

PROCESSO - A.I. Nº 298943.0102/04-6
RECORRENTE - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0066-03/06
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 19/07/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0261-11/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação constitui comprovação suficiente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Razões recursais insuficientes para elidir a acusação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº 0066-03/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$66.604,49, em razão:

1. da falta de recolhimento do ICMS, no montante de R\$66.474,78, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas 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 no exercício de 1999, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis;
2. multa, no valor de R\$90,00, por ter deixado de apresentar o Livro Registro de Controle de Produção e Estoques, referente ao exercício de 1999, e
3. multa de R\$39,71 por ter apresentado as informações do SINTEGRA, referente a movimentação do exercício de 1999, sem observância das exigências contidas na legislação, visto que o registro das saídas foram apresentadas em desconformidade com o formato definido no SINTEGRA.

A Decisão recorrida, inicialmente, rejeita a preliminar de nulidade da autuação, em relação à infração 1, de que o crédito tributário já havia decaído, tendo em vista que a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Registra que os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 1999 e só operariam a decadência se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2005. Destaca que o lançamento fiscal foi realizado em 30/12/2004, com ciência do autuado na mesma data.

No mérito, aduz que o autuado juntou à defesa o comprovante do pagamento das infrações 2 e 3, as quais devem ser mantidas com homologação dos valores já recolhidos.

Quanto à primeira infração, salienta que o sujeito passivo não comprovou sua alegação de que a fiscalização considerou como produtos distintos um mesmo produto, a exemplo de Argônio (gênero), que tem o nome comercial para atender aos laboratórios químicos (Argônio N50) e outro para atender as oficinas (Argônio Solda), conforme consignado no Parecer ASTEC de nº. 136/05, no qual verificou que a escrituração do autuado é feita por código específico por produto (notas fiscais, inventários, etc).

Destaca que no levantamento fiscal, além da identificação de código por espécie, foram indicados preços médios por m3 distintos para o produto Argônio em composição líquida e gasosa, que variam de R\$0,97 a R\$20,24, o que denota não se tratar de um mesmo produto, não sendo razoável misturar sob um mesmo gênero produtos com aplicações diferentes, com preços distintos, de aplicação industrial a hospitalar e engarrafados com recipientes diferentes.

Assim, entende a JJF que não pode acatar tal alegação, tendo em vista que os documentos fiscais e a escrita do contribuinte demonstram que a movimentação dos estoques é feita por espécie de produto.

Também aduz a JJF que a diligência realizada pela ASTEC não encontrou qualquer documento que comprovasse as transferências de estoques indicadas nos demonstrativos juntados à defesa. Assim, com base na escrituração do contribuinte e nos documentos fiscais, não ficou comprovada a alegação defensiva de que ocorreram transferências de uma espécie para outra espécie do mesmo produto, sendo que o autuado, apesar de intimado, não apresentou o livro de Registro Controle da Produção e Estoque para comprovar o alegado.

Por fim, ressalta que a aplicação da Taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

No Recurso Voluntário, às fls. 495 a 512 dos autos, o patrono do recorrente reitera sua preliminar de decadência do direito da Fazenda Estadual em constituir o crédito tributário, pois o ICMS é tributo sujeito ao lançamento por homologação e, como tal, inaplicável a sistemática do art. 173 do CTN, aplicando-se, para fins de contagem do prazo decadencial, o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, sendo o prazo para homologação de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador. Cita Decisão do STJ e Acórdão CJF nº 1740/00. Assim, entende que a Decisão da JJF de que *“a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento”*, carece de suporte jurídico, por se tratar de matéria reservada à Lei Complementar.

No mérito, renova sua alegação de que não se observou as particularidades nas operações realizadas pelo recorrente ao partir de premissa incorreta ao considerar os diversos nomes comerciais atribuídos ao mesmo produto como sendo produtos distintos, o que não condiz com a realidade dos fatos, pois todos estes produtos possuem a mesma composição química e classificação fiscal junto à NCM, conforme demonstrado nos autos em cumprimento a intimação fiscal de 17 de junho de 2005.

Aduz que o fato de efetuar seus registros contábeis e fiscais considerando códigos específicos para cada produto, o que, segundo o recorrente, é feito apenas para adequar os controles internos às necessidades de mercado, não implica dizer que se trata de produtos distintos.

Cita que como existem diversos nomes comerciais atribuídos a um mesmo gênero do produto e, portanto, vários códigos, toda vez que se faz necessária à modificação do nome comercial de uma determinada quantidade de produto que foi adquirida como, por exemplo, “Argônio N50”, para ser vendida como “Argônio Solda”, tal quantidade é transferida de um determinado código (Argônio N50), para outro código (Argônio Solda).

Ressalta que tal particularidade não foi observada pela fiscalização, haja vista que a movimentação de estoque que serviu de base para o lançamento do imposto, não faz menção a tais transferências, uma vez que foi elaborada por código de produto, não representando a real movimentação de estoque e acarretando a suposta distorção apresentada em sua planilha.

Sustenta que não pode a autoridade fiscal presumir que a diminuição da quantidade de produto alocado em um determinado nome comercial corresponda “omissão de entrada” e o aumento em outro corresponda “omissão de saída”, como pretendeu nos termos da planilha por ele elaborada, pois, por se tratar de um mesmo produto, as diferenças apuradas nos diversos nomes comerciais se equivalem, conforme planilhas às fls. 359/360, sob pena de afastar-se a verdade material dos fatos.

Assim, diante do exposto, requer a nulidade do Auto de Infração por ausência de provas e mera presunção, uma vez que alega “omissão de saída”, sem apresentar qualquer prova de que houve a efetiva circulação de mercadoria. Cita os artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 28, § 4º, inciso II, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, os quais preconizam, respectivamente, a nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, como também que o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo autuante e das provas necessárias à demonstração do fato argüido, pois entende que não houve qualquer prova efetiva de que houve circulação de mercadorias, mas, sim, a simples presunção de que houve “omissão de saída”, sem prova cabal da ocorrência do fato gerador. Por isso requer que a autoridade julgadora afaste o entendimento posto no Acórdão recorrido de que o recorrente teria realizado operações sem a devida emissão de documentos fiscais.

Por fim, salienta da impossibilidade de aplicação de juros com base na variação da Taxa SELIC, que no seu entendimento a JF se absteve de analisar as suas alegações de ofensa aos princípios constitucionais, sob o pretexto de não ser competente à declaração de inconstitucionalidade de lei.

Destaca que, em momento algum, se pugnou pela referida declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo qualquer, eis que somente o Poder Judiciário tem competência para tanto, mas, em verdade, a aplicação da lei, tendo em vista os princípios e normas constitucionais, cuja observância é obrigatória a todos os agentes públicos, sejam eles membros do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Assim, requer que esta Câmara de Julgamento não deixe de analisar as alegações apresentadas pelo recorrente, no que tange a inaplicabilidade da Taxa SELIC para cobrança de juros, não só porque sua natureza remuneratória difere totalmente de “mora”, como também a sua criação e a forma de cálculo não estão prevista em lei, ofendendo ao princípio constitucional da legalidade, bem como ao disposto no art. 161, § 1º do CTN, visto que a referida taxa foi criada pela Resolução nº 1.124/96 do Conselho Monetário Nacional e definida pela Resolução nº 2.868/99 e pela Circular nº 2.900/99 do Banco Central do Brasil (BACEN), sendo criada para medir a variação apontada nas operações do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, logo, uma taxa de juros remuneratórios, que visa premiar o capital investido pelo aplicador em títulos da dívida pública federal. Cita doutrina.

Ressalta que nem se alegue que a Lei nº 9.430/96 seria suficiente para caracterizar a obediência ao disposto na Constituição Federal e no CTN, visto que não traz nenhuma definição do que venha a ser a Taxa SELIC, mas apenas disciplina como deve ser o seu uso. Destaca que o CTN dispõe que se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês, logo, diante da inexistência da lei ordinária regulando tal matéria, os juros que deveriam ser aplicados ao presente caso estão limitados a 1% ao mês. Salienta que tal entendimento foi acolhido pelo STJ.

Do exposto, pugna pela nulidade da autuação e subsidiariamente pela reforma do Acórdão JF nº 0066-03/06, para que se determine o cancelamento da suposta infração imputada ao recorrente, como também pela não incidência da taxa SELIC, se ultrapassados todos os pleitos anteriores, do que protesta pela realização de sustentação oral, para tanto requer a intimação do recorrente, bem como do seu patrono.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 521 a 524 dos autos, é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender descabível a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN, mas, sim, sua interação com o disposto no art. 173, I, do CTN, uma vez que o pagamento antecipado do imposto é o lançamento essencial que caracteriza o lançamento por homologação, logo, sem a antecipação do pagamento não há que se falar em lançamento por homologação e, por conseguinte, não há o que ser homologado. Assim, conclui-se que a falta de pagamento do imposto, como no caso em apreço, desloca o linde decadencial para as balizas descritas no art. 173, I, do CTN e não do art. 150, § 4º, do mesmo Código, como alega o recorrente.

Salienta também que o citado art. 150, § 4º, do CTN, preconiza expressamente que o prazo decadencial será de cinco anos a contar do fato gerador se, e somente se, não houver disposição legal em contrário. Porém, no Estado da Bahia o COTEB prevê em seu art. 23 expressamente um prazo diferenciado, não cabendo guarida também neste ponto à tese levantada no apelo voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, no que tange à primeira infração do Auto de Infração, a qual se refere à falta de recolhimento do ICMS, no montante de R\$66.474,78, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 1999.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, observo que, tanto a título de preliminares quanto de mérito, não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, senão vejamos:

Em relação à preliminar de extinção do crédito por decadência, referente aos fatos geradores ocorridos em datas anteriores a 30/12/1999, sob a alegação de que já havia transcorrido o prazo de cinco anos da ocorrência dos referidos fatos quando se lavrou o Auto de Infração, não assiste razão o recorrente, pois, conforme Parecer da PGE/PROFIS, a legislação baiana, em seu art. 28, §1º, do COTEB, respaldado em autorização legal, prevista no art. 150, § 4º do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte, àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial para que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário.

No presente caso, o descumprimento da obrigação tributária ocorreu no período de janeiro a dezembro de 1999 e o Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2004, logo, dentro do prazo para a constituição do crédito tributário, o qual se extinguiria em 31/12/2004. Portanto, não se operou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Quanto ao mérito, o Recurso Voluntário se restringe à alegação de que no levantamento fiscal não se observou as particularidades nas operações realizadas pelo recorrente, ao considerar os diversos nomes comerciais atribuídos ao mesmo produto como sendo produtos distintos, o que não condiz com a realidade dos fatos, pois todos estes produtos possuem a mesma composição química e classificação fiscal junto à NCM. Aduz também ser possível à necessidade de modificação do nome comercial de uma determinada quantidade do produto adquirido para outro nome comercial dentro do mesmo gênero. Cita como exemplo, “Argônio N50”, para ser vendida como “Argônio Solda”. Assim, requer que o levantamento do estoque seja refeito pelo gênero e não pelas espécies do produto, pois as diferenças apuradas nos diversos nomes comerciais se equivalem, conforme planilhas às fls. 359/360, sob pena de afastar-se a verdade material dos fatos.

Da análise das razões recursais constato que as mesmas são incapazes de modificar a Decisão recorrida, visto que o recorrente não traz aos autos qualquer documento que comprove sua alegação de que tais produtos, objeto da auditoria de estoque, se tratam de espécies de um mesmo gênero, como também de que ocorreram modificações entre suas espécies no seu estoque. Ressalto que o contribuinte foi intimado a apresentar o Livro Registro de Controle da Produção e Estoque ou Demonstrativo equivalente hábil para respaldar sua alegação, porém não se prontificou a atender a solicitação.

O Parecer ASTEC assevera que os demonstrativos do levantamento de estoque elaborados pelos autuantes estão em conformidade com a escrituração da documentação analisada (notas fiscais e Registro de Inventário), a qual é feita com código específico para cada produto.

Por outro lado, no Acórdão recorrido foi consignado que no levantamento fiscal, além da identificação de código por espécie, foram indicados preços médios por m3 distintos para o produto Argônio em composição líquida e gasosa, que variam de R\$0,97 a R\$20,24, o que denota não se tratar de um mesmo produto. Assim, comungo com a Decisão da JJF de que não é razoável misturar sob um mesmo gênero produtos com aplicações diversas, com preços distintos e engarrafados com recipientes diferentes.

Portanto, o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias foi realizado de forma criteriosa, com rigor na quantificação de cada produto, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, assim como todas as notas fiscais de entradas e de saídas, além da produção própria da empresa, relativamente a cada item objeto do levantamento, não merecendo qualquer reparo, conforme documentos às fls. 28 a 323 dos autos, os quais são provas suficientes da acusação fiscal.

Por fim, quanto à aplicação da taxa SELIC, acompanho a Decisão recorrida de que sua legalidade decorre do art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não sendo este tribunal administrativo o fórum adequado para discussão sobre legalidade, mas, sim, para o cumprimento do dispositivo legal. Ademais, através do Recurso Especial nº. 586039, o STJ já declarou a legalidade da aplicação da taxa SELIC em matéria tributária.

Diante do exposto, comungo com o opinativo da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298943.0102/04-6**, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.474,78**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além das multas no montante de **R\$129,71**, previstas no art. 42, XX, “a” e XXII, da citada lei, e dos acréscimos moratórios, previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS