

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0001/13-6
RECORRENTE - DISMEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JF nº 0124-02/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0205-11/18

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Levantamento com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte à SEFAZ-BA. Infração parcialmente elidida pelo sujeito passivo, ao se aplicar a proporcionalidade das operações tributadas à presunção legal. Modificada a Decisão recorrida; 2. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTRO FISCAIS. Razões recursais insuficientes para a reforma da Decisão recorrida. Afastadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JF Nº 0124-02/13, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 206948.0001/13-6, lavrado em 27/03/2013, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$757.313,47, em razão de:

INFRAÇÃO 1- 04.05.04- “ Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$571.248,94, relativo a operação de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie e mercadorias em exercícios fechados de 2009, 2010 e 2012.”

INFRAÇÃO 2- 04.05.01- “Falta de recolhimento do imposto, no valor de R186.064,53, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2011.”

Por unanimidade, os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar totalmente Procedente o Auto de Infração, mantendo o valor de R\$757.313,47, conforme voto abaixo transcrito:

VOTO

“Na autuação em lide é imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie e mercadorias em exercícios fechados. Na infração 01 foram apuradas operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios fechados de 2009, 2010 e 2012. Na infração 02 foram apuradas operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em

sua escrita, no exercício fechado de 2011.

Em sua defesa o autuado arguiu nulidade da autuação alegando: 1- falta de Termo de Início de fiscalização válido; 2- do cerceamento ao direito de defesa, em virtude da não observância, pelo autuante, de dispositivos da legislação tributária e 3 - da não observância, pelo autuante, das regras contidas na Portaria nº 445/98, que trata de auditoria de estoques.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

No tocante a alegação defensiva de falta de Termo de Início de fiscalização válido, a mesma não é capaz de resultar na nulidade do procedimento da fiscalização, uma vez que o autuante lavrou Termo de Intimação na forma prevista no inciso II, do artigo 28, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999 e alterações posteriores, abaixo transcrito;

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

I - *Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

II - *Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

Portanto, da inteligência dos dispositivos acima transcritos, resta cristalino que o Termo de Início de Fiscalização fica dispensado a sua lavratura, quando houve Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, o que foi observado pelo autuante conforme termo acostado à folha 10 dos autos, lavrado em 19/02/2013, devidamente assinado pelo Diretor financeiro da empresa autuada, Sr. Osmar Araújo.

Em relação a alegação de cerceamento ao direito de defesa, em virtude da não observância, pelo autuante, de dispositivos da legislação tributária, por não lhe entregar todos os demonstrativos e levantamentos fiscais impressos, entendo que não ser causa de nulidade da autuação, uma vez que o sujeito passivo recebeu, mediante recibos firmados às folhas 115 a 118, todos os Papeis de Trabalho anexos ao Auto de Infração, devidamente gravados em CD sob forma de Arquivos Eletrônicos, tendo abertos normalmente os mesmo no ato da entrega, conforme consignados nos referidos recibos.

De posse dos arquivos eletrônicos, se o sujeito passivo realmente tivesse necessidade de manusear mais de 5.000 (cinco) mil folhas de papeis, deveria simplesmente imprimir os arquivos eletrônicos que recebeu no ato da ciência do Auto de Infração. Ademais, não resta dúvida é muito mais fácil, com essa quantidade de registrados existente em cada uma das 5.000 (cinco) mil folhas de papeis, a defesa trabalhar, conferindo e apresentando levantamentos alternativos, do que quando impresso em papel.

Cabe registrar que os arquivos magnéticos já são uma realidade nos processos judiciais e nos processos administrativos fiscais, justamente por facilitarem o dia a dia das partes envolvidas nas referidas demandas judiciais e administrativas, tendo inclusive, provocado alterações legislativas envolvendo o tema, inclusive no processo administrativo fiscal cito o § 3º, do artigo 8º e o artigo 121-A, ambos do RPAF/99, sendo que o artigo 121-A foi acrescentado pelo Decreto nº 14.207, de 13/11/12, DOE de 14/11/12, feitos a partir de 14/11/12.

Ademais, os contribuintes do ICMS já estão familiarizados com a utilização de arquivos eletrônico, pois já são utilizados em suas rotinas empresárias, por exemplo, os arquivos do SINTEGRA e a Emissão de Notas Fiscais eletrônicas.

Quanto a afirmação defensiva de que o autuante não teria observado a regras da Portaria nº 445/98, pois não teria considerado corretamente os estoques iniciais e finais, também não pode ser acolhida, uma vez que a alegação defensiva foi genérica, sem apontar nenhum exemplo do suposto equívoco no levantamento fiscal. O sujeito passivo recebeu cópia de todos os levantamentos fiscais, conforme já analisado acima, portanto, deveria ter apontando, de forma objetiva, quais os erros por ventura encontrado nos levantamentos fiscais. A defesa apenas negou que os dados estavam corretos, sem apresentar nenhuma prova de sua alegação. Nesta situação, cabe ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que a situação constada no Acórdão acostado pela defesa às 165 a 169 é totalmente diferente da presente lide, uma vez que, no presente caso, não foi identificada nenhuma

violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas, não podendo ser acolhida a arguição de nulidade do Auto de Infração vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “b” do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

Superadas as questões preliminares, no mérito propriamente dito, ressalto que a defesa não apresentou nenhum questionamento em relação aos números apurados e documentos fiscais consignados nos levantamentos fiscais e no Auto de Infração, de forma objetiva, alegou apenas, de forma genérica, a existência de equívocos na quantificação de estoque inicial e de estoque final em todos os exercícios objeto da fiscalização, além, também, de ter havido equívocos de outras naturezas.

A questão dos estoques já foi analisada e afastada no presente voto, quando tratei da preliminar de nulidade, inclusive foi analisada a situação do acórdão trazido pela defesa, não sendo necessária a reprodução dos argumentos acima alinhados.

Quanto a alegação de que o autuante não considerou, para fins de apurar o imposto exigido por presunção (omissão de entradas – INFRAÇÃO 01), que parte das operações de saídas da empresa se dá sem tributação do ICMS, entendo que caberia ao sujeito passivo ter apresentado os dados necessário para a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa SAT nº 56/2007, conforme consta da referida norma legal. Entretanto, a defesa simplesmente alegou, sem apresentar nenhuma documento ou levantamento para possibilitar a aplicação da referida proporcionalidade. Mais uma vez, ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Portanto, entendo que a infração 01 restou caracterizada, uma vez que a diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Igualmente fica mantida a infração 02, pois a constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Infrações caracterizadas.

*Assim, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.”*

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpõe Recurso Voluntário conforme razões abaixo articuladas.

Inicialmente alega que o fiscal autuante aplicou diversos roteiros de auditoria apurando supostas irregularidades tão somente quando da execução do roteiro AUDIF 207- Auditoria de Estoques, restando evidenciado a lisura com que a recorrente exercia suas atividades comerciais.

Sinaliza, contudo, que as irregularidades encontradas são indevidas e que as supostas omissões são inexistentes.

Preliminarmente alega nulidade por ausência do Termo de Início de Fiscalização válido. Alega ainda que, muito embora o fiscal autuante tenha solicitado a recorrente vasta documentação, entende que “abandonou” os seus trabalhos antes da hora, diante do quanto apurou nos seus resultados finais.

Isto porque entende a recorrente que é inadmissível que o fiscal autuante, ao perceber estoque igual a zero para alguns exercícios, tenha dado continuidade ao seu roteiro sem ao menos investigar o motivo da completa distorção nos resultados finais obtidos. Conclui afirmando ser notório que o trabalho de auditoria realizado foi pautado com base em saldos de estoques totalmente distorcidos da realidade.

Entende a recorrente que seria necessário que o fiscal autuante solicitasse demais documentos que justificasse o erro diagnosticado, o que não ocorreu. Sinaliza que referido lapso enseja nulidade por falta de solicitação de documentação fiscal pelo autuante durante a realização da fiscalização.

Informa a recorrente que o autuante apurou resultados inusitados a exemplo de omissão de entradas para todos os produtos nos exercícios de 2009, 2010 e 2012 e omissões de saídas para todos os produtos no exercício de 2011.

Ainda nas nulidades suscita cerceamento ao direito de defesa em virtude do não fornecimento ao ao autuado, no ato da ciência acerca do Auto de Infração, a cópia integral dos demonstrativos fiscais.

Sinaliza a recorrente para a não observância, pelo autuante, das regras contidas na Portaria nº 445/98, que trata de Auditoria de Estoques, especialmente, das regras contidas no seu art. 3º que diz respeito ao criterioso rigor na quantificação das mercadorias, levando-se em consideração o ESTOQUE INICIAL e ESTOQUE FINAL. Traz Acórdão CJF nº 0384-12/10 para corroborar com sua tese.

Chama a atenção para a não observância, pelo autuante, das regras contidas na IN nº 56/07. Referida Instrução Normativa dispõe sobre a necessária aplicação da proporcionalidade, haja vista que a recorrente tem saídas sem incidência do ICMS.

No mérito, alega para a existência de equívocos nos demonstrativos fiscais. Entende que os erros na quantificação do estoque inicial e do estoque final em todos os exercícios objeto da fiscalização comprometeram o resultado final apurado.

Aduz que o fiscal autuante atribui estoque inicial zero para todas as mercadorias no exercício de 2009, sendo certo que ao lavrar e exigir ICMS em outro A.I lavrado contra o mesmo contribuinte para os exercícios de 2007 e 2008 atribui estoque final para o exercício de 2008 para inúmeras mercadorias vide anexo VII.

Entende ainda a recorrente que o fiscal autuante deu continuidade à sua fiscalização com base em premissas equivocadas, qual seja, a de que o EF de 2009 seria diferente do EI de 2010, o que é impossível e inaceitável contabilmente conforme já acima explicado. (fl. 218).

O mesmo engano ocorreu em relação ao EF de 2010 para o EI de 2011 (fl. 219).

Em referência ao exercício de 2012 alega que o fiscal autuante encerra a fiscalização em ago/2012, quando o correto seria 12/2012. Para a data encerrada o fiscal autuante não considera o EF nesta data indicada.

Acrescenta que os mesmos enganos ocorridos nos exercícios de 2009 e 2010 também ocorreram para o exercício em questão.

Alerta para o fato de ter sido exigido multa de 100% para o exercício de 2010 em relação a infração 1. Entende a recorrente que o correto seria a aplicação da multa de 70% prevista no art.42, III, da Lei nº 7.014/96, visto que a alteração do percentual de 70% para 100% se deu no decorrer do próprio ano de 2010, não sendo cabível retroagir para atingir fatos anteriores.

Por fim requer nova diligência a um fiscal estranho ao feito por meio de resposta a quesitos por ele formulados.

A PGE se pronuncia nos autos através de PARECER JURÍDICO sugerindo que o processo seja encaminhado ao fiscal autuante para que na busca da verdade material sejam analisados os documentos juntados, em especial no que tange a definição do inventário inicial de 2009 e documentos de fls. 283 a 613.

Comungando do entendimento da PROFIS, a 2ª CJF decidiu baixar o processo em diligência, objetivando que o próprio autuante tentasse esclarecer algumas questões, o que ocorreu em 26/05/2014 às fls. 813 a 831 (volume III).

O autuante, em atendimento a diligência fiscal, conclui que as Razões Recursais apresentavam caráter eminentemente protelatório, razão pela qual manteve totalmente a acusação fiscal no valor de R\$757.313,47.

Após manifestação da Recorrente, a 2ª CJF entendeu ser ainda necessária a realização de nova diligência (2ª diligência nestes autos), realizada pelo próprio autuante, e que foi datada do dia 06/08/2014, às fls. 871 a 873.

Alega o fiscal autuante que o roteiro foi feito eletronicamente observando os dados extraídos no registro 74 do SINTEGRA. Sinaliza que o livro Registro Inventário de 31/12/2008 gravado em mídia à fl. 15 do PAF contém 2380 códigos de produtos distintos informados e, dentre eles não existe nenhum dos 14 códigos informados por amostragem em suas razões recursais.

Contudo, analisando o descritivo dos produtos, entende que o contribuinte o induziu a erro, visto que deveria informar a alteração dos códigos dos produtos na virada do exercício de 2008 no livro RUDFTO, o que não ocorreu.

As alterações realizadas reduziram o Auto de Infração para R\$756.566,37, redução de R\$747,10.

A procuradoria volta a se pronunciar opinando pelo Provimento Parcial diante das reduções reconhecidas pelo fiscal autuante. (fl. 959)

O processo, contudo, é convertido em nova diligência fiscal de forma que seja aplicada a proporcionalidade no roteiro de auditoria realizado.

O autuante, observando os parâmetros determinados na referida diligência, retificou os seus cálculos iniciais, agora considerando a proporcionalidade pretendida pela Recorrente e revelados através dos dados extraídos das DMA's consolidadas dos respectivos exercícios, constantes das fls. 969 à 981, chegando ao valor de R\$754.098,56 (fls. 967 a 968)

O contribuinte manifestou-se sobre a nova diligência fiscal datada de 19/05/2015, alegando que o autuante limitou-se no seu novo pronunciamento a tentar aplicar a IN 56/07 nos exercícios de 2009 e 2010, mantendo, contudo, inúmeros equívocos nos cálculos realizados o que invalida a apuração em relação aos referidos exercícios. Com relação a 2012 afirma que o fiscal autuante sequer tentou efetuar os cálculos determinados pela 2ª CJF. (fl. 1009).

Alega a recorrente supressão de instância de julgamento pois entende que não seria cabível em diligência realizar correções nos cálculos originais.

Em seguida, mais uma vez, essa 2ª CJF determinou realização de nova diligência (fl. 1033), agora realizada por preposta fiscal lotada na ASTEC do CONSEF, a qual foi datada do dia 05-out-16.

A ASTEC conclui sua diligência fiscal afirmando que em relação às quantidades do estoque final de 2008 e inicial de 2009 informadas pela recorrente à fl. 1062, verifica-se que não procedem as alegações do recorrente, haja vista que as quantidades informadas estão constando no estoque inicial de 2009, no demonstrativo de débito às fls. 874, 876, 877 e 894 revisado pelo autuante e que as demais mercadorias relacionadas não constam no demonstrativo de débito.

Quanto a proporcionalidade restabeleceu-se os percentuais de proporcionalidade e reduziu o valor exigido para R\$448.859,40 para a infração 1 e R\$ 95.320,86 para a infração 2.

A Recorrente, em resposta a diligência realizada pela ASTEC, teceu os seguintes comentários (fls. 1125 a 1129):

“Mesmo diante do teor da manifestação do contribuinte relativamente à Intimação, e dos alertas ali feitos, a diligente da ASTEC fez total vista grossa à verdadeira finalidade do pedido diligencial, e acabou NÃO LEVANDO A EFEITO O QUANTO SOLICITADO PELA CJF, acabando por não enfrentar E/OU esclarecer, principalmente, o erro crasso cometido pelo autuante, que conseguiu apurar (??!) estoque inicial de um exercício em quantidade diferente do estoque final do exercício anterior. (!!).

Como certamente devem estar cientes os nobres membros desta CJF e o d. representante da PROFIS, a autuação ora em análise (levantamento quantitativo de estoques) envolve 4 exercícios, sendo eles: 2009, 2010, 2011 e 2012.

Tendo o autuante feito todo seu trabalho em cima de estoques iniciais e estoques finais completamente equivocados e distorcidos, fato que já vem sendo alegado pelo contribuinte desde o início deste processo, é certo que esta CJF baixou estes autos em diligência (PELA 3ª VEZ !!), exatamente, para que a diligente da ASTEC fizesse o trabalho do qual o autuante, nas duas vezes em que foi chamado a esclarecer os fatos (por meio de diligências), esquivou-se. O problema é que a diligente da ASTEC, assim como o autuante, não quis “meter a mão em cumbuca”, e acabou não atendendo ao pedido da CJF, senão vejamos.

O pedido feito por esta 2ª CJF, no tocante aos estoques iniciais e finais foi nos seguintes termos:

“(…)

a. Dos documentos apresentados e dos já coligidos ao PAF, estabelecer, de maneira definitiva, os números dos estoques iniciais e finais dos exercícios fiscalizados, de modo a que também fiquem definidas eventuais omissões de entradas e saídas.”

Em se considerando que foram 4 os exercícios objeto da fiscalização (2009, 2010, 2011 e 2012), então a diligente, NECESSARIAMENTE, teria que se pronunciar (PARA ATENDER AO QUANTO SOLICITADO PELA 2ª CJF) sobre a discrepância encontrada pelo autuante quando comparados entre si: o EF de 2008 e o EI de 2009; o EF de 2009 e o EI de 2010; o EF de 2010 e o EI de 2011; e o EF de 2011 e o EI de 2012.

Mas, como dito acima, a diligente acabou seguindo a mesma linha do autuante, e resolveu não enfrentar a questão, talvez por ela também ter percebido que refazer por completo uma auditoria de estoques seria um trabalho árduo, que levaria muito tempo, tempo esse incompatível com o concedido para realização de uma diligência fiscal.

Para não dizer que a diligente nada comentou quanto aos estoques iniciais e finais, é verdade que ela mencionou alguma coisa no item 2.1.1 da sua diligência, no tocante ao estoque final de 2008 e o estoque inicial de 2009. Ocorre que, além de isso ser TOTALMENTE INSUFICIENTE PARA ATENDER AO QUANTO SOLICITADO PELA 2ª CJF, já que a autuação abarca 4 exercícios, conforme explicado acima, ainda por cima, não corresponde à verdade material que consta dos autos. Vejamos.

É TOTALMENTE INSUFICIENTE PARA ATENDER AO QUANTO SOLICITADO PELA 2ª CJF, porque o pouco dito pela diligente não esclarecesse os equívocos cometidos pelo autuante quanto ao EF de 2009, e quanto aos estoques iniciais e finais dos exercícios de 2010, 2011 e 2012.

E não corresponde à verdade material que consta dos autos, porque já foi exaustivamente comprovado nos autos, pelo contribuinte, que há total discrepância entre o EF de 2008 e o EI de 2009, adotados pelo autuante, senão vejamos, MAIS UMA VEZ!!

Para bem exemplificar isso, o sujeito passivo irá aqui adotar o EF de 2008 e o EI de 2009, comprovando, por amostragem suficiente, que o preposto fiscal adotou quantidades diferentes para mercadorias idênticas nesses estoques. Vejamos....

Há pouco tempo atrás, o próprio Auditor Fiscal responsável pelo trabalho ora em análise lavrou o Auto de Infração nº 206948.0008/12-2, oportunidade em que também realizou auditoria de estoques, tendo sido fiscalizado os exercícios de 2007 e 2008 desta mesma empresa.

Neste mencionado Auto de Infração, o preposto fiscal apurou a existência de EF no exercício de 2008 para inúmeras mercadorias, tanto que precisou de 40 folhas para listar todas elas !!! (VIDE ANEXO 07 DO RECURSO VOLUNTÁRIO). Já no presente Auto de Infração, todavia, o autuante considerou como “zero” todo o EI do exercício de 2009 !!

E, diga-se de passagem, em ambas as fiscalizações, o preposto fiscal se equivocou por completo, porque, na verdade, eram tantas as mercadorias existentes em estoque no final do exercício de 2008 (EF/2008 = EI/2009), que as mesmas, após listadas pela empresa, só couberam em 335 folhas (VIDE ANEXO 08 DO RECURSO VOLUNTÁRIO).

Outra forma de perceber que foi equivocado o procedimento do autuante de considerar o EI de 2009 “zerado”, é se atentando para o fato de que ele, para fins de apurar o preço médio unitário de alguns produtos (VIDE ANEXO 1 DO DEMONSTRATIVO DOS PREÇOS MÉDIOS – Exercício de 2009 – Mercadorias Normais – demonstrativo fiscal elaborado pelo autuante) para esse exercício, valeu-se do valor dos produtos existentes no EI deste exercício (exemplos desses produtos: RUFO PINGADEIRA BR 250 MM 3M, BANQUETA POP BR BF5, TB ELET ZINC EB568 1” 03 M e muitos outros), quando então ele adotou o preço do produto em 01-jan-2009 e o atualizou até o dia 31-dezembro-09. Ora, se existia estoques de produtos no dia 01-jan-09, não poderia o autuante, em hipótese alguma, ter considerado o EI de 2009 “zerado”.

Apesar de tantas evidências do equívoco cometido pelo autuante, ele, nos seus trabalhos diligenciais, ainda insistiu que não haveria qualquer erro no EI que adotou para o exercício de 2009 (TODO ZERADO !!), já que, conforme ele, não haveria identidade de produtos entre os elencados para os anos de 2008 e 2009, à exceção de 13 produtos, os quais, nos levantamentos fiscais, estariam indicando a mesma quantidade para o EF de 2008 e para o EI de 2009. SERÁ MESMO QUE ESSA AFIRMATIVA DO AUTUANTE CORRESPONDE À VERDADE

DOS FATOS?

Certamente que não! Isso já foi comprovado nos autos pelo contribuinte. Mas façamos essa comprovação MAIS UMA VEZ!!

Além de toda a comprovação já feita pelo contribuinte até aqui, basta se analisar, **por amostragem, as fls. 01 e 02 do Inventário Inicial de 2009** (este demonstrativo fiscal tem um total de 19 folhas), **e comparar o seu teor com o Inventário Final de 2008** (demonstrativo com 40 folhas). Feita essa comparação, pode-se, sem dificuldades, encontrar 14 produtos que existiam no EF de 2008, mas que o autuante considerou como inexistente (estoque “zero”) no EI de 2009. Os produtos são os seguintes:

PRODUTO	ESTOQUE FINAL 2008			ESTOQUE INICIAL 2009		
	Cód.	Fl.	Qtd.	Cód.	Fl.	Qtd.
DOB LE 3" 1300 2LO 03 PC	16334	12	36	10041	01	0
DOB MD 3x2 1/2 1296 1CR 03PC PAPA	32126	28	42	10069	01	0
FECH ARMARIO 871 CROMADO	16973	14	95	10122001	01	0
CADEADO FASHION 20MM CA20 P,CO	36050	31	40	10126002	01	0
CADEADO SEGREDO 20MM 20CS23, PRAT	36052	31	72	10127001	01	0
EMB MINI 60W LPA, BRANCO	20294	20	111	102001	01	0
EMB MINI 60W LPA, PRETO	20305	20	53	102002	01	0
CANALETA 20X10X210 SIS X, 30802	18135	17	901	10471002	02	0
TRINCHA MED 3 520 PIN TIGRE	36163	31	90	11429	02	0
CABO PIR FLEX PT 25 MM2 PIRELLI	19176	19	201	11522	02	0
CABO PIR PT 35 MM2 PIRELLI	19199	19	126	11530	02	0
CABO AFUMEX 750 V 2.5 MM2 100M P	18806	18	4	11573002	02	0
CABO AFUMEX 750 V 2.5 MM2 100M P	18851	18	8	11573004	02	0
ASSENTO SUAVIT PLENA, CINZA 100	42581	38	12	11678006	02	0

E este tipo de erro (EF de um exercício diferente do EI do exercício subsequente, com adoção de quantidades diferentes para uma mesma mercadoria) se alastra não somente pelos demonstrativos fiscais de 2009, mas sim, **por todos os exercícios objeto da autuação**. Talvez, por isso, o i. autuante não tenha feito o que foi solicitado por esta CJF nos pedidos de diligência anteriores, ou seja, refazimento dos demonstrativos fiscais. Afinal, no presente caso, para atendimento ao quanto solicitado por esta CJF, seria necessário se refazer todo o trabalho fiscal.

Portanto, é inegável que a diligente da ASTEC, na diligência ora em análise, da mesma forma que o autuante nas duas diligências anteriormente feitas por ele, **NÃO ENFRENTOU e NEM ESCLARECEU** o erro crasso cometido pelo autuante em todos os exercícios objeto da autuação, qual seja, o de levar a efeito uma auditoria de estoques partindo de quantidades diferentes para o EI de um exercício e o EF do exercício imediatamente anterior.

Assim, não tendo sido possível esclarecer por meio de diligência fiscal, o equívoco cometido pelo autuante ao longo de todo o seu trabalho, apesar das 3 tentativas feitas por esta CJF neste sentido, **É CERTO QUE NÃO HÁ RAZÃO E NEM RESPALDO TÉCNICO-LEGAL PARA SE LEVAR ESTA AUTUAÇÃO ADIANTE**.

Espera o contribuinte, que esta 2ª CJF não baixe este processo em nova diligência para tentar esclarecer este mesmo fato (**EQUÍVOCO NOS ESTOQUES INICIAIS E FINAIS DE TODOS OS EXERCÍCIOS**), pois isso fugiria do razoável (se bem que, para o contribuinte, já se fugiu do razoável nestes autos há muito tempo!), e imprimira uma total insegurança jurídica ao caso, tornando esse processo interminável.

Quanto à questão da proporcionalidade (IN 56/2007), não se faz necessária muita argumentação, para explicar porque ela é totalmente **INAPLICÁVEL** ao caso ora em análise, vejamos o porquê.

A proporcionalidade só é aplicável quando se está diante de uma apuração correta e confiável de um levantamento apurada, a fim de ajustá-la à realidade de tributação da empresa fiscalizada. Em outras palavras, se está querendo dizer que, se temos em vista uma omissão de mercadorias equivocadamente apurada, aplicar a proporcionalidade sobre essa omissão só iria acumular matematicamente o erro ... seria **ERRO SOBRE ERRO**, o que é inadmissível."

O fiscal autuante se pronuncia em **INFORMAÇÃO FISCAL** às fls. 1145 a 1146 alegando que houve erro nos cálculos realizados pela ASTEC em sua diligência fiscal e restabelece novos valores, dessa vez exigindo R\$531.515, 84 para a infração 1 e R\$186.064, 53 para a infração 2, perfazendo um total exigido do A.I de R\$ 717.580, 37.

A 2ª CJF em sessão realizada no dia 02 de agosto de 2017 converteu o PAF em nova diligência direcionada a INFAZ DE ORIGEM objetivando sanar as incoerências apontadas no referido levantamento quantitativo de estoques.

Em 17 de outubro de 2017 o fiscal autuante se manifesta em nova Informação Fiscal tecendo comentários e comparando o *modus operandi* das novas auditorias de estoque eletrônica versus às realizadas de forma manual. Conclui afirmando que o Auto de Infração é procedente em parte por conta das retificações realizadas ao longo do processo, mantendo o valor exigido conforme última diligência realizada pela ASTEC.

VOTO VENCIDO

A presente lide versa sobre imputação ao sujeito passivo de falta de recolhimento do ICMS, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie e mercadorias em exercícios fechados referentes a 2009, 2010, 2011 e 2012.

Sinalizo, de logo, que o cometimento de equívocos sanáveis no curso do procedimento fiscal, por si só, não justifica a nulidade do auto, a exemplo da ausência do Termo de Início de fiscalização e os inúmeros erros suscitados pela Recorrente, que foram, em parte, saneados ao longo do processo fiscal.

Registre-se, inclusive, que foram inúmeras as tentativas em busca de um lançamento de ofício sem vícios.

Em último momento, e somente após inúmeras manifestações da recorrente, o autuante efetivamente confirma que as informações constantes nos arquivos digitais divergem das constantes nos livros, mas que, considerando que muitos dos códigos de produtos selecionados para o levantamento fiscal através dos arquivos digitais não foram identificados nos livros, atribuiu quantidade zero a todos os itens.

Observem que entre idas e vindas, fica claro que os equívocos presentes nos demonstrativos fiscais não foram pontuais, tendo sido repetidos ao longo do processo. Prova disso, foi a necessidade do direcionamento dos autos aos mais diversos processos de diligência.

Eis abaixo todo o percurso processual:

- Lavratura do Auto de Infração;
- Impugnação;
- Decisão de 1 instância pela 2ª JJF unânime pela procedência do Auto (Acórdão nº 0124-02/13);
- Recurso Voluntário;
- Pedido de Diligência feito pela 2ª CJF
- 1ª Diligência feita pelo Autuante datada de 26/05/2014;
- Manifestação do Contribuinte;
- 2ª Diligência Fiscal datada de 19/05/2015;
- Manifestação do Contribuinte;
- 3ª Diligência Fiscal direcionada à ASTEC;
- Resposta a Intimação Fiscal datada de 02/08/2016.
- Diligência realizada pela ASTEC em 10/2016;
- Manifestação referente a 3ª diligência realizada.
- Nova e última diligência realizada pela INFAZ DE ORIGEM em 17/10/2017;
- Última manifestação referente a 4ª diligência realizada.

Nesse andar, percebo contradição nas informações prestadas pelo autuante. Em um primeiro momento, afirma que houve observância aos livros inventários acostados em papel pela autuada, na medida em que os referidos documentos já haviam sido anexados digitalmente. Em outro momento, informa que os dados utilizados para elaboração dos demonstrativos foram devidamente retirados dos arquivos digitais, a exemplo do Registro Eletrônico tipo 74 do SINTEGRA. Veja, portanto, que, e por mais que tenha sido alegado por diversas vezes pelo Recorrente que havia inconsistências nos dados relativos aos seus saldos iniciais e finais de estoque, não houve por parte do fiscal a consideração de analisar se as informações presentes nos documentos acostados em Recurso traziam efetivamente provas adicionais que reformulassem os relatórios.

O fiscal autuante, como critério padrão, no processo de seleção dos produtos para o

levantamento fiscal considerou como referência os códigos dos produtos. Ocorre, contudo, que, ao não levar em consideração a espécie dos produtos e seu respectivo descritivo, deixou de ser observado inúmeros itens cujos códigos foram alterados. O Referido lapso foi apontado e demonstrado por amostragem pela recorrente, justificando que não seria possível a manutenção de estoques finais zerados, notadamente porque haviam inúmeras mercadorias desconsideradas.

O processo foi pautado e em sessão de julgamento foi decidido pela 2ª Câmara que o feito deveria ser convertido em nova diligência, especialmente porque na mesma sessão o fiscal autuante se fez presente e o mesmo se comprometeu a realizar as alterações necessárias em busca da verdade material.

Entretanto, diante da escusa do fiscal autuante em cumprir a demanda requerida na Diligência proposta, constato ser humana e pessoalmente impossível o saneamento de tais lapsos, uma vez que o arquivo recebido apresenta elevado número de registros com aproximadamente 5.005 folhas.

É forçoso, portanto, concluir que o autuante insistiu, desprezando o princípio da verdade material, em apurar relatórios baseados em informações manifestamente inconsistentes, conduta essa que não pode obter a guarida deste Colegiado.

E é certo afirmar que, não obstante as referidas e diversas diligências, não estiveram presentes nos autos, conforme muito bem destacou a recorrente, “elementos suficientes para se determinar a infração com segurança”, situação que torna imperiosa a eficácia e aplicação do art. 18, IV, ‘a’, do RPAF/99.

A imprecisão, portanto, do lançamento fiscal, mesmo após diversas diligências que visavam a retidão dos elementos para a determinação da infração imputada ao recorrente, me obrigam a, de forma convicta, reconhecer a nulidade do Auto de Infração em referência.

Dessa forma, considerando tudo o quanto acima exposto e amparada pelo que dispõe o art. 18, inciso II, do RPAF, é Nulo o Auto de Infração originário de procedimento fiscal elaborado com falhas, por desconsideração da existência de estoque inicial.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* a ilustre Relatora para discordar do seu entendimento de, em sede de preliminar, acolher a NULIDADE do presente lançamento de ofício, suscitada pelo recorrente, sob o entendimento de inexistir “*elementos suficientes para se determinar a infração com segurança*”, visto que “*...o Auto de Infração originário de procedimento fiscal elaborado com falhas, por desconsideração da existência de estoque inicial.*”

Conforme anteriormente já relatado, o lançamento de ofício trata de exigir o ICMS de R\$757.313,47, apurado através de auditoria de estoque nos exercícios 2009 a 2012, em razão da constatação de:

Infração 01- 04.05.04 - “Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado” [exercícios de 2009 (R\$162.380,10), 2010 (R\$381.456,52) e 2012 (R\$27.412,32)], e

Infração 02- 04.05.01 - “Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.” [2011 (R\$186.064,53)].

Através do Acórdão JF N° 0124-02/13, por decisão unânime, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o Colegiado de Primeira Instância consignado que todas as alegações defensivas

não se fizeram acompanhar de provas materiais que indicassem equívocos dos levantamentos fiscais.

Irresignado com a Decisão exarada, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 193 a 224, no qual apensa documentos de fls. 228 a 800 dos autos, onde, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento de ofício sob as seguintes alegações:

- 1) Falta de Termo de Início de Fiscalização válido;
- 2) Falta de solicitação de documentação fiscal durante a realização da fiscalização, tendo o autuante apurado Estoque igual a ZERO para alguns exercícios (ora para estoque inicial, ora para estoque final) e ter pautado todo seu trabalho em cima de estoques totalmente distorcidos da realidade, visto que adotou para estoque final de um exercício, valores e quantidades diferentes dos adotados para o estoque inicial do exercício subsequente;
- 3) Cerceamento ao direito de defesa, em virtude do não fornecimento ao autuado, no ato da ciência do Auto de Infração, de cópia integral dos demonstrativos fiscais.
- 4) Da não observância, pelo autuante, das regras contidas na Portaria nº 445/98, que trata de auditoria de estoques, como também da Instrução Normativa nº 56/2007;

No mérito, conforme relatado anteriormente pela i. Conselheira, o recorrente alega:

- 1) Inúmeros equívocos existentes nos demonstrativos fiscais;
- 2) Erros na quantificação do estoque inicial do exercício de 2009;
- 3) Consideração de quantidades diferentes para o estoque final de 2009 e para o estoque final de 2010;
- 4) Consideração de quantidades diferentes para o estoque final de 2010 e para o estoque final de 2011;
- 5) Falhas na auditoria de estoques do exercício de 2012;
- 6) Falta de aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007 pelo autuante;
- 7) Incorreção da multa de 100% aplicada para o exercício de 2010.

Em decorrência da determinação do então Relator, às fls. 808/809 dos autos, o PAF foi convertido em diligência ao autuante, o qual, às fls. 813 a 831 dos autos, afirma que:

1º) “... o fato da Recorrente anexar aos autos o Livro Registro de Inventário de 31/12/2008, em papel, às fls. 283 à 613 do presente PAF, na verdade, não trouxe novidade alguma, pois esse mesmo Livro Fiscal, em meio magnético, já se encontra no CD anexo ao Relatório da Fiscalização às fls. 015...”;

2º) Que os códigos dos produtos selecionados para levantamento fiscal, na sua quase totalidade, não são os mesmos códigos selecionados para o levantamento fiscal do exercício seguinte. Contudo os itens mantidos nos levantamentos seguintes, as quantidades consideradas de estoque final e inicial foram as mesmas, conforme demonstra através de planilha.

Às fls. 962/963 dos autos, o então Relator converteu o PAF ao autuante para aplicar na exigência sob presunção legal de omissão de saídas (infração 1) a proporcionalidade às mercadorias tributadas no período, tendo o preposto fiscal, às fls. 967/968, apurado o valor remanescente de R\$159.661,08, para o exercício de 2009; R\$380.960,63, para o exercício de 2010, e R\$27.412,32, para o exercício de 2012, perfazendo o montante de R\$568.034,03 para a infração 1, mantendo o valor de R\$186.064,53 relativo à exação 2, de cujo resultado foi cientificado o recorrente, que reiterou suas razões recursais.

Em seguida, o então Relator, às fls. 1.032/1.033 dos autos, converteu o PAF para que a ASTEC promovesse os ajustes necessários quanto aos estoques iniciais e finais dos exercícios

fiscalizados e aplicasse a proporcionalidade relativa às operações sujeitas à antecipação/substituição.

Às fls. 1.043 a 1.045 dos autos, a diligente informou que:

2.1.1 Em relação às quantidades do estoque final de 2008 e inicial de 2009, informadas pelo recorrente, à fl. 1062, verifica-se que não procedem as alegações do recorrente, haja vista que as quantidades informadas estão constando no estoque inicial de 2009 (final de 2008), no demonstrativo de débito, às fls. 874, 876, 8877 e 894, revisado pelo autuante. As demais mercadorias relacionadas, não constam no demonstrativo de débito, como se verifica às fls. 874/916 e 917/943 dos autos.

2.1.2. Com base nos Livros Registros de Saídas, do exercício de 2009 e 2012, às fls. 739/800 dos autos, foram apuradas as proporcionalidades nas saídas de mercadorias Tributadas, Isentas e Outras, nos respectivos exercícios, os quais conferem com as proporcionalidades apurados pelo autuante, à fl. 738 dos autos, abaixo demonstrado:

Face ao exposto, após a aplicação das proporcionalidades sobre a Base de Cálculo, foram elaborados novos demonstrativos de débitos da infração 1 (R\$121.596,51, para o exercício de 2009; R\$322.674,07, para o exercício de 2010, e R\$4.588,82, para o exercício de 2012) e da infração 2 (R\$95.320,86, para o exercício de 2011).

Sobre tal diligência, o autuante se insurgiu contra a aplicação indevida da proporcionalidade sobre o débito de omissão de saídas apurado na infração 2, visto caber apenas às presunções legais, como também se insurgiu sobre o cálculo da proporcionalidade, apurado sobre o total dos valores informados na coluna “OUTRAS” das DMA Consolidada.

À fl. 1.166 dos autos, já sob os cuidados da atual Relatora, o PAF foi novamente convertido em diligência para que na auditoria de estoque se considere o descritivo da mercadoria, conforme livro Registro de Inventário e a necessária correlação aos códigos lançados em arquivo magnético, aplicando-se as proporções previstas na IN 56/2007, tendo o autuante, às fls. 1.173 a 1.182 dos autos, feito considerações sobre legislação pertinente ao fato de que cada produto só pode ter único código, o qual não pode estar associado a mais de um produto, como também que no Parecer ASTEC nº 102/2016, às fls. 1.043/1045, se confirmou não procederem as alegações do recorrente, em relação às quantidades do estoque final de 2008 e inicial de 2009. Por fim, sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, no valor remanescente de R\$717.580,37 (fl. 1.181), de cujo resultado foi cientificado o recorrente, que reiterou suas razões recursais.

Por fim, às fls. 1.249/1.250 dos autos, o PAF foi novamente convertido em diligência visando que preposto fiscal estranho ao feito efetivasse o levantamento de estoque considerando o descritivo da mercadoria, conforme livro Registro de Inventário e, posteriormente, aplicasse a proporcionalidade prevista na IN 56/2007.

Após intimação para apresentação dos documentos e livros fiscais necessários à consecução da diligência solicitada pela 2ª CJF, o recorrente se manifesta informando que “...já apresentou ao fisco toda a documentação ora solicitada...”, concluindo pela nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração.

Por sua vez, o diligente, estranho ao feito, concluiu:

“Do exposto, constatamos que não consta que tenham sido entregue o Livro Registro de Inventário de 31/12/2009, de 31/12/2010, de 31/12/2011 e de 31/08/2012, além disso, o arquivo do Livro Registro de Inventários de 31/12/2008 entregue foi apresentado no formato “PDF”, o que, como advertido no corpo da intimação, inviabiliza a Diligência Fiscal, ou seja, a INTIMAÇÃO DEIXOU DE SER ATENDIDA.”

Por derradeiro, o autuante, às fls. 1.281/1.285 dos autos, ressalta disposições contidas no Convênio ICMS 57/95 que estabelecem perfeita identidade entre o livro Registro de Inventário e o Registro Eletrônico tipo 74 do SINTEGRA, em cujo Registro 74 “NÃO DEVE SER INFORMADA A DESCRIÇÃO DA MERCADORIA”, apenas o código, pois, com efeito, o código do produto representa uma impressão digital do produto, sendo único para cada produto, do que cita exemplo, para afinal concluir que o sujeito passivo deixou de atender a intimação do preposto fiscal estranho ao feito

para execução da diligência determinada pela 2ª CJF, desperdiçando, assim, uma nova oportunidade de apresentar contraprovas para corroborar alegações recursais, ficando passível do quanto previsto no art. 142 do RPAF, o qual prevê que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, devendo prevalecer os números retificadores, conforme análise técnica e específica, às fls. 1.173 a 1.182 e, complementarmente, às fls. 1.241 e 1.243 do PAF, do que sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor remanescente de R\$717.580,37.

Diante de tais considerações, há de se ressaltar a busca obstinada deste Órgão Julgador pela verdade material, em que pese o próprio sujeito passivo (cujo ônus da prova de suas alegações, desde o início, lhe pertence), cristalinamente demonstrar que já apresentou ao fisco toda a documentação solicitada, se furtando de aproveitar mais uma nova oportunidade lhe oferecida.

Em consequência, em razão de tantas intervenções, fica prejudicada qualquer alegação de cerceamento de defesa do sujeito passivo relativa a falta de Termo de Início de Fiscalização válido, em que pese a fragilidade da alegação, tendo em vista o próprio “Termo Início de Ação Fiscal” constar à fl. 9 dos autos, assim como a intimação para apresentação de livros e documentos, às fls. 10 dos autos, as quais, conforme previsto no art. 26, III, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629//99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte.

Tais intimações também destituem a alegação recursal de *“Falta de solicitação de documentação fiscal durante a realização da fiscalização”*.

Por sua vez, ainda sob esta alegação, verifica-se ser inverídica a afirmação do recorrente de inconsistência na auditoria de estoque entre a quantidade do estoque final de um determinado produto em um exercício e o a correspondente quantidade no estoque inicial do mesmo produto no exercício subsequente, conforme restou comprovado no Parecer ASTEC nº 102/2016, às fls. 1.043/1.045 dos autos.

Igualmente, não se comprova a veracidade da alegação recursal de cerceamento ao direito de defesa, em virtude do não fornecimento ao autuado, no ato da ciência do Auto de Infração, de cópia integral dos demonstrativos fiscais. Os recibos às fls. 115 a 118 dos autos atestam a entrega de todos os arquivos ao contribuinte em 02/04/2013, data da ciência do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, melhor sorte não coube ao recorrente, pois de fato a auditoria de estoque decorreu dos próprios números transmitidos pelo contribuinte através do SINTEGRA e não restou provada nenhuma inconsistência nos citados arquivos magnéticos, conforme diversas diligências efetuadas, em especial da ASTEC, como também, pela recusa do contribuinte de apresentar a documentação, quando da última diligência, ao preposto estranho ao feito, no sentido de executar a revisão da auditoria de estoque, não só pelos códigos das mercadorias, como também pela descrição dos produtos, correspondentes códigos, de forma a dirimir as dúvidas das alegações recursais de ter havido mudanças nos códigos dos produtos, em que pese haver previsão regulamentar para tal hipótese, o que também o sujeito passivo não cumpriu.

O fato é que o recorrente tece diversas alegações, as quais não se confirmam e, pior, o apelante sequer comprova documentalmente, quando devidamente intimado neste sentido.

Contudo, tem pertinência a alegação recursal de que o autuante, inicialmente, deixou de aplicar a proporcionalidade de operações tributadas à presunção legal de omissão de saídas, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, cujas incidências restringem-se apenas à infração 1.

Tais equívocos foram corrigidos no decorrer do processo administrativo fiscal, apurando o ICMS devido de: R\$146.568,80, para o exercício de 2009; R\$359.179,46, para o exercício de 2010 e R\$25.767,58, para o exercício de 2012, perfazendo o montante de R\$531.515,84 para a infração 1, relativa à presunção de omissão de saídas, decorrente da constatação de diferenças de entradas não registradas, conforme demonstrado à fl. 1.146 dos autos.

Também mantém-se a exigência relativa à infração 2, no valor original de R\$186.064,53, inerente à constatação de omissão de saídas no exercício de 2011.

Diante destas considerações, vislumbro que o PAF foi devidamente saneado, tendo sido adequado e corrigido em suas inconsistências, objetivando a busca da verdade material, vindo a se consolidar em lançamento de ofício com “elementos suficientes para se determinar a infração com segurança”, inexistindo qualquer motivo para se acolher a nulidade, conforme entendeu a ilustre Relatora.

Registre-se, ainda, que a multa de 100% aplicada para os exercícios de 2010 a 2012, prevista no art. 42, III, decorreu da alteração dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, com efeitos a partir de 31/03/10.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, remanescendo o ICMS devido de R\$717.580,37, sendo: R\$531.515,84, relativo à infração 1, e R\$186.064,53, para a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0001/13-6**, lavrado contra **DISMEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$717.580,37**, acrescido das multas de 70% sobre R\$146.568,80 e 100% sobre R\$571.011,57, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiras: Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, José Rosivaldo Evangelista Rios e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO VENCEDOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS