

**A. I. N°** - 298943.0102/04-6  
**AUTUADO** - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA  
**AUTUANTES** - ROBERTO FREITAS BARRETO e MARCÍLIO JOSÉ AMORIM DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP - DAT/METRO  
**INTERNET** - 16/03/06

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0066-03/06

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Diligência fiscal não constatou as alegações de que não foram computadas no levantamento fiscal as transferências de produtos, e que se trata de produtos distintos. Não acolhida a arguição de decadência. Infração não elidida. 2. LIVROS FISCAIS. CONTROLE DA PRODUÇÃO E ESTOQUES. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa fixa. Infração não impugnada. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA AO FISCO EM DESCONFORMIDADE COM O FORMATO DEFINIDO NO SINTEGRA. MULTA. Infração não defendida. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 30/12/04 e exige ICMS de R\$66.474,78, acrescido de multa de 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$129,71, referente às seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - R\$66.474,78.
02. Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte não apresentou o livro Registro de Controle da Produção e Estoques referente ao exercício de 1999, tendo sido aplicada multa fixa - R\$90,00.
03. Descumpriu obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte apresentou as informações do Sintegra referente a movimentação do exercício de 1999, com o registro das saídas em desconformidade com o formato definido no SINTEGRA (Convênio 57/95), sendo aplicada multa de uma UPF - R\$39,71.

O autuado, através de seu representante legalmente constituído (fl. 342) em sua impugnação (fls. 325 a 338), inicialmente discorreu sobre a autuação e diz que mesmo não reconhecendo as infrações 2 e 3, por uma questão da relação custo/benefício, providenciou o pagamento das mesmas, conforme fotocópias dos DAEs às fls. 367 e 368.

Preliminarmente, afirma que a faculdade da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 1999, decaiu nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), que transcreveu à fl. 327. Diz que sendo o lançamento do ICMS pela modalidade de “homologação”, o prazo de cinco anos começa a contar a partir da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovado dolo, simulação ou fraude, o que não ocorreu no presente caso.

Cita o pensamento do professor Marcos Diniz de Santi, acerca da Prescrição e Decadência, e transcreve as ementas dos Acórdãos JJF 0489/97 e CJF 1740/00, para reforçar o seu entendimento.

No mérito, se vencida a preliminar de nulidade arguida, diz que a acusação não pode prosperar, tendo em vista que na elaboração dos demonstrativos de movimentação dos estoques, a fiscalização considerou os diversos nomes comerciais atribuídos ao mesmo produto, como produtos distintos, o que não condiz com a realidade dos fatos. Diz que “trata-se de um mesmo produto com diversos nomes, todos estes com a mesma composição química e classificação fiscal junto à NCM”, a exemplo de Argônio (gênero), que tem o nome comercial para atender aos laboratórios químicos (Argônio N50) e outro para atender as oficinas (Argonio solda).

Alega que na comercialização dos produtos adota os seguintes procedimentos:

- a) as notas fiscais emitidas e escrituradas nos livros fiscais utilizam os nomes comerciais dos produtos, assim como a aquisição do produto para revenda;
- b) o estoque leva em conta o nome comercial. Quando modificar o nome comercial de uma determinada quantidade, é transferido de um código (Argonio 50) para outro (Argonio Solda), que possuem a mesma substância química;

Diz que no levantamento fiscal feito pela fiscalização, não foram consideradas as transferências, por considerar cada nome comercial de um mesmo produto, o que “não representa a real movimentação de estoque”, e que acarretou a distorção apresentada na planilha dos autuantes, nas quais foram apuradas omissões de entrada e de saída.

Para tentar provar suas alegações, juntou às fls. 359 e 360, planilhas que demonstram a movimentação dos produtos. Alega que o ICMS incide sobre a circulação de mercadorias e que na situação presente, o Fisco está exigindo imposto a título de presunção, sem apresentar qualquer prova efetiva de que ocorreu o fato gerador do imposto, o que no seu entendimento é vedado nos termos do art. 150, I da CF88. Transcreveu às fls. 332 a 334, o pensamento dos doutrinadores Celso Antonio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, Alberto Xavier, sobre a figura jurídica das presunções e conclui que a acusação contida no Auto de Infração, está fundamentada em suposições, sem provas concretas, o que não é legal.

Ressalta que a Taxa SELIC foi criada pelo Banco Central, para ser utilizada como parâmetro de ajustar os financiamentos diários apurados pelo Sistema Especial de Liquidação e Custódia, e não pode ser utilizada para atualizar débitos tributários, conforme dispõe o art. 161 do CTN e 150, I da CF88. Cita o entendimento do Ministro do STJ, Domingos Franciulli Netto sobre a inconstitucionalidade da utilização da Taxa SELIC para fins tributários.

Acrescenta que, conforme disposto no art. 161 do CTN, se a lei não dispuser de modo diversos, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês e no seu entendimento, se não existe lei ordinária que criou a taxa SELIC, os juros de mora deviam ser calculados à alíquota de 1% ao mês, expurgando-se do lançamento à taxa SELIC.

Por fim, com base no que foi exposto, requer o acolhimento da tese de que o crédito tributário entrou em decadência e se não acolhida, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, tendo em vista que, jamais ocorreu omissão de entradas ou de saída de mercadorias e sim uma mera presunção da fiscalização.

Requer, que seja refeita a movimentação dos estoques com a consolidação de produtos por gênero, incluindo toda movimentação dos estoques e todos os nomes comerciais dos produtos, inclusive transferências.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 371 e 372, inicialmente rebatem que não pode ser acatada a alegação defensiva de que ocorreu decadência do crédito tributário, tendo em vista que o fato gerador ocorrido em 1999, foi exigido por meio de Auto de Infração no exercício de 2004, ou seja, dentro do quinquênio previsto na legislação, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da irregularidade apontada.

Afirmam que não procede a alegação defensiva de que a fiscalização partiu de premissas incorretas ao considerar os diversos nomes comerciais do produto (argônio), porque não condiz com a realidade. Dizem que o levantamento fiscal foi feito por espécie de mercadorias e não seria razoável misturar sob um mesmo gênero produtos com aplicações diferentes, e com preços distintos. Ressaltam que os gases produzidos pelo autuado possuem aplicação industrial até hospitalar, e são engarrafados com recipientes diferenciados.

Alegam que se o estabelecimento autuado utiliza um mesmo produto, desdobrando em outros, deveria escriturar o livro de Registro Controle da Produção e Estoque e apresentá-lo à fiscalização, o que não foi feito. Salientam que o inventário registra o estoque por espécie e não por gênero, como quer o autuado.

Quanto à utilização da Taxa Selic, afirmam que “este índice vem sendo usado para atualização de débitos tributários” e não deve prosperar o argumento defensivo para declarar sua ilegalidade.

Por fim, pedem a procedência da autuação.

Esta JJF, aprovou a proposta de diligência à ASTEC, para:

- a) - informar se os produtos elencados no levantamento de estoques possuem a mesma composição química e mesmo tipo de engarrafamento;
- b) - esclarecer qual a destinação e embalagem de cada produto;
- c) - informar como é feito o controle da produção e do estoque;
- d) - ver a possibilidade de reunir os produtos por gênero.

O diligente, no parecer ASTEC de nº 136/05, disse que para cumprir o solicitado, intimou o contribuinte para prestar as informações, conforme acima exposto, tendo o autuado juntado às fls. 397 a 464 diversos documentos para responder a quesitação formulada e que da análise dos documentos chegou às seguintes conclusões:

- 1) que a escrituração é feita por código específico por produto (notas fiscais, inventários, etc);
- 2) quanto a possibilidade de reunir os produtos por gênero: informou que não encontrou nenhum documento contábil que comprove as transferências de estoques indicadas nos demonstrativos juntados à defesa pelo autuado. O autuado, mesmo intimado, não apresentou o livro de Registro Controle da Produção e Estoque, para respaldar a movimentação alegada;

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal (fl. 471) e concedeu prazo de dez dias para manifestar-se, caso quisesse.

O autuado, manifestou-se às fls. 473 a 474 e disse que:

Preliminarmente, comenta os argumentos do parecerista e ressalta que não foi objeto do parecer a informação contida na ementa sobre o Sintegra.

Argumenta que as conclusões não podem prosperar, tendo em vista que o “fato da intimada efetuar os seus registros contábeis e fiscais considerando códigos específicos para cada produto, não

implica dizer que tratam-se de produtos distintos, e portanto, não devem ser considerados para fins de levantamento físico de estoques”, como pretende a fiscalização.

Afirma que apesar dos produtos apresentarem códigos específicos para atender a exigências do mercado, os produtos possuem a mesma composição química e classificação fiscal e no seu entendimento deve ser considerado por gênero, para fins de levantamento fiscal.

Requer então, que seja acolhida a presente manifestação sobre o parecer ASTEC 136/05.

Os autuantes foram cientificados da manifestação do autuado (fl. 477), mas não se manifestaram.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, em relação à infração 1, sob o argumento de que o crédito tributário ora exigido decaiu, tendo em vista que se reportam a fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 1999, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, que prevê o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada tendo em vista que o lançamento fiscal foi realizado em 30/12/04, com ciência do autuado na mesma data.

O art. 173, I do CTN, incorporado ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

*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.*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 1999, ou seja, os fatos geradores que ocorreram entre o período de 01/01/99 a 31/12/99, só operariam a decadência se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/05.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão de três infrações: falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias; falta da apresentação de Livro Fiscal, quando regularmente intimado e descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS.

O autuado, juntou com a defesa o comprovante do pagamento das infrações 2 e 3. Portanto, devem ser mantidas, com a homologação dos valores já recolhidos.

Em relação à primeira infração, o autuado alegou que na elaboração dos demonstrativos de movimentação dos estoques, a fiscalização considerou produtos distintos, um produto com diversos nomes, a exemplo de Argônio (gênero), que tem o nome comercial para atender aos laboratórios químicos (Argônio N50) e outro para atender as oficinas (Argonio solda).

Alegou também, que no levantamento fiscal feito pela fiscalização, não foram consideradas as transferências, o que acarretou a distorção apresentada na planilha dos autuantes, conforme planilha juntada com a defesa às fls. 359 a 360.

Em relação à primeira alegação, por determinação desta JJF, o diligente intimou o autuado para apresentar comprovações do que foi alegado, não tendo o autuado apresentado as devidas comprovações, emitiu parecer ASTEC de nº 136/05, no qual afirmou que a escrituração do estabelecimento autuado é feita por código específico por produto (notas fiscais, inventários, etc). Pelo exposto, não pode ser acatada a alegação defensiva de que se trata de produtos com diversos

nomes e que se trata do mesmo produto, tendo em vista que, os documentos fiscais e a escrituração do contribuinte demonstram que a movimentação dos estoques é feita por espécie de produto.

Verifico que no demonstrativo sintético juntado pelos autuantes às fls. 30 a 33, foram identificados os produtos por código, a exemplo do produto Argônio N 50 UP 10 M3, que apresenta código 1029 e que na nota fiscal de nº 46.421 (fl. 420) é indicado o mesmo código correspondente ao levantamento fiscal. Constató também, que no levantamento fiscal, além da identificação de código por espécie, foram indicados preços médios por m3 distintos para o produto Argônio em composição líquida e gasosa, que variam de R\$0,97 a R\$20,24, o que denota não se tratar de um mesmo produto, conforme foi ressaltado pelos autuantes na sua informação fiscal; que não seria razoável misturar sob um mesmo gênero produtos com aplicações diferentes, e com preços distintos, de aplicação industrial a hospitalar, engarrafados com recipientes diferenciados. Entendo que o levantamento fiscal, tendo sido feito por espécie de mercadorias com base nos documentos e livros fiscais do próprio autuado, caberia a ele indicar quais as quantidades foram indicadas de forma errada nos referidos demonstrativos e juntar ao processo os documentos comprobatórios. Como isso não ocorreu, implica em simples negativa de cometimento da infração e não faz prova do alegado.

Quanto à alegação defensiva de que a fiscalização não considerou as transferências efetuadas, o autuado juntou às fls. 359 e 360, um demonstrativo no qual indicou na sexta coluna, diversas quantidades a título de “transferências”, o que zerou praticamente as omissões de saídas apontadas no levantamento fiscal. Diligência fiscal realizada pela ASTEC, constatou que não encontrou nenhum documento contábil que comprovasse as transferências de estoques indicadas nos demonstrativos juntados à defesa pelo autuado. Assim sendo, não ficou comprovado nos autos, com base na escrituração do autuado e dos documentos fiscais, a alegação defensiva de que ocorreram transferências de um produto com um nome para outro. Ademais, o autuado foi intimado pelo diligente e não apresentou o livro de Registro Controle da Produção e Estoque, para provar o alegado. Portanto, concluo, que o demonstrativo juntado pelo autuado às fls. 359 e 360, não faz prova da alegação que ocorreram transferências entre produtos.

Quanto à argumentação defensiva de que não pode ser aplicada a Taxa SELIC, para fins tributários, observo que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista nos art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Portanto é legal a sua aplicação, e em relação ao argumento defensivo de que não é constitucional, sendo prevista da legislação do Estado, este órgão julgador não pode declarar a sua inconstitucionalidade nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298943.0102/04-6**, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.474,78**, e dos acréscimos moratórios, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III da Lei n.º 7.014/96, além de multa de **R\$129,71**, previstas no art. 42, XX, "a" e XXII da citada Lei, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA