

A. I. Nº - 206948.0006/10-3
AUTUADO - TERWAL MÁQUINAS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15. 02. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-01/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E LANÇAMENTO NA ESCRITA FISCAL. Após diligências fiscais a cargo da ASTEC, que exarou Parecer circunstanciado sobre as questões controversas da lide: inversão do Código Fiscal das Operações; das omissões de mercadorias que gozam de benefício da redução de base de cálculo; das retificações nos arquivos magnéticos e sobre a autenticidade do livro Registro de Inventário. Os preços médios utilizados na apuração da base de cálculo do imposto são os mesmos da auditoria de estoque; promovidas as alterações pertinentes, diante das provas constantes dos autos, motivando e indicando os documentos fiscais incluídos nos ajustes do levantamento quantitativo de estoques. Exigência reduzida. O PAF anterior não foi anulado por vício formal. Mesmo com a recente e radical mudança no posicionamento adotado pela PGE/PROFIS relativamente à decadência, o que tem sido acatado pelo CONSEF, em decorrência da revogação do § 5º do artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do cumprimento do teor da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, não ocorreu a decadência no PAF em questão. Lavrado em 30.12.2010, com a ciência do sujeito passivo, na mesma data de 30.12.2010, não há que cogitar de decadência do direito de constituição de créditos tributários, na Auditoria de estoques, exercício de 2005. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2010, exige ICMS no valor histórico de R\$118.734,99 em razão da seguinte irregularidade: *"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. Resultado do Levantamento Fiscal: Infração 01 - 04.05.01, decorrente da execução do Roteiro de Auditoria AUDIF-207 Auditoria de Estoques, para o qual foram cadastrados 7.301 produtos, dos quais foram selecionados efetivamente 568, sendo que todos esses produtos apresentaram omissão de saídas tributáveis, conforme Relatórios, Tabelas e Demonstrativos produzidos pela fiscalização. 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; 2. códigos que representam serviços diversos não tributados pelo ICMS, mas que, equivocadamente, tiverem sido informados pelo contribuinte no Registro Tipo 75 dos Arquivos Magnéticos; e, 3. códigos que, na realidade, são de matérias de: uso/consumo, "00000000047690" ou de ativo imobilizado, "999999". No processo seletivo, todo produto que por ventura apresentar as características descritas em 1, 2 ou 3 acima dentro do exercício a ser fiscalizado ele é automaticamente excluído, ou seja, ele não participa do levantamento fiscal. Em virtude dos Relatórios, Tabelas e Demonstrativos produzidos pela fiscalização possuírem um grande volume de folhas (914 folhas), a impressão em papéis dos mesmos, em duas vias, uma para a Autuada e outra para o PAF, conforme prevê §3º do Art. 8º do RPAF/99-BA, demandariam 1.828 (hum mil, oitocentos e vinte e oito) folhas. No entanto, por razões meramente de economia processual, na tentativa de poupar qualquer desperdício na condução do PAF bem como nos atos processuais, de manuseio, tempo e demais despesas, que possam travar o curso do processo, todos os Relatórios, Tabelas e Demonstrativos pertinentes ao Levantamento Fiscal foram entregues à Autuada gravados sob forma de arquivos, em CD anexo ao Relatório da Fiscalização, mediante Recibo Eletrônico com MD5 do authentication às fls. 204 deste PAF, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença do preposto do contribuinte, podendo o contribuinte abrir os arquivos desejados e imprimir-los, total ou parcialmente, em seu próprio ambiente conforme sua conveniência. Relativamente ao exercício de 2005, na ação fiscal julgada nula conforme informação na inicial, havia sido reclamado um ICMS a recolher no valor de R\$ 78.574,69, enquanto o refazimento da ação fiscal resultou na apuração do imposto a recolher no valor de R\$ 118.734,99". Multa de 70% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O Auditor Fiscal apresenta Relatório da Fiscalização (fls. 21/24), destacando que a presente autuação decorre do cumprimento da OS nº 515.077/10, no sentido de refazer a ação fiscal referente ao PAF nº 170623.0051/06-4 (Roteiro de Auditoria de Estoques), julgado Nulo em 07/06/2010 pela 1ª JF – Acórdão JF nº 0145-01/10, tendo a Decisão exarada/confirmada na 2ª CJF em 20/10/2010 através do Acórdão CJF nº 0367-12/10, no qual decidiu pelo não Provimento do Recurso de Ofício interposto pela 1ª JF e homologou a Decisão que julgou Nulo o mencionado Auto de Infração.

Em peça defensiva apresentada, fls. 211/222, o autuado, inicialmente, descreve a imputação. Suscita preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa com pedido alternativo de abertura do prazo de defesa.

Questiona que o preposto do Fisco não pode por motivos apenas de sua conveniência, burlar dispositivo expresso da legislação de regência da matéria para "terceirizar" até mesmo a impressão dos papéis de trabalho do auto de infração, sujeitando o contribuinte a possibilidade de ocorrência de erros e todo tipo de corrupção dos arquivos digitais, o que de fato ocorreu no processo de impressão prejudicando a apresentação desta defesa.

Reclama que o auditor fiscal não observou determinação legal e apresentou apenas em meios magnéticos os relatórios, tabelas e demonstrativos, toda a documentação de suporte a autuação, conhecido no jargão técnico como papéis de trabalho.

Desstaca que para a análise minuciosa deste material é de extrema importância à realização da sua ampla defesa, em especial por conta de solicitação dos seus assessores jurídicos que alegaram não possuir *expertise* necessária ao manuseio das planilhas eletrônicas e resolveram não correr qualquer risco que pudesse estar relacionado à imperícia no trato com tais noções de informática ou até mesmo a informações corrompidas por panes eletrônicas. Alega a necessidade da integridade física das peças processuais como premissa para a composição dos autos.

Requer que lhe sejam fornecidos todos os relatórios impressos comprobatórios das infrações apuradas e que lhe seja reaberto o prazo para efetuar a sua defesa de posse de toda a documentação instrutória do lançamento, sob a pena de cerceamento de defesa.

Lembra que o CONSEF reconheceu por diversas vezes o vício ora alegado a exemplo do ocorrido no julgamento do AI N° - 03239599. a Egrégia 2 JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, firmou a RESOLUÇÃO N° JJF 1505/98, que cuidou de caso análogo.

Pede a complementação da entrega física da documentação, com a consequente reabertura do prazo de defesa. Por medida de precaução, passa-se a adentrar ao mérito da defesa.

Inicialmente, repudia às alegações preambulares da fiscalização, salientando que não tem como política quaisquer modalidades de expediente no sentido de obter redução no montante das suas obrigações tributárias através do cometimento de infrações ou burlas à legislação tributária como chegou a informar o auditor fiscal.

Chama a atenção forma do *modus operandi*, que o preposto do fisco encontrou para reduzir uma auditoria de estoque a mera checagem eletrônica por meio de um *software*, à distância, realizando os exames na própria repartição fiscal, sem ter efetuado a confirmação do seu procedimento através dos adequados exames de auditoria, a exemplo da apuração “*in locu*” por discussão e o da mais basilar realização de averiguação pelo cotejamento dos dados de suas planilhas com a documentação fiscal de suporte de operações de entrada e saída das mercadorias e inventário físico.

Ressalta que os exames foram realizados por meio do programa SAFA, que através de informações recebidas por via do SINTEGRA, procedeu a uma checagem/auditoria padronizada, sem considerar as especificidades das operações da autuada, sendo que o auditor não teve o cuidado de discutir o material para checar possíveis e prováveis erros de fato e de procedimento. Aliás, conforme já havíamos alegado em sede de preliminar, a transferência de atribuição dos encargos da fiscalização do auditor fiscal para o contribuinte chegou ao cúmulo de este, sequer, cuidar da impressão da documentação que suporta as suas induções -- apenas entrega um CD.

Discorre sobre a limitação fiscal do SINTEGRA; que a própria SEFAZ presume que possam ocorrer falhas na formatação e envios dos seus conteúdos e que tais registros seriam apenas um meio “facilitador” de repasse de informação, não se confundindo com a própria informação que é lastreada em um evento de natureza econômica; afirma que as conclusões do SAFA, ao analisar os dados SINTEGRA, tem força meramente indicial, servindo para prover o auditor fiscal em seu trabalho de campo com informações de suporte previamente angariadas através das ferramentas da *inteligência fiscal*.

Diz que o auditor fiscal chega a conclusões precipitadas e até caluniosas, não se deu ao trabalho de checar as conclusões da fiscalização em relação a infração apresentada no PAF anulado, referente ao mesmo exercício voltando a cometer os mesmos equívocos na sua auditoria. Alega que novamente, o Auditor não observou que a maioria das mercadorias comercializadas gozam da redução de base de cálculo; operações de vendas futuras considerada como simples remessa e saída omitida.

Apresenta em anexo Notas Fiscais de compra (entrada) e de revenda de mercadorias (saídas) em operações contempladas com o aludido benefício de redução de base de cálculo no escopo de justificar a realização de uma diligência *in locu* com o objetivo de depurar-se a base de cálculo, o que certamente vai gerar uma redução expressiva no montante lançada na presente autuação. Papel que caberia ao auditor fiscal proceder ao ajuste da base de cálculo nos seus próprios papéis de trabalho ao contemplar em relação aos itens arrolados a redução de base de cálculo prevista no artigo 77, I e II do RICMS/BA, Convênios ICMS 52/91 e 65/95.

Sobre as vendas para entrega futura, firma a ocorrência de *bis in idem* no cômputo dobrado de saídas de mercadorias realizadas em tais operações, considerando-se como omissão de saídas tanto à emissão da NF de faturamento (códigos 5117 e 6117) como a NF de simples remessa (códigos 5922 e 6922).

Explica que no exercício de 2005, a Impunante inverteu os códigos aplicáveis às duas etapas mencionadas acarretando o lançamemo de ofício em relação ao código correto, quando o

imposto fora destacado e recolhido considerando o código 5922. Anexa as cópias xerográficas relativas às Notas Fiscais de nºs 4421 - 4423 - 4415, referente a compras de mercadorias junto ao nosso fornecedor BAMBOZZI ALTERNADORES e a Nota Fiscal de Simples Remessa nº 166162 (código errado 5922), emitida em 15.03.2005, contra a CERB CIA DE ENGENHARIA RURAL DA BAHIA, no valor de R\$341.116,60. Diz que apenas a assunção deste equívoco representa a redução imediata do Auto de Infração, no valor de R\$ 57.989,82.

Pede diligência fiscal, devido ao volume de documentos necessários a uma comprovação pontual dessas duas alegações.

Defende-se que não manipulou os saldos inicial e final de inventário em 2005, no bojo das retificações propostas em função da Listagem de Diagnósticos 03. Salienta que as aludidas alterações foram procedidas anteriormente à fiscalização; não houve qualquer manipulação fraudulenta, como quer o auditor fiscal, nem existe no Regulamento do ICMS dispositivo que vede a retificação de informações transmitidas via SINTEGRA, em relação ao Registro Tipo 74 ou a qualquer outro.

Assevera que foi lícita a retificação procedida e inadequada foi a postura do auditor fiscal ao não considerar os dados retificados, o que tornou o lançamento viciado de nulidade por considerar dados defasados que não refletiam a realidade dos estoques do contribuinte no período analisado.

Observa que as alterações no registro 74 que apresentou não são extemporâneas, mas, provenientes de inconsistências entre os dados enviados pelo SINTEGRA e a realidade contábil da Empresa registrada nos livros e registros contábeis e fiscais próprios, detectada ao rever as informações constantes do seu registro SINTEGRA que, a todo momento, vem sendo modificado e aperfeiçoado pela Fazenda, sendo inconcebível que esta possa corrigir seus equívocos de parametrizações e negar ao Contribuinte o direito de ajustar as informações digitais à realidade da sua contabilidade.

Finaliza que não discorreu sobre demais, elementos da autuação, a exemplo da apuração de preço médio utilizado nos cálculos, por absoluta impossibilidade de abrir os correspondentes arquivos que se encontram corrompidos.

Pede julgamento nulo ou improcedente do Auto de Infração; protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, com juntada posterior de documentos; realização de diligências, etc.

Informação Fiscal prestada (fls. 274/278). Comenta o Auditor sobre o fato de o contribuinte ter deixado de atender no prazo regulamentar de quarenta e oito horas para três intimações subsequentes para apresentação dos livros Registro de Entradas (LRE), Registro de Saídas (LRS), Registro de Apuração do ICMS (LRA) e Registro de Inventários (LRI), relativos ao período a ser fiscalizado, exercício de 2005, feitas nas datas de 19/11/2010 (fls.15), 26/11/2010 (fls.18) e 09/12/2010 (fls.19). Registra que tais Livros Fiscais só vieram a ser disponibilizados para o fisco na data de 22/12/2010, conforme Termo de Arrecadação às fls. 20, portanto, após trinta e dois dias da ciência da primeira intimação, e, apenas à oito dias do termo final da Ordem de Serviço nº 515.077/10, dia 30/12/2010, data esta, estabelecida pela Diretoria de Administração Tributária (DAT METRO) como termo final não só da referida Ordem de Serviço, como também da constituição do crédito tributário e o competente registro do Auto de Infração nº 206948.0006/10-3 no Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI INSPETORIA), já que, por se tratar do exercício de 2005, a partir de 01 de janeiro de 2011 ocorreria a caducidade dos créditos tributários daquele exercício, como estabelece o inciso I de Art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN).

Diz que a estratégia do contribuinte foi encurralar o início dos procedimentos fiscais; porém, isso não mais funciona, pois, as Auditorias Fiscais hoje em dia são realizadas eletronicamente, em virtude do envolvimento de um grande número de itens de mercadorias a serem auditadas, e, conseqüentemente, um excessivo volume de operações, é a chamada “Auditoria Virtual”, o que torna o contribuinte, de certa forma, refém de suas próprias informações transmitidas.

Discorre sobre a chamada Auditoria Virtual, que teria tido início com a edição, pelo CONFAZ, do Convênio ICMS 57/95; sobre os programas de fiscalização existentes e sobre os roteiros que realizou. Explica que os Arquivos Magnéticos retificadores do autuado foram transmitidos para o SCAM em 17/12/2010 e, no dia seguinte, 18/12/2010, encontravam-se a disposição da fiscalização. Requisitados e analisados, tendo constatado que as inconsistências apontadas foram eliminadas.

Diz que, no entanto, o contribuinte, no bojo das retificações dos arquivos aproveitou e incluiu nos novos arquivos retificadores uma série de alterações de dados no Registro Tipo 74 relativo aos estoques de mercadorias dos períodos de 31/12/2004 e de 31/12/2005 que refletem os inventários inicial e final do exercício fiscalizado, que não foi objeto da referida Listagem Diagnóstico, envolvendo 513 códigos de produtos, ANEXO 02 do relatório da fiscalização (fls. 35 a 50).

Afirma que além dessas alterações, o contribuinte acrescentou nos arquivos retificadores relativos aos estoques de 31/12/2004 e 31/12/2005 outros 116 códigos de produtos que não haviam sido informados originalmente, conforme discriminado no ANEXO 03 do Relatório da Fiscalização, fls. 51 a 54.

Acrescenta que as alterações indevidas no Registro Tipo 74 são fáceis de serem percebidas no referido ANEXO 01, pois, no arquivo magnético referente ao mês de dezembro de 2004, que representa os estoques iniciais do exercício de 2005, transmitido originalmente em 14/01/2005, o Registro Tipo 74 possuía 426 registros, em 03/08/2009, o Registro Tipo 74 permaneceu inalterado com os 426 registros; no de janeiro de 2005, transmitido também em 03/08/2009, o Registro Tipo 74 permaneceu também com os 426 registros; e, agora, o de janeiro de 2005, transmitido em 17/12/2010, inexplicavelmente, foi informado com 304 registros. Por outro lado, no arquivo magnético referente ao mês de dezembro de 2005, que representa os estoques finais do exercício de 2005, transmitido originalmente em 14/01/2006, o Registro Tipo 74 possuía 415 registros, em 03/08/2009, o Registro Tipo 74 permaneceu inalterado com os 415 registros; e, agora, o de dezembro de 2005, transmitido em 17/12/2010, inexplicavelmente, foi informado com 422 registros.

Assevera que uma vez que os arquivos magnéticos devem refletir rigorosamente a escrituração fiscal, essas alterações foram consideradas indevidas. Trata-se de registros fiscais extemporâneos de inventários de mercadorias e, como tal, não devem ser feitos a esmo, sem a prévia autorização do Fisco Estadual, como estabelece o Art. 319, § 6º, inciso I, alínea a, do RICMS/97-BA, sob pena de cometimento dos ilícitos previstos nos incisos II e III do Art. 1º da Lei nº 8.137/90 (reproduz) que versa sobre crimes contra a ordem tributária.

Afirma que a empresa é Comercial Varejista e, nessa condição, o Roteiro de Auditoria de Estoques é o principal Roteiro de Auditoria a ser executado pela Fiscalização, razão pela qual seus estoques anuais, uma vez informados à Base de Dados da SEFAZ, não devem ser alterados.

Refuta a afirmação defensiva que de não existe impeditivo legal para retificar o inventário, considerando que o prazo regulamentar para escrituração do Livro Registro de Inventários é de 60 (sessenta) dias após encerramento do exercício, conforme estabelece o Art. 330, § 7º, do RICMS/97-BA; conforme o § 6º do art. 686 do RICMS/BA, o contribuinte tem a oportunidade única de enviar o Registro Tipo 74 retificador até 60 dias após a realização do inventário; expirado o prazo regulamentar para escrituração do Livro Registro de Inventários, qualquer alteração no Livro Fiscal será considerada extemporânea, e, como tal, depende de prévia autorização do Fisco Estadual, como estabelece o Art. 319, § 6º, inciso I, alínea a, do RICMS/97-BA.

Diz que, dessa forma, considerou a contagem física dos estoques iniciais e finais informados no Registro Tipo 74, em 03/08/2009, que são os mesmos constantes do Registro Tipo 74 do Arquivo Magnético de dezembro de 2004 (iniciais) transmitido originalmente ao SCAM em 14/01/2005, e do Registro Tipo 74 do Arquivo Magnético de dezembro de 2005 (finais) transmitido originalmente ao SCAM em 14/01/2006, conforme dito acima. O contribuinte, ao atender a Intimação para regularizar as divergências entre os Registros Tipo 50 e Tipo 54, constatadas em seus arquivos magnéticos, as chamadas verdadeiras inconsistências, deveria se limitar apenas a incluir no Registro Tipo 54 os itens das 160 Notas Fiscais de Entradas discriminadas na Listagem Diagnóstico fornecida.

Manipular dados nos inventários iniciais e finais do exercício de 2005, agora, em 21/12/2010, esta em total desacordo com a orientação contida no § 6º do art. 686 do RICMS/BA, isso, no entendimento da fiscalização, à luz dos incisos II e III do Art. 1º da Lei nº 8.137/90, efetivamente, “*não tem nada a ver com inconsistências em arquivos eletrônicos*”, na realidade, “*constitui crime contra ordem tributária*”, Fraude Fiscal.

Afirma que a Infração 1 - 04.05.01 decorreu da execução do Roteiro de Auditoria AUDIF-207 Auditoria de Estoques, para o qual foram cadastrados 7.301 produtos, dos quais foram selecionados efetivamente 568, sendo que todos esses produtos apresentaram omissão de saídas tributáveis, conforme Relatórios, Tabelas e Demonstrativos produzidos pela fiscalização.

Assinala 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;
2. códigos que representam serviços diversos não tributados pelo ICMS, mas que, equivocadamente, tiverem sido informados pelo contribuinte no Registro Tipo 75 dos Arquivos Magnéticos; e,
3. códigos que, na realidade, são de matérias de: uso/consumo, “00000000047690” ou de ativo imobilizado, “999999”.

Declara que em virtude dos Relatórios, Tabelas e Demonstrativos produzidos pela fiscalização possuírem um grande volume de folhas, como demonstrado no Quadro às fls. 24 do presente PAF, 914 folhas, a impressão em papéis dos mesmos, em duas vias, uma para a Autuada e outra para o PAF, conforme prevê §3º do Art. 8º do RPAF/99-BA, demandariam 1.828 (hum mil, oitocentos e vinte e oito) folhas. No entanto, por razões meramente de economia processual, na tentativa de poupar qualquer desperdício na condução do PAF bem como nos atos processuais, de manuseio, tempo e demais despesas, que possam travar o curso do processo, todos os Relatórios, Tabelas e Demonstrativos pertinentes ao Levantamento Fiscal foram entregues à Autuada gravados sob forma de arquivos, em CD anexo ao Relatório da Fiscalização, fls. 24, mediante Recibo Eletrônico com MD5 do *autentication* às fls. 204 deste PAF, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença do preposto do contribuinte (ressalva que consta no corpo do próprio Recibo Eletrônico), podendo o contribuinte abrir os arquivos desejados e imprimir-los, total ou parcialmente, em seu próprio ambiente conforme sua conveniência. Essa conversa de arquivos corrompidos não faz sentido algum.

Sobre suposto benefício fiscal da redução na base de cálculo e a outra sobre a questão dos CFOP,s considerados no Levantamento Fiscal, diz que o Convênio ICMS 65/95 nada tem nada a ver com a matéria em discussão, pois dispõe sobre a inclusão do Estado de Mato Grosso do Sul nas disposições do Convênio ICMS 39/95, de 28.06.95, que autoriza os Estados que menciona a dispensar, parcialmente, o pagamento do ICMS devido sobre o serviço de televisão por assinatura. O convênio ICMS 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, no entanto, garante que diante da norma vigente à época da ocorrência do fato gerador da Infração, concluiu que o lançamento efetuado através do Auto de Infração em questão procedeu-se em consonância com a norma estabelecida no Art. 144 do Código Tributário Nacional (CTN).

Quanto à questão dos CFOP, s 5117 e 6117, “*Venda mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, originada de encomenda para entrega futura*”, bem como dos CFOP’s 5922 e 6922, “*Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura*”, explica que não foram considerados no Levantamento Fiscal e não faz sentido as alegações defensivas.

Mantem integralmente os termos da autuação.

O órgão julgador converte os autos em diligencia (fls. 281/284). Compete ao autuante:

- a) *Pronunciar-se sobre o teor da manifestação defensiva às fls. 281 a 296, e os documentos de fls. 297 a 375.*
- b) *Intimar o contribuinte para que este proceda a todas as retificações que se façam necessárias em seus arquivos SINTEGRA relativos ao exercício fiscalizado, concedendo-lhe o prazo de 30 dias previsto na legislação para estas correções.*
- c) *Intimar o contribuinte para que este entregue o livro Registro de Inventário com os dados de estoque inicial e final de 2005 devidamente escriturados.*
- d) *Verificar se procedem as alegações defensivas relativas ao cômputo de saídas em duplicidade.*
- e) *Caso o contribuinte entregue o seu livro Registro de Inventário e proceda às retificações em seus arquivos magnéticos, confrontar os dados dos arquivos magnéticos com os dados dos seus documentos fiscais, refazendo o levantamento conforme dados corretos e também considerando as quantidades de estoque inicial e final existentes no livro Registro de Inventário do sujeito passivo, caso sejam entregues ao Fisco, e não nos seus registros 74.*
- e) *Imprimir e juntar aos autos, em papel, o levantamento intitulado de Relatório Consolidado das Omissões referente à auditoria de estoques, juntando em mídia este e os demais. Se não houver alteração dos dados do levantamento de estoque realizado, acostar o Relatório referente ao levantamento original ou, ocorrendo modificação, o Relatório atinente ao novo resultado encontrado.*
- f) *Elaborar, caso necessário, novo demonstrativo de debito para a Infração.*
quanto a essas modificações, querendo”.

Em atenção à diligencia (fls. 289/298), o autuante junta cópia de decisão do CONSEF (Acórdão JJF nº 0070-02/11) referente ao Auto de Infração nº 206948.0002/10-8 lavrado contra o autuado. Explica que o referido AI está mencionado corretamente, às fls. 281 do recurso, no entanto, o seu nº correto é 206948.0002/10-8 e não 206948.0006/10-3.

Pontua que na Auditoria de Estoques efetuada no contribuinte a que se refere o Auto de Infração 206948.0006/10-0 (Exercício de 2005) foram cadastrados 7.301 produtos, dos quais foram selecionados efetivamente 568, sendo que todos esses produtos apresentaram omissão de saídas tributáveis, conforme Relatórios, Tabelas e Demonstrativos produzidos pela fiscalização.

Salienta que reuniu todos os relatórios e demonstrativos em arquivos, no CD anexo, mediante Recibo Eletrônico com Mi-5 do authentication, às fls. 204 deste PAF, conforme demonstrado no quadro abaixo:

RELATÓRIOS	Exercício de 2005
Das Omissões de Saídas	fls. 106 a 124
Débitos do ICMS	fls. 125 a 144
Dos Preços Médios	fls. 145 a 173

Diz que o presente PAF trata da mesma infração do PAF 206948.0002/10-8; os argumentos apresentados na Defesa às fls. 210 a 222 foram do estilo “copiou-colou”, ou seja, os mesmos argumentos da Defesa do PAF 206948.0002/10-8, assim como os nossos argumentos da Contestação às fls. 274 a 278 foram semelhantes ao do PAF 206948.0002/10-8, julgado pela 2ª JJF.

Assevera que juntada aos autos do Recurso que não diz respeito ao presente PAF (206948.0006/10-3) PAF-206948.0002/10-8, o pedido de Diligência às fls. 378 a 381 ficou prejudicada, razão pela qual devolve o PAF para apreciação e julgamento.

Esclarecimentos adicionais (fls. 303-304) do preposto fiscal sobre a autuação e o pedido de diligencia, concluindo que a própria Autuada admite ter praticado as alterações de dados nos estoques iniciais e finais do exercício fiscalizado, maquiando tais registros, e o fez conscientemente o que caracteriza má-fé, logro e fraude; que os Livros Registro de Inventários só vieram a ser disponibilizados para o fisco na data de 22/12/2010, conforme Termo de Arrecadação às fls.20, portanto, após trinta e dois dias da ciência da primeira intimação. Nesse período o contribuinte reconstituiu irregularmente a escrituração desses Livros Fiscais, os quais se encontram gravados sob forma de arquivos eletrônicos (planilhas excel) no CD anexo ao Relatório da Fiscalização às fls. 24, fazendo provas apenas em favor do fisco.

Diz que diante de tais esclarecimentos, descabida qualquer diligência no sentido buscar no contribuinte, comprovação de que ele cometeu a infração, intimando-o para apresentação dos livros Registro de Inventários de 31/12/2004 e de 31/12/2005, originalmente por ele elaborados, pois, no direito brasileiro, existe o Privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), garantia constitucional, significa que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a declarar contra si mesmo.

Conversão dos autos em nova diligência (fls. 307/310) para fiscal estranho ao feito.

1- Intimar o contribuinte para que este:

1.1 - apresente demonstrativo cotejando cada nota fiscal relativa a saída efetiva (simples remessa) com a respectiva nota fiscal de faturamento. O demonstrativo deve ser anexado aos autos deste processo e as notas fiscais devem ficar à disposição do Fisco para verificação, caso necessário.

1.2- apresente demonstrativo identificando, em relação aos documentos fiscais elencados no demonstrativo fiscal objeto do presente Auto de Infração, cada operação com mercadoria em situação de isenção; operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e operação com redução de base de cálculo, para o fim de comprovar a sua alegação defensiva a este respeito. O demonstrativo deve ser anexado aos autos deste processo e as notas fiscais devem ficar à disposição do Fisco para verificação, caso necessário.

1.3- apresente ao Fisco o livro Registro de Inventário, em papel, com os dados de estoque inicial e final de 2005 devidamente escriturados.

1.4- proceda a todas as retificações necessárias em seus arquivos SINTEGRA relativos ao exercício fiscalizado, uma vez que o sujeito passivo alega a existência de incorreções nos mesmos. Os livros e documentos fiscais cujos dados forem objeto de tais retificações devem ficar à disposição do Fisco para verificação, caso necessário.

Deve ser concedido ao contribuinte o prazo de 60 dias para o atendimento de tudo o quanto ora solicitado nos itens 1.1 a 1.4.

2 - Quando dessa intimação ao contribuinte deve ser-lhe entregue pelo preposto fiscal, mediante recibo a ser anexado a este processo, cópia da presente Diligência.

3 - Após o atendimento do quanto solicitado ao sujeito passivo:

3.1 - verificar se procedem as alegações defensivas relativas ao cômputo de saídas em duplicidade; às mercadorias em situação de isenção; operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e operação com redução de base de cálculo.

3.2 - caso o contribuinte entregue o seu livro Registro de Inventário e proceda às retificações em seus arquivos magnéticos, confrontar os dados dos arquivos magnéticos com os dados dos seus documentos fiscais, refazendo o levantamento conforme dados corretos e também considerando as quantidades de estoque inicial e final existentes no livro Registro de Inventário do sujeito passivo, caso sejam entregues ao Fisco, e não nos seus registros 74.

3.3 - imprimir e juntar aos autos, em papel, o levantamento intitulado de Relatório Consolidado das Omissões referente à auditoria de estoques, juntando em mídia este e os demais. Se não houver alteração dos dados do levantamento de estoque realizado, acostar o Relatório referente ao levantamento original ou, ocorrendo modificação, o Relatório atinente ao novo resultado encontrado.

3.4 - elaborar, caso necessário, novo demonstrativo de débito para a Infração.

Explica o fiscal que, em cumprimento da diligência solicitada (fls. 314/315), sugere a correção de alguns dados no pedido de Diligência; diz que por orientação da Presidência do CONSEF, em nome da economicidade, já se vem aceitando a entrega desses papéis de trabalho apenas sob forma de arquivos gravados em CD, desde que mediante Recibo Eletrônico com MD5 do *authentication*, o que foi feito pelo Auditor Fiscal Autuante às fls. 204 do presente PAF.

Explica que a empresa pratica a multiplicidade de códigos para um mesmo produto (ver acordo JJF Nº 0004-03/11).

Ressalta que a 3ª JJF, em face das ponderações apresentadas pelo contribuinte (fl. 308), converteu o presente PAF em Diligência a ser realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito que, a pedido do Sr. Inspetor – INFAZ/VAREJO, será, oportunamente, designado por esta Supervisão.

Diante de tais ponderações do contribuinte, diz o Supervisor da INFAZ Varejo que encaminha o presente PAF para conhecimento do Pedido de Diligência e, caso queira, na condição de parte interessada na sustentação do Auto de Infração, apresente suas ponderações também, assim ficando as duas partes devidamente ouvidas.

O mesmo autuante (fls. 316/317) informa que as ponderações da autuada, elencadas às fls. 308, não constituem fatos novos trazidos aos autos e já foram devidamente contestadas.

Manifestação do autuado (fls. 321/322), Argumenta que no julgamento de 1 instância, ocorrido em Julho de 2011, ficou decidido que o processo seria convertido em diligência para apurar as informações prestadas em sustentação oral pelo Contribuinte; após as formalidades de estilo, novo julgamento seria pautado. Nenhum ato ou conclusão referente a aludida diligência chegou ao conhecimento do requerente, sendo que consta da movimentação processual, suposta ciência do interessado dos atos e conclusões da diligência.

Diz que estranhou que, na data constante do relatório de andamento processual (dia 05 de Setembro de 2011), foi recebido informação de julgamento de PAF, contribuinte COMEXIM LTDA, que não guarda qualquer relação consigo, o que pode ter caracterizado erro na intimação ao contribuinte, em relação a qualquer manifestação sobre a diligência.

Requer que sejam atendidas as suas solicitações no sentido de evitar o cerceamento de defesa, por não lhe ter sido franqueado o direito ao contraditório e ampla-defesa; que seja cancelado o Julgamento agendado para o dia 18 de Novembro de 2011; que seja intimado para se manifestar acerca das conclusões da diligência em apreço, sendo-lhe franqueado o conteúdo desta; que somente após eventual manifestação sua, sejam tomadas as providências para a continuidade do procedimento administrativo.

A 3ª JJF converte os autos em nova diligência (fls. 328/331 – volume II) ao fiscal estranho da INFAZ de origem para providenciar o seguinte:

a) deveria ser intimado o contribuinte para:

a.1) apresentar demonstrativo cotejando cada Nota Fiscal relativa a saída efetiva (simples remessa) com a respectiva Nota Fiscal de faturamento. O demonstrativo deveria ser anexado aos autos, e as Notas Fiscais deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;

a.2) apresentar demonstrativo identificando, em relação aos documentos fiscais elencados no demonstrativo fiscal, cada operação isenta, com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e com redução de base de cálculo, a fim de comprovar a sua alegação a esse respeito. O demonstrativo deveria ser anexado aos autos, e as Notas Fiscais deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;

a.3) apresentar ao fisco o Registro de Inventário, em papel, com os dados de estoques inicial e final de 2005 devidamente escriturados;

a.4) proceder a todas as retificações necessárias em seus arquivos Sintegra relativos ao exercício fiscalizado, haja vista a alegação da existência de incorreções. Os livros e documentos fiscais cujos dados fossem objeto de tais retificações deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;

b) deveria ser concedido ao contribuinte o prazo de 60 dias para o atendimento de tudo quanto estava sendo solicitado;

c) na intimação do contribuinte deveria ser-lhe entregue cópia do despacho da diligência;

d) após o atendimento da intimação pelo sujeito passivo, deveria o fiscal revisor:

d.1) verificar se procedem as alegações defensivas relativas ao cômputo de saídas em duplicidade, às mercadorias em situação de isenção, às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e às operações com redução de base de cálculo;

d.2) caso o contribuinte entregasse o seu Registro de Inventário e fizesse as retificações em seus arquivos magnéticos, deveriam ser confrontados os dados dos arquivos magnéticos com os dados dos documentos fiscais, refazendo-se o levantamento conforme os dados corretos e também considerando as quantidades dos estoques inicial e final existentes no Registro de Inventário, caso fossem entregues, e não nos registros tipo 74;

d.3) imprimir e juntar aos autos, em papel, o levantamento intitulado Relatório Consolidado das Omissões referente à auditoria de estoques, juntando em mídia este e os demais. Se não houvesse alteração dos dados do levantamento de estoque realizado, deveria ser acostado o Relatório referente ao levantamento original ou, ocorrendo modificação, o Relatório atinente ao novo resultado encontrado;

d.4) elaborar, caso necessário, novo demonstrativo do débito.

O Sr. Supervisor João Carlos Tavares e Silva interveio nos autos, conforme instrumento à fl. 314, dizendo que seria designado auditor fiscal estranho ao feito para cumprir a diligência. Como tinha havido renumeração de folhas do processo, assinalou esse fato. Chamou a atenção para outros Autos, cujos números indica.

Em seguida, à fl. 315, aquela autoridade encaminhou o processo ao fiscal autuante, para que este, caso quisesse, na condição de parte interessada na sustentação do Auto, apresentasse suas ponderações também, em face das que foram sustentadas pela defesa, a fim de que as duas partes ficassem devidamente ouvidas.

O fiscal autuante manifestou-se expondo suas considerações no instrumento às fis. 316-317.

Depois disso, o processo retomou ao CONSEF.

A diligência, portanto, não foi cumprida.

Solicitações

Primeira: solicita-se que seja designado fiscal estranho ao feito para cumprir a diligência deliberada nos termos das fis. 307 a 310.

Segunda: uma vez atendidas as providências do tópico anterior pelo fiscal revisor, deverão ser fornecidas ao contribuinte, mediante recibo:

a) cópia do presente despacho

b) cópia da informação prestada pelo fiscal estranho ao feito em atendimento à presente diligência, bem como cópia dos elementos que a ela sejam acostados

c) cópia das peças às fis. 274/278, 289/298 e 304/305.

Na intimação do sujeito passivo deverá ser declarado de forma expressa que fica reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Terceira: Dê-se vista dos autos, ao final, ao fiscal autuante.”

Manifesta-se o contribuinte sobre essa diligencia (fls. 349/352 – volume II).

Diz que em relação às operações fiscais com Código Fiscal de Operações — CFOP's 5922/6922 (simples faturamento) e sua respectiva saída com CFOP's 5117/6117 (saída efetiva), que bastaria o Auditor Fiscal designado considerar também da mesma forma invertida, o CFOP 5922/6922 como efetiva saída e 5117/6117 como simples faturamento. O resultado será severamente reduzido, espelhando, a realidade contábil e suas diferenças, oriundas de simples erros de procedimento ou de operação, comuns na atividade comercial em que peleja.

Assinala que junta planilha (Anexo II) onde demonstra as Notas Fiscais cuja emissão com CFOP 5922/6922 referem-se a Notas Fiscais emitidas no exercício anterior (com CFOP 5117/6117), e cuja diferença importa em R\$ 524.430,47, que deverão desaparecer do levantamento inicial.

Quanto ao item 2, diz que juntou demonstrativo, em conformidade com o alegado na inicial, conforme exigido na presente Diligência Fiscal, no que tange às mercadorias com redução da base de cálculo do imposto (Anexo III); juntou ainda os Livros Registro de Inventário de 31/12/2004 e 31/12/2005, saldos inicial e final do exercício de 2005 (Anexos IV e V), além dos recibos de transmissão dos arquivos SINTEGRA referentes ao exercício de 2005 retificados, Anexo VI.

Concluiu, sugerindo que seja gerado novo Relatório Consolidado das Omissões, considerando os CFOP's 5922/6922 (simples faturamento) “*movendo*” estoques, desconsiderando os CFOP's 5117/6117 no cômputo do referido levantamento, de que trata os Anexos I e II; que sejam abatidos da Base de Cálculo do valor remanescente no novo demonstrativo de movimentação do estoque do exercício de 2005, se assim ocorrer, as mercadorias com Base de Calculo Reduzida do Imposto, de que trata o Anexo III; que sejam consideradas todas as retificações em seus arquivos SINTEGRA relativos ao exercício fiscalizado e acatados os saldos iniciais constantes dos Livros de

Registro de Inventários, de 31/12/2004 e 31/12/2005, em papéis, que cumprem todos os requisitos e formalidades previstos na legislação de regência.

Auditor Fiscal diligente pronuncia-se (fls. 481/484). Repete argumentos já aduzidos pelo próprio Auditor Fiscal autuante. Diz que, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, por força do art. 39, § 2º, do RPAF, Decreto nº 7.629/99 e do art. 144 do CTN, o art. 13, Parágrafo Único, do RICMS/97-BA, vigente à época da ocorrência do fato gerador, não permitia a adoção do benefício em casos de omissões de saídas tributadas, ou seja, em virtude do contribuinte ter reconhecidamente promovido operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, desconsiderou a redução na base de cálculo, consoante o Art. 144 do CTN.

Di que não há como atender ao pleito da redução por se tratar do exercício de 2005, sendo que, nesse caso, a intimação para apresentar as Notas Fiscais, foi feita meramente para atender à solicitação da Diligência Fiscal. Qualquer Nota Fiscal que viesse a ser apresentada não teria serventia alguma para análise da fiscalização e, pelos motivos expostos anteriormente, a anexação aos Autos desses Documentos Fiscais só serviriam para “engordar” o PAF.

Sobre os Livros de Registro de Inventários, de 31/12/2004 e 31/12/2005, em papéis, diz que deveriam ser apresentados os mesmos Livros Registros de Inventários, disponibilizados para a fiscalização original anulada. Explica que os Livros Fiscais devem estar devidamente revestidos com as formalidades legais capazes de assegurar sua exatidão, ou seja, encadernados, com Termos de Abertura e de Encerramento assinados pelo Contabilista responsável pela escrita fiscal-contábil da empresa, bem como pelo sócio da empresa e, ainda, como prevê o Art. 317, inciso V e Parágrafo Único do RICMS/97-BA, com o visto da Junta Comercial do Estado da Bahia ou dos Auditores Fiscais que efetuaram a fiscalização original.

Os livros apresentados, na realidade, pertencem aos arquivos do contribuinte, não devem ser anexados ao PAF; se tivessem sido apresentados para exame da fiscalização, teriam sido xerografados e autenticados na repartição fazendária que promoveria com isso a imprescindível autenticidade dos documentos. Nada disso aconteceu, pois os Livros intimados efetivamente não foram apresentados.

Quanto os recibos de transmissões dos Arquivos Magnéticos Retificadores referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2005, diz que todos datados de 20 de março de 2012, o último dia para atendimento da intimação. Entretanto, os livros e documentos fiscais, cujos dados foram objeto das retificações efetuadas, que deveriam ficar necessariamente à disposição do Fisco para verificação, como consta da solicitação da Diligência Fiscal e da intimação de 20 de janeiro de 2012, não foram apresentados.

Conclui que os itens da Intimação da Fiscalização não foram atendidos, apesar do prazo dado de sessenta dias. Mantém a acusação fiscal de que trata o PAF 206948.0006/10-3.

O Auditor Fiscal autuante (fls. 487/488) manifesta-se, concordando com o Parecer do diligente.

O Supervisor encaminha o PAF para CCRED/PAF (fl. 489).

Nova manifestação do contribuinte (fls. 492/502 – volume II), diz que, segundo determinação do CONSEF, deveria apresentar e disponibilizar: “1- *“Demonstrativo cotejando cada nota fiscal relativa a saída efetiva (simples remessa) com a respectiva nota fiscal de faturamento. O demonstrativo será anexado aos autos do referido PAF e as notas fiscais ficarão a disposição do Fisco para verificação; e,”*”.

Fez constar no Anexo I, apenso, as operações fiscais com Código Fiscal de Operações – CFOP’s 5922/6922 (simples faturamento) e sua respectiva operação com CFOP’s 5117/6117 (saída efetiva).

Registra que o Anexo II, traz as operações que foram iniciadas em 2004 e finalizadas em 2005, afetando o levantamento fiscal já que a ordem invertida dos CFOP distorceu a auditoria do exercício de 2005 e, portanto, se fez indispensável a correção retroativa, considerando os lançamentos daquele exercício.

Afirma que conforme fora definido pelo próprio CONSEF “*o demonstrativo será anexado aos autos do referido PAF e as notas fiscais ficarão a disposição do Fisco para verificação*”. Foi cumprida a deliberação de apresentação do Demonstrativo, sendo que se o auditor julgou desnecessário checar no local as Notas Fiscais e os demais documentos de escrituração. O Auditor diligente alegou: “*As Notas Fiscais que deveriam ficar a disposição do fisco para verificação não foram apresentadas.*”

Explica que o CONSEF requereu apenas a produção e apresentação do demonstrativo. A documentação comprobatória encontra-se na sede da empresa à disposição do fisco. Afirma que não procede ao auditor diligente alegar que não houve a produção da prova se logrando da sua própria comodidade ao não realizar a visita ao estabelecimento, providência meramente acautelatória de cunho discricionário para ele, em consonância com o que fora requerido.

Lembra que a diferença que resultou a autuação foi causada pela inversão de CFOP identificada no cômputo do levantamento quantitativo de estoques. O CFOP 5922/6922 - de simples faturamento - não “move” estoque e sim sua efetiva saída, com o CFOP 5117/6117. Entretanto, houve um erro este contribuinte errou ao inverter esse procedimento. Bastava que o Auditor Fiscal designado a efetuar a Revisão considerasse da mesma forma invertida, o CFOP 5922/6922 como efetiva saída e 5117/6117 como simples faturamento. O resultado será severamente reduzido, espelhando a realidade contábil e suas diferenças, oriundas de simples erros de procedimento ou de operação, comuns na sua atividade comercial.

Sustenta que disponibilizou demonstrativo em conformidade com o alegado na inicial, conforme exigido na presente Diligência Fiscal, no que tange às mercadorias isentas do ICMS, às sujeitas ao regime de substituição tributária e às com redução da base de cálculo do imposto, anexo III.

Afirma que foi mais um item da diligência cumprido, salientando que muito embora o CONSEF houvesse por bem incluir eventuais operações com isenção e substituição tributária, os casos abordados na defesa dizem somente respeito a operações com redução de base de cálculo. Por essa razão, nas operações em que fossem mantidas as omissões apuradas dever-se-ia ajustar a base de cálculo de considerando o benefício fiscal de acordo com a tributação reservada a comercialização da mercadoria.

Aduz que se equivoca o Auditor Fiscal, ao concluir que o Impugnante comete algum tipo de confissão tácita em relação à apuração originalmente procedida pela fiscalização, ora contestada.

Assevera que ao admitir que possa ainda restar alguma omissão de saída ou entrada em relação às mercadorias cuja comprovação seja confirmada com base no correto levantamento de estoque, considerando correto saldo inicial e final de inventário (apresentado nos Livros anexados e no SINTEGRA retificado); é consistente requerer que em relação a estes itens deve a fiscalização considerar a base de cálculo reduzida com fulcro na legislação de regência.

Diz que o auditor apresenta uma alegação estapafúrdia ao demonstrar a formulação contábil utilizada no levantamento de estoque e arrematar que a redução de base de cálculo nada influi.

Explica que a redução incide sob a base tributável de cada item e que é “*verdadeira pérola*” fiscal o discurso do preposto do Fisco acerca da inaplicabilidade do benefício da redução da base de cálculo, no caso concreto. O texto revogado dizia respeito a mercadorias capturadas em trânsito desacompanhadas dos respectivos documentos fiscais.

Reclama a posição do diligente que diz não caber a redução mencionada por força do art. 13, RICMS 07. No caso em concreto, diz que foi justamente o registro fiscal da mercadoria que denunciou a suposta omissão de saída através de informação fornecida através do SINTEGRA em cumprimento estrito de obrigação acessória de escriturar e informar. Não há como enquadrar o roteiro de auditoria que resultou no lançamento efetuado neste tipo do parágrafo único revogado.

Debata que o dispositivo apontado pelo fiscal diligente é totalmente estranho à hipótese em estudo; o decreto regulamentador de per si, jamais poderia promover qualquer tipo de restrição à

legislação concessiva de benefício fiscal, razão pela qual a própria Administração optou pela revogação do dispositivo.

Argui que lhe causa espécie o Auditor Diligente se arvorar na qualidade de jurista e julgador, elaborando teses mirabolantes para, ao final, emitir sua opinião, no sentido de inutilizar o mister ao qual foi incumbido pelo órgão julgador, formado exclusivamente por seus pares e que tem procurado primar pela excelência na busca da verdade material.

Quanto ao item 3, disse que segundo determinação do CONSEF deveria o contribuinte apresentar e disponibilizar: *“1-apresentação ao Fisco do Livro Registro de Inventário, em papel, com os dados de estoque inicial e final de 2005 devidamente escriturados;”*.

Queixa-se da posição fiscal com relação aos aludidos Livros Fiscais, que os desclassificou sem apresentar qualquer justificativa plausível: *“pertencem aos arquivos do contribuinte, não devem ser anexados ao PAF”* Diz que o mesmo jamais se dirigiu até o seu estabelecimento para confirmar a autenticidade de documentos, esclarecer dúvidas, enfim, realizar qualquer das atividades inerentes a uma solicitação de procedimento de diligência. Optou pelo menor esforço; usurpou a atividade do julgador ao apenas criticar a distância os documentos apresentados e tecer supostos comentários jurídicos dispensáveis e que não foram solicitados pela JJF.

Concluiu que o auditor fiscal diligente não se desincumbiu da sua atribuição, e realizou um verdadeiro julgamento de mérito cerceando o direito a produção da nova prova arguida pela defesa e acatada pelo CONSEF. Acusa o recebimento dos dados de ajustes procedidos no SINTEGRA, e simplesmente alega que não os examinou, ignorando solenemente a determinação do órgão julgador.

Registra que um dos requisitos para que se alcance uma decisão legítima e que venha a refletir a verdade material e jurídica envolvidas nos fatos analisados, é o da imparcialidade do julgador em relação à matéria tratada e quanto às provas apresentadas. No entanto, pelas considerações expendidas, tudo leva a crer que o funcionário possui interesse pessoal, ou no mínimo um entendimento firmado e preconcebido acerca matéria e do sujeito passivo, objeto do seu trabalho, que o impede de funcionar como perito no feito.

Emite opiniões fundamentadas acerca de documentos, discute as tarefas objetivas determinadas por um superior hierárquico. Sublinha que o auditor diligente já funcionou como autuante, em outros processos contra essa mesma Sociedade e com iguais fundamentos.

Pede que a diligência seja renovada e refeita, desta vez, designando-se sua realização por um auditor exclusivo da ASTEC, sob a pena de cerceamento de defesa e nulidade do processo administrativo fiscal, uma vez que o atual diligente negou-se solenemente a cumprir a determinação do CONSEF e não executou a diligência que lhe fora atribuída.

Diz que aguarda o cumprimento de nova determinação do CONSEF para posterior manifestação.

Nova informação do diligente (fls. 515/519). Repete os argumentos já expostos nos autos para concluir que o autuado não apresentou documentos solicitados, não comprova suas alegações e mantém o Auto de Infração.

Completa a informação (fls. 521/522) que a Auditoria foi efetuada com base nos arquivos eletrônicos previstos no Convênio ICMS 57/95, os quais devem espelhar a escrituração fiscal (Livros e Documentos Fiscais) do sujeito passivo e não é aceitável que quaisquer Registros sejam alimentados de modo defeituoso.

Pontua que se a autuada hoje alega em suas Razões de Defesa imperfeições em seus próprios arquivos magnéticos, cabe a ela trazer aos autos as provas de suas alegações. Diz que há clara inversão do ônus da prova, pois, os papéis que provam as alegações da autuada estão nas mãos dela mesma e não de posse do Fisco.

Afirma que o Auditor Fiscal, quando da execução de Auditoria do tipo Virtual, não pega em

papéis, já que os arquivos eletrônicos do SINTEGRA devem espelhar os dados que estão nos Livros e nas Notas Fiscais. O Auditor trabalha com o espelho das imagens dos Livros e Documentos Fiscais. Cabe ao autuado anexar aos autos os documentos fiscais que comprovem suas alegações.

A empresa autuada atravessa requerimento (fls. 526/533), aduzindo que não concorda que houve vício formal no PAF nº 170623.0051/06-4, que fora julgado Nulo, na forma do inciso II, art. 173, do CTN. Diz que não houve vício de forma, a causa da nulidade foi a perda dos arquivos magnéticos, o que impossibilitou a correta identificação da base de cálculo, identifica a matéria de fato, frustrada pela falta de comprovação. Reclama que o CONSEF preferiu expedir juízo de valor quanto aos documentos apresentados pelo contribuinte, quando na verdade deveria se restringir à análise consubstanciada na solicitação de diligência pelo CONSEF.

Pontua que, em seguida, o diligente elaborou teses mirabolantes para emitir opinião de inutilidade para os autos, sendo que o mesmo tem que procurar pela busca da verdade material.

Repete que o Auditor autuante já possui, no mínimo, entendimento firmado e preconcebido acerca da matéria, o que o impede de imparcialmente funcionar como perito no feito.

A fiscalização não considerou as mercadorias com redução de base de cálculo no processo de liquidação da obrigação tributária, o que torna imperioso os referidos ajustes a fim de que a autuação possa adequar-se à legislação de regência.

Quanto às notas fiscais das operações sujeitas a esta fiscalização, foram apresentadas no Auto de Infração nº 170623.0051/06-4 decretado nulo por perda de documentos e arquivos magnéticos.

Requer que seja declarada a extinção da obrigação tributária, por decurso do prazo decadencial e, caso ultrapassada, que seja determinada nova diligência.

Em nova manifestação (fls. 529/533), o contribuinte formaliza entendimento sobre a decadência no Auto de Infração, sob o juízo de não ter havido vício de forma no Auto de Infração nº 170623.0051/06-4, nos termos do art. 173, CTN. Discorre sobre o mesmo.

Aduz que o ato do lançamento fiscal frustrou-se por vício quanto ao motivo (a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato não foi comprovada no curso do procedimento) o que leva a conclusão pela Nulidade do presente A.I. nº 206948.006/10-3 o que no processo administrativo daria azo à realização de novo lançamento em atenção ao princípio da verdade material a prevalecer sobre a forma processual. Porém, com o respeito a segurança jurídica corolário da extinção dos direitos por decurso do prazo Tempus regit actum.

Sustenta que o direito de a Fazenda Estadual Constituir a Obrigação Tributária foi extinto, conforme redação do *caput* do artigo 173 do CTN, porquanto já transcorreu o prazo de 05 anos, previsto no referido dispositivo legal.

Diante do exposto, requer que sejam acatados os presentes argumentos, decretando-se, com espeque no artigo 156, inciso V do CTN, a extinção da Obrigação Tributária, e a inevitável nulidade do A.I. Nº 206948.006/10-3, em consequência da decadência que se operou, nos termos do artigo 173 do CTN.

Nova solicitação da diligência pela 3ª JJF (fls. 539/542 – volume II), agora dirigida a ASTEC.

justificação da diligência

Este processo já foi objeto de 5 diligências. Já foi pautado para julgamento 3 vezes. Na última vez, na sessão de julgamento do dia 3.9.12, o julgamento foi adiado para a sessão do dia 5.

Na sessão de julgamento, o representante da empresa reclamou que o fiscal diligente, além de não cumprir a diligência, emitiu opiniões e juízos de valor sobre pontos que não faziam parte da diligência. Questionou que foram apresentados os demonstrativos que foram solicitados, mas a fiscalização não conferiu alegando que os documentos não foram apresentados, porém a empresa não foi solicitada para apresentá-los. Alegou que a empresa incorreu em erro na indicação dos CFOPs, invertendo a natureza das operações (“saídas efetivas” e “faturamento”), mas, afóra os números dos CFOPs, os documentos estão corretos. Alega que

não foi observada a redução de base de cálculo.

Em face de tais questões, decidiu-se retirar o processo de pauta mais uma vez, para nova diligência, tendo em vista que as diligências anteriores não foram cumpridas na forma solicitada pelo órgão julgador, apesar de nas duas últimas diligências ter sido solicitada a intervenção de fiscal estranho ao feito.

A nova diligência foi cumprida pela auditora fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos, lotada na ASTEC, mas que à época, na qualidade de suplente, participava de julgamentos das Juntas, inclusive da junta que determinou a diligência em apreço. Esse incidente torna prejudicado o resultado daquela diligência. Em face disso, esta 1ª Junta solicita que seja renovada a diligência às fls. 539/542, por outro auditor da ASTEC.

Objeto da diligência

Na diligência às fls. 328/331, reiterando-se os mesmos termos de diligência anterior (fls. 307/310), foi solicitado que fossem adotadas as seguintes providências por fiscal estranho ao feito:

a) deveria ser intimado o contribuinte para:

- a.1) apresentar demonstrativo cotejando cada Nota Fiscal relativa a saída efetiva (simples remessa) com a respectiva Nota Fiscal de faturamento. O demonstrativo deveria ser anexado aos autos, e as Notas Fiscais deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;*
- a.2) apresentar demonstrativo identificando, em relação aos documentos fiscais elencados no demonstrativo fiscal, cada operação isenta, com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e com redução de base de cálculo, a fim de comprovar a sua alegação a esse respeito. O demonstrativo deveria ser anexado aos autos, e as Notas Fiscais deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;*
- a.3) apresentar ao fisco o Registro de Inventário, em papel, com os dados de estoques inicial e final de 2005 devidamente escriturados;*
- a.4) proceder a todas as retificações necessárias em seus arquivos Sintegra relativos ao exercício fiscalizado, haja vista a alegação da existência de incorreções. Os livros e documentos fiscais cujos dados fossem objeto de tais retificações deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;*

b) deveria ser concedido ao contribuinte o prazo de 60 dias para o atendimento de tudo quanto estava sendo solicitado;

c) na intimação do contribuinte deveria ser-lhe entregue cópia do despacho da diligência.

O fiscal designado para cumprir a diligência emitiu a intimação constante à fl. 336, à qual juntou as peças às fls. 337/347.

O contribuinte dirigiu-se à fiscalização expondo considerações acerca dos elementos solicitados na intimação (fls. 349/352) e juntou documentos (fls. 353/479).

O fiscal revisor prestou informação (fls. 481/484) falando do conteúdo de cada anexo apresentado pelo contribuinte, porém declarou que não fez a conferência dos demonstrativos apresentados pelo contribuinte porque o autuado não apresentou os livros e documentos.

Solicitação

Tendo em vista que o contribuinte, atendendo à diligência, apresentou os demonstrativos e demais elementos indicados na intimação, solicita-se que essa Assessoria designe fiscal estranho ao feito a fim de proceder às verificações solicitadas nas aludidas diligências (fls. 328/331 e fls. 307/310). Para isso, em face dos elementos constantes nos anexos I, II, III, IV, V e VI apresentados pelo contribuinte, deverá ser intimado o contribuinte a apresentar os documentos pertinentes, por amostragem ou em sua totalidade, a critério do auditor designado para cumprir a diligência. Também a seu critério, a verificação poderá ser feita “in loco”. Em função dos elementos apresentados pelo contribuinte, os aspectos básicos a serem considerados são os seguintes:

- 1. O autuado alega que a diferença verificada foi causada pela inversão dos CFOPs indicados nas Notas Fiscais – CFOPs 5922 e 6922 de simples faturamento e CFOPs 5117 e 6117 de efetivas saídas. Alega que a empresa errou ao inverter os referidos CFOPs, e pleiteia que o fiscal revisor considere de forma invertida os CFOPs 5922 e 6922 como relativos à efetiva saída e os CFOPs 5117 e 6117 como relativos a simples faturamento.*

Solicita-se que seja feita a verificação dos documentos, em função das datas de emissão e de saídas e os dados de faturamento e dos transportadores, de modo a saber se de fato houve apenas erro quanto aos CFOPs. Em caso positivo, deverá ser feita a revisão do lançamento fazendo-se a inversão conforme pede o contribuinte, devendo-se, contudo, verificar se a alegada inversão ocorreu em todos os documentos

relativos a vendas para entrega futura, ou apenas em parte.

2. *O contribuinte alega que não foi observada a redução de base de cálculo prevista no art. 77, incisos I e II, do RICMS.*

Solicita-se que seja verificado se no levantamento fiscal foram incluídos máquinas, aparelhos ou equipamentos relacionados nos anexos I e II do Convênio ICMS 52/91, e, em caso positivo, se as operações atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do citado art. 77. Havendo no levantamento bens contemplados com o referido benefício, deverão ser feitos os cálculos do imposto levando em conta os critérios fixados pelo supracitado dispositivo regulamentar.

3. *Quanto aos arquivos magnéticos, o contribuinte foi intimado, na forma determinada nas aludidas diligências, no sentido de que procedesse a todas as retificações necessárias em seus arquivos Sintegra relativos ao exercício fiscalizado, haja vista a alegação da existência de incorreções. Os livros e documentos fiscais cujos dados fossem objeto de tais retificações deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário.*

Solicita-se que sejam verificadas as retificações feitas nos arquivos magnéticos em confronto com os dados dos documentos fiscais, refazendo-se o levantamento conforme os dados corretos.

4. *Estão em discussão também os estoques inicial e final.*

Solicita-se que sejam levados em conta os dados escriturados no Registro de Inventário (livro físico), e não nos registros tipo 74. O contribuinte deverá ser intimado para apresentar o livro Registro de Inventário da época. Não se admitem alterações dos dados do registro. A autenticidade dos livros será determinada em função dos critérios fixados no art. 317 do RICMS, na redação vigente à época, haja vista as alterações introduzidas no texto regulamentar.

5. *Solicita-se que ao final, havendo alterações de valores, seja elaborado novo demonstrativo do débito.*

Obs.: *conforme foi requerido na sustentação oral, as intimações deverão ser efetuadas ao advogado do autuado, no endereço indicado nos autos.*

Manifesta-se o autuado sobre a nova solicitação de diligência (fls. 545/547), aduzindo que a iniciativa em aprofundar a análise dos fatos, requerendo a apresentação de documentação complementar está de acordo com o princípio da busca pela verdade material.

Assinala que ao estipular prazo de exíguos 05 (cinco) dias e incompatível com a demanda, que não é a de simples apresentação de documentos; tratando-se de elaboração de planilhas analíticas sofisticadas e que envolvem a tabulação de grande quantidade de informações; acusa a fiscalização de incorrer no mais injusto dos arbítrios: o do cerceamento do direito de defesa; mais ainda, é delegar uma tarefa de instruir a autuação a ser realizada pelo próprio auditor autuante, limitando artificialmente a defesa do contribuinte de forma dissimulada e ardilosa.

Requer a adequação do prazo para o atendimento da intimação, concedendo ao contribuinte um prazo total de 30 dias, compatível com a extensão e complexidade da demanda e em consonância com o estabelecido no RPAF-BA.

Em nova petição (fls. 552/557), alega a decadência, nos termos dos artigos 150 e 173, do CTN. Precedente no Acórdão da 1ª JF nº 0145-01/10; pede a nulidade dos autos por vício da forma.

A Assessoria Técnica do CONSEF-ASTEC exara Parecer nº 0018/2013 (fls. 596/599 – volume II), nos seguintes termos:

2 – DO PROCEDIMENTO DA AUTUADA

Inicialmente informo ao relator que foram apensados ao processo, manifestações do autuado, fls.544/557, quando o PAF se encontrava nesta ASTEC, antes da realização da diligência.

O ilícito tributário constatado em ação fiscal refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas em levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2005. Devidamente intimada, fl. 600, empresa solicita prorrogação do prazo por 30 (trinta) dias, fls.545/547 sob a alegação de que prazo menor seria cerceamento de seu direito de defesa. O § 3º do art. 149 do RPAF/BA, determina prazo de 30 (trinta) dias para cumprimento da diligência ou perícia pelo auditor fiscal designado, logo inexistente na lei, o prazo requerido pelo autuado para fazer a prova que em sua defesa dizia existir. No entanto, em busca da verdade material, princípio basilar deste CONSEF, o pleito do contribuinte foi atendido.

Na data agendada, 03/12/2012, o preposto do contribuinte compareceu à sala da ASTEC/CONSEF, porém não apresentou os livros e documentos solicitados, sob a alegação de que havia dado entrada nos demonstrativos através do protocolo geral do CONSEF.

Agendamos nova data, conforme intimação fl.601. No dia 05/12/2012, finalmente, em reunião com a preposta da empresa, responsável pelo setor fiscal, senhora Cássia T. Ferreira, os trabalhos da diligência foram cumpridos.

3 - DA DILIGÊNCIA FISCAL:

a) - Relativamente à alegação de inversão de CFOP – Código Fiscal das Operações.

O contribuinte esclarece que em sua atividade realiza “Vendas para Entrega Futura”. Alega que por erro, quando da emissão de notas fiscais de Saídas referentes a estas operações, na ocasião do faturamento emitia o documento fiscal com CFOP 5117/6117 – Vendas de mercadorias para entrega futura. No momento da efetiva saída da mercadoria, a nota era emitida com CFOP 5922/6922 – Remessa de Mercadoria de Entrega Futura. Afirma que essas remessas se davam pela totalidade anteriormente vendida, como também de forma parcelada. Diz que só percebeu o equívoco relacionado aos CFOPs, quando foi fiscalizado e através do levantamento quantitativo de estoques se constatou diferenças, resultando em omissão de saídas para diversos produtos. Alega que um dos motivos para tais omissões seria o procedimento equivocando adotado pela empresa no momento da emissão dos documentos fiscais, quando da realização de vendas para entrega futura.

Da análise dos documentos apresentados e comparando com o relatório “Levantamento Quantitativo das Saídas através de Notas Fiscais”, constante do CD – mídia eletrônica fl. 24, vejo que o Autuante não considerou em seu levantamento quaisquer dos CFOPs citados. Consta também à fl.67 deste PAF, demonstrativo com os CFOPs considerados no trabalho de fiscalização, em que não se observa os códigos das operações (5117/6117 ou 5922/6922), aludidos pelo autuado.

Não resta dúvida que nas operações de “Vendas para Entrega Futura”, quando se realiza a entrega da mercadoria ao cliente, ocorre movimentação física dos estoques. A título de exemplo, o produto código 1234 (registro gaveta bronze BSP3), cópia fls. 606/609. O autuado emitiu no momento do faturamento a nota fiscal nº165571 e registrou CFOP-5117 (Vendas de mercadorias para entrega futura), pela venda de 02 unidades no dia 28.02.2005. Na mesma data, foi emitida a nota fiscal nº 165576 registrando a saída de 02 unidades deste produto, consignando neste documento o CFOP 5922 (Remessa de mercadoria de entrega futura). Da análise desta nota fiscal, vejo que no corpo da mesma é feita referencia expressa que se trata de nota fiscal de simples remessa referente a nota fiscal de entrega futura de nº 165571. Verifico também, que ambas estão devidamente escrituradas no livro Registro de Saídas do contribuinte. Podemos observar estas ocorrências para outros produtos: códigos 1482, 1273, 0036, 1218, cujas cópias de notas fiscais, a título exemplificativo, anexo às fls.610/635.

Esta situação ocorreu para diversos produtos conforme evidenciado no demonstrativo fls.700/707 assinalados no campo “Observações”. Com o lançamento das quantidades referentes as notas fiscais que registram o evento acima descrito, algumas omissões foram zeradas e outras reduzidas conforme demonstrativo acima citado.

b) Omissões de mercadorias que gozam de benefício da redução de base de cálculo.

Da análise dos documentos fiscais apresentados, verifico que o autuado comercializa mercadorias relacionadas fls.637/639, que nos termos da legislação vigente à época dos fatos geradores, gozavam do benefício da redução da base de cálculo, conforme incisos I e II do RICMS/BA e Convênio ICMS 52/91, ou seja, estavam submetidos a uma carga tributária correspondente a 8,80% e 5,60%, respectivamente. Entretanto, nos termos do § único do art. 13 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, (31.12.2005), é entendimento desta Assessoria Técnica/ASTEC, salvo melhor juízo, que a hipótese de redução na base de cálculo pleiteada pela autuada não é admitida, em face da presunção legal de omissão de saídas apurada neste processo. Também comunga desse entendimento a GECOT/DITRI conforme consulta fls.603/605.

Informo, portanto, que sobre esta matéria não foi realizado qualquer ajuste.

c) Verificar as retificações feitas nos arquivos magnéticos.

A respeito desta solicitação, entendo contribuir para melhor entendimento da questão em análise, esclarecimentos sobre os “Procedimentos Relativos ao Início da Ação Fiscal”, feitos pelo Autuante, fls.22/23, que solicitou ao autuado reparo nos arquivos magnéticos devido a detecção de inconsistências, e deste documento, reproduzo o seguinte parágrafo: “... os Arquivos Magnéticos Retificadores foram transmitidos para o SCAM em 17/12/2010 e, no dia seguinte, 18/12/2010, encontravam-se a disposição da fiscalização. Requisitados e analisados, constatamos que as inconsistências apontadas foram então eliminadas, no entanto, o contribuinte, no bojo das retificações dos arquivos aproveitou e incluiu nos novos

arquivos retificadores uma série de alterações de dados no Registro Tipo 74 relativo aos estoques de mercadorias dos períodos de 31/12/2004 e de 31/12/2005 que refletem os inventários inicial e final do exercício fiscalizado, que não foi objeto da referida Listagem Diagnóstica, envolvendo 513 códigos de produtos, conforme ANEXO 02 do presente Relatório da Fiscalização. Este anexo encontra-se integralmente gravado no CD anexo.

Além dessas alterações, o contribuinte acrescentou nos arquivos retificadores relativos aos estoques de 31/12/2004 e 31/12/2005 outros 116 códigos de produtos que não haviam sido informados originalmente, conforme discriminado no ANEXO 03 do presente Relatório da Fiscalização, integralmente gravado no CD retro mencionado. Por tudo o que foi dito, a fiscalização considerou a contagem física dos estoques iniciais e finais informados no Registro Tipo 74, em 03/08/2009, que são os mesmos constantes do Registro Tipo 74 do Arquivo Magnético de dezembro de 2004 (iniciais) transmitido originalmente ao SCAM em 14/01/2005, e do Registro Tipo 74 do Arquivo Magnético de dezembro de 2005 (finais) transmitido originalmente ao SCAM em 14/01/2006, conforme dito acima”.

Resta claro, portanto, que o levantamento quantitativo de estoques que resultou neste PAF, não foi realizado tomando por base o Registro de Inventário – livro físico e sim os registros 74 do Arquivo Magnético, encaminhados em janeiro de 2005 e janeiro de 2006, sem as retificações posteriores levadas a efeito pelo autuado, conforme acima descrito pelo Auditor Fiscal.

Solicitou-se na diligência que fosse verificado se as retificações feitas nos arquivos magnéticos pelo contribuinte estavam em consonância com os dados dos documentos fiscais, refazendo-se o levantamento com os dados corretos. Informo que o atendimento a esta solicitação requer a realização do Roteiro de Auditoria – AUDIF-249 (Auditoria das Informações de Arquivos Eletrônicos). Para tanto, se faz necessário uma Ordem de Serviço, o que caracteriza um trabalho típico da Fiscalização e que foge da competência desta Assessoria Técnica do CONSEF/ASTEC, que não possui acesso aos Arquivos Magnéticos dos Contribuintes.

Reitero que o trabalho de diligência ora realizado, consistiu na comparação dos dados do levantamento fiscal que originalmente dão suporte ao Auto de Infração, com os livros Registro de Inventário, Registro de Entradas e Saídas e as notas fiscais apresentadas pelo autuado.

d) Sobre o livro Registro de Inventário.

O senhor Relator solicita a verificação da autenticidade do livro Registro de Inventário (livro físico) devido a divergências alegadas pelo contribuinte a respeito dos estoques inicial e final registrados no levantamento fiscal.

Conforme pode se verificar fls.68/99, o Autuante tomou como base para a realização do procedimento fiscal, o Registro Tipo 74 dos Arquivos Magnéticos encaminhados pelo sujeito passivo. Consta ainda do processo, fls.35/50, relatório descrevendo códigos de produtos que, segundo acusação fiscal, tiveram suas quantidades alteradas indevidamente pelo sujeito passivo nos referidos arquivos.

Para dar cumprimento à intimação, o sujeito passivo apresenta o livro de Inventário solicitado, devidamente encadernado, cópias da abertura e encerramento, não se verificando descumprimento aos requisitos do art. 317 do RICMS/BA, vigente à época da ação fiscal. Considerando que a Auditoria foi realizada com base exclusivamente no Registro 74 do Arquivo Magnético e não foi anexada cópia do referido livro ao processo, não foi possível fazer o confronto para se constatar se o livro de Inventário agora apresentado à diligência é o mesmo apresentado à época da Fiscalização.

Caso o Relator entenda que devam ser acatadas as quantidades escrituradas no Registro de Inventário (livro físico), apresentado a esta diligência, permanecem omissões de entradas e saídas, sendo as de maior expressão monetária, as omissões de saídas, no valor de R\$76.292,58 e o valor do débito deverá ser ajustado conforme descrito na planilha fls.701/710, remanescendo em R\$12.969,74, conforme abaixo:

Base de Cálculo: R\$76.292,58 x 0,17 = ICMS devido: R\$12.969,74.

4 – CONCLUSÃO:

Cumprida a diligência, informamos que os demonstrativos elaborados pela defesa, e os ajustes realizados pela diligência estão contidos em mídia eletrônica (CD) apensados ao processo, fl.700.

Ante ao exposto, após as correções realizadas o valor da infração foi reduzido, remanescendo débito de R\$12.969,74 conforme demonstrativo fls.701/710.

Manifesta-se o autuado (fl. 717), após a realização da diligência, requerendo a homologação dos valores referente remanescentes do lançamento tributário para pagamento.

Em nova manifestação do autuante (fls. 721//764), faz novo e longo histórico sobre a ação fiscal.

Após uma série de considerações sobre o seu trabalho, tece críticas ao PARECER ASTEC Nº 0018/2013. Emite sua posição sobre a inversão dos CFOP, s 5922 e 5117; sobre as mercadorias que gozam de benefício da redução da base de cálculo; sobre retificações feitas nos arquivos magnéticos (diz da limitação de competência de membro da ASTEC);

Explica que no dia 17/12/2010, após análise dos Arquivos Magnéticos Retificadores, como estabelece o Art. 708-B, §§ 3º e 5º, do RICMS/97-BA vigente à época, a intimação do dia 19/11/2010 (fls.09) foi dada pela fiscalização como efetivamente atendida, já que da análise não restou quaisquer inconsistências.

Apresenta suas discordâncias com a redução no valor do Auto de Infração nº 206948.0006/10-3 sugerida pela diligência da ASTEC de R\$ 118.734,99 para R\$ 12.969,74 (fls. 701/710), sintetizando em dois motivos básicos: 1) preços médios considerados para fins de apuração da Base de Cálculo do ICMS calculados na planilha pela Diligente da ASTEC foram importados de outro Auto de Infração, que se refere a outros exercícios, exercícios de 2009 e 2010, diferentes do exercício programado para a Auditoria Fiscal as revisão fiscal; 2) entendeu a diligente erroneamente os dados quantitativos fraudados dos registros de inventários de 31/12/2004 e de 31/12/2005.

Assevera que ainda que se deva ser feita a correção nas inversões dos CFOP's indicados pela autuada e incluir no Levantamento Fiscal apenas as Notas Fiscais com CFOPS 5117 e 6117 que representam movimentação física (real) de mercadorias.

Feitas as correções das inversões dos CFOP's e as inclusões no Levantamento Fiscal apenas das Notas Fiscais com CFOPS 5117 e 6117 que representam movimentação física (real) de mercadorias constatou que dos 568 itens de mercadorias selecionados inicialmente para a Auditoria Fiscal de Revisão que haviam apresentado Omissão de Saídas, 75 itens de mercadorias, discriminados no Quadro abaixo, deixaram de apresentar omissões, que foram excluídas do Levantamento Fiscal, juntando nova planilha, as fls. 762/763.

Completa que o Levantamento Fiscal foi refeito com os 493 itens de mercadorias selecionados, todos com “omissões de saídas”. O resultado encontrado recomenda uma redução no valor do Auto de Infração 206948.0006/10-3 de R\$ 118.734,99 para R\$ 47.782,78, conforme Papéis de Trabalho discriminados abaixo, sobre os quais a Autuada, querendo, poderá se manifestar, num prazo de TRINTA DIAS - Papéis de Trabalho:

- 01 – Produtos Selecionados
- 02 – CFOP's de Entradas e Saídas Considerados para o Levantamento Fiscal
- 03 – Inventário Inicial
- 04 – Inventário Final
- 05 – Levantamento Quantitativo das Entradas
- 06 – Levantamento Quantitativo das Saídas Através de Notas Fiscais
- 07 – Levantamento Quantitativo das Saídas Através de Cupons Fiscais
- 08 – Relatório das Omissões de Saídas
- 09 – Demonstrativo de Débito do ICMS
- 10 – Demonstrativo dos Preços Médios

Em nova petição (fls. 1203/1215 – volume III), argumenta o autuado que foram extraídos da Informação Fiscal alguns trechos que julga merecer especial atenção, primeiro por considerar meras ilações inverídicas e caluniosas e, segundo, por afrontar o princípio da impessoalidade podendo até mesmo se constituir em excesso de exação, o que pode inclusive motivar a iniciativa de medidas de ordem administrativa e penal contra o funcionário público, Auditor Autuante em questão.

Sobre a afirmação do autuante acerca da estratégia do contribuinte, que teria sido proposital e intencional, de *encurrular o início dos procedimentos de revisão fiscal* relativos ao Roteiro de Auditoria de Estoques, assinala que se alguém o “*encurralou*”, foi a própria desídia do fiscal ou a falha na programação da SEFAZ, que relegou o início dos trabalhos para o último mês antes da expiração do prazo possível de realização de fiscalização para apuração de ICMS.

Reitera que o funcionário fiscal já tem entendimento firmado e preconcebido acerca matéria. Defende que se a Terwal fosse uma empresa fraudadora e ardilosa, não teria a sua contadora responsável se deslocado, no dia 30 de dezembro de 2010 (último dia para notificação válida da autuação), até a repartição fazendária apenas para receber e dar ciência no lançamento de ofício em análise, sendo que, o auditor autuante, não precisou sequer ter o trabalho de se levantar da sua cadeira para realizar a intimação.

A ausência de carimbo da Junta Comercial, que insiste apontar o Auditor Autuante como sendo algum vício que macularia a credibilidade do Livro Fiscal, pode ser suprida a qualquer momento por simples visita para registro no aludido Órgão.

Critica a posição fiscal ao discordar do valor dos preços unitários encontrado pela ASTEC, na alegação de que foram importados de outro Auto de Infração de 2009/2010, os saldos iniciais constantes dos Relatórios do Sintegra Atual. Responde que os mesmos estão lançados na contabilidade da Empresa autuada e, conseqüentemente, registrados no Livro de Registro de Inventário. Defende que não existe fraude ou inidoneidade do livro apresentado, pois, em consonância com a sua contabilidade e devidamente assinado pelo contador e pelo representante legal da sociedade.

Quanto ao CFOP 5922, ainda que normalmente não deva ser considerado por não movimentar o estoque, requer que sejam invertidas as funções inerentes dos CFOP, s 5117/5922, incluindo o CFOP 5922 e retirando o CFOP 5177.

Ressalta que chamado para se pronunciar sobre o trabalho da Auditora Diligente indicada pela ASTEC, presunçosamente, o preposto fiscal desqualifica o esforço da sua colega e emitiu um “*novo auto de infração retificado*”, abrindo o prazo para que o contribuinte produzisse defesa.

Finaliza entendendo estarem impugnadas as conclusões do auditor autuante acerca das conclusões da diligência ASTEC em tela, aguarda nova determinação do CONSEF para posterior manifestação.

Diante dos fatos, uma nova diligência foi designada, agora pela 1ª JJF (fls. 1220/1221 – volume III).

Justificação da diligência

Este processo já foi objeto de 4 diligências. A última foi efetuada pela Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho. A solicitação da 4a diligência encontra-se às fis. 539/542.

Em cumprimento à referida diligência, a ASTEC emitiu o parecer às fis. 596/599.

Foi dada ciência dos novos elementos ao contribuinte (fi. 714), ocasião em que lhe foram entregues cópias das peças às fis. 539/542 (despacho do órgão julgador) e 596/710 (parecer da ASTEC e anexos).

O autuado manifestou-se (fi. 717) manifestando sua concordância com o resultado da diligência. Ao ter vista dos autos, o fiscal autuante apresentou manifestação (fis. 721/763), em que:

- 1) faz um histórico da ação fiscal, pontuando comentários quanto ao registro 74 dos chamados arquivos magnéticos e outras considerações acerca das diligências anteriores;*
- 2) relata os aspectos da diligência fiscal da ASTEC, dizendo que concorda com o parecer com relação a) à inversão de CFOPs, b) às omissões de mercadorias que gozam de redução da base de cálculo e c) às retificações dos arquivos.*

Diz que discorda da ASTEC no tocante à redução do valor do imposto de R\$ 118.734,99 para R\$ 12.969,74, pelos motivos que expõe, destacando que os preços médios foram importados de outro Auto de Infração, relativos a outros exercícios e de outra filial, além de terem sido considerados dados fraudados do Registro de Inventário;

- 3) expõe suas conclusões, divididas em três tópicos.*

Solicitação

Tendo em vista os pontos assinalados pelo fiscal autuante em sua manifestação às fis. 721/763 com relação à revisão do lançamento feita pela ASTEC, solicita-se que seja dada vista dos autos à auditora que procedeu à revisão, para análise e manifestação acerca dos pontos questionados pelo autuante em suas conclusões.

Ao órgão preparador

Uma vez atendida a providência do tópico anterior pela ASTEC, deverão ser fornecidas ao contribuinte, mediante recibo:

a) cópia do presente despacho

b) cópia da manifestação do fiscal revisor em atendimento à presente diligência, bem como cópia dos elementos que a ela porventura venham a ser acostados.

*Na intimação do sujeito passivo deverá ser declarado de forma expressa que ele terá o prazo de **10** dias para manifestar-se sobre os novos elementos, caso queira fazê-lo.*

Obs.: conforme foi solicitado na sustentação oral, as intimações deverão ser efetuadas ao advogado do autuado, no endereço indicado nos autos.

Dê-se vista dos autos, ao final, ao fiscal autuante.

Em cumprimento da diligência solicitada, a ASTEC emitiu o Parecer nº 0125/2013 (fls. 1223/1225).

Explica a diligenciadora que os trabalhos da diligência fiscal limitam-se ao escopo traçado pelo Relator, responsável pela instrução do processo, que consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada. Diz que responde em função dos elementos que compõem o processo fiscal e que o corpo Técnico da ASTEC, até por dever de ofício, não se envolve em possíveis querelas acaso existentes entre a Fiscalização e o Autuado.

Diz que em relação a diligência anterior (Parecer ASTEC nº 0018/2013), não ficou claro do que exatamente se queixa o Auditor Fiscal, esclarece que, embora fizesse parte da composição da 3ª JF, não deliberou na Decisão que converteu o presente PAF em diligência (instrumento as fls.539/542) e a Coordenação de Assessoria Técnica/ ASTEC, ora exercida pela auditora fiscal, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, é quem através da atribuição dada pelo Regimento Interno do CONSEF, tem competência para distribuir os processos para realização dos trabalhos de diligência entre os Auditores Fiscais que compõem a ASTEC através de critérios próprios do referido Órgão.

Quanto aos aspectos realmente técnicos abordados pelo Autuante, relativamente à alegação de inversão de CFOP- Código Fiscal das Operações, diz que o mesmo declara concordar com a Diligente da ASTEC, portanto não há qualquer consideração a se fazer.

Quanto às omissões de mercadorias que gozam de benefício da redução da base de cálculo, idem.

Sobre as retificações feitas nos arquivos magnéticos, diz o autuante que o quesito ficou prejudicado, “devido a limitações de competência da ASTEC”. Neste caso também nada a declarar.

Sobre o livro Registro de Inventário, afirma que da análise da questão aduzida pelo Autuante, apesar de constar equivocadamente a alusão a outro auto de infração no rodapé da planilha elaborada por esta Diligência, chamo a atenção que todos os preços médios utilizados pela diligência para apurar a base de cálculo do imposto, são os mesmos utilizados pelo Autuante em seu levantamento fiscal. Basta comparar os valores dos preços médios utilizados pela planilha fls.701/710 (diligência ASTEC), com aqueles consignados na planilha fls. 125/144 (levantamento fiscal).

Diz ainda que considerou os dados escriturados no referido livro físico apresentado pelo contribuinte e que o livro Registro de Inventário exibido à ASTEC estava devidamente encadernado, contendo os requisitos exigidos pela legislação vigente à época dos fatos geradores, art. 317 do RICMS/BA. Reafirma a impossibilidade de atestar se o referido livro é o mesmo apresentado á época da Fiscalização, visto inexistir nos autos cópias do mencionado documento. Conclui pela manutenção dos termos do Parecer ASTEC nº 0018/2013.

O contribuinte junta petição de Termo de Confissão de Dívida, reconhece o valor proferido, pela diligência e ratificada pela última diligência solicitada (fls. 1228/1240).

Nova manifestação do autuante (fls. 1245/1249). Insiste que a designação na ASTEC da Auditora Fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos para cumprir a decisão do colegiado comprometeu

a imparcialidade do processo e que a diligência Fiscal cumprida não tem valor algum.

Reitera 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. Consta que o autuado recebeu em 30/12/2010 todos os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em CD, sob a forma de Arquivos Eletrônicos mediante Recibo Eletrônico com MD5 do *authentication* (fls. 204), tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença do preposto do contribuinte, o seu contador, podendo o contribuinte exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Assinala que o Levantamento Fiscal refere-se à REVISÃO FISCAL e foi realizado em apenas oito dias corridos, de forma totalmente eletrônica, com auxílio do programa apropriado, chamado de “Banco de Dados do ACCESS”, com base nos Livros Fiscais disponibilizados para a fiscalização em meio magnético, bem como nos arquivos magnéticos do Sintegra transmitidos pelo próprio contribuinte à Base de Dados da Secretaria da Fazenda.

Diz que o contribuinte sabia previamente que ia ser submetido à revisão fiscal referente à Auditoria de Estoques, exercício de 2005, conforme decisão exarada pela 2ª Câmara de Julgamentos Fiscais do Conselho de Fazenda Estadual-CONSEF, constante do ACÓRDÃO CJF Nº 0367-12/10, publicado na internet no dia 12/11/2010, ainda assim, alterou/incluiu, deliberadamente, dados dos inventários iniciais e finais do período fiscal examinado. Conclui que o autuado maquiou tais registros, e o fez conscientemente, o que caracteriza má-fé, logro e fraude.

Argui que o princípio basilar do processo administrativo fiscal é o da verdade material, que não pode ser mitigado em favor do fisco, tampouco em favor do contribuinte, portanto, não há como aceitar a emenda sugerida de forma simplória e mitigante na referida “Planilha em Excel”, ao considerar erroneamente os dados quantitativos fraudados dos registros de inventários de 31/12/2004 e de 31/12/2005.

Assinala que o contribuinte (fl. 1250) reconhece o valor de R\$12.969,74. O valor que apurou R\$47.782,78. Ainda falta o valor de R\$34.813,04.

Novo pedido de diligência (fls. 1256/1259 – volume IV), designado pela 1ª JJF. O relator dos autos apresenta justificativas para a nova diligência, após várias solicitações que, simplesmente, foram desconsideradas, a diligência foi cumprida pela auditora fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos, lotada na ASTEC, mas que à época, na qualidade de suplente, participava de julgamentos das Juntas, inclusive da junta que determinou a diligência em apreço. Incidente que tornou prejudicado o resultado daquela diligência. Em face disso, esta 1ª Junta solicita que seja renovada a diligência às fls. 539/542, por outro auditor da ASTEC.

Objeto da diligência

Na diligência às fls. 328/331, reiterando-se os mesmos termos de diligência anterior (fls. 307/310), foi solicitado que fossem adotadas as seguintes providências por fiscal estranho ao feito:

a) deveria ser intimado o contribuinte para:

- a.1) apresentar demonstrativo cotejando cada Nota Fiscal relativa a saída efetiva (simples remessa) com a respectiva Nota Fiscal de faturamento. O demonstrativo deveria ser anexado aos autos, e as Notas Fiscais deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;*
- a.2) apresentar demonstrativo identificando, em relação aos documentos fiscais elencados no demonstrativo fiscal, cada operação isenta, com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e com redução de base de cálculo, a fim de comprovar a sua alegação a esse respeito. O demonstrativo deveria ser anexado aos autos, e as Notas Fiscais deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;*
- a.3) apresentar ao fisco o Registro de Inventário, em papel, com os dados de estoques inicial e final de 2005 devidamente escriturados;*
- a.4) proceder a todas as retificações necessárias em seus arquivos Sintegra relativos ao exercício fiscalizado, haja vista a alegação da existência de incorreções. Os livros e documentos fiscais cujos*

dados fossem objeto de tais retificações deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário;

b) deveria ser concedido ao contribuinte o prazo de 60 dias para o atendimento de tudo quanto estava sendo solicitado;

c) na intimação do contribuinte deveria ser-lhe entregue cópia do despacho da diligência.

O fiscal designado para cumprir a diligência emitiu a intimação constante à fl. 336, à qual juntou as peças às fls. 337/347.

O contribuinte dirigiu-se à fiscalização expondo considerações acerca dos elementos solicitados na intimação (fls. 349/352) e juntou documentos (fls. 353/479).

O fiscal revisor prestou informação (fls. 481/484) falando do conteúdo de cada anexo apresentado pelo contribuinte, porém declarou que não fez a conferência dos demonstrativos apresentados pelo contribuinte porque o autuado não apresentou os livros e documentos.

Solicitação

Tendo em vista que o contribuinte, atendendo à diligência, apresentou os demonstrativos e demais elementos indicados na intimação, solicita-se que essa Assessoria designe fiscal estranho ao feito a fim de proceder às verificações solicitadas nas aludidas diligências (fls. 328/331 e fls. 307/310). Para isso, em face dos elementos constantes nos anexos I, II, III, IV, V e VI apresentados pelo contribuinte, deverá ser intimado o contribuinte a apresentar os documentos pertinentes, por amostragem ou em sua totalidade, a critério do auditor designado para cumprir a diligência. Também a seu critério, a verificação poderá ser feita “in loco”. Em função dos elementos apresentados pelo contribuinte, os aspectos básicos a serem considerados são os seguintes:

1. O autuado alega que a diferença verificada foi causada pela inversão dos CFOPs indicados nas Notas Fiscais – CFOPs 5922 e 6922 de simples faturamento e CFOPs 5117 e 6117 de efetivas saídas. Alega que a empresa errou ao inverter os referidos CFOPs, e pleiteia que o fiscal revisor considere de forma invertida os CFOPs 5922 e 6922 como relativos à efetiva saída e os CFOPs 5117 e 6117 como relativos a simples faturamento.

Solicita-se que seja feita a verificação dos documentos, em função das datas de emissão e de saídas e os dados de faturamento e dos transportadores, de modo a saber se de fato houve apenas erro quanto aos CFOPs. Em caso positivo, deverá ser feita a revisão do lançamento fazendo-se a inversão conforme pede o contribuinte, devendo-se, contudo, verificar se a alegada inversão ocorreu em todos os documentos relativos a vendas para entrega futura, ou apenas em parte.

2. O contribuinte alega que não foi observada a redução de base de cálculo prevista no art. 77, incisos I e II, do RICMS.

Solicita-se que seja verificado se no levantamento fiscal foram incluídos máquinas, aparelhos ou equipamentos relacionados nos anexos I e II do Convênio ICMS 52/91, e, em caso positivo, se as operações atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do citado art. 77. Havendo no levantamento bens contemplados com o referido benefício, deverão ser feitos os cálculos do imposto levando em conta os critérios fixados pelo supracitado dispositivo regulamentar.

3. Quanto aos arquivos magnéticos, o contribuinte foi intimado, na forma determinada nas aludidas diligências, no sentido de que procedesse a todas as retificações necessárias em seus arquivos Sintegra relativos ao exercício fiscalizado, haja vista a alegação da existência de incorreções. Os livros e documentos fiscais cujos dados fossem objeto de tais retificações deveriam ficar à disposição do fisco para verificação, caso necessário.

Solicita-se que sejam verificadas as retificações feitas nos arquivos magnéticos em confronto com os dados dos documentos fiscais, refazendo-se o levantamento conforme os dados corretos.

4. Estão em discussão também os estoques inicial e final.

Solicita-se que sejam levados em conta os dados escriturados no Registro de Inventário (livro físico), e não nos registros tipo 74. O contribuinte deverá ser intimado para apresentar o livro Registro de Inventário da época. Não se admitem alterações dos dados do registro. A autenticidade dos livros será determinada em função dos critérios fixados no art. 317 do RICMS, na redação vigente à época, haja vista as alterações introduzidas no texto regulamentar.

5. Solicita-se que ao final, havendo alterações de valores, seja elaborado novo demonstrativo do débito.

Obs.: conforme foi requerido na sustentação oral, as intimações deverão ser efetuadas ao advogado do autuado, no endereço indicado nos autos.

Exarado o Parecer ASTEC nº 080/2015 (fls. 1261/1264 – volume IV).

O presente Auto de Infração foi lavrado contra a empresa TERWAL MÁQUINAS LTDA em decorrência de “falta de recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício”.

Em sessão realizada no dia 26 de março de 2014, a 1ª JJF decidiu baixar o presente processo em diligência, solicitando que seja efetuada uma revisão do lançamento fiscal, abordando os seguintes aspectos: a) incluir no levantamento quantitativo as notas fiscais cujo CFOP apresente-se como 5.922 e 6.922 (simples faturamento); b) excluir, em contrapartida, as notas fiscais correspondentes, cujos CFOP seja 5.117 e 6.117; c) verificar se as operações autuadas atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do art. 77 do RICMS/97, devendo-se considerar nos cálculos tal variável, caso positivo; d) considerar, no levantamento referido, as informações registradas no Livro Registro de Inventário (livro físico) em detrimento das informações do Registro tipo 74 do Sintegra.

Em cumprimento à solicitação acima, intimei a empresa TERWAL MÁQUINAS LTDA, em 08/10/2015, solicitando que fosse apresentado o Livro Registro de Inventário, contendo os saldos de estoque no período da autuação, conforme documento à folha 1265.

Chamo a atenção para o fato de que não precisei solicitar os demais elementos necessários ao cumprimento da diligência, já que se encontram acostados ao presente processo, anexados que foram pela diligente anterior, cujo parecer foi desconsiderado.

Em atendimento à intimação expedida, a empresa autuada fez a entrega da documentação às folhas 1266 a 1302.

Com base nas informações constantes do processo, aliadas às extraídas do Livro Registro de Inventário entregue pelo contribuinte, empreendi uma análise do processo e promovi alterações no demonstrativo de débito constante do auto de infração, redigindo as informações pertinentes.

Para tal, elaborei um novo demonstrativo de débito, denominado “DEMONSTRATIVO DA DILIGÊNCIA”, conforme arquivo do mesmo nome gravado em DVD à folha 1303.

Cabe-me informar que refis o somatório atinente à equação do levantamento quantitativo de estoques, operando as variáveis que fizeram parte do roteiro de fiscalização, quais sejam: “Estoque Inicial”, “Entradas”, “Estoque Final”, “Saídas Reais”, “Saídas c/ Nota Fiscal” e “Saídas c/ Cupom Fiscal”.

Alterei as informações que apresentavam incompatibilidade com a documentação referida, tendo promovido a indicação dos itens objetos de modificação, mediante o uso da cor vermelha e a anotação, quando cabível, da folha em que se encontra a cópia do documento fiscal respectivo (vide DVD à folha 1303, planilha “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO”).

Assim, construí uma coluna adicional chamada de “Diligência” ao lado de cada uma das variáveis referidas, tendo colorido-as em vermelho (quando divergentes) ou em amarelo (quando coincidentes).

Após as alterações descritas, apurei as novas diferenças quantitativas: “omissões de entradas” ou “omissões de saídas”, de acordo com o resultado da equação, conforme se encontra demonstrado nas colunas “Omissões Entradas” e “Omissões Saídas”.

Nas colunas mais à esquerda da planilha, foi feita a multiplicação das diferenças quantitativas pelo preço unitário para apuração do valor das omissões.

Por fim, a última coluna “COMENTÁRIOS / JUSTIFICATIVAS REFERENTES ÀS ALTERAÇÕES” contém a explicação e indicação dos documentos fiscais que foram incluídos no levantamento quantitativo.

Assim, prevaleceu o valor total das omissões de saídas, pois revelaram-se superiores às omissões de entradas apuradas, conforme totais apurados a partir das colunas indicadas acima, tendo o valor total das omissões de saídas importado em R\$ 101.487,53, de acordo com a linha “573” da coluna “AB” da planilha citada (DVD à folha 1303), valor este que passa a compor a base de cálculo para apuração do imposto.

Quanto à solicitação contida no item “c” da diligência (“verificar se as operações autuadas atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do art. 77 do RICMS/97, devendo-se considerar nos cálculos tal variável, caso positivo”), devo informar que o benefício fiscal da redução da base de cálculo não se aplica nas situações em que a saída das mercadorias estiver desacompanhada do documento fiscal pertinente, com base no Parágrafo único do art. 13 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Em conclusão, o valor da base de cálculo do ICMS apurado na presente diligência foi de R\$ 101.487,53, o que resultou num montante de imposto de R\$ 17.252,88, resultado na multiplicação da omissão de entradas pela alíquota prevista em lei de 17%, conforme tabela abaixo.

INFRAÇÃO	BASE DE CÁLCULO	ICMS
01	R\$ 101.487,53	R\$ 17.252,88

Assim, dou por concluída a diligência solicitada, tendo corrigido a inversão dos CFOP's e incluído os documentos omitidos, tudo em conformidade com o que foi solicitado.

Submeto o resultado à consideração do relator.

O autuado atravessa nova petição (fl. 1311 – volume IV), informa que por algum equívoco, em face a diligência proferida pelo Auditor Luiz Alberto Amaral Oliveira, não lhe foram entregues alguns documentos produzidos. Pede que seja renovado o prazo para produzir sua peça defensiva e para que não haja qualquer cerceamento aos seus direitos.

Após ser reintimado o contribuinte e entregue os documentos fiscais produzidos através da diligência, manifesta-se (fls. 1320/1321), afirmando que concorda em parte com o auditor diligente, porém, admitem apenas em R\$12.969,74, valor que já foi recolhido conforme comprova a guia em anexo. Impugna a diferença a maior no montante de R\$4.283,14.

Em nova manifestação do autuante, fls. 1327/1332, o fiscal repete os mesmos argumentos já expostos, questiona, agora, a diligência fiscal feita pelo Auditor da ASTEC, Luiz Alberto Amaral de oliveira, argumentando que os inventários de 31.12.2004 (fls. 1266/1302) foram os mesmos utilizados no Parecer da Auditora Alexandrina Natalia Bispo dos Santos e são apenas “*folhas soltas*”.

Opina que ambos os Pareceres sejam desconsiderados, ratificando a legitimidade da revisão que entendeu por bem fazer, no valor de R\$47.782,78, descontado o valor já admitido pelo autuado, R\$12.969,74, totalizando R\$34.813,04.

Nova diligência fiscal (fls. 1336/1337) para análise e manifestação do Auditor Luiz Alberto Amaral de oliveira, diante dos posicionamentos do contribuinte autuado e do autuante.

Em atendimento ao pedido proferido pela JJF, o auditor diligente da ASTEC profere seu o entendimento da diligência através do Parecer ASTEC nº 0061/16 (fls. 1339/1342 – volume IV), conforme segue:

O presente Auto de Infração foi lavrado contra a empresa TERWAL MÁQUINAS LTDA em decorrência de “falta de recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício”.

Em sessão realizada no dia 26 de março de 2014, a 1ª JJF decidiu baixar o presente processo em diligência, solicitando que fosse efetuada uma revisão do lançamento fiscal, abordando os seguintes aspectos: a) incluir no levantamento quantitativo as notas fiscais cujo CFOP apresente-se como 5.922 e 6.922 (simples faturamento); b) excluir, em contrapartida, as notas fiscais correspondentes, cujos CFOP seja 5.117 e 6.117; c) verificar se as operações autuadas atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I e II do art. 77 do RICMS/97, devendo-se considerar nos cálculos tal variável, caso positivo; d) considerar, no levantamento referido, as informações registradas no Livro Registro de Inventário (livro físico) em detrimento das informações do Registro tipo 74 do Sintegra.

Em cumprimento à solicitação acima, produzi o Parecer 080/15, às folhas 1261 a 1264.

Cientificado do teor do parecer citado, o sujeito passivo apresentou manifestação às folhas 1320 a 1321. O autuante, por sua vez, manifestou-se às folhas 1327 a 1332.

Tendo em vista que ambas as partes, autuante e autuada, apresentaram divergência relativamente ao Parecer 080/15 citado, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão realizada no dia 31/05/2016, deliberou por baixar o processo em nova diligência com vistas a que este diligente analise e se manifeste acerca dos pontos questionados pelo contribuinte e pela autoridade fiscal.

Em atendimento ao quanto solicitado, tenho a considerar o que segue.

Destaco que a empresa acostou CD, à folha 1323, contendo arquivo em Excel denominado “conferência de itens com omissão diferente da empresa”, mediante o qual tece comentários acerca do trabalho de revisão por mim efetuado e especifica os pontos em que diverge da conclusão da diligência.

A partir dessas divergências, fiz uma revisão do trabalho anterior, especificamente das notas fiscais cujo conteúdo apresentaria, segundo a autuada, desconformidades com a planilha elaborada.

Inicialmente, solicitei cópia de cada um dos documentos citados pela empresa, à coluna “posição terwal após diligência de Luiz Amaral”, de sua planilha apresentada. Após examinar fisicamente as cópias dos documentos citados (folhas 1344 a 1400), pude chegar às conclusões que seguem.

De uma maneira geral, é possível afirmar que o conteúdo das notas fiscais examinadas guarda correspondência com as informações indicadas pelo sujeito passivo, em sua planilha, com exceção de dois documentos cuja análise resultou no não acolhimento das alegações empresarias, pelo motivos que exponho a seguir.

Quanto ao Código de Produto “4140”, observei que o levantamento quantitativo de estoques do autuante já havia contemplado a Nota Fiscal nº 167675, dando conta do registro da saída de 02 unidades, não sendo acolhida a alegação empresarial no sentido de que o autuante haveria deixado de contabilizar tal documento. Por isso, não modifiquei o levantamento neste ponto.

Quanto ao Código de Produto “30194”, observei que o levantamento fiscal realmente não contemplou a NF 175204. Constatei, porém, que a Nota Fiscal citada não contém, em seu corpo, a descrição do Código “30194”, conforme arquivos sintegra do contribuinte.

Em contato com preposto da empresa, após solicitação das cópias, foi-me informado que alguns documentos não haviam sido localizados, motivo pelo qual não me foram fornecidas as cópias citadas.

Considerando que os arquivos Sintegra não contém registro desse código para a NF 175204, não modifiquei o levantamento neste ponto, já que precisaria ter o respaldo da nota fiscal para fazer a alteração do levantamento.

Assim, com exceção das duas situações descritas acima, acolhi as indicações feitas na manifestação do contribuinte, procedendo a revisão da planilha anteriormente elaborada.

Após as modificações efetuadas, o valor da omissão de saídas foi reduzido para R\$ 77.324,38, conforme se pode constatar a partir da coluna “Valor Omissões de Saidas”, à linha “573”, da planilha “DILIGÊNCIA”, do arquivo “DEMONSTRATIVO DA DILIGÊNCIA – JULHO-2016”, gravado no CD que se encontra acostado à folha 1343.

Calculando-se o imposto correspondente, chega-se a um ICMS a pagar de R\$ 13.145,15, conforme se lê à linha “574” da planilha citada.

Assim, dou por concluída a presente diligência tendo acolhido parte das alegações empresarias e, conseqüentemente, alterado o valor do imposto encontrado na diligência.

Submeto o presente parecer à consideração do relator.

Após intimação das partes (autuado e autuante), o contribuinte peticiona manifestação (fl. 1405 - volume IV), dizendo que concorda com o valor encontrado pelo Auditor Luiz Amaral, no valor de R\$13.145,16 e, já tendo recolhido R\$12.969,74, recolhe a diferença de R\$175,40, conforme comprovante em anexo. Requer que seja revista a conclusão da auditoria reconsiderando o montante apontado pelo auditor da ASTEC como o devido.

Em nova manifestação (fls. 1417/1423), o Auditor Fiscal autuante repete exaustivamente seu entendimento sobre a ação fiscal, sobre as diligências, sublinhando que “Nenhum Auditor Fiscal estranho ao feito poderia identificar essas anomalias se não o próprio Autuante, porque essa identificação se dá mediante o cruzamento eletrônico entre os dados disponibilizados para a fiscalização original julgada NULA com os dados transmitidos após iniciada a ação fiscal de revisão, cruzamento esse que é feito dentro do banco de Dados da fiscalização que se encontra como autuante”

Critica as diligências realizadas pela ASTEC, defende que prevaleça o levantamento que elaborou com a reclamação de R\$47.782,78, descontados os valores já recolhidos pelo autuado.

Constam os extratos de pagamentos referentes ao valor reconhecido pelo autuado (fls. 1426/1427).

E o relatório

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/12/2010 para constituir crédito tributário, no valor de R\$118.734,99 em razão da apuração da irregularidade, assim descrita: *"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"*.

A presente autuação decorre do refazimento da infração 01, contida no Auto de Infração nº 170623.0051/06-4 (levantamento de estoque, no exercício de 2005), julgado Nulo em 07/06/2010 pela 1ª JF (Acórdão JF nº 0145-01/10), sendo a decisão confirmada na 2ª CJF em 20/10/2010, através do Acórdão CJF nº 0367-12/10, no qual decidiu pelo não provimento do Recurso de Ofício interposto pela 1ª JF e homologou a decisão que julgou Nulo o mencionado Auto de Infração.

Preliminarmente, reclama o autuado que o Auditor Fiscal não observou a legislação do imposto, ao apresentar apenas em meios magnéticos os relatórios, demonstrativos, a documentação de suporte a autuação; pede diligência fiscal, devido ao volume de documentos necessários a uma comprovação pontual dessas duas alegações.

Sustenta a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir crédito tributário, conforme o artigo 173 do CTN, porquanto já tenha transcorrido o prazo de 05 anos, previsto no referido dispositivo legal. Requer a extinção da obrigação tributária, no comando de artigo 156, inciso V do CTN e a conseqüente nulidade do A.I. Nº 206948.006/10-3.

Examinando as peças processuais, verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma dos artigos 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99) e 142, do Código Tributário Nacional - CTN.

Não houve no processo administrativo fiscal - PAF lesão aos direitos do contribuinte; agressão aos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa ou contraditório. Foram elaborados os demonstrativos que dão suporte às exigências, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e o quando entendeu necessário. Na ausência de elementos para a apreciação das razões do sujeito passivo e elucidação dos fatos controversos, o PAF foi convertido em diligência, em vários momentos processuais.

Com relação ao questionamento defensivo pela apresentação em papel dos demonstrativos e planilhas elaborados pelo Auditor Fiscal, além do disco de armazenamento de dados, conforme prevê §3º do Art. 8º do RPAF/99-BA, não seria razoável, no caso em concreto, a entrega de quase 2.000 cópias de documentos diversos, o que poderia provocar até embaraço no curso dos autos, por conta do volume, além do custo processual. Os demonstrativos pertinentes ao Levantamento Fiscal foram entregues ao autuado, gravados na forma de arquivo eletrônico, ficando a opção do autuado, a impressão dos documentos que considere importante a sua defesa. Não há falar nulidade do PAF.

Com relação a decadência suscitada, o direito igualmente não assiste ao autuado. De fato, a nulidade do PAF nº 170623.0051/06-4 (Acórdão CJF nº 0367-12/10), não ocorreu por vício formal. A motivação exposta é que houve *"incerteza quanto ao montante efetivamente devido e os fatos apurados demonstram insegurança do lançamento, em especial na fixação das bases de cálculo e, conseqüentemente, dos valores devidos"*, o que configura a existência clara de vício material.

Os vícios formais em relação ao lançamento tributário seriam aqueles que não implicariam em quaisquer alterações no conteúdo fático-jurídico do lançamento, ou seja, aqueles vícios que podem ser sanados desde que o novo lançamento contenha o mesmo *"conteúdo concreto"* do lançamento revisado, sendo possível, e apenas nestes casos, aplicar a regra do art. 173, II do CTN para fins de contagem do prazo decadencial do lançamento substitutivo.

Neste caso o Fisco deve retificar o lançamento de ofício, antes do transcurso do prazo decadencial. Assim dispõe a norma:

“Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Ocorrido o vício formal no PAF nº 170623.0051/06-4, o prazo estabelecido para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário venceria em 19/10/2015, 5 anos após a decisão que confirmou a nulidade do lançamento anterior (Acórdão CJF nº 0367-12/10).

Mas, não é o que se observa do lançamento fiscal em debate. A nulidade no Auto de Infração 170623.0051/06-4 foi dada em função de vícios materiais insanáveis. Prova o novo lançamento (*levantamento quantitativo de estoque, exercício de 2005*), que importou R\$118.734,99 e não mantém o mesmo “*conteúdo concreto*” do lançamento revisado, na ordem de R\$ R\$78.574,69.

Mesmo com a recente e radical mudança no posicionamento adotado pela PGE/PROFIS relativamente à decadência, o que tem sido acatado pelo CONSEF, em decorrência da revogação do § 5º do artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do cumprimento do teor da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, não ocorreu a decadência no PAF em questão.

A referida Súmula Vinculante nº 8 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/08 e publicada no Diário Oficial da União de 20/06/08 – declarou a inconstitucionalidade de legislação federal que dispunha sobre a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento, baseado em diversos precedentes judiciais, de que apenas a lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária e, portanto, deve ser aplicado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional. Eis o texto da referida Súmula: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”.

A Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, em Parecer exarado nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 269200.0333/12-4 e cancelado pelo Procurador Chefe daquele órgão: “*em data re Uniformização nº PGE 2016.194710-0, esta Procuradoria Fiscal reviu seu entendimento acerca do tema, para estabelecer que deve ser contado o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas*”.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo se omite no cumprimento dos deveres que lhe são legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício, iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido feito, a teor do art. 173, I, CTN.

“Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado

Nesse sentido, o direito de lançar é potestativo. Iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência ao sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.

Lavrado o PAF-206948.0006/10-3, em 30.12.2010, com a ciência do sujeito passivo, na mesma data de 30.12.2010, não há que cogitar de decadência em relação à exigência da falta de recolhimento

do ICMS, originado da Auditoria nos estoques do contribuinte autuado, no exercício de 2005.

No mérito, em síntese, a irresignação defensiva funda-se nos fatos que o Auditor Fiscal autuante não observou que a maioria das mercadorias comercializadas goza da redução de base de cálculo (artigo 77, I e II do RICMS/BA, Convênios ICMS 52/91 e 65/95); que não foi sensível à inversão dos CFOP,s, nas operações de saídas (códigos 5117 e 6117) e de simples remessa (códigos 5922 e 6922), além das informações registradas no Livro Registro de Inventário.

Todos esses questionamentos, diante da longa, repetida, exagerada, e mesmo prolixa discussão que se estabeleceu ao longo da marcha processo, ameaçando, inclusive, os princípios da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF-88), da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material (art. 2º do RPAF BA), somente foi apreciada, analisada e resolvida, após uma sequência de 7 diligências, 4 delas realizadas por Auditores Fiscais especialistas e membros da Assessoria técnica do Conselho de Fazenda – ASTEC.

Causa aspecto que em 2 oportunidades, a solicitação do Órgão Julgador foi literalmente ignorada, sob equivocados argumentos que descabe qualquer diligência para comprovar que o contribuinte cometeu a infração; que no direito brasileiro, existe o Privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) ou, ainda pior, que *“Nenhum Auditor Fiscal estranho ao feito poderia identificar essas anomalias se não o próprio Autuante, porque essa identificação se dá mediante o cruzamento eletrônico entre os dados disponibilizados para a fiscalização original julgada NULA com os dados transmitidos após iniciada a ação fiscal de revisão, cruzamento esse que é feito dentro do banco de Dados da fiscalização que se encontra como autuante”*

Sabe-se que a tarefa de executar um levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, num estabelecimento que apresentou variadas situações tributárias, na comercialização dos seus produtos e cuja tarefa deveria ser desincumbida num prazo exíguo, implicaria num trabalho espinhoso.

Contudo, em não se apaziguando com o resultado encontrado pela fiscalização, tendo o Fisco colocado à sua disposição todos os demonstrativos que embasaram a exigência, é direito do sujeito passivo objetivar sua impugnação, desde que contenha elementos que tangenciem os números apontados, juntando as provas, ajustes e adequações manejadas, no controle de seus estoques, devidamente motivados, objetivando esclarecer a fiel movimentação, entrada e saída das mercadorias, alvo da autuação.

É defeso à administração pública tributária, imediatamente representada pelo Auditor Fiscal, responsável pela presente ação fiscal, deixar de apreciar as razões contidas na impugnação do sujeito passivo e, ainda menos, os pedidos do Órgão Julgador, sob a pena de prejudicar a *“impulsão de ofício do processo administrativo”*, além de provocar o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Inaceitável outro argumento do autuante de que, quando da execução de Auditoria do tipo virtual, não pega em papéis, pois os arquivos eletrônicos do SINTEGRA devem espelhar os dados que estão nos Livros e nas Notas Fiscais.

É verdade que a prova eletrônica é um documento. Os arquivos magnéticos do SINTEGRA, previstos no Convênio 57/95 e emitidos pelo próprio contribuinte é um documento válido e deve espelhar a sua escrita fiscal. A MP 2.200/01, que instituiu a ICP-Brasil, trata o arquivo eletrônico como documento e garantiu-lhe presunção de veracidade, se ele for assinado digitalmente com certificado digital emitido pela ICP-Brasil ou outro certificado aceito pelas partes. O Supremo Tribunal Federal já entendeu que documento não representa apenas o papel, mas também abrange o arquivo eletrônico (RHC 95689, EROS GRAU, STF).

O documento eletrônico representa apenas uma mudança quanto à formalização do fato jurídico tributário. Houve, simplesmente, uma transmutação do suporte físico, Antes, formalizado em papel/tinta, hoje formalizado em arquivos eletrônicos por meio de uma linguagem telemática.

Contudo, nada, porém, se modifica quanto às normas que disciplinam a matéria tributária no tocante à sua aplicação; as normas de incidência tributária, produzidas neste novo contexto, devem respeitar as exigências impostas pelo sistema para serem consideradas válidas e possam produzir efeitos jurídicos pretendidos.

Continua necessária a análise do mecanismo de subsunção da norma individual e concreta àquela que lhe serve de fundamento e todo o conjunto de provas em direito admitido. Assim, não se prescinde da linguagem competente para a aplicação do Direito; esta linguagem continua a existir como condição de possibilidade para a constituição da realidade jurídica, agora, porém, sob um novo paradigma: *a linguagem digital*.

Compete à fiscalização, portanto, diante dos documentos apresentados, face ao levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias impugnado, apreciar diligentemente os elementos de provas que pudessem balizar a verdade material, no caso em concreto. Recebidos os arquivos retificados, entendendo que houve alterações que refletem indevidamente os inventários inicial e final do exercício fiscalizado, deveria examinar a fidedignidade e veracidade das mudanças, em confronto com os efetivos documentos fiscais de suporte, intimando o autuado a prestar os esclarecimentos e porque tais dados não haviam sido informados originalmente.

Acusar simplesmente o contribuinte de fraudador, que cometeu ilícitos previstos na Lei nº 8.137/90, que versa sobre crimes contra a ordem tributária, porque teria alterado os arquivos sem uma “*previa autorização fiscal*”, não colabora na solução do lide tributaria. Ainda porque, fraude não se presume. Carece de provas.

Considerando a incerteza que se instaurou para a apreciação do litígio tributário; considerando o princípio da verdade material, que deve nortear o processo administrativo fiscal, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, como o são na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos, carreando aos autos provas dos fatos levantados; considerando que esse dever compete à Administração Tributária, mas também ao contribuinte, que têm o direito e o dever de trazerem ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria discutida, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal, o PAF foi submetido à diversas diligências. .

Solicitadas diversas diligências, não poderia o Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, furtar-se na emissão do parecer fidedigno, completo, com a construção dos levantamentos e demonstrativos solicitados, de acordo com as suas observações acerca do processo fiscal e dos fatos abordados pelo sujeito passivo. Mesmo porque, como diligente, o preposto do Fisco não emite juízo de valor, emite um parecer e conclusões técnicas, abalizadas, fruto do seu trabalho de pesquisa e das observações que realizou, para atender exigência de instrução processual e no interesse da administração tributária. O responsável pelo julgamento, pela decisão, no âmbito administrativo, será sempre o órgão julgador, acatando ou não o parecer da diligência, que individualizará o direito de cada parte.

Diante de tais pressupostos, os autos foram encaminhados para Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF a fim de diligenciar acerca dos fatos controversos. O Parecer ASTEC 018/2006, assinado pela Auditora Alexandrina Natália Bispo dos Santos, foi exarado com apreciação das razões defensivas acerca das questões inerentes a inversão do Código Fiscal das Operações; das omissões de mercadorias que gozam de benefício da redução de base de cálculo; das retificações nos arquivos magnéticos e sobre a autenticidade do livro Registro de Inventário, concluindo que não se verificou o descumprimento aos requisitos do art. 317 do RICMS/BA, vigente à época da ação fiscal. Explicou ainda a diligente que os preços médios que utilizou para apurar a base de cálculo do imposto, são os mesmos utilizados pelo Autuante em seu levantamento fiscal. O que foi confirmado do confronto entre valores de preços médios utilizados na diligência fls.701/710, com aqueles consignados na planilha fls. 125/144 (levantamento fiscal).

Ao final, ajustados os demonstrativos de debito (fls. 710/710), foi encontrada base de cálculo no valor de R\$76.292,58 e ICMS a recolher de R\$12.969,74.

Diante do inconformismo do Auditor Fiscal em Face ao Parecer da ASTEC, retro aludido (confirmado no novo Parecer nº 0125/2013, fls. 1223/1225), tendo em vista que a diligente, lotada na ASTEC, mas que à época, na qualidade de suplente, participava de julgamentos das Juntas, inclusive da junta que determinou a diligência em apreço, a Primeira Junta de julgamento determinou a renovação da diligência por outro Auditor da ASTEC.

Exarado o Parecer ASTEC nº 080/2015 (fls. 1261/1264 – volume IV) da lavra do Auditor Fiscal Luiz Alberto Amaral de Oliveira. O diligente empreendeu uma análise do processo, promoveu as alterações pertinentes, diante dos documentos e provas constantes dos autos, refez o somatório da equação do levantamento quantitativo de estoques. Consigna em seu relatório que alterou as informações que apresentavam incompatibilidade com a documentação referida, criando uma coluna com “COMENTÁRIOS / JUSTIFICATIVAS REFERENTES ÀS ALTERAÇÕES”, além da indicação dos documentos fiscais que foram incluídos no levantamento quantitativo. Diz ainda o membro da ASTEC que o benefício fiscal da redução da base de cálculo não se aplica nas situações em que a saída das mercadorias estiver desacompanhada do documento fiscal pertinente, com base no Parágrafo único do art. 13 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Ao final das investigações, restaram apuradas omissões de saídas de R\$101.487,53 e ICMS a recolher no valor de R\$17.252,88 (planilha DVD, fl. 1303).

Em derradeira diligência de revisão e através do Parecer ASTEC nº 0061/16 (fls. 1339/1342 – volume IV), tendo em vista um novo questionamento do autuado (mídia CD, fl. 1323), de que algumas das suas notas fiscais apresentavam divergências em relação ao levantamento do diligente. Após o novo confronto com cópias dos respectivos documentos fiscais, e detectado o acerto parcial nas alegações do contribuinte autuado, o valor da omissão de saídas foi reduzido para R\$77.324,38 e ICMS a pagar de R\$13.145,15, conforme planilha “DILIGÊNCIA”, do arquivo “DEMONSTRATIVO DA DILIGÊNCIA – JULHO-2016”, (mídia CD, fl. 1343).

Posto isso, acato integralmente o definitivo Parecer da ASTEC nº 0061/16 (fls. 1339/1342), elaborado pelo Auditor Fiscal Luiz Alberto Amaral de Oliveira, porque traduz a realidade dos fatos, extenuadamente relatados e discutidos, nos presentes autos, implicando exigência de R\$13.145,15, devendo ser homologadas as importâncias já recolhidas.

O Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$13.145,15

É assim que voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0006/10-3**, lavrado contra **TERWAL MÁQUINAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.145,15**, acrescido da multa 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR