROCEDENTE a cobrança do tributo ora contestado, sendo arquivado o presente feito, com a consequente baixa do Auto de Infração".*

O autuante, às fls. 383 a 384, apresenta a informação fiscal, afirmando, inicialmente, que o levantamento fiscal realizado obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e, em relação ao período fiscal examinado, consta que o autuado recebeu em 22/10/2013 todos os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em CD, sob forma de Arquivos Eletrônicos mediante Recibo Eletrônico com MD5 do authentication, à fl. 184, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença da Procuradora do autuado, Sra. Ana Márcia Lopes de Sousa, podendo o contribuinte exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Por fim, entende que todo o processo encontra-se revestido das formalidades legais previstas, não havendo quaisquer das razões elencadas no artigo 18 do RPAF/99 que seja capaz de ensejar a nulidade do Auto de Infração, nem tampouco qualquer saneamento.

Verifica e reconhece razão ao autuado sobre suas alegações quanto ao fato do Levantamento Fiscal ter considerado equivocadamente as quantidades dos estoques iniciais do exercício fiscalizado, exercício de 2010, em duplicidade, fato que nos impõe uma correção nos cálculos originalmente efetuados.

Assim, afirma que "*foram corrigidas as quantidades lançadas no Demonstrativo de Omissões de Saídas, às fls. 45 e 46 do presente PAF, a título de Estoque Inicial, e novo Demonstrativo de Débito foi elaborado e será entregue juntamente com cópia da presente Informação Fiscal à Autuada, que, querendo, poderá se manifestar, um prazo de 30 (trinta) dias*".

Disse que após a revisão dos cálculos, o valor do Auto de Infração nº 206948.0009/13-7 foi reduzido para R\$361.504,82. Dessa forma, fica então atendido o quanto sugerido pelo autuado à fl. 195 - reproduz a solicitação do contribuinte.

Observa que o autuado apresentou uma planilha de levantamentos com justificativas – Exercício 2010, às fls. 219 a 257, mas, devido ao tamanho da fonte, ao que nos parece de forma intencional, com um formato de modo que ninguém consiga ler. Diz que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) especifica a regra geral de que documentos legais devem ter “termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis”.

Reitera que todos os tipos de documentos processuais, que alcançam consumidores de um modo geral, inclusive de letras, como é o nosso caso, devem ser feitos na conformidade da lei. A intenção é facilitar a compreensão dos leitores, evitando que tabelas e textos escritos em letras muito pequenas se tornem imprestáveis por falta de inteligibilidade.

Quanto à aplicação equivocada da multa de 100%, alegada pelo autuado ser de 70%. Verificou que foi constatada omissões quantitativas de saídas tributadas, ou seja, saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, como foi o caso em análise, apura-se a base de cálculo do ICMS devido, para fins do lançamento do imposto, levando-se em conta dois aspectos: a data da ocorrência do fato gerador do imposto; e, a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador. Cita e transcreve o Art. 39, § 2º, do RPAF, Decreto nº 7.629/99, que estabelece: “Art. 39 ... § 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.”

Afirma que na lavratura do Auto de Infração, por força do Art. 39, § 2º, do RPAF, Decreto nº 7.629/99, foi considerada corretamente a data da ocorrência do fato gerador do imposto a data de 31/12/2010. Reproduz também o Art. 144 do CTN que estabelece: “Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.”

Assim, mantém a multa de 100% aplicada sobre o débito relativo ao exercício de 2010 que está prevista no inciso III do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, não havendo, portanto, nada de errado no procedimento fiscal quanto à aplicação da multa.

A representante do autuado junta petição, fl. 415, no qual juntou cópias das notas fiscais referentes à presente demanda. Na fl. 559, o autuante pede o comparecimento do representante à SAT/DAT/METRO/CPPAF.

Em nova informação fiscal, fls. 560/564, o autuante faz referência quanto à revisão dos cálculos, no qual fora reduzido o Auto de Infração para o valor de R\$361.504,82, sendo atendida a solicitação do autuado, conforme fl. 195.

Disse que foi dado prazo de 30 (trinta) dias para manifestação do autuado sobre a referida documentação, entretanto, o autuado não apresentou nenhum comentário sobre as retificações efetuadas pela fiscalização, a representante legal do autuado, a Advogada Dra. R. AMOÊDO CAVALCANTE, no qual se limitou apenas a requerer a juntada aos autos de diversas cópias de notas fiscais que se supõe sejam referentes à sua demanda.

Lembrou que o Auto de Infração ora discutido refere-se ao exercício de 2010, portanto, o Roteiro de Auditoria de Estoques executado considera operações fiscais ocorridas efetivamente dentro do período de 1º de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2010, de forma que quaisquer cópias de documentos fiscais que o autuado apresentar como provas de suas alegações referentes às operações ocorridas fora desse período fiscal não vão servir para análise da fiscalização.

Disse que o autuado menciona repetidas vezes que não teria havido a "omissão de entradas" de que vem sendo acusada pelo fisco, entretanto, a acusação fiscal, na realidade, refere-se à "omissão de saídas", ou seja, faz referência a falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, **o das saídas tributáveis**, o que configura a ocorrência da Infração 04.05.02, e, encontra-se devidamente demonstrada, onde 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.

Pontua que, das omissões constatadas no levantamento fiscal, apurou-se após as correções sugeridas pelo autuado, como a de maior expressão monetária a de valor R\$ 2.135.880,76, sobre a

qual deverá incidir a carga tributária de 7% ou 17%, conforme o item de mercadoria, para obtenção do valor do ICMS a recolher no valor de R\$ 361.504,82, assim, se configura a presunção legal de que as omissões de menor expressão monetária (o das entradas tributáveis) estejam compreendidas nas omissões de maior expressão monetária (o das saídas tributáveis), cabendo ao contribuinte o ônus de provar, de forma inequívoca, a improcedência da presunção, o que não aconteceu, até agora.

Afirma que o autuado recebeu anexo à peça acusatória, os Levantamentos Quantitativos das Entradas e das Saídas, itens 5 e 6, respectivamente, do Recibo Eletrônico às fls. 184 do presente PAF, e poderia localizar os documentos fiscais próprios, objeto de suas alegações, constantes do Levantamento Fiscal e apresentá-los para análise da fiscalização.

Assevera que comprovar inequivocamente a improcedência da presunção legal significa que: "*1 - apresentar uma tabela com os dados dos documentos fiscais próprios indicando os números das páginas do Levantamento Quantitativo das Entradas (Páginas de 1 a 2045) ou do Levantamento Quantitativo das Saídas (Páginas de 1 a 10611) em que se encontram os documentos fiscais, Entrada/Saída. Os documentos fiscais deveriam ser apresentados à fiscalização em sua forma original. A fiscalização analisaria os documentos fiscais originais e cópias seriam tiradas e autenticadas com o carimbo da Repartição Fazendária; 2 - já que os §§ 2º e 4º do Art. 2º do Decreto nº 7.016, de 26 de novembro de 2009, (fls.375) cópia anexa, mencionado pelo autuado em suas Razões de Defesa, previam uma troca de Notas Fiscais entre atacadistas e varejistas com os fabricantes, os documentos fiscais deveriam guardar perfeita correspondências nas operações chamadas "fictas" de idas e vindas; e 3 - o Decreto nº 7.016, de 26 de novembro de 2009, foi revogado pelo Decreto nº 7.145, de 30 de março de 2010, cópia anexa, portanto, os documentos fiscais de operações chamadas "fictas" teriam que ser datados entre 1º de janeiro de 2010 e 30 de março de 2010".*

Acrescenta que na apuração do ICMS a recolher, foi considerada a redução na Base de Cálculo prevista no Art. 85, inciso V, do RICMS/BA, das operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A do referido regulamento, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Entende que, por se tratar de presunção de omissão de saídas, saídas não contabilizadas, ou seja, saídas de mercadorias desacompanhadas dos documentos fiscais exigidos pela legislação, autoriza o Fisco presumir que esses recursos foram utilizados para promover entradas tributáveis também não contabilizadas, ou seja, entradas de mercadorias desacompanhadas dos documentos fiscais exigidos pela legislação, o que possibilita ao autuado praticar preços abaixo dos valores de mercado, ferindo, com isso, o Princípio da Livre Concorrência, princípio que norteia um modelo de mercado no qual o governo intervém minimamente na atividade dos agentes econômicos, deixando que eles mesmos busquem maneiras de oferecer aos consumidores a melhor oferta. A concorrência desleal decorrente dessa prática extrapola o campo dos interesses particulares e traz reflexos negativos para o interesse público, já que é capaz de prejudicar não só os consumidores, mas também os agentes do mercado que atuam dentro da legalidade e, em última análise, o Estado, em razão da elevada incidência de sonegação fiscal, como é o caso em análise, R\$ 361.504,82 deixaram de ser recolhidos aos Cofres Públicos Estaduais, com reflexos, inclusive, no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

Reitera que o contribuinte, em suas razões de defesa, à fl. 200, menciona o produto código 201531-KIT DE INSTALAÇÃO ANTENA como sendo supostamente um ativo imobilizado, e, por não ser uma mercadoria, não deveria ter sido selecionado para o Levantamento Fiscal. No entanto, esclarece que o processo de seleção dos produtos para o Levantamento Fiscal não considera, em hipótese alguma: "*1 - produtos com mais de um código, assim como também os códigos que estejam associados a mais de um produto, dentro de um mesmo exercício; e 2- códigos que, na realidade, são de matérias de uso/consumo ou de ativo imobilizado".*

Registra que, no processo seletivo, todo produto que por ventura apresentar as características descritas em 1 ou 2 acima, dentro do exercício a ser fiscalizado, ele é automaticamente excluído, ou seja, ele não participa do levantamento fiscal. Entretanto, relativamente ao produto código 201531-KIT DE INSTALAÇÃO ANTENA, discriminado no Demonstrativo das Omissões à fl. 119 e também no Demonstrativo do Débito do ICMS à fl. 166, no Levantamento Fiscal consta apenas uma única saída do produto, em 02/10/2010, através da Nota Fiscal nº 17.921, lançada normalmente no livro Registro de Saídas, na folha 00011 do mês de outubro de 2010, cujos dados reproduzimos abaixo:

Emissão	NF	itm	cfop	Código	Descrição do Produto	Un	Quant.	Base de Cálculo	Alíquota	ICMS debitado
02/10/2010	17921	1	5152	201531	KIT DE INSTALAÇÃO-ANTENA	UN	1.000	830,00	17%	141,10

Nota: CFOP 5152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

Reafirma que todos os CFOP's considerados no Levantamento Fiscal encontram-se discriminados no Demonstrativo à fl. 32 do presente PAF, não havendo nele nenhum CFOP que envolva circulação de Ativo Imobilizado, sendo que o referido livro Registro de Saídas, assim como os demais Livros Fiscais do autuado encontram-se gravados na mídia à fl. 28 do presente PAF, razão pela qual anexa cópia da retro mencionada folha 00011 do mês de outubro de 2010.

Observa que como procrastinatórios quaisquer pedidos de diligências ou perícias com o finco de buscar provas, que no caso seriam documentos fiscais próprios do autuado, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo. Inclusive o art. 147, inciso I, alínea b, do RPAF, bem como o art. 47, inciso I, alínea b, do Regimento Interno do CONSEF, reproduz o dispositivo, determinam expressamente o indeferimento de quaisquer pleitos nesse sentido, constituindo, portanto, as alegações defensivas meras negativas do cometimento total ou parcial das referidas infrações.

Chama atenção que o legislador impõe regras para concessão ou não de diligências, porque está por trás disso uma clara estratégia advocatícia de anexar aos autos várias cópias de documentos fiscais, supostamente comprobatórios de suas alegações, mas, que na realidade tem como objetivo confundir o órgão julgador. A representante do autuado comparece à seção de julgamento para sustentação oral da defesa, não traz nenhuma documentação formal que comprove suas alegações, e, o órgão julgador, na tentativa da busca pela chamada "verdade material", a despeito do que estabelecem os referidos dispositivos regulamentares, acaba acatando a solicitação em pauta suplementar e mais uma diligência desnecessária entra na linha de produção.

Assinala que as saídas supostamente "fictas" alegadas pelo autuado necessitam ser, inequivocamente, comprovadas para produzir seus efeitos legais, isto é: "*todos os documentos fiscais originais que forem apresentados como comprovações, com fundamento no Decreto nº 7.016, de 26 de novembro de 2009, deverão ter sido emitidos entre 1º de janeiro de 2010 e 30 de março de 2010; e cada documento fiscal de saída supostamente "ficta" do autuado para o fabricante deve ser casado com o respectivo documento fiscal de entrada de novo faturamento do fabricante para o autuado. Uma fazendo referência a outra, exatamente como instruem os §§ 1º, 2º e 4º do Art. 2º do Decreto nº 7.016, de 26 de novembro de 2009*". Volta a reproduz esta norma citada.

Esclarece que as comprovações do autuado devem conter "*termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis*". Disse que o demonstrativo que compromete sua inteligibilidade; cópias de documentos fiscais totalmente ilegíveis, ou com data fora do período de vigência do Decreto nº 7016/09, ou, ainda, com o ano de emissão dos documentos fiscais não sendo possível identificar, não servem como comprovações válidas pela fiscalização. Além disso, os documentos fiscais apresentados devem estar dispostos de forma a permitir à fiscalização a perfeita identificação das operações supostamente "fictas" de idas e vindas.

Diante das nossas considerações, entende que a representante legal do autuado, a Advogada Dra. R. AMOÊDO CAVALCANTE, exceto sobre as alegações relativas à duplicitade de lançamentos de

dados quantitativos nos estoques iniciais do exercício de 2010, efetivamente, não conseguiu apresentar comprovações legais sobre as demais alegações, razão pela qual, não concorda com o pedido de diligência e recomendou Procedência Parcial para R\$ 361.504,82.

Em nova manifestação, fls. 576/579, a representante do autuado observou que a fiscalização reconheceu o equívoco no lançamento do Estoque Inicial de 2010, que ocorreu de forma duplicada, sendo que o valor histórico da autuação foi reduzido de R\$ 2.589.300,09 para o valor de R\$ 361.504,82, no qual concorda com a informação fiscal, no que tange à redução do valor.

Quanto às outras alegações defensivas, volta a refutá-las sob a alegação de que os documentos fiscais apresentados pelo autuado se encontram ilegíveis e com a data cortada, não se aprofundando na análise das planilhas apresentadas, que demonstram que a cobrança restante também é ilegal.

Explica novamente que o contribuinte procedeu à emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, na competência de 2010, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº 7.016, de 26/11/2009, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela Fiscalização e findou por gerar uma suposta omissão de entradas, no referido exercício.

Já quanto à alegação de que as cópias das notas fiscais encontram-se ilegíveis, afirma que não pode servir de desculpa a não apreciação das mesmas, já que o autuado se dispõe a apresentar as notas fiscais originais diretamente ao Fiscal Diligente, para que Fiscal estranho ao feito possa revisar o lançamento fiscal e comprovar que o imposto cobrado não é, efetivamente, devido.

Diante disto, requer, outra vez, a realização de perícia fiscal com estranho ao feito, abertura de prazo após a realização da perícia e ao final que seja julgada a Improcedência da cobrança.

Em nova manifestação da informação fiscal, fls. 592/593, logo, o fiscal disse que analisou a nova manifestação, fls. 576 a 579 do presente PAF, no qual afirma que não vislumbra nenhum fato novo.

Verifica que o autuado concorda com a Informação Fiscal às fls. 560 a 564 na qual recomenda-se a Procedência em Parte com redução valor para R\$ 361.504,82, entretanto, requer realização de perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada: "*1 - a veracidade dos argumentos ora trazidos aos autos; 2 - toda a documentação por ela acostada à peça defensiva; e 3 - a documentação fiscal da empresa*".

Disse que os argumentos até então apresentados no presente PAF já foram devidamente contestados pela fiscalização, às fls. 383 a 411 e às fls. 560 a 564. E, que a documentação acostada aos autos pelo autuado, refere-se a: Demonstrativo com sua inteligibilidade totalmente comprometida; cópias de documentos fiscais totalmente ilegíveis, ou com data fora do período de vigência do Decreto nº 7.016/09, ou, ainda, com o ano de emissão dos documentos fiscais não sendo possível identificar, portanto, não servindo como comprovações válidas pela fiscalização.

Quanto ao exame de documentação fiscal da empresa que estão na posse da requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ela juntada aos autos, não concorda com o pedido de diligência ou perícia com o finco de buscar essas provas cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, pois volta a reproduzir o art. 147, inciso I, alínea b, do RPAF, bem como o art. 47, inciso I, alínea b, do Regimento Interno do CONSEF, que determinam expressamente o indeferimento de quaisquer pleitos nesse sentido, constituindo, portanto, as alegações defensivas meras negativas do cometimento total ou parcial das referidas infrações, conforme art. 143 do mencionado RPAF, no qual se verifica que o legislador impõe regras para concessão ou não de diligências, porque está por trás disso uma clara estratégia advocatícia de anexar aos autos várias cópias de documentos fiscais, supostamente comprobatórios de suas alegações, mas, que na realidade tem como objetivo confundir o órgão julgador e, com isso, protelar, tanto quanto possível o julgamento.

Na fl. 596, o relator converteu os autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que verificasse quanto à alegação do autuado de que procedeu à emissão de diversas notas fiscais de devolução de mercadorias, dos exercícios de 2011/2012, em atenção ao Decreto nº 7.016/09, que determinou a redução da alíquota do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela fiscalização, bem como mercadorias adquiridas para ativo imobilizado, além de outros casos relacionados na planilha de fls. 199/201 dos autos. Assim, pede-se as seguintes providências:

Intime o autuado a apresentar as notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação.

Exclua as comprovadas operações fictas, as saídas e retornos, que foram efetuadas com base no aludido decreto federal, acima referido, observando as arguições defensivas e a informação fiscal, e efetue uma nova apuração das quantidades omitidas, se houver.

Deve, no ato da intimação para ciência do resultado da presente solicitação, ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Havendo manifestação do autuado no prazo regulamentar, deverá ser dada ciência ao autuante, para prestar nova informação fiscal.

A ASTEC/CONSEF apresenta Parecer nº 121/2014, às fls. 598 a 599, aduzindo que intimou o contribuinte a apresentar: "*1. Cópias e originais das notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação; 2 - Demonstrativo informando os números, valores e quantidades das notas fiscais de remessa e retorno referentes às operações efetuadas com base no decreto federal que alega na defesa; 3 - Demonstrativo informando os números das notas fiscais e quantidades das entradas, saídas e estoques que comprovem irregularidades no levantamento fiscal*".

A diligente afirma que o contribuinte apresentou os demonstrativos (fls. 618/631) e cópias das notas fiscais de entradas (fls. 633/713) solicitadas. Assim, pontua que após análise e confronto das notas fiscais de entradas com os dados apresentados pelo autuado, constatou que os códigos e quantidades das mercadorias das notas fiscais de entradas correspondem aos códigos e quantidades das mercadorias demonstradas pelo autuado.

Esclarece que no confronto dos dados (código, descrição do produto, quantidade e preços), fls. 397/411, constata-se que não há correspondência com os dados demonstrados pelo autuado na inicial, ou seja, as diferenças alegadas decorrentes das operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, não se confirmam, haja vista que as mercadorias autuadas não são as mesmas. Aduz que ao comparar os dados das planilhas, fls. 397/411, com as das fls. 618/621, não procedem as alegações da defesa. Assim, mantém o valor reduzido pelo autuante de R\$361.504,82, conforme a informação fiscal.

Na petição, fls. 607/608, a diligente solicitou a documentação para proferir o parecer diligencial.

Consta às fls. 721 a 733, manifestação do autuado quanto à diligência. Reproduz as arguições da peça inicial. Aduz que o diligente não verificou as notas de devolução em relação aos exercícios de 2010 e 2011. Consigna erro dos fornecedores quanto ao código dos produtos na devolução. Alega que emitiu notas em 2010, mas as saídas foram em 2011. Anexou a mesma planilha da defesa inicial e pede que sejam novamente apreciadas as alegadas notas fiscais. Juntou a descrição do produto das notas fiscais, alegando que as diferenças apontadas são relativas às notas de devoluções. Volta a arguir que a multa foi incorretamente aplicada, cabendo a aplicação de 70%.

Nas fls. 759/761, o autuante esclarece, preliminarmente, que visando facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde dos fatos descritos no corpo da peça acusatória, separadamente, pedimos ao Sr. Inspetor - INFAZ/VAREJO, na forma do Art. 40 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em atenção ao princípio da efetividade da Administração Pública, autorização para lavratura de Auto de Infração parcial, por exercício, contra o contribuinte fiscalizado.

Assim, pontua que com a devida autorização do Sr. Inspetor, foram lavrados cinco Autos de Infrações, assim distribuídos: "1) o presente AI, referente ao exercício de 2010, com o valor histórico de R\$ 2.589.300,09; 2) o AI-206948.0007/13-4, referente ao exercício de 2008, com o valor histórico de R\$ 362.931,51; 3) o AI-206948.0008/13-0, referente ao exercício de 2009, com o valor histórico de R\$ 459.078,17; 4) o AI-206948.0010/13-5, referente ao exercício de 2011, com o valor histórico de R\$ 349.123,00; e, 5) o AI-206948.0011/13-1, referente ao exercício de 2012, com o valor histórico de R\$ 128.295,19".

Relata que no que se refere a este Auto de Infração, a acusação fiscal encontra-se devidamente demonstrada, onde constam especificadas e relacionadas os códigos dos itens de mercadorias selecionados para o Levantamento Fiscal, as quantidades efetivas das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais, os estoques inicial e final, os demonstrativos de estoques, e as demonstrações de apurações dos débitos.

Ressalta que o levantamento fiscal realizado obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, e, em relação ao período fiscal examinado, consta que o autuado recebeu em 22/10/2013 todos os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em CD, sob forma de Arquivos Eletrônicos mediante Recibo Eletrônico com MD5 do authentication, às fls. 184, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença da então Procuradora do autuado, Sra. Ana Márcia Lopes de Sousa, podendo o contribuinte exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório. Dessa forma, entendeu que todo o processo encontra-se revestido das formalidades legais previstas, não havendo quaisquer das razões elencadas no artigo 18 do RPAF/99 que seja capaz de ensejar a nulidade do Auto de Infração.

As alegações do autuado de que o Levantamento Fiscal considerou equivocadamente as quantidades dos estoques iniciais do exercício fiscalizado, exercício de 2010, em duplicidade, nos impôs uma correção nos cálculos originalmente efetuados. Foram corrigidas as quantidades lançadas no Demonstrativo de Omissões de Saídas, às fls. 45 e 46 do presente PAF, a título de Estoque Inicial, e novo Demonstrativo de Débito foi elaborado e entregue à Autuada. Assim, após a revisão dos cálculos o valor foi reduzido para R\$ 361.504,82, ficando então atendido o quanto sugerido pelo autuado à fl. 195, no qual o próprio autuado concordou.

Sobre as supostas comprovações juntadas aos autos pelo autuado a Diligente da ASTEC concluiu em seu Parecer ASTEC Nº 121/2014, às fls. 598 e 599 do presente PAF: "*Após os devidos exames e confrontos das notas fiscais e demonstrativos fiscais do autuante às fls. 397/411, com os demonstrativos e documentos fiscais apresentados pelo autuado, às fls. 618/621, ficaram constatadas que não procedem as alegações do autuado, haja vista que as mercadorias demonstradas pelo autuado não correspondem às mercadorias autuadas.*"

Destaca que o Roteiro de Auditoria de Estoques se formata na seguinte equação matemática: "*Quantidade no Estoque Inicial + Quantidade nas Entradas ou Compras – Quantidade no Estoque Final = Quantidade de Saídas ou Vendas Reais*", quantidade esta que se confronta com a Quantidade de Saídas Registradas em documentos fiscais próprios, para se apurar possível omissão na comercialização do contribuinte, considerando todos os documentos de operações fiscais ocorridas, efetivamente, entre os dias 1º de janeiro de 2010 e 31 de dezembro de 2010.

Acrescenta que as operações supostamente "fictas" alegadas pelo autuado necessitam ser, inequivocamente, comprovadas para produzir seus efeitos legais, isto é, referir-se às mesmas mercadorias objeto da autuação, sendo que, cada documento fiscal de saída supostamente "ficta" do autuado para o fabricante deve ser casado com o respectivo documento fiscal de entrada de novo faturamento do fabricante para o autuado. Uma fazendo referência à outra, exatamente como instruem os §§ 1º e 4º do Art. 3º do Decreto nº 6825/2009, ambas com datas dentro do exercício fiscalizado, o que de fato acabou não acontecendo.

Frisa que não bastam simples alegações, na falta de comprovações das alegadas operações supostamente fictas, elas serão consideradas saídas de circulações físicas (reais) de mercadorias,

com CFOP que envolve operações associadas ao Roteiro de Auditoria de Estoques. E, sim, as comprovações da regularidade dessas operações envolvendo supostas circulações fictas de mercadorias estão condicionadas a que o autuado apresente os originais dos documentos fiscais, tanto da devolução para a indústria fornecedora, com a ressalva prevista no §1º do Art. 3º do Decreto nº 6825/2009, como do retorno da indústria, com a ressalva prevista no §4º do Art. 3º do Decreto nº 6825/2009, fazendo, inclusive, referência ao número do documento fiscal de devolução. Reproduz os parágrafos primeiro e quarto do Art. 3º mencionados.

Volta a explicar que as expressões verbais *deverá* e *fará* são imperativas, representam imposições legais do Decreto Federal, de modo que, não existe a menor possibilidade da fiscalização considerar tais regras como "irrelevantes", até porque o CFOP das Notas Fiscais, CFOP 6202 Devolução de Compra para Comercialização, representa circulação física (real) de mercadoria. Portanto, é exatamente a colocação das ressalvas previstas nos §§ 1º e 4º do Art. 3º do Decreto nº 6825/2009, no corpo das duas notas fiscais, a de devolução do autuado e a de retorno da indústria, que vai fazer a diferença.

VOTO

Trata o presente lançamento de "*Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis*".

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, que o presente lançamento de ofício atende as exigências formais, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a produzir. A diligência solicitada pelo relator à ASTEC/CONSEF dirimiu as dúvidas existentes e trouxe os elementos complementares para a presente decisão.

Argui o autuado, às fls. 200, que o código 201531-KIT DE INSTALAÇÃO ANTENA como sendo supostamente um ativo imobilizado, e, por não ser uma mercadoria, não deveria ter sido selecionado para o Levantamento Fiscal. Quanto ao aludido item demonstra o autuante que consta apenas uma única saída do produto, em 02/10/2010, através da Nota Fiscal nº 17.921, lançada normalmente no livro Registro de Saídas, na folha 00011 do mês de outubro de 2010, cujos dados reproduzimos abaixo:

Emissão	NF	itm	cfop	Código	Descrição do Produto	Un	Quant.	Base de Cálculo	Alíquota	ICMS debitado
02/10/2010	17921	1	5152	201531	KIT DE INSTALAÇÃO-ANTENA	UN	1,000	830,00	17%	141,10

Nota: CFOP 5152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

O autuante anexa cópia da retro mencionada folha 00011 do mês de outubro de 2010, não havendo mais dúvidas se tratar de mercadorias e não ativo imobilizado.

Foram comprovadas as alegações do impugnante de que as quantidades dos estoques iniciais do exercício fiscalizado, exercício de 2010, estavam em duplicidade, fato que impôs uma correção

nos cálculos originalmente efetuados. Foram corrigidas as quantidades lançadas no Demonstrativo de Omissões de Saídas, às fls. 45 e 46 do presente PAF, a título de Estoque Inicial, e novo Demonstrativo de Débito foi elaborado e entregue à Autuado. Assim, após a revisão dos cálculos o valor foi reduzido para R\$ 361.504,82, ficando então atendido o quanto sugerido pelo autuado à fl. 195, no qual o próprio autuado concordou.

O sujeito passivo alega que procedeu à emissão de diversas notas de devolução de mercadorias, na competência de 2010, em atenção ao quanto disposto no Decreto nº 7016, de 26/11/2009, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela Fiscalização e findou por gerar uma suposta omissão de entradas, no referido exercício.

O processo foi encaminhado à ASTEC/CONSEF, com o pedido de diligência para que verificasse quanto à alegação do autuado de que procedeu à emissão de diversas notas fiscais de devolução de mercadorias, dos exercícios de 2011/2012, em atenção ao Decreto nº 7.016/09, que determinou a redução das alíquotas do IPI, para diversos produtos da linha branca e de móveis, o que não foi considerado pela fiscalização, bem como mercadorias adquiridas para ativo imobilizado, além de outros casos relacionados na planilha de fls. 199/201 dos autos. Assim, foram solicitadas as seguintes providências:

Intime o autuado a apresentar as notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação.

Exclua as comprovadas operações fictas, as saídas e retornos, que foram efetuadas com base no aludido decreto federal, acima referido, observando as arguições defensivas e a informação fiscal, e efetue uma nova apuração das quantidades omitidas, se houver.

Deve, no ato da intimação para ciência do resultado da presente solicitação, ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Havendo manifestação do autuado no prazo regulamentar, deverá ser dada ciência ao autuante, para prestar nova informação fiscal.

A ASTEC/CONSEF em Parecer nº 121/2014, às fls. 598 a 599, aduz que intimou o contribuinte a apresentar: "1. Cópias e originais das notas fiscais que resultaram nas operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, alvo da presente autuação; 2 - Demonstrativo informando os números, valores e quantidades das notas fiscais de remessa e retorno referentes às operações efetuadas com base no decreto federal que alega na defesa; 3 - Demonstrativo informando os números das notas fiscais e quantidades das entradas, saídas e estoques que comprovem irregularidades no levantamento fiscal".

Conclui o parecer da ASTEC que, no confronto dos dados (código, descrição do produto, quantidade e preços), fls. 397/411, constata que não há correspondência com os dados demonstrados pelo autuado na inicial, ou seja, as diferenças alegadas decorrentes das operações fictas relativas às operações efetuadas com base no aludido decreto federal, não se confirmam, haja vista que as mercadorias autuadas não são as mesmas. Aduz que ao comparar os dados das planilhas, fls. 397/411, com as das fls. 618/621, não procedem as alegações da defesa. Assim, mantém o valor reduzido pelo autuante de R\$361.504,82, conforme a informação fiscal.

Ao tomar ciência da diligência o sujeito passivo aduz que o diligente não verificou as notas de devolução em relação aos exercícios de 2010 e 2011. Consigna erro dos fornecedores quanto ao código dos produtos na devolução. Alega que emitiu notas em 2010, mas as saídas foram em 2011. Anexou a mesma planilha da defesa inicial e pede que sejam novamente apreciadas as alegadas notas fiscais. Juntou a descrição do produto das notas fiscais, alegando que as diferenças apontadas são relativas às notas de devoluções. Retoma a arguição de incorreção da aplicação das multas.

Quanto a tais alegações verifico não caber acolhimento, na medida em que o parecer da ASTEC, conclui que no confronto dos dados (código, descrição do produto, quantidade e preços), fls. 397/411, constata que não há correspondência com os dados demonstrados pelo autuado na inicial, ou seja, as diferenças alegadas decorrentes das operações fictas relativas às operações

efetuadas com base no aludido decreto federal, não se confirmam, haja vistas que as mercadorias autuadas não são as mesmas.

Os elementos trazidos aos autos não demonstram a alegação defensiva de que, apesar das alegadas notas fiscais terem sido emitidas em 2010, as mesmas não foram baixadas do estoque, resultando em quantidades incorretas apuradas pelo autuante no estoque final, uma vez que, segundo o impugnante, as respectivas saídas das mercadorias e, portanto, dos estoques, só ocorreram no exercício seguinte.

No que tange à incorreção da multa aplicada, alegada pelo impugnante, a data da ocorrência do fato gerador do imposto foi 31/12/2010, momento em que foi apurada a omissão de saída. A multa de 100% aplicada sobre o débito relativo ao exercício de 2010 está prevista no inciso III do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, devendo ser mantida a multa de 100%.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme o valor de R\$361.504,82.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206948.0009/13-7, lavrado contra **F. S. VASCONCELOS E CIA. LTDA. (MAGAZINE LUÍZA S.A.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$361.504,82**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

JOWAN OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR