

PROCESSO - A. I. Nº 170623.0028/08-9
RECORRENTE - MVR COMÉRCIO SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0190-01/10
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 17.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-13/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto correspondente ao valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. A exclusão, mediante a realização de diligência, de mercadorias compreendidas no regime de substituição tributária, reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de apreciação do Recurso Voluntário à Decisão oriunda da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, emitido no enfrentamento do Auto de Infração, lavrado em 29/12/2008, mediante o qual foi atribuído ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS, oriundo de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a 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 tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$806,02, acrescido da multa de 70%.

O julgamento efetuado pela JJF transcorreu de conformidade ao relatório seguinte:

“O Auto de Infração decorreu de levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2004, tendo sido apuradas 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 não contabilizar tais entradas, efetuou os pagamentos correspondentes com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

O autuado suscitou a improcedência dos créditos tributários exigidos através do Auto de Infração, sob a alegação de que se encontravam alcançados pela decadência.

Observo que essa alegação não tem sustentação, desde quando de acordo com as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ademais, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto da autuação (exercício de 2004) se iniciou em 01/01/2005, com prazo final em 31/12/2009. Como a ação fiscal se iniciou em 14/10/2008,

data de emissão do Termo de Intimação e o lançamento ocorreu em 29/12/2008, não há o que se falar em decadência. Acrescento que na presente situação, como o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Saliento que a exigência do ICMS se originou da constatação de omissões de entradas em volume superior às de saídas de mercadorias tributáveis, o que gerou a presunção legal de saídas anteriores não contabilizadas, conforme disciplinado no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542 de 27/12/02:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

.....

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”. (grifos deste relator)

O autuado se insurgiu contra o lançamento, apresentando alguns argumentos, desacompanhados das comprovações correspondentes, citando como exemplos que as diferenças apontadas pela fiscalização teriam sido causadas pelo uso interno de códigos de produtos sem a devida emissão de nota fiscal de transferência; que parte dos lançamentos se referiam ao exercício de 2002 e visavam sanar irregularidades verificadas em seu estoque, devido a problemas diversos, a exemplo de venda trocada, erro de digitação do lançamento de notas fiscais, troca de código por mudança de grupos, transferência de código por avaria em mercadoria, códigos de barra iguais para produtos diferentes; e que a saída da mercadoria transcorreu de forma normal, apurando-se as responsabilidades fiscais nas datas correspondentes.

Considerando, entretanto, a arguição defensiva de que uma parcela das mercadorias contempladas pelo fisco se encontrava subordinada ao regime da substituição tributária e tendo em vista que a exigência do imposto decorreu da utilização da presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, método de apuração que não pode ser utilizado no levantamento atinente a mercadorias subordinadas ao referido regime, esta 1ª JJF diligenciou o processo para que o levantamento fiscal fosse revisto, adequando-o ao acima disposto.

Ressalto que em relação às mercadorias objeto da exclusão aqui comentada, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Deste modo, considerando que tais exigências não podem ser efetivadas por meio da presente autuação, represento à autoridade competente no sentido de programar nova ação fiscal, visando à cobrança do tributo, acompanhado de seus acréscimos legais, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Constato que a própria autuante realizou o procedimento, quando após a supressão das mercadorias em questão, elaborou novos demonstrativos, por meio dos quais indicou que o valor do débito passara de R\$806,02 para o montante de R\$645,38. Tendo em vista que as determinações contidas no pedido de diligência foram cumpridas, acato o resultado apresentado, o que significa que a infração resta parcialmente caracterizada.

Observo que ao se manifestar a respeito do resultado da diligência, o impugnante alegou que a autuante se utilizara da mesma base de dados correspondente ao levantamento efetuado em 04/12/2008, de modo que não teria considerado as supostas correções efetuadas em 21/11/2008 e reenviadas em 20/03/2009. Ressalto que tais considerações não podem ser acatadas, haja vista que não se fizeram acompanhar de provas documentais. Por outro lado, considero que a autuante agiu com acerto ao se utilizar da mesma base de dados considerada durante a ação fiscal, haja vista que as modificações implementadas se resumiram à exclusão das mercadorias incluídas no regime da substituição tributária.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.”

O recorrente apresenta Recurso Voluntário alegando estar motivada à lide, em que pese o baixo valor da acusação, basicamente por não constar no histórico da empresa, ter até então, recebido um único Auto de Infração.

Cita novamente a decadência do direito de constituição de tais lançamentos, datados de 2004, há mais de 05 anos.

Alega que da citada diligência indicada às fls. 1042 dos autos, não foi dado conhecimento dos fatos, cerceando seu direito de defesa. Aduz que em processo semelhante na filial da Graça, a

autuante reconheceu a inexistência de débitos. Assim requer nova diligência nos mesmos termos que a efetuada na indicada filial.

Requer o indeferimento do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS tendo recebido em retorno os autos encaminhados anteriormente à Chefia da PGE, passa a exarar Parecer conclusivo sobre a matéria Decadência.

Transcreve o art. 150 do CTN, e seu §4º, e cita que o marco inicial desse prazo, a princípio, é o da data do fato gerador da obrigação tributária. Entretanto a legislação baiana, com base em permissivo legal dado no citado § 4º do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte, como o momento a partir do qual se iniciara o prazo decadencial.

Cita o COTEB, art. 28, §1º “*após 05 anos, a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento*”.

Reprisa a i. Procuradora, que a Lei Estadual utilizando permissivo legal dado pelo art. 150, § 4º do CTN, prorrogou o início dos prazos para os impostos por homologação, como o ICMS, para o primeiro dia o do exercício seguinte.

Transcreve como exemplo, texto do prof. Paulo de Barros Carvalho, e jurisprudência dos Tribunais Superiores, realçando o entendimento de que não havendo prazo fixado por lei para a referida homologação, será ele de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador.

É com base nesses entendimentos, emite Parecer sobre a correção da autuação, não se podendo falar em decadência para os fatos geradores de 2004.

Argumenta que o recorrente não conduz qualquer elemento que venha a justificar nova diligência a fiscal estranho aos autos, pelo que seu pedido deve ser indeferido.

VOTO

O Recurso Voluntário à Decisão é relativo à acusação de divergências no levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2004. Tendo sido apurada diferença foi exigido o imposto sobre a de maior expressão monetária – a das operações de entrada –, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao não contabilizar tais entradas, efetuou os pagamentos correspondentes com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

É o que se acha disciplinado no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542 de 27/12/02:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

.....
§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Frente à argüição do recorrente de que uma parcela das mercadorias levantadas pela autuação se encontrava subordinada ao regime da substituição tributária, a 1ª JJF diligenciou o processo para que o levantamento fiscal fosse revisto, o que efetivamente foi procedido e as divergências saneadas. Referidos levantamentos foram objetos de vistas à recorrente, conforme recibo à fl. 1057/1058.

Argüiu ainda o recorrente, estarem os lançamentos, todos ocorridos em 2004, atingidos pela decadência.

E cediço neste CONSEF, de acordo com as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, ter a Fazenda Pública direito para constituir o crédito tributário, o qual extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. A incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação.

Na presente autuação, o prazo para a contagem referente ao período objeto da autuação (exercício de 2004) se iniciou em 01/01/2005, com prazo final em 31/12/2009. Como a ação fiscal se iniciou em 14/10/2008, com a emissão do Termo de Intimação e o lançamento ocorreu em 29/12/2008, nada mais há que se falar, ficando desta forma afastada a preliminar de decadência.

Não foram apresentados fatos novos que motivassem a realização de nova diligência como foi oportunamente apontado pela i. Procuradora da PGE/PROFIS, motivo pelo qual a indefiro.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **170623.0028/08-9**, lavrado contra **MVR COMÉRCIO SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$645,38**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS