

A. I. Nº - 279127.0019/10-2
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S/A.
AUTUANTE - KATIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 30/07/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-05/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** 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. Acolhida parcialmente as arguições defensivas. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente caracterizada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Acolhidas parcialmente as arguições defensivas. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS EFETUADAS PELO CONSUMIDOR FINAL SEM COMPROVAÇÃO. Infração caracterizada, não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2010, reclama ICMS no total de R\$761.812,11, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto relativa omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor Histórico: R\$607.146,40 – Multa de 70%;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - 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. Valor Histórico: R\$151.802,90 – Multa de 70%;

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação. Valor Histórico: R\$2.862,81 – Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 34 a 61, dos autos. De início alega que o entendimento da fiscalização é equivocado, pois o mesmo não contabilizou a entrada de mercadorias e que efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de operações de saídas de outras mercadorias também não contabilizadas no mesmo exercício deixando de recolher valores a título de ICMS provenientes da movimentação comercial. Todavia, explica que ocorreu de fato a fiscalização se baseou em arquivos magnéticos SINTEGRA, detectando supostas incompatibilidades no seu preenchimento, basicamente pela razão que a impugnante registrou diversas entradas usando a unidade denominada “grade” composta por diversas “peças” as quais são relacionadas nas saídas, gerando a distorção sobre a qual está calcado o presente Auto de Infração.

Explica que, conforme consta da Intimação Fiscal entregue a impugnante em 13/10/2010, a qual deu início à apuração, foram requeridos pela mesma os seguintes documentos fiscais: “*Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro Apuração de ICMS; Livro Registro de Ocorrências; Livro Registro de Inventário, Arquivo Magnético com os Registros, Livros Fiscais em SEPD e finalmente os Arquivos Magnéticos (Reg. 54, 60R, 74 e 75)*”. A totalidade dos arquivos fiscais requeridos, físicos e digitalizados, foi arrecadada pela agente fiscal, o que não consta da autuação qualquer repreensão quanto a não entrega da documentação solicitada, ou seja, a Sra. Agente Fiscal possuía meios de verificar que todos os itens que deram entrada no estoque da impugnante foram lançados, inventariados e o ICMS devido pela circulação desses itens, recolhido integralmente e pontualmente. Porém, diante da facilidade de apuração pelo SINTEGRA, foi este o caminho adotado para o levantamento fiscal aqui guerreado, mesmo que este resulte em entendimento incorreto e injusto como será demonstrado em tópico próprio.

Afirma que a contaminação fiscal é toda apuração, pois apesar de requerer a apresentação (e arrecadar para sua apuração fiscal) o Arquivo Magnético 74, que contém os bens que compõem o inventário da loja fiscalizada, não considerou o material estocado que apesar de não vendido até o final do ano fiscal, permaneceu nos estoques da empresa, desconsiderando ainda o estoque inicial da loja impugnante quando iniciou suas atividades no ano de 2006. Assim, os bens que estão relacionados no inventário do ano exercício anterior, surgem no levantamento fiscal como omissão de entrada para o ano seguinte.

Destaca ainda e ataca que, na apuração fiscal, todas as vendas aparecem tributadas na saída pela alíquota de 17% (dezessete por cento). Ou seja, não foram levadas em consideração as mercadorias que tem ICMS na forma de substituição tributária.

Alega de forma sintética na explanação de fatos, será devidamente destrinchada nas alegações de mérito e comprovada por competente levantamento da auditoria externa Mendes Brasil Consultoria Ltda., empresa contratada pela impugnante para confrontar a apuração fiscal aqui guerreada, a qual a impugnante requer prazo de 10 dias para protocolar.

Por fim, destaca que o fisco entregou no mesmo dia em que notificou a impugnante um requerimento de regularização de “*inconsistências relativas à apuração do ICMS*” sem o timbre da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e sem data. Independente de não ser este o momento oportuno de apresentar um requerimento com esse teor – e ressalte-se que não é - se trata de documento totalmente inepto para o fim que intentava se destinar, feito as pressas em arquivo “WORD” de qualquer computador caseiro, abalando de vez toda a seriedade do procedimento fiscal.

Pontua que a fiscalização cometeu outra irregularidade ao notificar o representante da impugnante, no caso o gerente da loja, pois a notificação só ocorreu no dia 03/01/2011 e a Ente Fiscal se aproveitou de um inoportuno acesso de ingenuidade do funcionário que aceitou que ela datasse a ciência em data anterior: 31/10/2010. Portanto, manipulou a data da autuação de encontro ao seu interesse pessoal, em franco prejuízo ao prazo da impugnante. Assim, por qualquer ângulo

que se analise a presente lavratura, a mesma carece de integridade formal pela maneira atabalhoada e frágil que foi realizada a apuração, devendo ser revisada e anulada por esta I. Autoridade Administrativa.

Acrescenta que, além das incongruências que contaminam a presente autuação, o valor do imposto em tela devido pela saída de mercadorias comercializadas foi recolhido integralmente ao erário público estadual, não havendo diferença a ser depositada e que deve prevalecer acima de qualquer erro material de lançamento e/ou apuração, o que tributo recolhido no valor e na data de vencimento é obrigação fiscal extinta. Portanto, a impugnante mesmo tendo realizado o recolhimento do ICMS do período fiscalizado de forma pontual e integral, está aqui sendo injustamente punida.

Explica que no documento inominado, sem timbre, nem data, entregue pela Sra. Agente Fiscal, existem expressamente os seguintes comandos: “*solicito que sejam regularizadas*”; “*realizar as correções*”; “*analisar e informar qual dos códigos é correto*”; “*retificar a conta corrente*”; “*verificar o sistema de apuração*”.

Observa que são todos comandos futuros. Pior, o documento é encerrado no seguinte termo: “*Lembro ainda, que as inconsistências enviadas nos relatórios anteriores também deverão ser regularizadas*”, sendo que nenhum outro relatório havia sido entregue a impugnante até então, pois o objetivo da Sra. Fiscal em entregar um papel sem timbre nem data, no mesmo dia em que notifica a empresa impugnante para pagar ou impugnar o presente Auto de Infração só pode ser o de mascarar procedimento que deveria ter observado previamente e não o fez, tentando assim corrigir sua imperfeição no “apagar das luzes”.

Disse que não se espera outra atitude desta I. Autoridade Administrativa senão a de corrigir o erro material aqui cometido, diante da inobservância dos procedimentos fiscais mais básicos aqui presentes, anulando desta forma seu valor documental, o que por óbvio contaminará todo o procedimento fiscal, principalmente pela inaceitável ausência de papel timbrado desta Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, e também ausência da data em que foi redigido e entregue.

Com efeito, *anulação* é a providência, da Administração ou do Judiciário, para que se retire do mundo jurídico ato administrativo ilegal, ao passo que a *revogação* também é modalidade de desfazimento do ato administrativo, mas não por motivo de ilegalidade, e sim por motivo de inoportunidade ou inconveniência, que é o que está ocorrendo na presente autuação diante dos equívocos presentes na apuração fiscal a qual desconsiderou a divergência entre entrada de “grades” e saídas de “peças”; apresentação de inventários com os estoques da impugnante (arquivo magnético 74) e as mercadorias com ICMS sob o regime de substituição tributária. Portanto, considerando que a revogação de atos administrativos só é possível quando resultem do exercício de poderes discricionários e que a atividade administrativa desta I. Autoridade Fiscal é vinculada, conclui-se que, a mesma tem o dever de revogar o presente Auto de Infração.

Suscita ainda quanto à Ação Fiscalizadora, pois afirma que há necessidade de examinarmos os conceitos básicos da ação fiscalizadora tributária, haja vista a quantidade de vícios que permeiam a atuação do Ente Fiscal na apuração em apreço, com o objetivo maior da ação fiscalizatória não é simplesmente autuar. Sua busca é verificar se houve ou não, na atividade do contribuinte examinado, pleno cumprimento, por este, de suas obrigações principais e acessórias, como sujeito passivo de uma relação jurídico-tributária, na qual é sujeito ativo o poder tributante.

Portanto, complementa, mister se faz revigorar que o tributo que está sendo aqui cobrado foi devidamente recolhido, não podendo ser premiada a atuação da Sra. Agente Fiscal que apurou supostos débitos baseada exclusivamente nos arquivos eletrônicos SINTEGRA, mesmo assim desconsiderando o inventário de estoque da empresa impugnante em erro crasso, e por fim entregando ao representante da impugnante documento sem timbre nem data ao mesmo tempo em que manipulava a data da notificação a seu favor.

Constata-se, portanto, alega o autuado, que a administração pública deve atuar e proferir seus atos em absoluta consonância com as normas legais, sempre da melhor forma, a fim de beneficiar os indivíduos por ela administrados. Estes devem a obrigação de bem estar e cidadania. Essa disposição não contempla a entrega tardia de uma requisição com comandos futuros, impressa em uma folha de papel sulfite sem timbre nem data.

Além disso, continua, a total desconsideração dos Livros impressos fornecidos pela empresa e a inobservância do inventário apresentado no arquivo magnético 74, demonstram que não há no Auto de Infração prova alguma de infração fiscal que teria sido praticada pela impugnante.

Ressalta que, em caso semelhante o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo julgou procedente recurso de contribuinte, anulando o Auto de Infração por insubsistência face ausência de provas do fisco na constituição crédito tributário (Proc. DRT -12 nº 11/90, julgado em sessão da Sétima Câmara Especial, de 31.03.93 - Rel. Armando Sérgio Frontini).

Destaca que a nulidade do auto é cristalina tornando consequentemente inexigível o crédito tributário dele decorrente, pois, a impugnante mesmo tendo realizado o recolhimento integral do imposto em tela devido pela saída de mercadorias comercializadas, sem as supostas omissões apuradas, não havendo diferença a ser depositada, está aqui sendo injustamente autuada por ter se creditado do ICMS efetivamente pago, motivo pelo qual requer seja o mesmo declarado nulo.

Não obstante as alegações preliminares, afirma que por si já bastam para anular o presente Auto de Infração, no mérito, passa a argumentar.

Alega, quanto ao integral recolhimento do ICMS e o equivocado parâmetro utilizado na presente apuração fiscal e discute que busca a improcedência do Auto de Infração em apreço, revigorando a questão de que o tributo pleiteado pelo Fisco Estadual via autuação com imposição de multa de mora e juros, foi recolhido pontualmente e de forma integral de acordo com os preceitos do RICMS e da previsão Constitucional, ou seja, foi recolhido conforme sua fonte de custeio: a circulação de mercadorias.

Esclarece que as omissões apuradas foram apenas com base nos arquivos do SINTEGRA, o que ocorreu de fato e acabou por induzir a Agente Fiscal erroneamente a lavrar o presente Auto de Infração foi como acima comentado, que a mesma deixou de analisar os Livros Registro de Entrada, de Saída, de Apuração de ICMS, de Ocorrências, de Inventário onde consta indubitavelmente todo o movimento comercial realizado pela impugnante no período fiscalizado, detectando supostas incompatibilidades no seu preenchimento, basicamente pela razão que a impugnante registrou diversas entradas usando a unidade denominada “grade” composta por diversas “peças” as quais são relacionadas nas saídas, gerando a distorção sobre a qual está calcado o presente Auto de Infração.

Exemplifica que no registro de entrada de mercadorias, neste período fiscalizado, ocorreu que alguns itens foram apontados pela impugnante como “uma” unidade, quando na verdade essa entrada única se referia a uma “grade” contendo, por exemplo, 30 “peças”. Como a impugnante se destina exclusivamente a comercializar seus produtos diretamente no varejo, a saída é lançada sempre “peça” a “peça”.

Portanto, as mercadorias não foram lançadas no registro de saída da mesma forma, ou melhor, na mesma quantidade como foi lançada no registro de entrada, isso porque não saiu a “grade” toda de uma só vez, e é essa disparidade na quantidade de mercadorias que delimita o objeto da presente demanda administrativa.

Seguindo este mesmo exemplo teríamos a seguinte situação: no registro de entrada foi lançada uma unidade, e no de saída essa unidade se transformaria em 30 (trinta) unidades, pois foi este tratamento conferido pela fiscalização estadual às unidades de “peças” e “grades” como se similares fossem que acabou por gerar a idéia equivocada da existência de um débito nos levantamentos fiscais, ocasionando em apontamento de diferenças entre os montantes relativos às notas fiscais de entrada e os registros dessas entradas nos arquivos SINTEGRA.

Disse que não é difícil de prever que, ao usar essa metodologia robótica, e de raciocínio simplista, a Sra. Fiscal ao considerar em seu trabalho diferentes unidades de quantificação - “peça” e “grade” – como se fossem uma mesma unidade, chegou a inevitáveis diferenças de identificação do volume de entradas e saídas de mercadorias, mas esta diferença só existe nos arquivos eletrônicos! É totalmente irreal, ou melhor, virtual. De concreto, a quantidade de mercadoria que deu entrada no estoque da impugnante foi registrada, e toda a mercadoria que circulou no varejo, ou seja, saiu e gerou a fonte de custeio para o recolhimento do ICMS, foi integralmente depositada.

Para dar o conforto necessário a esta I. Autoridade Fiscal em chegar no justo deslinde do feito, a impugnante contratou uma renomada empresa de Consultoria – Mendes Brasil Consultoria Ltda. – para reproduzir o mesmo levantamento fiscal do período em tela, visando demonstrar numericamente a tese aqui sustentada, conforme se depreende do irrepreensível trabalho, o qual a impugnante requer prazo de 10 (dez) dias para juntar a integra do levantamento a presente impugnação, a Sra. Fiscal simplesmente pegou a quantidade de determinada mercadoria lançada no registro de entrada e comparou com a quantidade que aparece registrada na saída. Quando encontrava qualquer divergência nas quantidades, considerava omissão de entrada e lançava na planilha demonstrativa de débito do presente Auto de Infração.

Assegura que nesta tabela pode ser visualizado, em pequena amostragem do trabalho realizado pela consultoria, o que estamos alegando. Verifica-se claramente que, a título de exemplo, no primeiro item da tabela temos um “*Kit meia 6x1 BM, BR001*” lançada na entrada como 02 “grades”, e no registro de saída aparecem 203 “peças”. E em todos os demais itens da tabela ocorrem situações idênticas. E foi dessa forma, desconsiderando por completo que na entrada foi registrada uma “grade” equivalente a “n peças”, que a apuração fiscal foi conduzida.

Destaca também que, a malfadada apuração fiscal não levou em consideração o saldo final de cada exercício que constava no inventário (registro 74), gerando mais distorções nas quantidades de itens. Outro aspecto relevante se descortina observando que no demonstrativo do débito da presente autuação foi padronizada a alíquota de 17% (dezessete por cento) para todas as mercadorias.

Aponta que dentro das mercadorias comercializadas pela impugnante, diversas são tributadas pelo regime de Substituição Tributária, o que não foi observado na apuração aqui guerreada, comprovando mais uma vez que o resultado apurado é falho. Portanto, o Auto de Infração em apreço é totalmente ilíquido e consequentemente inexigível diante da imensidão de erros na condução dos trabalhos por parte do Ente Fiscal, devendo ser anulado para que novo trabalho seja realizado, pois, calcada nessa errática sistemática, a fiscalização encerrou seus trabalhos, lavrando o guerreado Auto de Infração em franca injustiça fiscal.

Complementa afirmando que este posicionamento controverso entre os registros do lançamento de entrada e de saída, somada a desconsideração dos inventários de cada exercício e das alíquotas diferenciadas do ICMS dos produtos sob o regime de substituição tributária, não pode ser perpetuado por está I. Autoridade Fiscal, pois resultou na injusta autuação da ora impugnante, já que inexiste o não recolhimento do imposto aqui apontado.

Alude que, conforme consta da Intimação Fiscal entregue a impugnante em 13 de outubro de 2010, a qual deu início à apuração, foi requerida pela mesma os seguintes documentos fiscais: “*Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro Apuração de ICMS; Livro Registro de Ocorrências; Livro Registro de Inventário, Arquivo Magnético com os Registros, Livros Fiscais em SEPD e finalmente os Arquivos Magnéticos (Reg. 54, 60R, 74 e 75)*”.

Segundo a autuada, essa totalidade de arquivos fiscais requeridos, físicos e digitalizados, que foi arrecadada pela Sra. Agente Fiscal, deveria compor o material de apuração, sendo considerado cada documento com a devida importância. Todos os documentos deveriam ter sido levados em conta para que se chegassem ao arbítrio fiscal. Não só o SINTEGRA. Ou seja, a Sra. Agente Fiscal possuía meios de verificar que todos os itens que deram entrada no estoque da impugnante foram

lançados, inventariados e o ICMS devido pela circulação desses itens, recolhido integralmente e pontualmente.

Entende que diante da facilidade de apuração pelo SINTEGRA, foi este o caminho adotado para o levantamento fiscal aqui guerreado, mesmo sendo previsível o quanto este modo operante poderia resultar em entendimento incorreto e injusto. A própria legislação do Estado da Bahia prevê a necessidade da adequação da postura fiscal, frente a possíveis divergências nos lançamentos fiscais de entrada e saída.

Alega que como foram efetuadas unificações das movimentações, convergindo-as para um código apenas, e consequentemente apurado novo saldo no fim de cada exercício fiscal, a legislação estadual prevê a necessidade de se observar essas possíveis denominações diferentes entre os registros de entrada e de saída para evitar injustiças fiscais. Conforme a Portaria 445 de 10 de agosto de 1998 da Secretaria de Estado da Bahia que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

No Auto de Infração guerreado, segundo o impugnante, a Agente Fiscal não observou as expressas determinações de zelo profissional contidas da Portaria nº 445/98. Primeiro porque não considerou o estoque inicial da impugnante a qual começou suas atividades no ano de 2006, ou seja, o primeiro ano objeto da apuração fiscal. Os demais inventários entregues no arquivo magnético 74, também não foram computados pela Agente Fiscal, o que comprometeu todo o trabalho. E segundo porque não observou que as omissões que alega existir de fato não ocorreram, pois a divergência entre as quantidades de entrada e saída se trata de simples questão de nomenclatura e quantificação no registro fiscal, pois as entradas das mercadorias como “grade” e as saídas como “peças” unitárias, que ganharam um subcódigo no procedimento, deram uma falsa impressão de omissão.

Em relação aos inventários, aduz que estes foram enviados a Sra. Agente Fiscal, separadamente, os com os saldos finais (registro 74) de cada exercício. Pode ser observado pela amostragem que consta da tabela abaixo que as codificações de produtos estavam com formatações diferentes àquelas apresentadas nos registros, o que deve ter gerado a falsa impressão das omissões que embasam a presente autuação.

Nota que os códigos de produtos estavam preenchidos com zeros à esquerda, o que provavelmente deve ter causado a equivocada conclusão de omissão. Porém, o cuidado em apurar a realidade fiscal era dever de ofício da Sra. Agente Estadual, diante da previsão contida no texto da Portaria acima: “(...) *as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.*”

Conclui que, por qualquer prisma que se analise o procedimento fiscal aqui guerreado, o mesmo está eivado de vícios que comprometem sua integridade, devendo o presente Auto de Infração ser anulado por esta I. Autoridade Fiscal, para que seja realizada nova apuração fiscal com os cuidados devidos a um justo arbítrio.

Alega, quanto aos acréscimos e multa de mora, não bastasse todo o exposto na explanação de mérito, os acréscimos que compõe o valor do ICMS creditado pela impugnante, originário das aquisições de bens destinados ao ativo permanente, são excessivas. Há muito o Colendo Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de inexistir a possibilidade da cobrança de multas exorbitantes como esta em apreço.

Verificou que o presente Auto de Infração, foi aplicado a título de penalidade um percentual absurdo e inaceitável que ao final representa no acréscimo de 70% (setenta por cento) sobre o tributo supostamente devido, sendo que o percentual no patamar de 70% sobre o valor do pretenso tributo configura-se num verdadeiro abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu

montante é excessivo e despropositado. O percentual aplicado a título de multa punitiva sobre o valor supostamente devido é totalmente absurdo, uma vez que se deixou de ser levada em consideração a natureza tributária dessa multa e seu conseqüente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o resarcimento. Como leciona Sacha Calmon Navarro.

Observou que a multa desproporcional, além de caracterizar confisco, de tão distante do caráter educativo e punitivo que deveria ter, pode causar prejuízos irreparáveis ao mesmo e à sociedade que do seu esforço de trabalho se priva. Por esta razão, a atitude do fisco passa a constituir conduta tão merecedora de reprevação quanto à do contribuinte que deveria educar.

Entende reprovável a aplicação de pena de multa em caráter desproporcional, quando se trata da relação jurídica fisco-contribuinte, mesmo na hipótese de infração fiscal, pois a pena, mesmo que de multa, não pode abandonar sua natureza jurídica e social de punição e educativa, conjugados em proporcionalidade ao fato que lhe der causa.

Argui que a própria Constituição Federal, no capítulo “*Das Limitações ao Poder de Tributar*”, no artigo 150, inciso IV diz que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios utilizar tributo, com efeito, de confisco.

Aponta a articulação constitucional apresenta-se de fácil interpretação, se no processo hermenêutico, se fizerem valer dos princípios da integração da norma e o princípio da proporcionalidade, sem deixar de fazer-se uso das demais fontes formais de Direito que levem à interpretação do “espírito da lei”.

Argumenta que a natureza absoluta do que se afirma, reforça pela inteligência do próprio Código Tributário Nacional que, no parágrafo 3º do art. 113, assim aduz: “*Art. 113 CTN (...) Parágrafo 3º - A obrigação acessória pelo simples fato da sua inobservância converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.*”

Consigna que a legislação tributária não distingue entre a obrigação de pagar tributo daquela imposta para o pagamento de multa ou penalidade pecuniária, como se pôde constatar da análise do dispositivo do Código Tributário Nacional. Reproduz agora um outro trecho do mesmo artigo: “*Art.113. (...) Parágrafo 1º. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Parágrafo 2º. A obrigação acessória decorre da legislação e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nelas previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos.*”

Neste entendimento, segundo o impugnante, as multas e penalidades também podem ser consideradas confiscatórias, quando aplicadas por descumprimento de normas fiscais e forem exorbitantes. Esta conclusão decorre do fato de que a obrigação tributária é composta de tributo e penalidade. Ora, se a obrigação tributária abrange tributo e penalidade, esta, quando excessiva, será confiscatória, pois “*as penalidades financeiras decorrentes das relações jurídicas tributárias estão alcançadas pela vedação do confisco*”.

Portanto, conclui, a Constituição Federal, ao vedar o confisco para as espécies tributárias, também o fez com relação às penalidades, se é vedado o confisco por via da instituição de tributos, é lógico afirmar-se que não se pode fazê-lo por meio da instituição de penalidades ou multas tributárias, já que decorrentes do mesmo fenômeno jurídico – tributação.

Alinha que sendo a multa fiscal uma longa *manus* do próprio tributo, criado apenas para lhe dar efetividade, todos os princípios e vedações ao poder de tributar pertinentes ao tributo também terão incidência sobre a multa de natureza tributária, sendo que mesmo antes da atual Diz que o E. Supremo Tribunal de Justiça, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, acolheu o caráter confiscatório das multas (STF, RE nº 91.707, Relator Min. Moreira Alves, 2ª Turma, RTJ 96/1354). E após a promulgação da Constituição Federal, o E. Supremo Tribunal Federal também firmou o

posicionamento no sentido de ser confiscatória a multa, ao julgar a ADIN 551/91, R. T.J nº 138, p. 55 – DJU de 18.10.91, p. 14.558.

Afirma que a cobrança de multa como está sendo cobrado no caso presente, é absolutamente extorsiva, chegando a configurar verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte. As multas devem ter proporção com o valor do tributo exigido, sob pena de violar o direito de propriedade, a capacidade contributiva e o princípio do não-confisco, conforme entendimento do E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF 5ª Região, AC nº 160836, processo nº 9905089969/AL, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, 2ª Turma, 11/04/2000, DJ 27/10/2000).

Consigna que cabe uma análise pormenorizada do entendimento exposto pela Exma. Desembargada Federal do TRF da 3ª Região, Sallete Nascimento, em voto proferido em julgamento na Apelação Cível nº 1999.03.99.112146-0/MS, DJU em 18/04/2001. No mesmo julgamento, também refutou a imposição de multa confiscatória o Exmo. Desembargador Federal Mairan Maia, o qual o fim da economia inflacionária também gerou efeitos para os débitos fiscais, especialmente no momento atual, marcado pela estabilidade da moeda. Porém, tudo indica que somente o Fisco não enxerga tal situação. Ou seja, é imprescindível que o Fisco realize profunda análise relativamente às multas confiscatórias que estão sendo cobradas, sob pena de tornar os débitos fiscais, muitas vezes, impagáveis, acarretando inclusive no fechamento de estabelecimentos dos contribuintes. Com as terríveis consequências sociais que esses encerramentos trarão.

Na situação em tela, é flagrante o confisco, pois, como já mencionado, a fiscalização está cobrando multa de 70% (setenta por cento) do valor do principal, o que sem dúvida está obrigando o sujeito passivo a uma obrigação de caráter confiscatório, com perda de patrimônio. Desta forma, a multa nestes patamares devem ser totalmente afastadas.

Traz a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é mansa e pacífica neste sentido e determina reduzir as multas excessivas aplicadas pelo fisco (RE Nº 82.510 – SP - in RTJ 44/661; RE Nº 78.291 – SP RTJ, vol. 73, pág. 548/549; RE Nº 80.093 – SP). Com efeito, conforme se pode verificar pela remansosa jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal acima transcrita deve haver redução de multa excessiva. Nesse sentido, vale mencionar novamente a louvável doutrina do mestre Aliomar Baleeiro que, com grande capacidade de análise e agudeza de crítica, na sua obra “Direito Tributário Brasileiro” (10ª Edição, Editora Forense).

Afirma que o impugnante, cumpridora dos seus deveres para com o fisco da Fazenda do Estado de São Paulo, ressalta estar plenamente imbuída da consciência cívica e política a que alude o ilustre Professor, porém, no estrito cumprimento de seus deveres, não pode concordar de forma alguma, com a cobrança de multa excessiva e confiscatória a base de 70% (setenta por cento) do valor principal, pois tal fato não é condizente com a realidade democrática pela qual atravessa o país e, que vai de encontro aos ditames constitucionais. Para fixação de percentual razoável de multa punitiva, têm os nobres julgadores dos Tribunais Brasileiros apoiados em precedentes jurisprudenciais (Voto Des. Relatora Sallete Nascimento, AC nº 1999.03.99.112146-0, 6ª Turma, TRF 3ª R., DJU 18/04/2001). O entendimento de Sacha Calmon Navarro Coelho, brilhantemente citado pela Exma. Desembargadora Federal Sallete Nascimento no julgamento da AC nº 1999.03.99.112146-0, 6ª Turma, TRF 3ª Região, DJU 18/04/2001.

Nesse passo, a norma contida no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veta a utilização de tributo, com efeito, de confisco está sendo desrespeitada, cabendo, portanto, tanto aos Tribunais Administrativos como aos Judiciais coibir as multas exigidas de feitio confiscatório. Aliás, a multa moratória tem a mesma finalidade coercitiva dos juros de mora, estando aqui sendo aplicada em duplidade. Senão vejamos.

Impugna quanto à cobrança concomitante de multa e juros de mora - “*bis in idem*” - além da multa por infração, que nada mais é do que uma multa moratória, também está sendo cobrada no auto guerreado, juros dessa mesma natureza. Ora, tanto uma quanto a outra POSSUEM A MESMA NATUREZA JURÍDICA DE SANÇÕES RESSARCITÓRIAS, não há como se negar que está ocorrendo o

chamado *BIS IN IDEM* em decorrência da aplicação da mesma PENALIDADE por duas vezes, ou seja, pela cobrança de multa pela mora e juros pela mora que como visto possuem a natureza jurídica e função equivalentes.

Sobre esta questão, devem ser transcritos trechos elucidativos de artigo do ilustre Prof. Ives Gandra da Silva Martins apresentado no IV Simpósio Nacional de Direito Tributário no qual foi estudado o tema “Sanções Tributárias” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. SANÇÕES TRIBUTÁRIAS. in Caderno de Pesquisas Tributárias. vol. 4. 2ª tiragem. São Paulo: Resenha, 1990. pág. 276/279).

Pontua que se os juros moratórios já representam a aplicabilidade de uma sanção com fins resarcitórios para a fiscalização, não será apropriado sancionar a contribuinte novamente com uma outra penalidade com a mesma finalidade. Por possuir a mesma natureza jurídica dos juros moratórios, jamais a multa moratória aplicada sobre o total do débito tributário pode ser exigida da impugnante, tendo em vista acarretar o citado *bis in idem* contrário ao Direito e inválido perante o ordenamento jurídico brasileiro. Não é outro o entendimento do I. Desembargador Federal Andrade Martins proferido nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento nº 96.03.020951-1.

Desta forma, demonstra-se a ilegalidade da aplicação em duplicidade dos juros e da multa de mora no cálculo do crédito tributário pelo Sr. Agente Fiscal. Assim sendo, por ter as duas penalidades natureza resarcitória uma apenas deverá ser aplicada e, certamente a que menos onera o devedor.

Salienta ainda que, considerando a natureza jurídico-tributária de ambas as exações, *incidentem sobre um mesmo fato gerador*, dando ensejo à ocorrência da repelida hipótese tributária, do *BIS IN IDEM*, pois é impossível a aplicação da taxa SELIC como taxa de Juros Moratórios. Ademais, inaceitáveis os juros de mora incidentes sobre o débito autuado, pois estes são os previstos na Lei nº 6.374/89, com as alterações advindas com a promulgação da Lei nº 13.918/2009, os quais se encontram compostos com a taxa SELIC.

Diante da previsão legal para o cálculo da taxa de juros moratórios, temos que, os débitos vencidos anteriormente a publicação da referida Lei nº 13.918/2009, e pagos a partir do dia 23/12/2009 (data que entrou em vigor a citada Lei nº 13.918/2009), deverão ser calculados aplicando 1% no mês de vencimento mais a taxa SELIC acumulada a partir do dia seguinte ao mês de vencimento até o dia 22/12/2009 (vide os Comunicados DA nºs 62/2009 e 03/2010 que aprovaram as tabelas práticas para cálculo de juros de mora nos recolhimento em atraso até 13/01/2010).

Após o referido dia 22/12/2009, estão previstos ainda os seguintes acréscimos de valores a título de juros de mora: “*a) do dia 23/12/2009 até o dia 08/01/2010: a taxa de juros de mora será de 0,13% ao dia (art. 96, § 1º); b) do dia 09/01/2010 e seguintes: a taxa de juros de mora será de 0,10% ao dia (Resolução SF nº 02/2010 c/c art. 96, § 4º da Lei nº 13.918/09)*”.

Insurgiu, assim, quanto a esta forma indevida de cálculo dos juros de mora aqui acrescidos ao valor principal, com a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, pois, conforme restará demonstrado, não pode o Fisco utilizar a SELIC como taxa de juros moratórios para os créditos fiscais, devendo ser afastada do cálculo do suposto débito da empresa impugnante.

Argui que os juros podem ser de três espécies: indenizatórios; remuneratórios e moratórios. Tais espécies não se confundem, como bem explicam Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário (Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 14, pág. 11). Fica evidente que os juros moratórios, em hipótese alguma se confundem com juros remuneratórios. Assim, resta demonstrar aqui que a taxa SELIC tem característica de juros remuneratórios, e não de juros moratórios como pretende o Fisco Estadual.

Assegura que o Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC foi criado pela Circular nº 471 de 07 de novembro de 1979, a fim de dar maior agilidade e credibilidade aos negócios efetuados com Letras do Tesouro Nacional – LTN's. Já a taxa SELIC propriamente dita foi instituída pela RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL nº 1.124 de 15 de maio de 1986 que assim determinou: “*O Banco Central do Brasil, na forma do artigo 9º da Lei n. 4595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o disposto no inciso V, do artigo 11, da mencionada lei, resolveu: I – Autorizar o Banco Central do Brasil a emitir títulos de sua responsabilidade, para fins de política monetária, com as seguintes características:(...) f) rendimento: definido pela taxa média ajustada dos financiamentos apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, divulgada pelo Banco Central do Brasil, calculado sobre o valor nominal e pago no resgate do título; (...) (grifamos)*

Verifica que a taxa SELIC é calculada pela variação do rendimento de títulos públicos, sendo facultado, ainda, ao Banco Central, como instituição regulamentadora e controladora da SELIC dirigir o resultado da Taxa, alterando metas e projeções da mesma. A esta conclusão já chegou o I. Ministro Franciulli Netto do E. Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial nº 215.881.

Alude que a legislação não prevê o que seja a taxa SELIC. A Circular BACEN n. 2.868, de 04 de março de 1999 e a Circular BACEN n. 2.900, de 24 de junho de 1999, ambas no artigo 2º, § 1º. A partir da definição dada pelo Banco Central do Brasil, e aferindo a metodologia dos cálculos efetuados e sua composição, percebe-se que a Taxa SELIC é composta por juros e por um sucedâneo da correção monetária. Ou seja, são juros de natureza remuneratória. “*Ora, uma taxa que é criada por circular do Banco Central, pode ser modificada a qualquer tempo por este, e mais, visando apenas remunerar o capital investido na compra e venda de títulos públicos, não pode ser considerada taxa de juros moratórios para correção de débitos fiscais.*”

Transcreve recente decisão do MM Juiz Federal da Segunda Vara da Justiça Federal em Araçatuba que em recente decisão manifestou-se acerca da exclusão da Taxa SELIC do débito da empresa. Assevera ainda aquele Ilustre Magistrado, para concluir que fica evidenciado que os juros de mora e os juros remuneratórios são distintos, tendo em vista suas características, bem como também fica claro que em sendo a SELIC juros remuneratórios e não moratórios, como pretende o Fisco, esta não pode ser aplicada na composição do débito da impugnante, devendo ser excluída imediatamente, recalculando-se o suposto débito existente, aplicando-se os juros de mora estabelecido no artigo 161, § 1º do CTN.

Afirma que afronta ao princípio da legalidade na cobrança da Taxa SELIC. Ainda que fosse possível a cobrança de juros de mora com base na variação da taxa SELIC, o que de fato não pode ocorrer, tendo em vista que a SELIC é taxa de juros remuneratórios, não podendo ser aplicada como juros moratórios, sua cobrança é totalmente ilegal tendo em vista que referida taxa não foi criada por lei, como abaixo restará demonstrado.

Pontua que a taxa SELIC foi instituída pela Resolução do Banco Central nº 1.124/86. Portanto, toda a definição do que seja taxa SELIC e como ela é composta está concentrada em meras resoluções do Banco Central, não existindo nenhuma lei que estabeleça o que vem a ser esta Taxa e como ela é composta.

De fato, a Lei nº 9.065/95, assim estabeleceu: “*Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea “c” do parágrafo único do artigo 14 da Lei n. 8.847, de 28 de janeiro de 1994 com a redação dada pelo artigo 6º da Lei n. 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo artigo 90 da Lei n. 8.981/95, o artigo 84, inciso I, e o artigo 91, parágrafo único, alínea “a.2”, da Lei n. 8.981/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*”

Verifica que referida lei estabeleceu que os juros moratórios deveriam ser equivalentes à taxa SELIC, mas efetivamente, não criou referida taxa. O artigo 161, do Código Tributário Nacional é

muito claro ao estabelecer: “Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. § 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. (...)”.

Repete que: a SELIC foi criada e definida por resolução do Banco Central e não por Lei em sentido formal, como disciplina a Constituição Federal. Assim, a Lei nº 9.065/95 não respeitou os ditames do artigo 161 do Código Tributário Nacional, uma vez que efetivamente não criou a Taxa SELIC e sim apenas determinou sua aplicação aos débitos fiscais.

Entende, assim, que por tal motivo sua aplicação sobre o suposto débito da impugnante é ilegal. Pior, nesta situação, a cobrança de juros superiores ao *quantum* estabelecido pelo Código Tributário Nacional representa efetivamente um aumento de tributo sem lei que o autorize, o que afronta o artigo 150 da Constituição Federal de 1988 abaixo descrito: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;” (...)

Desta forma, complementa, além da cobrança da Taxa SELIC nos débitos tributários ser ilegal, também é flagrantemente inconstitucional, devendo o débito ser corrigido de acordo com o que o artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional estabelece.

Almejando ratificar o quanto exposto, transcreve-se trecho do voto do Ilustre Ministro Franciulli Netto, do E. Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, considera clara a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança da Taxa SELIC como taxa de juros. Devendo por isso ser excluída da presente autuação fiscal.

Pede total improcedência do Auto de Infração lavrado contra a Impugnante por infringir a Constituição Federal de 1988, requer seja: “I) julgado nulo o presente Auto de Infração, em razão das preliminares argüidas; II) “ad argumentadum”, na hipótese do afastamento das preliminares argüidas, seja admitida e provida a presente IMPUGNAÇÃO, apreciando o mérito, para ao final anular o presente o Auto de Infração, uma vez que restou comprovado que a impugnante realizou operação regular no registro de entrada e saída de mercadorias, não existindo omissão no procedimento contábil e fiscal, e o recolhimento do ICMS foi realizado pontualmente e integralmente; III) ainda, “ad argumentadum”, não sendo admitida a matéria de mérito, em relação aos acréscimos, requer seja reduzida a multa imposta à impugnante, seja pelo caráter confiscatório que a mesma se apresenta, seja em razão do “bis in idem”, na cobrança dos juros de mora, bem como seja afastada a Taxa SELIC pelos argumentos acima expostos, tudo por medida de verdadeira JUSTIÇA!; IV) Outrossim, requer, no presente auto, a concessão do prazo de 10 (dez) dias para a juntada do trabalho de levantamento pericial contábil realizado por consultoria externa, o qual comprovará que os valores apurados pela Fiscalização estão sendo injustamente cobrados”.

A autuante presta a informação fiscal, de fls. 1.646/1.662, aduzindo que o processo em tela é composto por duas infrações: “A primeira refere - se ao Levantamento Quantitativo de Estoques – exercício fechado - e a segunda, à cobrança do ICMS relativo à apropriação indevida de crédito nas operações realizadas pelo contribuinte. Os três primeiros valores especificados abaixo referem-se ao Levantamento de Estoques – exercícios de 2006, 2007 e 2008. O quarto lançamento diz respeito a utilização de crédito indevido – exercício de 2006”.

Nas preliminares afirma que cabe uma exposição de algumas informações relevantes sobre o decorrer do trabalho de fiscalização para em seguida, apresentar os fatos que sustentarião o pedido de julgamento pela procedência do Auto de Infração em lide.

Disse que o trabalho de fiscalização se desenvolveu ao longo do exercício de 2010. A princípio, intimou-se a empresa a apresentar os livros e documentos fiscais. Em seguida, após análise minuciosa de todo o material entregue, foram verificadas algumas inconsistências e omissões de

registros nos arquivos entregues. Foi solicitado à empresa, dando-se inclusive um prazo maior do que o prazo legal, que procedesse a retificação dos seus registros, depois de devidamente intimada, a empresa enviou novos arquivos magnéticos com algumas retificações efetivadas.

Pontua que diversamente do que alega a defesa, a autuante cumpriu rigorosamente a previsão legal para o caso em lide. Apesar da afirmação do contribuinte de que houve apenas uma análise perfunctória, ressalta -se que os arquivos magnéticos são apresentados pelo contribuinte, na forma prescrita na legislação, os quais devem corresponder fielmente à documentação e à escrituração fiscal do contribuinte. Além disso, a análise se baseou também em Documentos e Livros Fiscais enviados pela própria empresa. As informações contidas nos registros magnéticos foram comparadas com os lançamentos nos Livros Fiscais e ainda com as notas fiscais de entradas e saídas solicitadas ao contribuinte.

Fala que em nenhum momento apresenta alguma prova material de que houve equívoco na apuração fiscal. Apresenta milhares de folhas com simples listagens de mercadorias que não conseguem descharacterizar as planilhas demonstrativas do trabalho realizado, que fala por si só, se Auto de Infração explica (planilhas anexas ao presente PAF). Apenas ao processo, “levantamentos vazios”, manipulados, sem nenhum detalhamento do *modus operandi* utilizado para o resultado apresentado.

Cita jurisprudência, autores famosos na área do Direito, mas não consegue convencer a fiscalização da inexistência do crédito. No trabalho realizado pela auditora, foram utilizados os dados devidamente compilados, realizando-se as apurações com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte, e, portanto, tidas como verdadeiras. Quanto à presunção de omissão, tal presunção não é aleatória ou infundada como pretende arguir o contribuinte, pois se baseia na legislação fiscal (§ 3º Inc I do Art. 2º RICMS/97).

A apuração encontrou omissões reais de mercadorias, em sua maioria de quantidade pequenas, constantes das planilhas demonstrativas como bem pode ser visualizado integralmente nos CDs (pág 20, 31, 1762 e 1763), além de parte impressa das planilhas demonstrativas anexadas (pág 08 à 16, 22 à 30, 1663 à 1741) ao PAF. São omissões, em sua grande maioria, de quantidades irrigúrias de mercadorias, individualmente, com omissão de poucas unidades ou peças demonstrando inclusive que existem falhas no programa de controle de estoques da empresa.

Ressalta que foi constatada, também, grande desordem no sistema de troca e devolução de mercadorias, pois, nem sempre a mercadoria devolvida entra com o código correto, como pode ser apurado por esta fiscalização, gerando assim as omissões em tela.

Alude que foi realizada uma seleção criteriosa para o levantamento fiscal, onde todas as mercadorias que poderiam estar erroneamente codificadas ou que pudessem gerar distorções foram excluídas do trabalho. Isso pode ser facilmente constatado nas planilhas demonstrativas, pois, apesar da empresa trabalhar com uma centena de milhares de itens, a fiscalização só levou em consideração aqueles que se encontravam com o código e descrição efetivamente corretos.

Consigna que durante todo o processo a empresa acompanhou de perto o trabalho desenvolvido, inclusive com troca de e-mails entre a autuante, a loja de Vitória de Conquista e o escritório central, quando eram enviadas as planilhas elaboradas para análise e também as solicitações de informações necessárias ao prosseguimento do trabalho de fiscalização.

Ressalta que, estranhamente, houve quatro trocas de gerente durante o período de elaboração do trabalho. Foi feito contato inicialmente com a Sra. Tatiana, a qual acompanhou, inclusive o trabalho de leitura efetuado “*in loco*” dos 14 emissores de cupom fiscal (ECFs) do estabelecimento. Fez-se contato com Sra Heloísa Silva Pereira, ainda, com a Sra. Ana Carolina Contrera, também com a Sra Juliana e por fim, com o Sr Wilker Xavier que tomou ciência do Auto de Infração no dia 31/12/2011 (documentos anexos às págs 1742 à 1745).

Afirma que manteve contato também com a Sra. Bianca, do escritório central, no estado de São Paulo que acompanhava o desenvolvimento dos trabalhos, seja através de telefonemas ou de e-

mail's. A inconstância na gerência dificultou um pouco a operacionalização mais eficiente da fiscalização, pois a cada troca, era necessário uma nova explicação de todo o trabalho e suas etapas para que o novo gerente pudesse acompanhar a fiscalização que estava sendo realizada. Apesar dessas intercorrências, o trabalho foi realizado a contento, empregando-se as informações prestadas pelo contribuinte, onde inclusive foram utilizados os registros enviados posteriormente, nos quais o contribuinte regularizou parte das informações distorcidas.

Consigna que não há que se falar em manipulação de datas, como quer a defesa, ou qualquer outro elemento que seja prejudicial à empresa. O Auto de Infração foi entregue à empresa no dia 31/12/2010, à tarde, inclusive quando não havia expediente na repartição pública e foram cumpridos os preceitos legais do Regulamento do Processo Administrativo – RPAF, onde em seu artigo 22 determina que os prazos processuais serão contados, excluindo-se o dia da ciência e incluindo –se o dia do vencimento. Ora, o AI foi entregue, numa sexta-feira, e o prazo só começou a contar a partir do primeiro dia útil, que foi a segunda – feira subsequente, dia 03 de janeiro de 2011, portanto, todo o processo se deu dentro da estrita legalidade.

Aduz que a empresa entregou a defesa no dia 28/01/2011, inclusive antes de findo o prazo legal para tal protocolização. Transcreve-se o referido artigo do RPAF (art. 22, §1º do Decreto nº 7.629/99). O Centro da Defesa apresentada pelo contribuinte pode ser resumido na inconformidade com o resultado final do levantamento de estoques efetuado pela fiscalização. A defesa quer afirmar que a autoridade fiscal chegou à infração de forma equivocada através de uma análise virtual e perfuntória da movimentação de estoque da impugnante constante do seu livro de inventário apresentado em meio magnético, querendo demonstrar que foi feita uma presunção de omissão sem a devida base legal.

Destaca que, em havendo algum erro, como deseja fazer crer a defesa, este só pode estar contido na informação prestada pelo próprio contribuinte o qual teve tempo de sobra para realizar qualquer alteração tanto nos dados do arquivo 74 – inventário e demais registros. A fiscalização se pauta pelo que está escrutado e que tem validade fiscal: arquivos do Sistema SINTEGRA apresentados pelo próprio contribuinte, Livros e Documentos fiscais.

Destaca que na alegação das preliminares cita - e a alegação da defesa às pág 38, informa que foi apresentado à empresa, apenas a título de orientação, algumas recomendações para que a mesma viesse a realizar, futuramente as retificações nos registros contábeis objetivando a regularização dos seus procedimentos. Tal “documento” inclusive não faz parte do PAF em tela.

Afirma que nenhuma das informações divergentes que constam na orientação entregue ao contribuinte foram utilizadas para a cobrança do Auto de Infração. Não foi uma intimação, ou sequer notificação; apenas uma orientação informal para que a empresa revisasse os seus registros, a fim de regularizar os seus lançamentos contábeis. A intenção foi apenas a de orientar, já que, em nenhum momento, tais divergências foram cobradas na fiscalização. Tal alegação do contribuinte, de que foi uma notificação, ou mesmo requerimento é irresponsável, e não faz o menor sentido.

Quanto à alegação de que o trabalho foi realizado apenas com base nos dados do SINTEGRA, afirma que realmente o sistema SINTEGRA, instrumento oficial de recepção de arquivos magnéticos pela SEFAZ, sendo utilizado como mais uma ferramenta de apoio ao trabalho de fiscalização.

Lembra que os registros do SINTEGRA são e devem ser o espelho dos registros contábeis. São apenas as informações contábeis reais que são enviadas virtualmente ao SISTEMA. A regra do nosso trabalho é FISCALIZAR; nunca deixa-se de verificar os lançamentos nos Livros e documentos fiscais, preenchendo-se todos os requisitos necessários para o cuidadoso levantamento de infrações que porventura possam existir. No caso das LOJAS RIACHUELO S/A, o procedimento não foi diferente, pelo contrário: tal levantamento fiscal foi executado com o maior apuro, tomando-se todas os cuidados necessários à inequívoca apuração do crédito fiscal.

Disse que vários e-mails foram trocados com o escritório central da empresa, onde a pessoa contatada era sempre a Sra. Bianca com algumas cópias anexas às páginas 1746 a 1760 e ainda manteve-se contato pessoal com os vários gerentes que passaram ao longo do exercício pelo estabelecimento local.

No mérito, em relação à infração 1, diz respeito a levantamento de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no qual se apuraram diferenças tanto de saídas (exercícios de 2006 e 2007) quanto de entradas de mercadorias (exercício de 2008); nesse caso, lançou-se o imposto com base na presunção legal de que a autuada, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas mercadorias com o produto de saídas anteriores também não contabilizadas.

No mérito, a defesa argumenta que os dados dos arquivos induzem ao erro, pois os totais constantes nos arquivos magnéticos registro 74 (livro de Inventário), são os apurados pelo programa de controle da empresa. O registro 74, inclusive foi enviado pela empresa durante o curso da fiscalização, pois a autuada solicitou que lhe fosse dado um prazo para que pudesse enviar o registro 74 retificado, o que foi prontamente deferido pela autuante.

Quanto aos livros de inventário, não cabe a alegação da empresa de que havia estoque inicial no exercício de 2006, pois o livro encaminhado continha estoque inicial zero, pois foi esse o exercício no qual a empresa iniciou a atividades mercantil aqui na cidade de Vitória da Conquista.

Assegura que nas mercadorias inventariadas, não houve a “distorção entre peças e grade” como quer afirmar o contribuinte. As mercadorias selecionadas para a realização do levantamento quantitativo de estoques foram todas contabilizadas como unidade ou peças, nas entradas e saídas, inclusive como comprova o próprio levantamento, com cópia parcial do livro de Inventário de 2006, constante do PAF ratificando as quantidades utilizadas no Levantamento de Estoques (fls. 1669 a 1684), onde muitas omissões resultaram em divergência de uma, duas, três unidades de cada mercadoria, sugerindo uma certa mixórdia nos mecanismos de controle de estoques da empresa.

Informa que todo o trabalho foi acompanhado pelo escritório da empresa que em nenhum momento questionou tal procedimento.

Consigna que no levantamento do quantitativo de estoques – exercício fechado, além de utilizar os dados enviados remotamente pelo contribuinte, verificou também, os documentos fiscais, as notas de entradas e saídas e preços médios, já que em muitas notas estavam com a digitação errada, onde a autuante retificou manualmente todos os preços a serem utilizados na composição do preço médio das mercadorias levantadas, buscando o preço real na própria nota fiscal, seja de entrada, ou de saída.

Argui que as mercadorias foram verificadas, em relação à unidade de apresentação, descrição e código e só foram utilizadas as mercadorias que realmente se encontravam em condições de participar do levantamento de estoques.

Afirma que o representante da autuada, nem sequer analisa os demonstrativos elaborados pela fiscalização e anexados aos autos (parcialmente impressos, primeiras e últimas folhas e em arquivo eletrônico (CD), anexados integralmente), conforme atesta o recibo de arquivos eletrônicos constante do PAF, onde os demonstrativos do Levantamento Quantitativo de Estoques trazem o número e data da Nota Fiscal de cada item de mercadoria nele relacionado, e o demonstrativo do cálculo do preço médio – entradas e saídas; entretanto, argumenta *que o fisco se limita à simples análise dos arquivos magnéticos do SINTEGRA para fiscalizar a impugnante*.

Prosseguindo, destaca a alegação do contribuinte de que "... o valor do imposto em tela devido pela saída de mercadorias comercializadas foi recolhido integralmente...". Concluir e requer seja declarada a "nulidade do Auto de Infração", querendo dizer, naturalmente, "item de autuação".

Alega que o presente item do Auto de Infração foi elaborado com observância fiel das normas emanadas da Administração Tributária da SEFAZ, com o auxílio do sistema SAFA/SAFIS, sistema adotado pela fiscalização para levantamentos dessa natureza, tendo como fonte as informações contidas em arquivos magnéticos fornecidos pela autuada em cumprimento às exigências legais do Convênio ICMS 57/95 (SINTEGRA).

Explica que este auto, como tantos outros lavrados contra estabelecimentos usuários de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), e julgados procedentes, contou também com o levantamento das saídas de mercadorias efetuado com base no Registro 60R dos arquivos citados, os quais, por sua vez, atendem perfeitamente as exigências da legislação deste Estado, como disposto no artigo 686, inciso IV, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97.

Aponta que o Registro 60R informado nos arquivos da autuada está, portanto, de acordo com a legislação e seu conteúdo é o quanto basta para, junto com as informações relativas às entradas e aos estoques inicial e final, por item, apurar-se as omissões de entradas e/ou saídas de mercadorias.

Complementa que o contribuinte tenta anular, tornar improcedente, diligenciar, reduzir multas, além de outras alegações, atuando como “cego em tiroteio”, tentando fazer com que alguma argumentação sua possa ser levada em consideração. “Atira para todos os lados” para ver se consegue “atingir algum alvo”.

Quanto a transcrições de algumas decisões de tribunais, entende vazias, não tendo nenhuma aplicação cabível ao trabalho desenvolvido pela fiscalização. O último apelo do contribuinte em sua impugnação é no sentido de que seja excluída a penalidade moratória. Sob a alegação de que: “... foi aplicado a título de penalidade um percentual absurdo e inaceitável que ao final representa no acréscimo de 70% (setenta por cento) sobre o tributo supostamente devido”. Continua afirmando que: “... o percentual no patamar de 70% sobre o valor do pretenso tributo configura-se num verdadeiro **abuso do poder fiscal**, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado”.

Conclui argumentando: “... não sendo admitida a matéria de mérito, em relação aos acréscimos, requer seja reduzida a multa imposta à impugnante... bem como seja afastada a Taxa SELIC...”

Assegura que as argumentações trazidas ao processo, quanto ao fato do mesmo estar sendo penalizado que houve abuso de direito por parte da fiscalização, que à norma deveria ser dado uma interpretação razoável, entendem que as mesmas não subsistem e não suficientes para elidir a ação fiscal.

Consigna que a redução de penalidade levantada pelo autuado é solicitação cuja avaliação, quanto ao seu atendimento ou não, é prerrogativa exclusiva da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, conforme estabelecida no art. 176, III, “c” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sendo assim, conclui que, em relação a estas e demais alegações das páginas 46 e seguintes sobre a aplicação da multa cabível e juros de mora, não cabe à auditora analisar. Cabe ao CONSEF, proceder à apreciação e procedência do pedido.

Nas considerações finais, lembra que o contribuinte disse que ao longo dos últimos anos constata-se que as defesas dos contribuintes fiscalizados têm se pautado fundamentalmente na mesma linha de argumentação, ou seja, a tentativa de derrocar preliminarmente o trabalho do auditor, apenas com a afirmação de que foram utilizados unicamente os arquivos do Sistema SINTEGRA.

Entende que o CONSEF deve estar sempre atento a este tipo de manobra, pois termina virando “moda” tais alegações inverídicas e que, efetivamente não procedem, já que não se mostram suficientemente robustos para elidir a ação fiscal; as meras listagens de mercadorias apresentadas pela defesa não trouxeram elementos materiais que pudessem contestar os valores cobrados, os

quais devem ser ratificados, já que a autuação observou fielmente as normas regulamentares expedidas pela Administração Tributária deste Estado.

Alude que as infrações cobradas estão expressamente previstas no nosso regulamento. A ação fiscal levada a efeito, e que culminou com a lavratura do Auto de Infração em questão se pautou de forma restrita às disposições legais, já que o contribuinte deixou de recolher o ICMS, infringindo frontalmente o disposto nos artigos retro mencionados do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, sendo, portanto cabível a cobrança do imposto com a imposição de multa prevista no art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto e da apresentação dos fatos e argumentos pertinentes, mantém-se a autuação fiscal na sua inteireza, solicita que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente, adicionado os acréscimos, multa e demais cominações legais, fazendo-se assim, justiça fiscal.

Em nova manifestação, fls. 1.766/1.777, o impugnante, inicialmente destaca que não houve e não há em absoluto intenção de desqualificar o trabalho da competente Agente Fiscal, mas sim adequá-lo a realidade, e torná-lo instrumento hábil para o justo deslinde do feito.

Afirma que a autuante se baseou inicialmente nos arquivos magnéticos SINTEGRA para fiscalizar a impugnante, detectando supostas incompatibilidades no seu preenchimento, basicamente pela razão que a impugnante registrou diversas entradas usando a unidade denominada “grade” composta por diversas “peças” as quais são relacionadas nas saídas, gerando a distorção sobre a qual está calcado o presente Auto de Infração.

Aduz que a própria Agente confirma sua metodologia de apuração na réplica que apresentou, alegando que, *in verbis*: “*A declaração de que o trabalho foi realizado apenas com base nos dados do SINTEGRA é fato: realmente o sistema SINTEGRA, instrumento oficial de recepção de arquivos magnéticos pela SEFAZ, sendo utilizado como mais uma ferramenta de apoio ao trabalho de fiscalização. Cabe lembrar que os registros SINTEGRA, são e devem ser o espelho dos registros contábeis. São apenas as informações contábeis reais que são levadas virtualmente ao SISTEMA*”. (grifamos e negritamos)

Destaca os equívocos entre peças e gradas, já relatados. Aduz que a Agente Fiscal assume que “*A regra do nosso trabalho é FISCALIZAR; nunca deixa-se de verificar os lançamentos nos Livros e documentos fiscais, preenchendo-se todos os requisitos necessários para o cuidadoso levantamento das infrações que porventura possam existir*”.

Entende que, diferente do afirmado, A Sra. Fiscal não lançou uma visão global sobre o tema. A dedução óbvia da Impugnante diante do trabalho da Auditoria contratado em comparação as planilhas de demonstrativo do débito anexadas ao Auto de Infração guerreado foi que, a Sra. Agente Fiscal baseou todo seu trabalho nos arquivos SINTEGRA, o que causou as distorções nos registros de entrada e saída de mercadorias. Ou seja, a representante do Fisco Estadual possuía meios de verificar que todos os itens que deram entrada no estoque da impugnante foram lançados, inventariados e o ICMS devido pela circulação desses itens, recolhido integralmente e pontualmente.

Alinha, mais uma vez, que diante da facilidade de apuração pelo SINTEGRA, foi este o caminho adotado para o levantamento fiscal aqui guerreado. Porém, esta metodologia de apuração resultou em entendimento incorreto e injusto.

Destaca que na Impugnação ofertada, e que não foi mencionado na réplica da Sra. Agente Fiscal, a Legislação Estadual da Bahia prevê no artigo 3º da Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998 que o procedimento fiscal para o levantamento de estoques e conferência de entradas e saídas requer do Agente Fiscal cuidados necessários para identificar as mercadorias que possam ser registradas por mais de uma denominação, subgrupo ou referência, zelo profissional este que a Sra. Fiscal que lavrou o Auto de Infração em apreço não teve.

Destaca que, em outro momento, a Sra. Agente Fiscal alega que: “*Quanto aos livros de inventário, não cabe a alegação da empresa de que havia estoque inicial no exercício de 2006, pois o livro encaminhado continha estoque inicial zero, pois foi esse o exercício no qual a empresa iniciou a atividade mercantil aqui na cidade de Vitória da Conquista.*” porém, deixou de comentar a acusação contida na Impugnação de que errou ao não considerar o material estocado que apesar de não vendido até o final de um ano fiscal, permanecia nos estoques da empresa e compunha o inventário do ano seguinte. E mais: desconsiderou sim o estoque inicial da loja impugnante no ano de 2006.

Argumenta que não é difícil de supor que uma loja voltada ao varejo de artigos de vestuários, calçados e demais artigos de moda, não abre suas portas se não tiver mercadorias para venda ao consumidor final. Ou seja, em janeiro de 2006, o inventário apresentado no arquivo magnético registro 74 realmente estava zerado porque o estabelecimento ainda estava sendo montado para inauguração, o que ao contrário do que afirma a Sra. Fiscal em sua réplica, não significa que não houve estoque inicial no decorrer no ano de 2006.

Alude que o início das atividades comerciais aconteceu em novembro de 2006, portanto, nos meses que antecederam a inauguração da loja foi necessário compor o estoque de mercadorias que seriam colocadas à venda a partir da inauguração da loja. Assim, quando se deu a abertura da loja, obviamente que havia estoque para a venda, entrada de mercadorias estas que não aparecem no registro 74 do SINTEGRA, mas que constam das notas fiscais lançadas nos livros contábeis, o que não foi apurado pela Sra. Agente Fiscal, e contaminou o trabalho fiscal desde sua gênese.

Entende que, diante desse raciocínio falho, os bens que estão relacionados no inventário do ano exercício anterior, surgem no levantamento fiscal como omissão de entrada para o ano seguinte. Outro ponto que restou sem manifestação na réplica é que, na apuração fiscal, todos as vendas aparecem tributadas na saída pela alíquota de 17% (dezessete por cento). Ou seja, não foi levado em consideração às mercadorias que tem ICMS na forma de substituição tributária.

Afirma que a informação nova que foi trazida na réplica em apreço foi da troca de gerentes da loja durante o período de levantamento de documentos fiscais e apuração, *in verbis*: “*Convém ressaltar, que, estranhamente, houve quatro trocas de gerente durante o período de elaboração do trabalho. Tivemos contato inicialmente com a Sra. Tatiana, a qual acompanhou, inclusive o trabalho de leitura efetuado ‘in loco’ dos 14 emissores de cupom fiscal (ECFs) do estabelecimento. Fez-se contato com a Sra. Heloisa Silva Pereira, ainda, com a Sra. Ana Carolina Contrera, também com a Sra. Juliana e por fim, com o Sr. Wilker Xavier que tomou ciência do Auto de Infração em 31/12/2011*”.

E completa: “*A inconstância na gerência dificultou um pouco a operacionalização mais eficiente da fiscalização, pois a cada troca, era necessário uma nova explicação de todo trabalho e suas etapas para que o novo gerente pudesse acompanhar a fiscalização que estava sendo realizada*”.

Insurge-se a Impugnante contra esta alegação por não ter alguma importância para o deslinde do feito, mas porque demonstra que existem diversos equívocos no decorrer da apuração. O gerente durante todo o ano de 2010 foi o Sr. Wilker Xavier da Silva. Os outros nomes citados são de funcionárias encarregadas em auxiliar no escritório da loja, sem poder de gerência.

Volta a afirmar que o documento que a Sra. Agente Fiscal entregou junto a notificação de pagamento do Auto de Infração em apreço é documento completamente inepto.

Quanto ao mérito, consigna que toda a matéria foi exaustivamente destrinchada nas alegações de mérito que constam das 56 (cinquenta e seis) laudas que compõe a Impugnação replicada, e que foi comprovada por competente levantamento da auditoria externa Mendes Brasil Consultoria Ltda., empresa contratada pela impugnante para confrontar a apuração fiscal aqui guerreada, da qual a impugnante junta com a presente manifestação o original do Relatório de Conclusão do trabalho de levantamento anteriormente apresentado.

Argui, mais uma vez, que a autuante deixou de analisar os livros Registro de Entrada, de Saída, de Apuração de ICMS, de Ocorrências, de Inventário onde consta indubitavelmente todo o movimento comercial realizado pela impugnante no período fiscalizado. Ao invés de proceder desta maneira, a Sra. Agente Fiscal se baseou nos arquivos magnéticos SINTEGRA para fiscalizar a impugnante, detectando supostas incompatibilidades no seu preenchimento, basicamente pela razão que a impugnante registrou diversas entradas usando a unidade denominada “grade” composta por diversas “peças” as quais são relacionadas nas saídas, gerando a distorção sobre a qual está calcado o presente Auto de Infração, trazendo o mesmo exemplo.

Complementa que as mercadorias não foram lançadas no registro de saída da mesma forma, ou melhor, na mesma quantidade como foram lançadas no registro de entrada, isso porque não saiu a “grade” toda de uma só vez, e é essa disparidade na quantidade de mercadorias que delimita o objeto da presente demanda administrativa.

Seguindo este mesmo exemplo afirma que teríamos a seguinte situação: no registro de entrada foi lançada uma unidade, e no de saída essa unidade se transformaria em 30 (trinta) unidades. Pois foi este tratamento conferido pela fiscalização estadual às unidades de “peças” e “grades” como se similares fossem que acabou por gerar a idéia equivocada da existência de um débito nos levantamentos fiscais, ocasionando em apontamento de diferenças entre os montantes relativos às notas fiscais de entrada e os registros dessas entradas nos arquivos SINTEGRA.

Assegura que esta diferença só existe nos arquivos eletrônicos. É totalmente irreal, ou melhor, virtual. De concreto, a quantidade de mercadoria que deu entrada no estoque da impugnante foi registrada, e toda a mercadoria que circulou no varejo, ou seja, saiu e gerou a fonte de custeio para o recolhimento do ICMS, foi integralmente depositada.

Menciona o trabalho da consultoria que solicitou e afirma que, conforme se depreende do trabalho, a Sra. Fiscal simplesmente pegou a quantidade de determinada mercadoria lançada no registro de entrada e comparou com a quantidade que aparece registrada na saída. Quando encontrava qualquer divergência nas quantidades, considerava omissão de entrada e lançava na planilha demonstrativa de débito do presente Auto de Infração. E foi dessa forma, desconsiderando por completo que na entrada foi registrada uma “grade” equivalente a “n peças”, que a apuração fiscal foi conduzida.

Conclui que o Auto de Infração em apreço é totalmente ilíquido e consequentemente inexigível diante da imensidão de erros na condução dos trabalhos por parte do Ente Fiscal, devendo ser anulado para que novo trabalho seja realizado. Pois, calcada nessa errática sistemática, a fiscalização encerrou seus trabalhos, lavrando o guerreado Auto de Infração em franca injustiça fiscal.

Registra, mais uma vez, que conforme consta da Intimação Fiscal entregue a impugnante em 13 de outubro de 2010, a qual deu início a apuração, foi requerida pela mesma os seguintes documentos fiscais: livros Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro Apuração de ICMS; Registro de Ocorrências; Registro de Inventário, Arquivo Magnético com os Registros, livros Fiscais em SEPD e finalmente os Arquivos Magnéticos (Reg. 54, 60R, 74 e 75). Porém a Sra. Fiscal não requereu as notas fiscais de entrada e de saída, onde ela apuraria facilmente a quantidade de peças que deram entrada no estabelecimento.

Argumenta que a totalidade de arquivos fiscais requeridos, físicos e digitalizados, que foi arrecadada pela Sra. Agente Fiscal, deveria compor o material de apuração, sendo considerado cada documento com a devida importância. Todos os documentos deveriam ter sido levados em conta para que se chegassem ao arbítrio fiscal. Não só o SINTEGRA. Ou seja, a Sra. Agente Fiscal possuía meios de verificar que todos os itens que deram entrada no estoque da impugnante foram lançados, inventariados e o ICMS devido pela circulação desses itens, recolhido integralmente e pontualmente. Porém, diante da facilidade de apuração pelo SINTEGRA, foi este o caminho adotado para o levantamento fiscal aqui guerreado, mesmo sendo previsível o quanto este modo operante poderia resultar em entendimento incorreto e injusto.

Alude que a própria legislação do Estado da Bahia prevê a necessidade da adequação da postura fiscal, frente a possíveis divergências nos lançamentos fiscais de entrada e saída. Como foram efetuadas unificações das movimentações, convergindo-as para um código apenas, e consequentemente apurado novo saldo no fim de cada exercício fiscal, a legislação estadual prevê a necessidade de se observar essas possíveis denominações diferentes entre os registros de entrada e de saída para evitar injustiças fiscais.

Assegura que, conforme a Portaria nº 445 de 10 de agosto de 1998 da Secretaria de Estado da Bahia, já citada em Impugnação e que restou sem manifestação da Sra, Agente fiscal em sua réplica, a qual dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Afirma que a autuante não observou as expressas determinações de zelo profissional contidas da Portaria nº 445/98. Primeiro porque não considerou o estoque inicial da impugnante a qual começou suas atividades no ano de 2006, ou seja, o primeiro ano objeto da apuração fiscal. Os demais inventários entregues no arquivo magnético 74, também não foram computados pela Agente Fiscal, o que comprometeu todo o trabalho. E segundo porque não observou que as omissões que alega existir de fato não ocorreram, pois a divergência entre as quantidades de entrada e saída se trata de simples questão de nomenclatura e quantificação no registro fiscal, pois as entradas das mercadorias como “grade” e as saídas como “peças” unitárias, que ganharam um subcódigo no procedimento, deram uma falsa impressão de omissão.

Conclui que, por qualquer prisma que se analise o procedimento fiscal aqui guerreado, o mesmo está eivado de vícios que comprometem sua integridade, devendo o presente Auto de Infração ser anulado por esta I. Autoridade Fiscal, para que seja realizada nova apuração fiscal com os cuidados devidos a um justo arbítrio.

Afirma que recolheu todo o imposto exigido e não há as apuradas diferenças.

Mantém sua insurgência quanto aos acréscimos que compõe o valor principal na autuação aqui guerreada. Se não bastasse todo o exposto na explanação de mérito, os acréscimos que compõe o valor do ICMS creditado pela impugnante, originário das aquisições de bens destinados ao ativo permanente, são excessivas.

Por fim, a impugnante requer a produção de prova pericial tanto das Planilhas de Demonstrativo de Débitos como das Planilhas do Auditor Mendes Brasil Consultoria Ltda, além de Sustentação Oral.

Nas fls. 1.780/1.785, o autuado repisa os mesmos argumentos da primeira manifestação e da peça defensiva inicial.

A autuante apresenta nova informação fiscal, fls. 1.848/1.852, dizendo que a empresa, em sua segunda manifestação argumenta do mesmo modo, fatos que já foram devidamente elucidados na informação fiscal do referido PAF (vide pág 1646 a 1662) prestada pela auditora.

Reitera que todas as entradas e saídas de mercadorias foram consideradas, assim como as apresentadas no Livro de Inventário. Considera descabida a afirmação de que o inventário inicial em 2006 não foi considerado. Afirma surpresa a informação (fls 1769 do PAF) apresentada de que o gerente foi sempre o Sr Wilker Xavier; ora, sendo assim, a empresa agiu de má-fé com a fiscalização ao apresentar como gerente, durante o ano de 2010 (conforme intimações assinadas e em anexo), outras pessoas que não estavam devidamente investidas na função.

Quanto à consultoria contratada pela autuante, afirma que internamente e em nível funcional pode utilizar os métodos que mais lhe aprovou para o controle de seus sistemas operacionais. O que o contribuinte não pode é querer determinar outra forma de desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização que não sejam as expressamente determinadas em regulamente, obedecendo estritamente a Lei positivada.

Relata ter afirmado a defesa que a fiscalização não agrupou algumas mercadorias para realizar o levantamento quantitativo de estoques, assim como o fez agora, a empresa de consultoria contratada. Realmente, o agrupamento não foi feito, nem poderia ser, pois a auditoria fiscal tem que respeitar as codificações e forma de apuração utilizada pela empresa.

Argumenta que a empresa apresentou mercadorias codificadas individualmente. Por exemplo: um vestido branco tamanho “p” possui um código específico, como também um vestido branco “m”, e ainda o branco “g” e assim sucessivamente, cada mercadoria possui um código específico. A fiscalização não poderia, sob nenhuma hipótese técnica ou legal agrupar tais mercadorias, quando a empresa apresenta códigos diferenciados para cada mercadoria individualmente considerada.

Lembra novamente que, em nenhum momento ao longo do trabalho de fiscalização a empresa apresentou codificações diferentes, ou propôs convencionar a realização do trabalho considerando algum tipo de agrupamento para MERCADORIAS DIFERENTES. Os Livros de Inventário, Notas Fiscais de Entradas e de Saídas, forma apresentadas em unidades, separadamente, não agrupadas e dessa mesma forma foram utilizadas para a elaboração do trabalho de fiscalização.

Alude que as defesas dos contribuintes fiscalizados têm se pautado fundamentalmente na mesma linha de argumentação, ou seja, a tentativa de derrocar preliminarmente o trabalho do auditor, apenas com a afirmação de que foram utilizados unicamente os arquivos do Sistema SINTEGRA.

Afirma que os argumentos alegados pelo contribuinte não procedem, já que não se mostram suficientemente potentes para elidir a ação fiscal; agora, quer o contribuinte desvirtuar o trabalho de realizado, apresentando nova forma de levantamento de estoques de mercadorias, completamente manipulada apenas para contradizer o trabalho de fiscalização.

Argumenta que os elementos materiais apresentados não trouxeram nenhum argumento que pudesse contestar os valores cobrados, os quais devem ser ratificados, já que a autuação observou fielmente as normas regulamentares expedidas pela Administração Tributária deste Estado.

Pede a Procedência do Auto de Infração.

Na fl. 1.855, consta pedido de diligência da 2^a JJF, conforme segue:

“considerando as alegações do sujeito passivo, em relação às infrações 01 e 02, de que não foram considerados nos levantamentos quantitativos por espécie de mercadorias os estoques iniciais do exercício de 2006, bem como os demais inventários entregues a A autuante, através do arquivo 74;

considerando o argumento do impugnante de que as saídas, em razão da diferença de nomenclatura, não foram lançadas da mesma forma que as entradas;

considerando a alegação do autuado de que existem alíquotas diferenciadas do ICMS de mercadorias, sob o regime de substituição tributária, não observadas;

considerando que não foram identificados nos autos, ou mesmo no CD fornecido pela fiscalização, os demonstrativos finais do levantamento quantitativo que apura as omissões por produto:

Esta 2^a JJF, em Pauta Suplementar, objetivando melhores esclarecimentos, deliberou que o processo seja encaminhado à Infaz de Origem, para que A autuante ou outro Auditor Fiscal designado:

1 – anexe aos autos o demonstrativo final do levantamento quantitativo que apura as omissões por produto, contendo o estoque inicial, estoque final, entradas, saídas, omissões, preço unitário médio, base de cálculo e o ICMS devido, inclusive em mídia eletrônica;

2 – intime o autuado a: especificar e quantificar os estoques que não foram considerados no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias; indicar, por mercadorias, quais as saídas, em razão da diferença de nomenclatura, não foram lançadas da mesma forma que as entradas, apresentando as devidas provas do alegado, bem como quais as mercadorias constantes do aludido levantamento, sob o regime de substituição tributária, têm alíquotas do ICMS diferenciadas, não observadas.

3 - efetue, caso necessário, os ajustes pertinentes, com um novo demonstrativo de débito da aludidas infrações.”

Consta, às fls. 1861 a 1863, intimação solicitada pela diligência.

O sujeito passivo, às fls. 1.864 a 1.866, aduz que apresenta todos os códigos que se enquadram na situação de grades, contendo peças, bem como a relação de todos os produtos (pais e filhos) para ajustes necessários; livro de registro de inventário dos estoques de 2006 a 2009 e protocolo de transição dos registros 74 dos exercícios de 2007 a 2009.

Consta nova intimação à fl. 1867 para que o autuado indique, por mercadorias, quais as saídas, em razão da diferença de nomenclatura, não foram lançadas da mesma forma que as entradas, apresentando as devidas provas do alegado, bem como quais as mercadorias constantes do aludido levantamento, sob o regime de substituição tributária, têm alíquotas do ICMS diferenciadas, não observadas.

O sujeito passivo, às fls. 1872 a 1875 dos autos, apresenta manifestação arguindo que na codificação utilizada pela autuante em relatório que acompanha apuração impugnada, percebe-se que esta adotou método divergente do que consta no inventário da impugnante, (registro 74 – SINTEGRA), devido a uma distorção da numeração dos códigos de mercadorias, gerando as supostas omissões apontadas. Explica que os códigos apresentados pela autuante aparecem com oito zeros a esquerda, os quais não pertencem a codificação adotada pela empresa. Afirma que os códigos itens da empresa possuem no mínimo 06 caracteres e nenhum zero a esquerda e por essa razão os códigos não coincidem com os que são localizados no Registro 74 do SINTEGRA da impugnante.

Consigna que demonstram através das planilhas realizadas por Auditoria, quais as mercadorias que ao serem comercializadas, por razão de mera diferença de nomenclatura, não foram lançadas nesse momento (saída) da mesma forma que anteriormente se encontravam lançadas na entrada.

Entende que isso ocorre em virtude às mercadorias deram entrada no estoque como “grade ou ainda código pai”, uma codificação interna da empresa. Já na saída foram lançados como peças unitárias, ou “código filho”. Considera esse fato resultou na diferenças apuradas pela autuante.

Por fim, reitera todos os argumentos defensivos alinhados anteriormente.

A autuante emite contestação fiscal, fls. 1.885/1.891, mantendo os mesmos argumentos da informação fiscal, destacando as mercadorias que tinham alguma codificação divergente foram descartadas e que em relação à quantidade de zeros a esquerda alegados pela empresa só foram consideradas as mercadorias que tinham codificação idênticas, tanto em quantidades de números maiores que zero, como na quantidade de zeros a esquerda. Reafirma que a empresa apresta códigos individuais inclusive para cor do mesmo produto.

Alude que as mercadorias inventariadas foram consideradas individualmente na sua situação tributária específica. As mercadorias sob o regime de substituição tributária, assim, foram consideradas.

Afirma que a empresa não cumpriu o solicitado na intimação (diligencia) e apenas anexou listagem de inventário, de codificação de produtos conforme fl. 1880.

Assegura que não existe nenhum levantamento realizado como se verifica no CD fornecido pela empresa.

Alega existirem apenas argumentos vazios.

O Relator converte novamente o PAF em diligência, fls. 1.895, conforme segue:

“Considerando A autuante, na informação fiscal, atendendo a diligencia, afirmar que consta nos autos o demonstrativo final do levantamento quantitativo a que se refere o item 1 da diligencia à fl. 1855 dos autos;

Considerando que não foi possível identificar tal demonstrativo nos autos;

Considerando que o CD apresentado nos autos contendo arquivos com demonstrativos da fiscalização, tem apenas 6 (seis) arquivos: Saídas 2006; saídas 2007; Riachuelo 2006, crédito indevido; Seai do Ajuto de Infração e SEAI Demonstrativo de débito;

Esta 2ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo seja encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que seja atendida a solicitação contida no item 01 da diligência à fl. 1855, que também pode ser atendida mendicante e apenas arquivo magnético.”

A autuante, em cumprimento da diligência, junta novamente a conclusão da diligência, fls. 1896/1901, afirmando que os demonstrativos já se encontram devidamente contidos no referido PAF, impressos em parte e gravados em CD:

“as fls. 20, contendo relatórios das omissões apuradas, com a descrição e código dos produtos, quantidades das omissões e valores das mercadorias;

fl. 31, demonstrativo do preço médio, saídas n. fiscais, saídas ECF, sápidas NFDI, e preço médio calculado;

fl. 1762, 2006, 2007 e 2008, CD contendo 11 relatórios com as seguintes planilhas demonstrativas: demonstrativo das notas fiscais utilizadas na apuração das omissões de produtos – exercícios 2006, 2007, 2008.; Demonstrativo de Inventário, valores iniciais e final por produto, = exercício 2006 , 2007 e 2008, demonstrativo de saída em ECF. 2006, 2007 e 2008, demonstrativo das omissões.

Informa que foram impressos apenas alguma páginas dos demonstrativos, pois sendo por demais extenso sua impressão total.”

Afirma que não é necessário abrir prazo para empresa, pois todos os demonstrativos apensos já lhe foram entregues.

Reitera argumentos já alinhados anteriormente.

O relator pede diligência, fl. 1905, conforme segue:

“Considerando A autuante, na informação fiscal, atendendo a diligencia, afirmar que consta nos autos o demonstrativo final do levantamento quantitativo a que se refere o item 1 da diligencia à fl. 1855 dos autos;

Considerando que após novo pedido de diligencia, à fl. 1895, não foi possível atender tal pedido:

Considerando que o CD apresentado nos autos contendo arquivos com demonstrativos da fiscalização, tem apenas 6 (seis) arquivos: Saídas 2006; saídas 2007; Riachuelo 2006, crédito indevido; Seai do Ajuto de Infração e SEAI Demonstrativo de débito;

Esta 2ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo seja encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que seja atendida a solicitação contida no item 01 da diligência à fl. 1855.”

A autuante em sua vez responde, fls. 1907/1911, afirmando constar CD fl. 20, contendo relatório 702, demonstrativo resumo da apuração das omissões de saídas 2006 e 2007.

Relatório 701, planilha demonstrativo resumo da apuração das omissões de entradas 2008;

Relatório demonstrativo do crédito inventariado

Demonstrativo CD fl. 31, do preço médio das mercadorias, 2006, 2007 e 2008;

Relatório 703, notas fiscais de entradas utilizadas nas omissões de saídas;

Relatório 705, notas fiscais entradas utilizadas nos omissões de entradas;

Relatório 708 – demonstrativo de inventário;

Relatório 709 – notas fiscais de entrada utilizadas nas omissões de saídas;

Relatório 711/722 com demonstrativo dos produtos com omissões de saída;

Afirma que os demonstrativos constantes do atual PAF acredita-se atenderem satisfatoriamente aos preceitos indicados pela legislação vigente e reitera argumentos já alinhados.

Solicita o relator nova diligência, fl. 1914, conforme segue:

“Considerando que não foram atendidos os pedidos de diligências dessa JJF, às fls. 1867, 1895 e 1905, relativo à apresentação do DEMONSTRATIVO FINAL DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE;

Considerando as inúmeras divergências entre a autuante e o autuado sobre as inconsistências alegadas por esse último;

Considerando a sugestão de revisão fiscal alinhada pelo autuado em sua defesa e pela Inspetora Fiscal, à fl. 1912:

Esta 2ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo seja encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que Auditor Fiscal estranho ao feito realize uma revisão fiscal nos levantamentos quantitativos por espécie de mercadorias, alvo das exigências constantes das infrações 01 e 02, observando as inconsistências alegadas pela defesa, bem como o atendimento das diligências acima alinhadas.”

O fiscal Juarez Alves de Novaes apresenta, como fiscal estranho ao feito, diligência, fls. 1916 a 1918, afirmando que todos os elementos solicitados foram atendidos pela autuante, contudo não foi observada a adequação à nova nomenclatura. Assim, entende que a revisão fiscal será feita levando-se em conta a nova nomenclatura, portanto, serão gerados novas quantidades e valores para os itens objeto da autuação, segundo o agrupamento de alguns subgrupos.

Afirma que para a revisão se da em razão do que chama de nova nomenclatura. Por essa razão, afirma que vai estabelecer critérios da nova nomenclatura, conforme admissível pela Portaria nº 445/98:

1. “Pai e Filho” – por esses critérios as mercadorias serão agrupadas por aderência ou afinidades características, natureza semelhante, conforme Portaria nº 445/98;
2. Foram selecionados os Pais e filhos apenas dos produtos para os quais foram encontradas omissões.
3. Os itens são codificados de ordem que os seis primeiros dígitos (códigos “Pais”), representam um grupo de itens e os dígitos seguintes um subgrupo. Para melhor compreensão vide tabela “Pais Filhos”. Os códigos “Filhos” foram agrupados em “Pais”, conforme subgrupos sugeridos pelo próprio autuado.

Explica, detalhadamente, como se realiza um roteiro de estoque e sua fundamentação na Portaria nº 445/98 e apresenta os novos valores ajustados à nova nomenclatura conforme demonstrativo que anexa, resultando para a infração 1, ocorrência de 31/12/2006, o valor histórico de R\$135.304,85, bem como para a ocorrência de 31/12/2007, o valor histórico de R\$109.581,28.

Já em relação à infração 2, com ocorrência de 31/12/2008, o valor exigido passou para R\$245.336,45.

Alude que foram apuradas omissões relativos à ICMS substituição tributária nos seguintes valores 2006 – R\$10.184,05, 2007 – R\$21.627,84, 2008 – R\$42.542,04.

Afirma que esses valores apurados relativos a produtos enquadrados no regime de substituição tributária, não podem ser exigidos no presente Auto de Infração, via revisão, passando a detalhar a metodologia aplicada para as conversões e anexando os respectivos demonstrativos de estoque.

Em nova manifestação do autuado, fls. 2005/2036, vota a afirmar que as omissões apuradas ocorreram por troca de códigos, na hora da venda, ocasionada pela perda de etiqueta original. Afirmando que a troca de etiqueta não gera prejuízo ao fisco, contudo, porém gera inconsistências em seu estoque.

Afirma que os valores apurados pela revisão relativos à substituição tributária, foram totalmente recolhidos conforme DAEs que anexou.

Apresenta relação dos valores pagos por substituição.

Alega que há também furto de mercadorias que provoca distorções, bem afirma que para o levantamento ser consistente deveria o fisco não só averiguar os códigos das mercadorias, mas também um relatório por produto com a mesma descrição.

Repete que as diferenças apuradas nos arquivos eletrônicos são irreais, bem como reproduz os argumentos já alinhados sobre os acréscimos moratórios, multa de mora e as penalidades.

A autuante, à fl. 2062 dos autos, volta a se manifestar afirmando que a recorrente já utilizou todos os prazos para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Nesse ultima manifestação firma que o sujeito passivo apresenta como argumentos novos a possibilidade de erros no estoque

decorrente de problemas operacionais; “*por esse motivo, o sistema informatizado da impugnante gera a venda sem conferencia de produto em estoque. Quando o cliente escolhe uma peça que está na loja autuada, a mesma é vendida, mesmo que haja alguma divergência no estoque de mercadorias, e tais divergências podem ocorrer pelos motivos mais variados, bem como a ocorrência de furtos*”.

Entende que sobre esses argumentos novos considera serem apenas especulações que não cabe ao fisco comentar, não obstante ser bastante razoáveis. Afirma que se ateve apenas às provas que são admissíveis, documentos e livros fiscais definidos legalmente como tais.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla duas infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas. A primeira e a segunda infrações foram apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias e a terceira relativa à utilização de crédito fiscal indevido a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final.

O sujeito passivo se insurge apenas sobre as infrações 1 e 2. Quanto à infração 3, não houve impugnação, cabendo apenas a análise das arguições relativas à multa, Taxa SELIC e juros, que serão enfrentadas ao final do presente voto.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, bem foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, se manifestando várias vezes no processo, com solicitação acolhida de diligencias (que resultou no acolhimento de parte dos argumentos do autuado, relativas ao levantamento quantitativo, especialmente quanto ao agrupamento de subgrupos com as novas nomenclaturas apresentadas). O autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de novas diligências e perícia, pois as diversas diligencias solicitadas e a revisão das infrações 1 e 2 efetuadas por fiscal estranho ao feito ofereceram os elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, bem como a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias a produção de novas provas.

Os argumentos alinhados pelo impugnante podem ser resumidas como segue: a autuante não observou as expressas determinações de zelo profissional contidas da Portaria nº 445/98. Primeiro porque não considerou o estoque inicial da impugnante a qual começou suas atividades no ano de 2006, ou seja, o primeiro ano objeto da apuração fiscal. Os demais inventários entregues no arquivo magnético 74, também não foram computados pela Agente Fiscal, o que comprometeu todo o trabalho. E segundo porque não observou que as omissões que alega existir de fato não ocorreram, pois a divergência entre as quantidades de entrada e saída se trata de simples questão de nomenclatura e quantificação no registro fiscal, pois as entradas das mercadorias como “grade” e as saídas como “peças” unitárias, que ganharam um subcódigo no procedimento, deram uma falsa impressão de omissão.

Cabe inicialmente aduzir, quanto aos argumentos de que a autuante não considerou os estoques iniciais do ano de 2006, bem como os demais inventários contidos no arquivo magnético 74, que o estabelecimento do autuado deu início às suas atividades em 18/06/2006, confirme consta nos registro cadastrais da SEFAZ/BA. Assim, a disponibilidade de mercadorias para comercialização no ano de 2006, se origina das compras de mercadorias efetuadas e ou transferências (entradas, ocorridas a partir de 18/06/2006). Antes dessa data não havia estoque uma vez que não existia o

próprio estabelecimento. Assim, não cabem os argumentos do sujeito passivo de que não foram considerados tais estoques de 2006 ou mesmos os demais contidos no arquivo magnético 74, os quais estão em consonância com os arquivos apresentados.

Quanto à alegação de que a autuante não observou que as omissões que alega existir de fato não ocorreram, pois a divergência entre as quantidades de entrada e saída se trata de simples questão de nomenclatura e quantificação no registro fiscal, pois as entradas das mercadorias como “grade” e as saídas como “peças” unitárias, que ganharam um subcódigo no procedimento, deram uma falsa impressão de omissão, cabem as considerações que seguem.

Quanto às entradas como “grades” e saídas como “peças”, apesar de intimada, à fl. 1862, para apresentar os produtos, alvo dessas incorreções, o sujeito passivo não apresentou tais produtos. De qualquer forma o Auditor Fiscal Diligente, conforme consta à fl. 1917, efetuou uma análise do registro 75 e constatou a inexistência dos itens de mercadorias para os quais foram apuradas omissões, cuja unidade seja “grade” que seja nas entradas quer seja nas saídas.

No que diz respeito à nova nomenclatura apresentada pelo impugnante, para que houvesse o agrupamento por ele indicados, o Auditor Fiscal diligente estranho ao feito efetuou tais ajustes, conforme consta de seu explicação à fl 1917, levando em conta a nova nomenclatura, portanto, foram gerados novas quantidades e valores para os itens objeto da autuação, segundo o agrupamento de alguns subgrupos.

Conforme alinha o aludido diligente estranho ao feito, à fl. 1917, onde, inclusive, detalha a metodologia aplicada nos ajustes e roteiro de estoque e sua fundamentação na Portaria 445/98, explicando cada uma das três fases dividiu o seu trabalho (fl. 1920), conformem segue resumidamente:

- 1 – “Pai e Filho” – *por esses critérios as mercadorias serão agrupadas por aderência ou afinidades características, natureza semelhante, conforme Port. 445/98;*
- 2 – *Foram selecionados os Pais e Filhos apenas dos produtos para os quais foram encontradas omissões.*
- 3 – *os itens são codificados de ordem que os seis primeiros dígitos (códigos “Pais”), representam um grupo de itens e os dígitos seguintes um subgrupo. Para melhor compreensão vide tabela “PaisFilhos. Os códigos “filhos” foram agrupados em “Pais”, conforme subgrupos sugeridos pelo próprio autuado.*

Cabe acolhimento às conclusões que chegaram o Auditor Fiscal Diligente ao apresentar, após os ajustes indicados, os novos valores ajustados à nova nomenclatura conforme demonstrativo que anexa, resultando para a infração 1, ocorrência de 31/12/2006, o valor histórico de R\$135.304,85, bem como para a ocorrência de 31/12/2007, o valor histórico de R\$109.581,28.

Quanto à infração 2 coube acolhimento, também, as aludidas conclusões, com ocorrência de 31/12/2008, valor remanescente a ser exigido de R\$245.336,45.

Quanto à arguições do autuadas relativas aos produtos com substituição tributária, não foram alvo da presente exigência, contudo com os ajustes efetuados pelo Auditor Fiscal diligencia às fls. 1916 a 1920, foram apuradas omissões relativos à ICMS devido por substituição tributaria nos seguintes valores 2006 – R\$10.184,05, 2007 – R\$21.627,84, 2008 – R\$42.542,04.

Quanto aos aludidos valores, apurados relativos ao imposto devido por substituição tributária, não cabe exigência no presente lançamento de ofício, já que não faz parte desse lançamento original. Recomendo, contudo, a Infaz de Origem uma nova ação fiscal para apurar e exigir a aludida diferença do tributo não reclamado, se efetivamente confirmada, tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário.

RPAF, Art. 156. *Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.*

No que alude à aplicação da alíquota de 17%, tendo em vista a apuração das omissões de saídas relativa às infrações 1 e 2, essas são consideradas saídas internas, conforme determina o art. 632, VII do RICM/97.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL das infrações 1 e 2, acolhendo os valores ajustados pelo Auditor Diligente, estranho ao feito, conforme seu parecer às fls. 1916 a 1920 dos autos, que conclui por remanescer os seguintes valores a serem exigidos:

Infração 1, ocorrência de 31/12/2006, o valor histórico de R\$135.304,85, bem como para a ocorrência de 31/12/2007, o valor histórico de R\$109.581,28. Total da infração 1 é de R\$244.886,13.

Infração 2, ocorrência de 31/12/2008, valor remanescente a ser exigido de R\$245.336,45.

Assim, o total das infrações 1 e 2 que originalmente traziam a exigência do ICMS no valor histórico de R\$758.949,30, remanesceu, após os ajustes do revisor, o valor de R\$490.222,58.

Verifico também, que em relação às alegações de roubo dos produtos e problemas operacionais do autuado, não restaram demonstrados, não cabendo serem levados em conta para apuração das infrações em lume.

Em relação à alegação de que não caberia a cobrança cumulativa do imposto, da multa e dos acréscimos monetários, de igual forma, não cabe acolhimento. A matéria possui caráter legal, à vista do disposto no Código Tributário Nacional (CTN), artigo 161, sendo, de igual modo, prevista a sua cobrança, no artigo 137 do RICMS/BA, ao dispor que, para fins de atualização monetária, os débitos do ICMS, quando pagos em atraso, serão convertidos em quantidade de UFIRs ou de outro índice que venha a ser adotado para atualização dos créditos tributários da União, no caso presente a variação da taxa SELIC. Quanto aos acréscimos moratórios, trata-se de igual forma, de cobrança diante do não recolhimento tempestivo da obrigação tributária, estando a sua previsão legal nos artigos 138 e 138-B, especialmente o inciso II, do multimencionado RICMS. Já os acréscimos moratórios estão previstos no mesmo diploma legal, artigo 139.

Note-se que a legislação em momento algum fala em cobrança de juros, e sim, de acréscimos moratórios diante do inadimplemento da obrigação tributária, vez que o conceito de juros refere-se a juros de mora que é uma taxa percentual sobre o atraso do pagamento de um título de crédito em um determinado período de tempo, e representam a pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento de sua obrigação.

Os juros de mora funcionam como uma espécie de indenização pelo retardamento na execução do débito, e podem ser convencionados entre as partes ou, na ausência de convenção, aplicados aqueles determinados pela lei. São acréscimos permitidos em lei ao credor de uma dívida, sendo um mecanismo legal para evitar o calote dos que estão devendo. Em suma, com sua cobrança, busca-se mera atualização de valor.

Já a multa possui a natureza de pena, pelo cometimento de ato ou prática de conduta definida em norma legal como ilícita, no caso, sob o aspecto tributário. Como visto, se afiguram como institutos distintos, não podendo ser confundidas, e, por consequência passíveis de aplicação cumulativa.

A propósito, parecer da Divisão de Tributação da Secretaria da Fazenda (DITRI), de nº 1565/2000, possui a seguinte Ementa:

ICMS. ACRÉSCIMO MORATÓRIO. PAGAMENTO DOS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS DECORRENTES DO PAGAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS FORA DO PRAZO REGULAR.

O mesmo, citado nesta oportunidade a título de exemplo, reafirma nosso entendimento acima posto.

A respeito da incidência do acréscimo moratório, via utilização da taxa SELIC, a matéria já tem o entendimento pacificado, sendo amplamente aceita a sua cobrança, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à vista de várias decisões no sentido de que pode ser aplicada para atualização de débitos tributários. Como exemplo, cito decisão da ministra Carmem Lúcia, a qual transcrevo:

**RE 602749 AgR / SC - SANTA CATARINA
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA

Julgamento: 01/02/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

5. Ademais, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a controvérsia sobre a incidência da taxa SELIC sobre débitos tributários demanda a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Assim, a pretensa afronta à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.

Neste sentido, o seguinte julgado:

"AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAODINÁRIO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356). IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 570.820 Ag.R, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 19.12.2008).

Já o ministro Marco Aurélio Melo adentra ainda mais nesta discussão, ao decidir;

AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 02/12/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma

No que tange à taxa SELIC, dispõe o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional (CTN):

"Art. 161, do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

1º Se a lei não dispor de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês (...)" (grifei).

A taxa SELIC compreende correção monetária e taxa de juros reais, não tendo qualquer natureza remuneratória, mas representa apenas o custo que a Fazenda tem para captar recursos no mercado.

Ademais é pacífica orientação do STJ no sentido de que o artigo 161, §1º, do CTN, autoriza a previsão por lei diversa dos juros moratórios, o que permite a adoção da taxa SELIC, não havendo falar em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Dessa forma, demonstrado que a Corte Maior da justiça pátria aceita a aplicação da taxa SELIC, nos débitos tributários, esquivando-se de apreciar a sua constitucionalidade, por entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, não havendo ofensa a princípio constitucional, conforme explicitado no voto do Ministro Marco Aurélio Melo, nada mais nos cabe argumentar ou acrescentar à discussão, senão concluir pela coerência e base legal do procedimento da Fazenda Pública Estadual, especialmente no caso em tela ora apreciado.

Quanto à insurgência do sujeito passivo quanto à multa aplicada, o inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou A autuante as multas previstas no inciso III do art. 42 (Infrações 1 e 2) e inciso VI "a", do mesmo artigo 42 (Infração 3), inciso da Lei nº 7.014/96, todas no percentual de 70% e 60%, respectivamente, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo, com efeito, de confisco o contribuinte omisso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionário do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

É importante destacar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, colacionadas, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, cabendo identidade e ratificação, naquilo que coincide, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL (Infração 1: Exercício de 2006 – R\$135.304,85 e Exercício de 2007 – R\$109.581,28) do Auto de Infração, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	607.146,40	244.886,13	70%
02	PROCEDENTE EM PARTE	151.802,90	245.336,45	70%
03	PROCEDENTE	2.862,81	2.862,81	60%
TOTAL		761.812,11	493.085,39	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0019/10-2, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$493.085,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.862,81 e 70% sobre R\$490.222,58, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2012.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA