

A. I. Nº - 298932.0013/12-0
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ LUIZ SANTOS SOUZA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 12/12/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0203-05/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Os autuantes acolhem os argumentos do sujeito passivo e ajustam o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, inicialmente na informação fiscal e, em seguida, através de diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal. Afastadas as arguições de nulidades e não acolhidos os pedidos de nova diligência e o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2012, exige do autuado ICMS no valor de R\$235.809,57, acrescido de multas, em função da falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivadas omitidas, apurada 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 tributadas. ICMS no valor de R\$235.809,57; multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 51 a 81, apresenta a defesa afirmando que o Auto de Infração em discussão, ora impugnado, é nulo de pleno direito ou, no mínimo improcedente.

No que tange a infração afirma que o lançamento de ofício infringiu a norma interna, em especial a Portaria nº 445 de 10.08.1998, que dispõe sobre o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias; não ofereceu prova concludente de que o evento ocorreu na estrita previsão normativa; deixou de agrupar itens de mercadorias da mesma espécie; relata que apurou a base de cálculo do imposto pelo maior valor monetário das saídas tributadas; não deu tratamento tributário adequado às supostas omissões de entradas e saídas de mercadorias e por fim, não forneceu elementos suficientes para se determinar com segurança o levantamento fiscal, assim, incorreu em ofensa aos princípios da legalidade, da tipicidade, da não comutatividade e da verdade material, por conseguinte, o auto de infração é nulo de pleno direito ou, no mínimo improcedente.

Argui que é visível que os art. 2º e 3º da Portaria nº 445 de 10.08.1998, não foram observados pela fiscalização ao apurar o crédito tributário, restando violada a norma tributária interna e, em consequência, materializando um fato jurídico tributário inexistente, bem como, exigindo-se indevidamente o pagamento de tributo contra o sujeito passivo.

Alega que ao captar informações no Registro nº 75 – SINTEGRA, diversos códigos de mercadorias deixaram de ser agrupados pela fiscalização, como: 01341-241, 01367-254, 01404-280, 01436-251, 01436-300, 01470-201, 01491-223, 01508-208, 01599-290, 01640-249, 01658-208, 01769-237, 01790-231, 01795-234, 01797-253, 01916-250, 02325-220, 02377-230, 02610-212, 02793-213, 03054-231, 03184-246, 03226-287, 03237-224, 03255-262, 03276-278, 03321-281, 03387-206, 03620-289, 09272-819, 09274-247, bem como, os demais códigos insertos no Anexo IV: CÓDIGOS NÃO INCLUSOS NA FISCALIZAÇÃO, representando

a totalidade da suposta omissão de saídas em discussão, quando a descrição dos produtos revelava-se idêntica. Esclarece-se que, os 05 (cinco) primeiros dígitos do código do produto, representa o produto em si e os 03 (três) últimos números do código do produto, representa a embalagem do produto.

Não se alegue dificuldade de identificação da mercadoria, pois, sabiamente a legislação interna disciplinou a exigência de se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Consigna que deve-se levar em consideração que todas as mercadorias estão identificadas no arquivo magnético com sua respectiva NCM, não justificando a omissão do fisco em desprezar os itens de mercadorias no levantamento quantitativo de mercadorias por espécie em exercício fechado, portanto, o descumprimento da legislação aliada à falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, resulta na nulidade o auto de infração a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Entende que não comporta a recusa de decretação da nulidade pretendida, sob o fundamento de que o sujeito passivo da obrigação tributária compreendeu o fato descrito como infração, em razão da elaboração de sua defesa. Os efeitos dos erros materiais são diversos, por se tratar de vício que atinge um dos elementos intrínsecos à norma individual e concreta, como é o caso da motivação, assim, o ato administrativo tributário que deve ser pautado em prova, é nulo de pleno direito e insusceptível de convalidação.

Com efeito, requer seja decretada a nulidade do lançamento de ofício, com amparo no art. 18, IV, “a”, do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Alude que, quanto ao local da fiscalização, a mesma deixou de dizer o devido cumprimento às disposições do Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I (art. 10, do Decreto nº 70.235/1972) e 196, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, conforme o melhor entendimento doutrinário, tornando-o ineficaz e nulo de pleno direito, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, como ocorreu no presente caso, aplicando-se a mesma regra aos autos lavrados em escritório do Auditor Fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado.

Destaca que não se trata de mero argumento, mas sim de grave equívoco em se omitir sobre a realidade fática e demais documentos que atestam à inexistência de irregularidades, tanto que durante as diligências/fiscalização as solicitações do(a) Auditor(a) Fiscal foram atendidas.

No mérito, em relação à Infração – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Anexo: 1 – R\$235.809,57.

Na apuração do crédito tributário afirma que o preposto fiscal deixou de cumprir as exigências contidas na Portaria nº 445 de 10.08.1998, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado, em consequência, viciou o ato administrativo tributário ante a ausência de prova material; deixou de agrupar e reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins; levou em conta para a apuração da base de cálculo do imposto o maior valor monetário das saídas tributáveis e não concedeu o crédito do ICMS na apuração do tributo.

Repete que o crédito tributário foi apurado com a ausência de prova material do fato imponível; sem a observância dos procedimentos previstos nos art. 2º, 3º e seguintes da Portaria nº 445 de 10.08.1998.

Da leitura da descrição do fato aposto afirma que no lançamento de ofício leva a crer que se trata de omissão de saídas em razão de falta de registro de entradas de mercadorias no

estabelecimento do sujeito passivo da obrigação tributária. Este fato é previsto no art. 6º da Portaria nº 445/1998, cujo mandamento legal é a necessidade de análise da repercussão do fato à luz da legislação. Este fato teria inicialmente a descrição de omissão de entradas, ou, segundo a orientação, falta de contabilização de entradas de mercadorias; o certo é que, há evidente contradição entre a descrição do fato e a tipificação da infração, esta tida como omissão de saídas, cujo efeito é a nulidade do Ato Administrativo Tributário, também sob este fundamento.

No que se refere à omissão de saídas, hipótese ao que lhe parecem resultou na constituição do crédito tributário; esclarece, em razão de elaboração de injustificáveis relatórios de auditoria demonstrando omissão de entradas, estes criaram para o contribuinte um cenário de insegurança e incerteza do levantamento fiscal e do imposto apurado que, ao nosso sentir, representa verdadeira exação fiscal. Em suma, não existe a hipótese de omissão de receitas e, para que se obtenha a certeza da afirmativa, basta que se faça o reprocessamento dos arquivos magnéticos do contribuinte, agrupando e reunindo os itens de mercadorias afins, observando-se os códigos; NCM; grupos e subgrupos; descrição da mercadoria; quantidade e preço unitário.

Consigna que ao descrever no Auto de Infração a determinação da base de cálculo do ICMS no maior valor monetário das saídas tributáveis, quando, o art. 5º, I, da Portaria nº 445/1998, determina que a base cálculo do imposto deve ser feita pelo preço médio das operações de saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período da fiscalização, concretizou-se a insegurança denunciada do lançamento fiscal.

Assegura que o Auditor Fiscal ao processar os arquivos magnéticos do Autuado deixou de considerar diversos códigos de mercadorias (ex. 01341-832 - ATUM G. COSTA SOLIDO NATURAL A.FACIL 1 - 120G – UND 1), no levantamento quantitativo de estoques de mercadorias por espécie em exercício fechado; em consequência, constituiu um crédito tributário inexistente, conforme expõe:

A uma, não adotou o Agente Fiscal os procedimentos de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado exigidos pela Portaria nº 445 de 10.08.1998, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia; A duas, não adotou critério rigoroso na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades de entradas, as quantidades de saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento, a teor do art. 3º, I, da Portaria nº. 445/1998; A três, deixou de agrupar as mercadorias denominadas por mais de uma denominação e/ou códigos de identificação, como exige o art. 3º, III, da Portaria nº. 445/1998.

Alude que os dados que serviram de base para o levantamento fiscal foram extraídos do Registro 75 – SINTEGRA, indubitavelmente, lá estão gravados inúmeros códigos de mercadorias da mesma espécie que, foram desprezados pelo preposto fiscal, em consequência, não foram agrupados e reunidos no mesmo item de mercadoria, assim, foi apurado o imposto que ora se impugna.

Demonstração:

- a) Código nº 01341-832 - ATUM G. COSTA SOLIDO NATURAL A.FACIL - 1 - 120G;
- b) Código nº 01341-193 - ATUM G. COSTA RALADO NATURAL LIGHT - 1x24 - 170G.

Como prova do alegado, anexa-se à presente defesa cópias de documentos com o código nº 01341-832:

- Anexo I: Relatório Interno do Produto;
- Anexo II: Nota Fiscal – Fatura (x) Saída;
- Anexo III: Nota Fiscal – Fatura (x) Entrada.

Argumenta que ao deixar de considerar o Código nº 01341-832 - ATUM G. COSTA SOLIDO NATURAL A.FACIL - 1 - 120G, o preposto fiscal apurou valores a título de omissão de saídas de forma indevida. Além de não fazer o agrupamento e reunião do referido item de mercadoria, com o Código nº 01341-193 - ATUM G. COSTA RALADO NAT. LIGHT - 1x24 - 170G deixou de considerar no levantamento fiscal o valor de imposto recolhido sobre aquele item de mercadoria, situação que se repetiu com diversos itens de mercadorias comercializados pelo contribuinte, durante todo o período abrangido pela ação fiscal.

O Autuante deixou de considerar no levantamento fiscal os seguintes códigos de mercadorias insertas nos seus arquivos magnéticos:

CÓDIGOS DE MERCADORIAS NÃO INCLUSOS NA APURAÇÃO DE ESTOQUES PELA FISCALIZAÇÃO: 01341-241, 01341-390, 01341-438, 01341-832, 01367-254, 01367-302, 01367-845, 01404-280, 01404-328, 01404-477, 01404-525, 01404-722, 01404-871, 01404-919, 01436-251, 01436-300, 01436-448, 01470-201, 01470-350, 01470-893, 01491-223, 01599-290, 01599-338, 01640-249, 01658-208, 01769-237, 01790-231, 01790-380, 01791-297, 01791-345, 01795-234, 01795-383, 01795-431, 01795-825, 01797-253, 01797-301, 01798-212, 01798-361, 01916-250, 01916-990, 02325-220, 02325-369, 02325-417, 02377-230, 02377-379, 02377-427, 02610-212, 02793-213, 03054-231, 03054-380, 03054-822, 03184-246, 03226-287, 03226-335, 03226-484, 03226-878, 03237-224, 03237-373, 03237-570, 03237-618, 03237-767, 03237-815, 03255-262, 03255-310, 03276-278, 03276-326, 03276-869, 03321-281, 03387-206, 03387-355, 03387-898, 03732-283, 03732-331, 03732-480, 03732-528, 03732-922, 03971-218, 03971-367, 04464-261, 04464-309, 04464-703, 04464-900, 04512-242, 04512-982, 04540-252, 04540-300, 04540-843, 04556-293, 04622-211, 04640-243, 04640-392, 04908-267, 04908-709, 04908-858, 04951-260, 04951-308, 04951-702, 04951-851, 05793-207, 05794-267, 05794-315, 05794-464, 05856-264, 05856-855, 06165-243, 06692-255, 06692-798, 06692-846, 06734-296, 06734-887, 06812-211, 06812-802, 06888-215, 07009-211, 07009-360, 07081-280, 07081-328, 07081-871, 07082-239, 07085-217, 07085-366, 07141-247, 07197-295, 07197-343, 07197-492, 07297-286, 07547-268, 07547-859, 07802-213, 07865-279, 07865-870, 07955-292, 08428-278, 08531-231, 08531-380, 08764-226, 08764-375, 08764-769, 08764-966, 08770-852, 08819-223, 08819-372, 08819-420, 08819-766, 08819-963, 08837-261, 08837-309, 08837-852, 09047-219, 09047-368, 09047-762, 09047-810, 09098-270, 09098-318, 09102-272, 09103-231, 09103-380, 09108-228, 09108-819, 09155-259, 09155-307, 09155-456, 09155-999, 09187-212, 09217-256, 09269-266, 09269-314, 09269-463, 09269-708, 09269-857, 09272-228, 09272-377, 09272-771, 09272-819, 09274-247, 09274-396, 09274-444, 09274-790, 09274-987, 09276-266, 09276-314, 09276-660, 09276-708, 09276-857, 09278-285, 09278-333, 09278-727, 09278-876, 09283-266, 09283-314, 09283-708, 09283-857, 09441-216, 09441-365, 09444-295, 09444-343, 09444-540, 09444-689, 09444-737, 09444-886, 09447-273, 09447-321, 09447-667, 09447-715, 09447-864, 09448-232, 09448-381, 09448-775, 09448-823, 09470-286, 09474-229, 09481-229, 09481-378, 09481-820, 09625-280, 09625-328, 09625-477, 09625-525, 09625-871, 09674-211, 09756-265, 09756-856, 09918-253, 10038-298, 10061-216, 10085-210, 10086-270, 10088-289, 10090-286, 10513-289, 10783-218, 10792-237, 10794-256, 10805-285, 10814-221, 10816-240, 11212-274, 11212-322, 11644-292, 11903-669, 11903-717, 11903-866, 11905-294, 11905-539, 11905-688, 11905-736, 11905-933, 11925-268, 11930-243, 12311-203, 12311-943, 12500-224, 12500-373, 12500-618, 12500-767, 12500-815, 12562-236, 12728-262, 13017-296, 13017-344, 13018-255, 13018-303, 13018-452, 13071-208, 13165-248, 13165-397, 13165-791, 13165-839, 13208-821, 13208-970, 13392-287, 13392-335, 13392-484, 13392-532, 13392-681, 13392-729, 13442-287, 13533-259, 13533-307, 13533-456, 13533-653, 13533-701, 13533-850, 13549-294, 13615-212, 13615-361, 13615-755, 13615-803, 13877-283, 14195-281, 14195-329, 14195-872, 14200-247, 14202-272, 14202-320, 14247-200, 14247-891, 14307-260, 14309-279, 14311-200, 14312-259, 14479-235, 14482-298, 14538-254, 14538-845, 14754-798, 14754-846, 14771-233, 14771-824, 15034-270, 15049-245, 15049-394, 15119-291, 15135-209, 15135-358, 15135-406, 15135-800, 15177-241, 15187-219, 15187-368, 15197-298, 15219-282, 15377-223, 15432-204, 15497-271, 15636-224, 15652-243, 15652-392, 15657-240, 15657-389, 15679-215, 15679-364, 15679-758, 15679-806, 16130-204, 16130-353, 16130-896, 16488-250, 16488-399, 16638-241, 16638-390, 16638-438, 16729-213, 16729-362, 16757-229, 16774-207, 16774-899, 16919-217, 17377-219, 17377-368, 17450-232, 17450-381, 17450-578, 17450-626, 17450-775, 17450-823, 17745-230, 17745-379, 17745-427, 17745-576, 17998-282, 18045-201, 18460-208, 18576-831, 18726-231, 18812-206, 18812-898, 18813-266, 18813-857, 18822-285, 18823-244, 18826-222, 18826-371, 18826-962, 18828-241, 19198-840, 19261-290, 19261-881, 19434-215, 19434-364, 19436-234, 19436-383, 19690-814, 19795-217, 19795-366, 19795-563, 19795-611, 19795-760, 19795-808, 19955-287, 20024-281, 20024-872, 20078-209, 20078-800, 20238-268, 20442-272, 20442-320, 20442-666, 20442-714, 20442-863, 20863-252, 20863-300, 20872-271, 20929-287, 20957-202, 20957-351, 20957-400, 20957-894, 20959-221, 20959-370, 21157-734, 21157-883, 21199-223, 21199-372, 21220-226, 21255-264, 21382-211, 21382-360, 21382-408, 21382-802, 21812-219, 21945-814, 22007-200, 22007-349, 22007-892, 22076-206, 22136-274, 22137-233, 22138-293, 22142-214, 22168-227, 22236-265, 22236-313, 22236-856, 22239-243, 22239-392, 22239-834, 22242-205, 22242-354, 22242-748, 22242-897, 22337-215, 22339-234, 22455-244, 22456-203, 22578-270, 22578-712, 22578-861, 22707-227, 22851-271, 22851-319, 22940-218, 22940-367, 22943-202, 22943-351, 22944-262, 22944-310, 23064-207, 23066-226, 23253-241, 23253-981, 23255-260, 23255-308, 23256-219, 23303-223, 23303-372, 23321-279, 23322-238, 23350-248, 23350-397, 23356-210, 23356-801, 23602-237, 23887-260, 23887-308, 23887-654, 23887-702, 23887-851, 23891-282, 23891-676, 23891-724, 23891-873, 23897-238, 23897-387, 23897-435, 23897-632, 23897-781, 23897-829, 23989-270, 23989-318, 23989-909, 24217-264, 24217-312, 24217-706, 24217-855, 24318-214, 24318-363, 24318-805, 24320-211, 24320-802, 24384-224, 24405-822, 24427-224, 24753-295, 24840-223, 24912-204, 24912-353, 24917-201, 25125-230, 25127-249, 25329-250, 25329-399, 25329-447, 25329-841, 25884-278, 25950-291, 25950-882, 26130-203, 26173-200, 26173-349, 26173-695, 26173-743, 26173-892, 26310-229, 26730-250, 26731-215, 26732-275, 27031-287, 27031-335,

27031-878, 27084-256, 27084-847, 27392-278, 27393-237, 27472-212, 27473-272, 27474-231, 27532-291, 27535-269, 27537-288, 27567-222, 27638-238, 27655-216, 27677-292, 27677-340, 27870-252, 28159-297, 28159-345, 28159-494, 28220-212, 28220-361, 28220-803, 28250-247, 28254-291, 28402-245, 28433-257, 28433-305, 28437-295, 28525-289, 28525-337, 28525-928, 28597-255, 28729-208, 28731-211, 28732-271, 28733-230, 28738-227, 28739-287, 28760-281, 29140-276, 29215-235, 29224-254, 29225-213, 29531-227, 29532-287, 29589-294, 29655-212, 29655-361, 29816-241, 29912-295, 29912-343, 29912-886, 29943-289, 29975-242, 29976-201, 29977-261, 29978-220, 29980-217, 30285-280, 30360-211, 30366-274, 30470-281, 30551-281, 30551-872, 30552-240, 30555-218, 30558-297, 30561-259, 30562-218, 31898-200, 32329-255, 32333-277, 32640-244, 32862-207, 32863-267, 32892-833, 32976-214, 32977-274, 32978-233, 32979-293, 32980-230, 32981-296, 32982-255, 32983-214, 32998-881, 33539-213, 33906-247, 33906-396, 33906-838, 33946-278, 33946-917, 33983-212, 33984-272, 34099-236, 34101-219, 34296-229, 34343-251, 34348-248, 34375-944, 34379-242, 34379-391, 34886-298, 35081-281, 35087-237, 35089-256, 35090-294, 35212-264, 35328-290, 35367-243, 35641-203, 35877-277, 35879-296, 36420-298, 36421-263, 36421-854, 36422-222, 36567-223, 36569-242.

Aponta que ao refazer o agrupamento dos itens de mercadorias e comparando-se com o agrupamento realizado pela fiscalização, foram detectados diversos códigos de produtos que deixaram de ser considerado pelo fisco, conforme a anexa planilha IV-CÓDIGOS NÃO INCLUSOS NA FISCALIZAÇÃO. A anexa planilha se destina a facilitar a realização de uma nova apuração fiscal, bem como, elidir a exigência fiscal, já que, a inconsistência no lançamento de ofício é notória.

De acordo com descrição do fato no auto de infração, a base de cálculo do imposto foi apurada com base no maior valor monetário das saídas tributáveis, contrariando, os relatórios fiscais que constam o preço médio, tal erro, contribuem para a insegurança e insubsistência da autuação fiscal.

Em face do princípio da eventualidade protesta pelo aproveitamento do crédito fiscal no percentual de 10% (dez) por cento, sobre a base de cálculo do imposto apurado em levantamento fiscal, ou, no percentual a ser apurado de acordo com a origem dos produtos supostamente não registrado na escrita fiscal da autuada indevida descrição constante no auto de infração.

Discorrendo sobre o princípio da verdade material, afirma que a Administração tem o dever de provar o fato jurídico ou ilícito tributário que dão suporte a seus atos e, não mero ônus de prova, cabendo ao contribuinte apenas o ônus de contra-prova e a ausência de prova é, manifestamente, um vício que afeta o ato administrativo tributário, principalmente, aos procedimentos de elaboração do lançamento revestidos de erros materiais, como é o caso, que de forma intencional ou, não, deixou-se de considerar diversos itens de mercadorias da mesma espécie no levantamento quantitativo de estoques, quando a norma que rege a matéria exige rigor no desenvolvimento da ação fiscal em respeito ao controle da legalidade.

Considera, mais uma vez, o levantamento fiscal em desacordo com a Portaria nº 445 de 10.08.1998, inválido, portanto, nulo de pleno direito.

Passa a arguir sobre o princípio da não cumulatividade trazendo doutrina e afirmado seu direito ao aproveitamento de créditos fiscais, relacionando também jurisprudência dos tribunais.

Quanto às multas aplicadas afirma não caber, pois não cometeu a infração, bem como reiteradas essas premissas, e pelo caráter da eventualidade, prosperando a autuação, *ad argumentandum tantum*, afirma que ocorreu inadequada capitulação da multa aplicável, porque, ainda que a autuação fosse mantida, a multa em questão é das mais graves previstas na legislação e inaplicável ao caso em testilha, bem como em razão do erro na consideração da tipificação legal.

Alude a Constituição Federal de 1.988, 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 à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo, com efeito, de confisco”.

Quanto à aplicação de juros com base na SELIC, afirma haver um abuso insanável que é a pretensa vontade fiscal de aplicar ao débito exigido taxa de juros baseada na SELIC.

Afirma que a aplicação da SELIC como taxa de juros, como já era de se esperar, tal como aconteceu com a TRD, tem sofrido fortes revezes no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários, culminando com a decisão de sua argüição pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 215.881/PR (DJU 19/06/2000). Com efeito, de nada adianta a esfera administrativa insistir nesse entendimento, em face de gritante inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da SELIC.

Em relação aos juros, afirma que, por seu turno são extrínsecos ou adventícios, são frutos civis do capital ou frutos produzidos pelo capital. Sua apuração leva em conta o capital, mas não como fator intrínseco. Apuram-se os juros com multiplicação do percentual estabelecido por lei ou convencionado, levando em conta o período e sobre o capital inicial. Em outras palavras, esse novo valor é uma entidade que se aditou ao principal e não uma entidade de readaptação do próprio principal como se dá com a correção monetária. Dessa forma, não bastando a total inconsistência do auto de infração e da multa aplicada, quer ainda o Fisco exigir taxa de juros sabidamente ilegal e inconstitucional.

Requer a realizada perícia contábil nos livros fiscais e arquivos magnéticos (Registro 75 – SINTEGRA) enviados pelo contribuinte para a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em razão das inconsistências levantadas pelo Auditor Fiscal, na auditoria de estoques, especificamente, referente ao levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, em desacordo com a Portaria nº 445/1998.

Argumenta que o preposto fiscal deixou de observar a legislação tributária que disciplina a matéria, principalmente quando não considerou vários códigos de mercadorias utilizados pelo Autuado que especifica com exatidão a mercadoria comercializada. Também, não fora observado as diversas unidades de medidas, principalmente, a espécie de mercadoria por unidade, caixa, caixa com “x” unidades, pacote, garrafa, fardo etc, pois, determinadas mercadorias comporta vários subgrupos ou diversas referências adotadas internamente pelo contribuinte a fim de viabilizar a revenda de produtos.

Afirma que deve prevalecer, assim, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o equilíbrio entre as partes.

Pede a realização de detalhada perícia contábil, motivo pelo qual a Autuada requer o seu deferimento, na medida em que será imprescindível para o julgamento do presente processo e, de logo formula os seguintes quesitos:

- a) Qual a natureza das operações com mercadorias realizadas pelo autuado, especificamente, as constantes no arquivo magnético do contribuinte (SINTEGRA - Registro 75)?
- b) Qual a situação tributária de cada item de mercadoria relacionado pelo Auditor fiscal?
- c) Informar se o Auditor Fiscal considerou em seu levantamento fiscal todos os itens de mercadorias listados na anexa planilha – IV - CÓDIGOS NÃO INCLUSOS NA FISCALIZAÇÃO?
- d) Com referência aos itens de mercadorias gravados nos arquivos magnéticos do contribuinte que, serviram de base para o levantamento fiscal, prestar as seguintes informações: Existem mercadorias sujeitas ao Regime da Substituição Tributária? Mercadorias com base de cálculo reduzida? Mercadorias isentas ou não tributáveis do ICMS? Quais? Qual o valor contábil das mercadorias por situação tributária? Qual o valor da base de cálculo do ICMS? Qual o valor do imposto devido?
- e) Informar se com a inclusão dos valores dos itens de mercadorias não considerados pela fiscalização, é possível concluir pela insubsistência total ou parcial do lançamento de ofício?
- f) Protesta pela apresentação de quesitos complementares.

Conclui que:

- a) Seja declarada a nulidade do lançamento de ofício que constituiu o crédito tributário em razão de inobservância da Portaria n.º 445/1998, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e, em razão do local de lavratura do auto de infração;
- b) Em sendo ultrapassada a preliminar arguida, seja julgado improcedente o auto de infração em discussão, como única medida capaz de afinar-se com os superiores postulados da Lei, da Verdade e da Justiça;
- c) Seja concedido o crédito de imposto;
- d) Na remota hipótese de ser mantida a multa com base no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, esta deve ser reduzida para o percentual de 70%.

O autuante, às fls. 122 a 132 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo, quanto à alegação de que não aplicou corretamente a portaria 445, que a infração constante do Auto de Infração está devidamente respaldada na Legislação Estadual, especialmente quanto à portaria nº 445 de 10/08/1998, e nos dados constantes dos Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que foram confrontados com os dados escriturados nos Livros Fiscais da empresa, conforme ficará evidenciado na análise dos subitens apresentados pela Impugnante, conforme segue:

Quanto à alegação de que: “*o crédito tributário foi apurado com a ausência de prova material do fato imponível; sem a observância dos procedimentos previstos nos art. 2º, 3º e seguintes da Portaria nº 445 de 10.08.1998, que exige criterioso rigor na quantificação das mercadorias, no que concerne a adoção de unidade de medida idêntica a utilizada pelo contribuinte e, agrupamento e reunião num mesmo item as espécies de mercadorias afins, nas hipóteses em que determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, que é o caso.*”

Afirma o autuante que a Impugnante alega a inobservância de procedimentos previstos na Portaria nº 445/1998, no entanto, não apresenta, ao menos, neste subitem (3.1.1.1 – DO LEVANTAMENTO FISCAL), dados ou documentação que permitam a comprovação do fato examinado.

Dando continuidade ao subitem 3.1.1.1 – DO LEVANTAMENTO FISCAL, a Impugnante afirma, na fl. 61, que:

“*No que se refere à omissão de saídas, hipótese ao que nos parecem resultou na constituição do crédito tributário, esclarecendo, em razão de elaboração de injustificáveis relatórios de auditoria demonstrando omissão de entradas, estes criou para o contribuinte um cenário de insegurança e incerteza do levantamento fiscal e do imposto apurado que, ao nosso sentir, representa verdadeira exação fiscal*”.

Afirmam os autuantes que demonstram que a Infração 01 – 04.05.02 do Auto de Infração/Termo de Encerramento (fl. 01) indica a “*Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis...*” com base no “*Anexo 01 - 2011*” que apresentam, exclusivamente, relatórios que demonstram omissões de saídas. (fls. 09 a 28). Portanto, o Relatório de Omissões de Entradas citado pela Impugnante, integrantes do Anexo 02, não constam da descrição da Infração 1 – 04.05.02 e não fundamenta a tipificação e o cálculo do imposto devido e sim, servem para demonstrar que o valor monetário das omissões de saídas foi maior que o valor monetário das omissões de entradas.

Encerrando o subitem 3.1.1.1 – DO LEVANTAMENTO FISCAL, (fl. 61) a Impugnante afirma que: “*ao descrever no Auto de Infração a determinação da base de cálculo do ICMS no maior valor monetário das saídas tributáveis, quando, o art. 5º, I, da Portaria nº 445/1998, determina que a base cálculo do imposto deve ser feita pelo preço médio das operações de saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período da fiscalização, concretizou a insegurança denunciada do lançamento fiscal*”.

Asseguram os autuantes que a descrição da Infração 1 não indica que a base de cálculo para determinação do imposto devido foi o maior valor monetário das saídas, como parece entender a Impugnante.

Na descrição da Infração 1 consta que levou-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor

monetário – o das saídas, ou seja, no levantamento quantitativo de estoque apurou-se que o valor monetário das omissões de saídas (Anexo 01) foi maior que o valor monetário das omissões de entradas (Anexo 02) e, por esta razão, foi considerado o valor monetário das omissões de saídas, estando este procedimento de acordo com a Portaria nº 445/1998, conforme abaixo:

“Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer”:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;”

No que alude a alegação de que: “*O Auditor Fiscal ao processar os arquivos magnéticos do Autuado deixou de considerar diversos códigos de mercadorias (ex. 01341832 – Atm. G Costa Sólido Natural A. Fácil 1 – 120 – Und. 1) no levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, em consequência, constituiu um crédito tributário inexistente:*”.

Contestam os autuantes afirmando que por este entendimento, a Impugnante volta a alegar que os Auditores Fiscais autuantes não adotaram os procedimentos exigidos pela Portaria nº 445/1998, não adotaram critério rigoroso na quantificação do estoque inicial, estoque final e inventário relativo a cada item do levantamento e, por fim, deixaram de agrupar mercadorias denominadas por mais de uma denominação e/ou códigos de identificação.

Afirmam que o questionamento da Impugnante quanto o agrupamento será melhor detalhado, pela própria Impugnante, no item 3.1.1.3. Desta forma, deixaremos para apresentar as alegações no subitem seguinte.

A seguir apresentam as alegações dos Auditores Fiscais autuantes quanto às demais alegações da Impugnante referentes a este subitem:

Arguição do autuado: “*Não adotaram os procedimentos exigidos pela Portaria nº 445/1998*”.

Informação Fiscal: A Infração 01 está devidamente respaldada na legislação tributária, especialmente na Portaria nº 445/1998; é importante afirmar também que a Impugnante não se manifestou na sua defesa acerca da integralidade dos relatórios *Levantamento Quantitativo – Relação de Produtos Atualizados – Produtos com a mesma Descrição – 2011* que demonstram os agrupamentos realizados pelos Auditores Fiscais autuantes no levantamento quantitativo do estoque, apontando não mais que alguns produtos, os quais foram todos anteriormente analisados e agrupados. (fl. 21).

No entanto, complementam os autuantes, considerando que a Impugnante apresenta “CÓDIGOS DE MERCADORIAS NÃO INCLUSOS NA APURAÇÃO DE ESTOQUE PELA FISCALIZAÇÃO” os Auditores Fiscais autuantes analisaram os novos códigos informados pela Impugnante com as seguintes conclusões:

1. A Impugnante apresenta relações acrescentando novos códigos para todos os produtos constantes no relatório *Saídas de mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011* que embasa a Infração 01;
2. Os agrupamentos realizados pelos Auditores Fiscais autuantes foram relacionados nas citadas relações na coluna “agrupamento fisco” e foram comparados com a coluna “códigos não inclusos na fiscalização” onde a Impugnante informa novos códigos para produtos constantes no relatório *Saídas de mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011* fls. 82 a 106 e CD fl. 120;
3. Da análise da comparação verifica-se que apenas alguns dos novos códigos de produtos relacionados, efetivamente, foram encontrados nos arquivos da Impugnante;
4. Considerando que, definitivamente, a Impugnante apresentou os agrupamentos de todos os produtos de acordo com a composição do seu estoque, os Auditores Fiscais autuantes realizaram novo agrupamento, conforme requerido pela Impugnante.

Concluem os autuantes que acatam o requerimento da Impugnante quanto à realização de novo processamento de agrupamento dos produtos constantes na Infração 01, tendo em vista que a Impugnante apresentou, nesta Manifestação, todos os códigos que fazem parte da composição do

estoque dos citados produtos. Assim, os Auditores Fiscais autuantes apresentam novo relatório *Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011*, com os agrupamentos realizados de acordo com todos os códigos dos produtos informados pela Impugnante (fls. 133 a 134 e CD 135).

Desta forma, alinharam que a Infração 01 e, portanto, o valor total do Auto de Infração fica alterado de R\$ 235.809,57, para o valor total de R\$ 210.118,49 conforme discriminado abaixo:

Infração – 04.05.02	Valor histórico do A.I (R\$)	Valor histórico apóis impugnação (R\$)
Total do Débito	235.809,57	210.118,49

A Impugnante alega que: “*De acordo com descrição do fato no auto de infração, a base de cálculo do imposto foi apurada com base no maior valor monetário das saídas tributáveis, contrariando, os relatórios fiscais que constam o preço médio, tal erro, contribuem para a insegurança e insubsistência da autuação fiscal.*”

Informação fiscal: A descrição da Infração 1 não indica que a base de cálculo para determinação do imposto devido foi o maior valor monetário das saídas, como parece entender a Impugnante. Na descrição da Infração 01 consta que levou-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas, ou seja, no levantamento quantitativo de estoque apurou-se que o valor monetário das omissões de saídas (Anexos 01) foi maior que o valor monetário das omissões de entradas (Anexo 02) e, por esta razão, foi considerado o valor monetário das omissões de saídas, estando este procedimento de acordo com a Portaria nº 445/1998, conforme abaixo:

“Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer”:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;”...

Alegação do autuado quanto ao direito ao crédito: “*Em face do princípio da eventualidade a Autuada protesta pelo aproveitamento do crédito fiscal no percentual de 10% (dez) por cento, sobre a base de cálculo do imposto apurado em levantamento fiscal, ou, no percentual a ser apurado de acordo com a origem dos produtos supostamente não registrado na escrita fiscal da autuada conforme indevida descrição constante no auto de infração”.*

Informação fiscal: Em relação ao aproveitamento do crédito fiscal (Item 3.1.1.5) os Auditores Fiscais autuantes entendem como um equívoco da Impugnante protestar pelo aproveitamento do crédito fiscal no percentual de 10% sobre a base de cálculo do imposto apurado no levantamento fiscal, ou no percentual a ser apurado de acordo com a origem dos produtos, tendo em vista que a Infração 1 refere-se à omissão de saídas e não a presunção da omissão de saídas através da omissão de entradas.

No que tanga ao local da lavratura do Auto de Infração, a Impugnante solicita a declaração de nulidade do Auto de Infração alegando que a “Fiscalização deixou de dár o devido cumprimento às disposições do Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I e 196, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado”.

Afirmam os autuantes que, visando sustentar a alegação de nulidade em razão do Auto de Infração não ter sido lavrado no estabelecimento fiscalizado, a Impugnante faz referência ao Código Tributário Nacional, Art. 108, inciso I e Art. 196.

Complementam que, da análise dos dispositivos legais utilizados pela Impugnante para sustentar a tese de nulidade, verifica-se, SMJ, que o Artigo 108, inciso I e o Artigo 196, ambos do Código Tributário Nacional, não trazem nenhuma restrição à lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento fiscalizado, nem mesmo aborda a questão do local da lavratura do Auto de Infração.

No entanto, aduzem os autuante, contrário ao que afirma a Impugnante quanto à impossibilidade da lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento fiscalizado, verifica-se que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, Art. 39, parágrafo 1, possibilita a lavratura na repartição fazendária.

Assim, os Auditores Fiscais autuantes solicitam a manutenção do lançamento tributário.

No que tange a alegação de inconstitucionalidade das multas, afirmam que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, em seu artigo 167, inciso 'T', faz esta restrição.

Em relação a arguição de ilegalidade e inconstitucional a exigência de taxa de juros aplicada sobre os valores levantados no Auto de Infração, afirmam que não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, em seu artigo 167, inciso 'T', faz esta restrição.

Quanto ao pedido de perícia, a Impugnante solicita que seja realizada perícia contábil nos livros fiscais, a fim de que se possa averiguar a escrituração correta dos produtos comercializados pela Autuada e apresenta alguns questionamentos.

Os autuante afirmam que:

Os Auditores Fiscais autuantes apresentaram o Auto de Infração e relatórios da infração identificada, bem como todos os documentos exigidos pelo RPAF, que demonstram a natureza das operações e situação tributária dos produtos relacionados nas infrações.

Em relação ao aproveitamento do crédito fiscal (Item 3.1.1.5) os Auditores Fiscais autuantes entendem como um equívoco da Impugnante protestar pelo aproveitamento do crédito fiscal no percentual de 10% sobre a base de cálculo do imposto apurado no levantamento fiscal, ou no percentual a ser apurado de acordo com a origem dos produtos, tendo em vista que a Infração 01 refere-se à omissão de saídas e não a presunção da omissão de saídas através da omissão de entradas.

Os Auditores Fiscais realizaram novo agrupamento considerando a informação acrescentada pela Impugnante e apresentaram novo relatório Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011 fls. 133 a 134 e CD fl 135 baseado nas novas informações de agrupamentos.

Portanto, os Auditores Fiscais autuantes consideram desprovidas as alegações da Impugnante para a realização de diligencia.

Isto posto, consideram desprovidos o requerimento de improcedência do Auto de Infração e o pedido de perícia contábil.

O sujeito passivo, às fls. 138 a 145 que o lançamento é nulo, com base no art. 18 do RPAF/BA. Exemplifica afirmado que o autuante ao apurar o item omissões finais, encontrou 34.733, quando o correto seria 3.982. Trata, portanto, de erro aritmético. Assegura que em relação aos demais itens ocorreu a mesma coisa, conforme tabela que anexa aos autos.

Aduz que, também, considerou na verificação fiscal as mesmas informações de estoque inicial e estoque final constantes dos arquivos magnéticos dos contribuintes de inscrição estadual nº 064.111.216 e 057.746.966, caracterizando verdadeira confusão, considerando que, o estoque inicial e final de cada contribuinte é diferente, passando a apresentar planilha comparando o estoque inicial. Assim, pede nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa.

Afirma que, após revisão o autuante ajustou o crédito tributário para R\$210.118,49, contudo a correção só ocorreu em alguns itens de mercadorias, o que deveria ocorrer em todos os itens aditados os quais contém incorreções e inconsistências.

Argumenta que ficou demonstrado que: a) não houve critério rigoroso no levantamento; b) não foi atendida a Portaria nº 445/98, bem como o seu art. 6º; c) não foi concedido o crédito de imposto no momento de apuração do crédito tributário; d) o correto seria falta de contabilização de entradas e não omissão de saídas de forma imposta; d) o autuante afirma que se trata de omissão

de entradas e saídas de mercadorias quando na fl. 125 em plena contradição, pondera que se trata de omissão de saídas, ao tempo que nega validade ao relatório de omissão de entradas.

Assegura que houve contradição, pois: a) se houve omissão nas entradas, exige-se a concessão do crédito fiscal no percentual de 10% em favor do autuado; b) se não houve a omissão nas entradas, como afirma o fiscal, agora na informação fiscal, a situação não é aquela tipificada pelo autuante, de omissão de entrada e saídas, que deu suporte ao levantamento fiscal, com a multa de 70%, conforme fundamentos transcritos, às fls. 129 da informação fiscal, assim, exige-se a nulidade do Auto de Infração; a) a medida mais adequada é anular a infração.

Apresenta planilhas onde procura demonstrar erros de cálculos do levantamento efetuado pelo autuante, onda na coluna Omissões finais da tabela que apresenta, afirma constar omissões totalmente irreais.

Afirma que o autuante deve agrupar os itens de mercadorias por espécie levando em consideração a totalidade dos códigos dos produtos.

Pede, também, que identifique de forma correta o arquivo SINTEGRA, correspondente a cada contribuinte, uma vez que presente levantamento fiscal houve confusão na identificação dos arquivos magnéticos das filiais com Inscrição Estaduais nºs 064.111.216 e 057.746.966, ambas autuadas, respectivamente com Auto de Infração nº 298932.0012/12-3 e 298932.0013/12-0, considerando que, o Estoque inicial e Estoque final levado a efeito da apuração fiscal são totalmente idênticos, gerando, por conseguinte, as inconsistências denunciadas.

Reitera os termos da defesa de nulidade, ou seja, declarada a improcedência do Auto de Infração.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ DE ORIGEM, para que o autuante apresente nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

O autuante, às fls. 171 a 173, apresenta nova informação fiscal afirmando que em relação à escrituração do inventário em unidades diferentes das entradas e saídas de mercadorias no exercício fechado, afirma que o contribuinte opera no comércio varejista com uma quantidade muito grande de itens de mercadorias (cerca de 20.000 itens), contudo, só foram selecionados para o Levantamento de Estoques, os produtos que não poderiam gerar dificuldades na identificação de embalagens e aqueles produtos, refrigerados ou não, que podem ter saídas de forma fatiadas ou utilizados em algum processo de preparação por parte da empresa.

Ressalta que o Contribuinte utiliza na sua escrituração, unidades de ENTRADAS e SAÍDAS diferentes daquelas escrituradas nos ESTOQUES INICIAL E FINAL. Em que pese o procedimento por parte do Contribuinte, ser um dificultador da Ação Fiscal, os Auditores Fiscais Autuantes, conseguiram através de uma seleção razoável de itens, fazer o agrupamento e conversão das unidades diferentes em valor unitário, conforme demonstrativos constantes do CD anexo a esta Informação Fiscal apensado na fl. 173.

Assegura que foram refeitos os cálculos de todos os produtos selecionados e relacionados no Auto de Infração. Desta forma, foram sanados os erros de cálculos, apontados ou não pelo Impugnante. Em relação aos valores idênticos aos do Auto de Infração da IE nº 57.746.966 (fls. 140), informa que o erro se encontra na Informação Fiscal daquele Auto de Infração e não do presente Auto de Infração. Isto posto, todos os VALORES DE ESTOQUE INICIAL E FINAL, referem-se à IE nº 64.111.216;

Informa que foram expurgados todos os produtos com inconsistência apontada pelo Impugnante, destacadamente àqueles onde havia repetição nas quantidades nos Estoques Inicial e Final.

Aduz que a infração constante do Auto de Infração está devidamente respaldada na Legislação Estadual, especialmente quanto à Portaria nº 445 de 10/08/1998, e nos dados constantes dos

Arquivos Magnéticos enviados pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que foram confrontados com os dados escriturados nos livros Fiscais da empresa.

Em relação à alegação do Impugnante quanto a falta de concessão de CRÉDITO TRIBUTÁRIO, os Auditores Fiscais Autuantes esclarecem, mais uma vez, que trata-se da cobrança de ICMS devido a falta de recolhimento do imposto em função da Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis. Portanto, não há do que se falar em falta de concessão crédito tributário.

Quanto à tipificação do Auto de Infração, os Auditores Fiscais autuantes demonstram que a Infração cobrada de nº 01 – 04.05.02 do Auto de Infração/Termo de Encerramento (fl. 01) indica a “*Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis...*” com base no “*Anexo 01 - 2011*” que apresentam, exclusivamente, relatórios que demonstram omissões de saídas. (fls. 09 a 33). Portanto, o Relatório de Omissões de Entradas citado pela Impugnante, integrantes do Anexo 02, não constam da descrição da Infração 01 – 04.05.02 e não fundamenta a tipificação e o cálculo do imposto devido, e sim, servem para demonstrar que o valor monetário das omissões de saídas foi maior que o valor monetário das omissões de entradas.

Os autuantes acatam, integralmente, o requerimento da Impugnante quanto à realização de novo processamento de agrupamento dos produtos constantes na Infração 01. Assim, apresentam novo relatório *Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011*, com os agrupamentos realizados de acordo com todos os códigos dos produtos informados pela Impugnante (fls. 138 a 165).

Desta forma, a Infração 1 e, portanto, o valor total do Auto de Infração fica alterado de R\$235.809,57, para o valor total de R\$191.157,88, conforme discriminado abaixo:

Infração – 04.05.02	Valor histórico do A.I (R\$)	Valor histórico apóis impugnação (R\$)
31/12/2011	235.809,57	191.157,88

O autuado, às fls. 179 a 187 volta a se manifestar afirmando que o Auto de Infração foi reduzido para R\$191.157,88.

Apresenta as mesmas razões para arguir a nulidade do Auto de Infração, inclusive com as incorreções ou erros das omissões finais que exemplificou. As diferenças de estoque inicial e estoque final, apresentando a mesma planilha.

Afirma que apesar das correções efetuadas, o autuante fez o agrupamento de apenas alguns itens de mercadorias, quando a incorreção e inconsistência pairam sobre a quase totalidade dos itens aditados.

Argumenta que as mesmas razões para que seja revisado o levantamento. Apresenta a mesma planilha com a consideração de que não foram corrigidos todos os itens.

Da mesma forma que antes afirma existir erros nas omissões finais, com as mesmas tabelas.

O autuante, às fls. 191 dos autos, apresenta nova informação fiscal aduzindo que não tem o que acrescentar, pois o autuado não traz informações relevantes que mereça serem contestadas, mas tendo a seu parecer anteriormente emitido.

Concluiu pedindo a nulidade ou a improcedência.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla uma infração por descumprimento de obrigação principal apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, que resultou na acusação de omissão de saída de mercadorias.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, preliminarmente, 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; foi obedecido o devido processo

legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, relatórios de demonstrativos detalhados do levantamento fiscal, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Os autuantes, diferente do que alega o sujeito passivo, aplicaram os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, com unidade de medida utilizada pelo autuado, bem como agrupamentos de itens, inclusive fazendo, em sua informação fiscal e após diligencia solicitada, portanto, por duas vezes, os ajustes de agrupamentos, corrigindo erros de cálculos apontados pelo autuado, bem como excluindo produtos com repetição nas quantidades nos Estoques Inicial e Final, de tal forma que reduziu o valor exigido.

Assim, não há o que se falar em falta de elementos suficientes para se determinar com segurança o levantamento fiscal, bem como foram respeitados os princípios da legalidade uma vez que o autuante pautou o levantamento em consonância com a legislação que rege a matéria, tipificando corretamente a infração através dos dispositivos legais e regulamentares indicados à fl. 01 no campo próprio do Auto de Infração, além de ficar evidenciada a busca da verdade material com as correções efetuadas no levantamento, constante da informação fiscal e através de diligencias solicitadas, atendendo as arguições do autuado.

Quanto a não comutatividade será enfrentada quando da análise do mérito, até porque a exigência tributária é de omissão de saída, ou seja, saíram mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, sem oferecer, portanto, a tributação, não havendo em se falar em crédito fiscal, já que ocorreram os registros nas entradas.

Quanto à preliminar de nulidade, relativa ao fato de que o autuante não lavrou o Auto de Infração no estabelecimento da empresa, o parágrafo 1º do art. 39 do RPAF, prevê que o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do contribuinte, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

No que diz respeito ao pedido de diligência e perícia, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de outra diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Observo que os quesitos formulados pelo impugnante, o item “a” a natureza das mercadorias é de pleno conhecimento do autuado e facilmente identificável não precisando para tanto de perícia técnica. No caso do item “b” a natureza das operações com mercadorias realizadas pelo autuado, importa saber que são operações de entradas e saídas, já indicadas pelo autuante em seu levantamento, cabendo, também, ao impugnante indicar incorreções em relação a tais registros. Da mesma forma o item “c”, pois se tratam de mercadorias tributáveis, já consignadas pelo autuante e quanto ao item “d” os códigos já forma agrupados e as incorreções acolhidas pelo autuante e cabe ao autuado, o que não fez, indicar, quanto ao item “d”, quais as mercadorias que entende sujeitas ao Regime da Substituição Tributária, Mercadorias com base de cálculo reduzida, Mercadorias isentas ou não tributáveis do ICMS, o valor contábil das mercadorias por situação tributária e quanto ao valor da base de cálculo do ICMS e o valor do imposto devido, já foram apontados pelo autuante nos levantamentos e demonstrativos acostados aos autos e com ciência do autuado. Quanto ao item “e”, foram efetuados os agrupamentos indicados pelo autuado, bem os itens que não foram considerados também não foram alvo de exigência fiscal.

As arguições de nulidades apresentadas pelo impugnante se entrelaçam com as arguições de mérito, de tal forma que em relação as que não foram ainda enfrentadas o faremos ao mesmo tempo, no que tange as duas arguições.

Não compete a arguição de haver cenário de insegurança, pois os autuantes demonstram que a Infração constante do Auto de Infração/Termo de Encerramento (fl. 01) foi imputada por “*Falta*

de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis..." com base no "Anexo 01 - 2011" que apresentam, exclusivamente, relatórios que demonstram omissões de saídas, indicando claramente a motivação da exigência fiscal.

Cabe destacar que foi apurado no levantamento quantitativo de estoque que o valor monetário das omissões de saídas (Anexo 01) foi maior que o valor monetário das omissões de entradas (Anexo 02) e, por esta razão, foi considerado o valor monetário das omissões de saídas, estando este procedimento de acordo com a Portaria nº 445/1998 em seu art. 13, I, não havendo confusão, incoerência ou impropriedades alegadas pelo impugnante.

Constatou que o Relatório de Omissões de Entradas, citados pela Impugnante, integrantes do Anexo 02, não consta da descrição da Infração, conforme afirmam os autuantes, e não fundamenta a tipificação e o cálculo do imposto devido e sim, servem para demonstrar que o valor monetário das omissões de saídas foi maior que o valor monetário das omissões de entradas, caindo, também, por terra a fundamentação do sujeito passivo quanto à desobediência ao princípio da não cumulatividade.

A base de cálculo do imposto, tendo em vista que se trata de omissões de saídas de mercadorias, foi determinada em função do preço médio calculado em consonância com o que determina o art. 5º, I da Portaria nº 445/98.

Verifico, quanto à arguição do autuado de que diversos códigos deixaram de ser agrupados, os autuantes acatam, integralmente, o requerimento da Impugnante quanto à realização de novo processamento de agrupamento dos produtos constantes na Infração 1. Assim, apresentam novo relatório *Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011*, com os agrupamentos realizados de acordo com todos os códigos dos produtos informados pela Impugnante (fls. 138 a 165). Além do mais, foram expurgados, pelos autuantes na aludida diligência, todos os produtos com inconsistência apontados pelo Impugnante, destacadamente, aqueles onde havia repetição nas quantidades nos Estoques Inicial e Final.

A Impugnante apresenta "CÓDIGOS DE MERCADORIAS NÃO INCLUSOS NA APURAÇÃO DE ESTOQUE PELA FISCALIZAÇÃO" os Auditores Fiscais autuantes analisaram os novos códigos informados pela Impugnante alinharam corretamente as seguintes conclusões:

5. A Impugnante apresenta relações acrescentando novos códigos para todos os produtos constantes no relatório *Saídas de mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011* que embasa a Infração 01;
6. Os agrupamentos realizados pelos Auditores Fiscais autuantes foram relacionados nas citadas relações na coluna "agrupamento fisco" e foram comparados com a coluna "códigos não inclusos na fiscalização" onde a Impugnante informa novos códigos para produtos constantes no relatório *Saídas de mercadorias Tributadas Maior que Entradas – 2011* fls. 82 a 106 e CD fl. 120;
7. Da análise da comparação verifica-se que apenas alguns dos novos códigos de produtos relacionados, efetivamente, foram encontrados nos arquivos da Impugnante;
8. Considerando que, definitivamente, a Impugnante apresentou os agrupamentos de todos os produtos de acordo com a composição do seu estoque, os Auditores Fiscais autuantes realizaram novo agrupamento, conforme requerido pela Impugnante.

Esse procedimento efetuado pelos autuantes foram complementados com a diligência, às fls. 171 a 175, na qual os mesmos acolheram mais uma vez as arguições do sujeito passivo, foram refeitos os cálculos de todos os produtos selecionados e relacionados no Auto de Infração. Desta forma, foram sanados os erros de cálculos, apontados ou não pelo Impugnante. Em relação aos valores idênticos aos do Auto de Infração da IE nº 57.746.966 (Fls. 140), os autuantes alegam, sem contestação específica com demonstração contrária, que o erro se encontra na Informação Fiscal daquele Auto de Infração e não do presente Auto de Infração. Todos os valores de estoque inicial e final referem-se à IE nº 64.111.216. Foram expurgados, também, como já dito anteriormente, todos os produtos com inconsistência apontados pelo Impugnante, destacadamente aqueles onde havia repetição nas quantidades nos Estoques Inicial e Final.

Quanto ao item apontado pelo autuado, arguindo que o mesmo deixou de considerar diversos códigos de mercadorias (ex. 01341832 – Atm G Costa Sólido Natural A. Fácil 1 – 120 – Und 1, verifico que não consta das omissões de saídas, bem como do levantamento após os ajustes realizados pelo impugnante, ou mesmo o item sob o Código nº 01341-193 - ATUM G.COSTA RALADO NAT. LIGHT - 1x24 - 170G ao qual afirma que deveria ser agrupado e alegar ter deixado de considerar no levantamento fiscal o valor de imposto recolhido sobre aquele item de mercadoria.

No que tange à arguição de violação ao princípio da não cumulatividade, não cabe acolhimento, pois foi apurada e exigida a omissão de saída de mercadorias, em razão de falta de emissão de notas fiscais, omitido as mercadorias da tributação do ICMS, não havendo o que se falar em crédito fiscal que tenha direito o sujeito passivo o que não se quer dizer, necessariamente, haver direito dos aludidos créditos nas omissões de entradas.

No que alude as multas, foram aplicadas em consonância com o art. 42, III, da Lei nº 7014/96, com redação atual e vigente a época dos fatos gerados.

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 omissivo 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.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Quanto à alegação de que não caberia a cobrança cumulativa do imposto, da multa e dos acréscimos monetários, de igual forma, não posso aceitar a linha argumentativa da autuada, por diversas razões. A primeira é a de que 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 UFIR's ou de outro índice que venha a ser adotado para atualização dos créditos tributários da União, no caso presente a variação da taxa SELIC. Quantos 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:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAODINÁRIO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. AUSSÊNCIA 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 dispuser 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.

Diante do acima alinhado considero o Auto de infração PROCEDENTE EM PARTE e o seu valor total fica alterado de R\$235.809,57, para o valor total de R\$191.157,88.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298932.0013/12-0, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMERCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$191.157,88**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLstoi SEARA NOLASCO - JULGADOR