

A. I. Nº - 269199.0001/12-4
AUTUADO - F S VASCONCELOS & CIA LTDA.
AUTUANTE - INOCÊNCIA OLIVEIRA ALCANTARA e SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02. 10. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0221-01/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Infração subsistente 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAL PARA CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Cabível a exigência do imposto conforme a autuação, haja vista que restou demonstrado o não recolhimento do imposto devido. Infrações subsistentes. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. DIFERENÇA DE SAÍDA MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS ENTRADAS. Restou evidenciado no levantamento levado a efeito pelas autuantes a omissão de saídas de mercadorias tributadas. Entretanto, a existência de equívocos na aplicação da alíquota para algumas mercadorias resultou na apuração de ICMS em valor superior ao devido. Aplicação da alíquota correta sobre as saídas omitidas – base de cálculo – resulta na redução do valor originalmente exigido. Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA PERCENTUAL. Infração mantida. Não acolhida a arguição de decadência. Indeferido o pedido de realização de perícia/diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$547.824,57, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro, abril e julho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.441,34, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de janeiro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.970,30, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro e fevereiro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.416,57, acrescido da multa de 60%;

4. Falta de recolhimento do imposto relativo a 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, apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2007, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$398.557,34, acrescido da multa de 70%;

5. “Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente,” no mês de janeiro de 2007, sendo exigido o valor de R\$134.439,02, correspondente à aplicação do percentual de multa de 60% sobre o valor de R\$224.065,04.

O autuado apresentou defesa (fls. 271 a 289), requerendo, inicialmente, que todas as intimações referentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas exclusivamente à Dra. Renata Amoêdo Cavalcante, OAB/BA Nº 25.006, no endereço Rua Alfredo Guimarães, n. 05, Amaralina, Salvador/BA, CEP: 41.900-426, sob pena de nulidade.

Discorre sobre as infrações que lhe são imputadas e consigna que discorda do presente lançamento, pelas razões que passa a apresentar.

Preliminarmente, observa que o presente lançamento trata de exigência de ICMS referente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007, em sua grande maioria, contudo, parte do suposto crédito tributário não poderia ter sido objeto de lançamento por encontrar-se extinto pela decadência.

Frisa que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, já que o contribuinte procede ao cálculo do valor mensal devido, recolhe esse valor e submete o recolhimento a posterior homologação da autoridade fazendária estadual, estando sujeito ao prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, cuja redação transcreve.

Aduz que, dessa forma, o Código Tributário Nacional prevê que o prazo decadencial para lançamento do ICMS, tributo sujeito ao lançamento por homologação, é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador.

Afirma que a legislação do Estado da Bahia é inconstitucional, no que concerne ao § 5º do art. 107-B do Código Tributário da Bahia (Lei nº 3.956/81), que traz prazo decadencial diverso, conforme transcrição que apresenta do referido dispositivo legal. Acrescenta que em sendo assim, a legislação estadual trouxe o prazo decadencial para lançamento do ICMS como sendo de 05 (cinco) anos, contados apenas a partir de 01 de janeiro do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, contudo, somente lei complementar no âmbito nacional pode dispor sobre prazo decadencial, conforme prevê o art. 146, III, b, da Constituição Federal de 1988, cujo texto reproduz.

Assinala que este entendimento já foi reiteradamente firmado pelos diversos Tribunais Superiores, resultando, inclusive, na Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal.

Observa que a referida Súmula Vinculante nº 08 obriga todos os Órgãos do Poder Judiciário, assim como da Administração Pública Direta e Indireta, além de todos os entes federativos a segui-la, o que, obviamente, inclui o Estado da Bahia (Poderes Executivo e Judiciário), conforme previsto no artigo 103-A, da Carta Magna, cuja redação transcreve.

Diz que conforme se pode verificar, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 08, a fim de que não mais se discuta sobre a constitucionalidade das normas ordinárias que versem sobre prescrição e decadência do crédito tributário, reconhecendo as reiteradas decisões que declararam a inconstitucionalidades dessas normas e pacificando o tema, em definitivo, conforme decisões que transcreve, no caso, RE 556664/RS; RE 502648 AgR/SC.

Assevera que desse modo, não merece prosperar o lançamento constante no presente Auto de Infração, relativamente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007, uma vez que os supostos créditos tributários encontram-se atingidos pela decadência. Salienta que o Auto de Infração foi lavrado apenas em 04/04/2012.

Afirma que, conforme visto, o Código Tributário Nacional, no §4º do artigo 150, determina que a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para efetuar a verificação dos valores declarados e recolhidos pelo contribuinte, a fim de realizar a homologação expressa, no caso de recolhimento correto, ou exigir suplementação do imposto, ou, ainda, aplicar-lhe alguma penalidade. Acrescenta que, caso a Fazenda Pública não se manifeste no prazo mencionado acima, considerar-se-á, então, homologado o recolhimento antecipado pelo contribuinte, através da chamada homologação tácita, quando restará definitivamente extinto o crédito tributário, através da ocorrência da decadência.

Ressalta que, no presente caso, também foram autuados os fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007, restando decaído o direito de o Fisco constituir o suposto crédito tributário referente ao período em 31/03/2012, razão pela qual as cobranças devem ser consideradas improcedentes.

Salienta que as infrações 02 e 03 e 05 tratam exclusivamente do mês de janeiro de 2007, quando não poderia ter versado sobre tais fatos geradores, já que a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 04/04/2012. Acrescenta que em relação à infração 03, versa sobre os meses de janeiro e fevereiro do exercício de 2007, quando também não mais poderia recair a exigência sobre os fatos geradores, já que o Auto de Infração foi lavrado em 04/04/2012, extinguindo, assim, o crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN.

Diz que é certo que a interrupção do prazo decadencial só ocorre com a consumação do lançamento tributário, o que apenas se dá através da regular notificação do sujeito passivo sobre a lavratura do Auto de Infração, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cuja transcrição do REsp 118158/SP apresenta. Invoca, também, entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o prazo decadencial só se interrompe quando da notificação do sujeito passivo sobre a lavratura do Auto de Infração, reproduzindo o Acórdão referente ao RE 95424/PR.

Sustenta restar evidente, portanto, que o prazo decadencial só foi interrompido em 04/04/2012, quando da sua regular notificação da lavratura do presente Auto de Infração, restando decaído o direito de o Fisco Estadual lançar os valores referentes ao período de janeiro, fevereiro e março, do exercício de 2007, extinguindo, assim, o crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN, o que diz, certamente, será reconhecido por este CONSEF.

No que tange à infração 04, afirma que não cabe a cobrança perpetrada uma vez que lhe está sendo exigido em duplicidade o imposto efetivamente devido, conforme diz demonstrará adiante, o que, certamente, não será permitido por este CONSEF.

Consigna que o autuante aponta ter havido omissão de entradas nos exercícios de 2007, em razão da suposta diferença de estoque no referido ano, pois não estariam de acordo o número total de mercadorias, os números do inventário, os números de notas fiscais de saída, bem como seus respectivos lançamentos no livro Registro de Entrada de tais mercadorias.

Sustenta que não houve omissão, pois, conforme demonstrará as mercadorias ditas como omissas, constavam no Estoque Inicial, porém, sua saída se deu nos últimos dias do ano de 2007, devido ao grande volume de vendas no final de cada ano, por se tratar de período de festas, sendo os seus registros computados no início do ano posterior, o que gerou a diferença apontada.

Assegura que, no entanto, não é caso de se arguir omissão, pois a diferença foi devidamente escriturada, em período posterior, uma vez que as operações foram legítimas, conforme passa a abordar.

Diz que pela análise da autuação, referente à auditoria de estoque no exercício de 2007, observa-se que no número total de entrada de mercadorias aponta uma diferença existente entre o número de inventário mais o número de saída de mercadorias. Assim, pela leitura fiscal, haveria uma omissão na quantidade de cada mercadoria, sendo que a quantidade existente de mercadorias seria superior à quantidade escriturada, daí em se falar em omissão.

Assevera que não houve omissões, pois a diferença apontada foi devidamente escriturada no livro Registro de Entrada e registrada mesmo que a *posteriori* no livro Registro de Inventário, conforme se depreende da análise do Sintegra que apresentou.

Aduz que dessa forma a diferença levantada trata-se de mercadorias contidas em notas fiscais de saída, que foram registradas posteriormente. Assinala que para comprovar que são as mesmas mercadorias, basta verificar as Notas Fiscais de entrada acostadas aos autos, o que não chegou a ser feito pelo autuante.

Frisa que o lançamento também não verificou que as notas fiscais apontadas, as quais relacionam as mercadorias tidas como omissas, foram devidamente registradas no livro Registro de Entradas do ano de 2008, logo nos primeiros dias do exercício, conforme cópias do referido livro anexada.

Observa que as quantidades dos produtos contidas nas Notas Fiscais de entrada acostadas aos autos são exatamente as mesmas em que o Fisco apontou como omissas, contudo, tal fato também não foi considerado pelo autuante.

Salienta que diante do acima aduzido extrai algumas conclusões: “i) *As mercadorias apontadas no levantamento de estoque acostado ao presente lançamento possuem um código específico e estes são exatamente os mesmos contidos nas Notas Fiscais emitidas no final de cada ano, e lançadas no início do ano seguinte; ii) Para as mercadorias apontadas no levantamento de estoque, todas foram devidamente registradas nos competentes livros de entrada da unidade recebedora das mesmas, as quais foram devidamente escrituradas no momento de sua entrada e dentro do prazo legal previsto (art. 319, §1º, do RICMS/Bahia).*”

Consigna que pode afirmar, com segurança, que houve sim o registro de entrada das mercadorias supostamente omitidas, bem como a emissão de nota fiscal quando de sua saída, tendo ocorrido que o registro se deu em período posterior e que, no caso em epígrafe, se deu na virada entre os anos de 2007 e 2008, pois como as Notas Fiscais de Entrada foram emitidas no final de dezembro de 2007, somente foram registradas e lançadas no livro Registro de Entradas no início do ano seguinte, isto é, 2008, daí a diferença apontada.

Reitera que não houve qualquer omissão nos registros das mercadorias, eis que todas existiram e foram escrituradas, mas sim escrituração das mercadorias em período posterior a operação, qual seja, no mês seguinte a emissão do comprovante fiscal. Ou seja, noutras palavras, as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais emitidas em dezembro de 2007 foram escrituradas em janeiro de 2008. Menciona que alguns exemplos, que ilustram bem o quadro descrito acima, estão na planilha que anexa. Acrescenta que são mercadorias em situações que, na planilha do autuante, estavam assinaladas com omissões de entradas e saídas, porém, com o seu levantamento de dados, que ainda está em andamento, foram dirimidas ou melhor analisadas, trazendo evidências mais claras, para uma melhor visão da situação, razão, inclusive, que demonstra a necessidade de concessão de maior prazo para levantamento de provas, bem como de realização de perícia técnica, por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Destaca que nos exemplos constantes na planilha anexada, há um levantamento das notas fiscais em que constam as mercadorias tratadas, bem como as movimentações destas, datas e os tipos de nota.

Frisa que o RICMS/BA autoriza que os documentos fiscais sejam escriturados no prazo máximo de cinco dias, conforme redação do artigo 319, cujo teor reproduz. Argumenta que, em sendo assim, os lançamentos nos livros fiscais deverão ser feitos no prazo máximo de cinco dias, conforme a legislação em vigor.

Destaca que conforme a documentação juntada, todas as mercadorias autuadas no levantamento de estoque nos anos de 2007 foram escrituradas dentro do lapso temporal de cinco dias.

Requer a realização de perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito, a fim de que possa verificar as alegações trazidas, através da análise de todos os documentos acostados aos autos na peça defensiva, o que não foi feito até o presente momento.

Sustenta ter o direito à realização de perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento do direito de defesa, inclusive conforme previsto no § 3º do art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/199, cuja redação transcreve.

Salienta que este CONSEF, como forma de regularmente instruir o presente feito, deve acolher o seu pleito e encaminhar os autos à ASTEC, para que outro Auditor Fiscal possa verificar a legalidade da presente autuação, em virtude de tudo o quanto alegado e comprovado, nos termos do art. 131 do RPAF cujo texto reproduz.

Requer que seja verificada toda sua documentação fiscal, a fim de que seja atestado que recolheu todo o imposto devido nas operações de venda das mercadorias sujeitas à substituição tributária, não restando qualquer valor de imposto a pagar, sendo, portanto, totalmente improcedente o lançamento que se refere a essas situações.

Reitera a necessidade da realização de perícia, para que seja revisto o presente lançamento, impedindo, assim, que lhe seja imputada a cobrança de imposto efetivamente indevido, uma vez que não há qualquer valor de imposto a recolher, conforme equivocadamente apontado na autuação. Invoca a jurisprudência deste CONSEF

Menciona que este CONSEF, através da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, em situação semelhante a dos autos, ocorrida no Auto de Infração nº 01959892/95, converteu o processo em diligência para a ASTEC, tendo sido reconhecido o registro posterior da documentação fiscal, reduzindo, assim, o valor da autuação em comento, conforme trecho do voto proferido pelo I. Relator Nelson Teixeira Brandão, cujo teor reproduz.

Conclui sua peça defensiva requerendo que seja determinada a realização de perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada toda a documentação acostada na peça de defesa, bem como seja aberto prazo para que apresente outros documentos necessários à realização da perícia caso sejam solicitados pelo diligenciador. Requer, por fim, que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

As autuantes prestaram Informação Fiscal (fls. 353-A a 359), na qual contestam a arguição de decadência, afirmando que o próprio CTN estabelece no seu art. 173, inciso I, que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário (decadência) extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Dizem que sendo assim, não tem cabimento a alegação do autuado de que os créditos existentes em janeiro, fevereiro e março de 2007 encontram-se extintos, pois o direito do Estado de constituir o crédito tributário tem amparo através do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) - Lei 3.956/81.

Salientam que efetuaram o lançamento de ofício referente às operações registradas no exercício de 2007, período de janeiro, fevereiro e agosto, sendo os trabalhos de fiscalização concluídos em 04/04/2012, portanto, dentro do prazo previsto no Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e RICMS-BA.

Sustentam que a interpretação do impugnante de que o prazo estabelecido no art. 28, § 1º da Lei 3.956/81 (COTEB) não pode ser validamente aplicado no caso em tela, na medida em que extrapola os limites previstos pelo mencionado art 150, §4º do CTN, com a indevida extensão do prazo máximo concedido à Fazenda Pública para realizar a homologação não prospera, pois a redação do art. 150, § 4º do CTN não faz referência a prazo máximo. Dizem que esse artigo refere-se a prazo quando da

inexistência de leis que fixem um novo prazo, o que não é o caso do Estado da Bahia, onde foi fixado o prazo de 5 anos a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, quando se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Observam que o impugnante alega, também, que segundo o art. 146, inciso III, alínea “b” da CF, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre “(...) decadência”, portanto, a legislação de qualquer Estado não pode ampliar o prazo de homologação de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, contudo, tal alegação não prospera, pois o próprio CTN (art. 150, § 4º), recepcionado como lei complementar pela CF/88, estabelece que lei pode alterar o prazo da homologação.

Assinalam que a contagem do prazo no caso em tela é o previsto no art. 107-B do Código Tributário da Bahia, que, dentro do permissivo dado pelo §4º do art. 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial. Acrescentam que sobre o diploma legal baiano não recai qualquer pecha de inconstitucionalidade, devendo assim ser aplicado pela Fiscalização. Frisam que como existe lei que estabelece o prazo de homologação, não se aplica o dispositivo do art. 150, § 4º da CF, assim, a homologação tácita dos fatos geradores de 2007 só estariam decaídos em 01/01/2013, como o Auto de Infração que constitui o crédito tributário foi lavrado em 2012, não houve decadência, nem homologação tácita.

No que concerne à infração 04, discorrem sobre as alegações defensivas e dizem que esta infração diz respeito à “*Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração,*” contudo, o autuado diz que as autuantes apontam ter havido “*omissão de entradas no exercício de 2007,*” mas não há tal infração no presente Auto de Infração.

Frisam, ainda, que o autuado faz referência aos documentos relativos aos exercícios 2007 e 2008, porém, quando verificaram os documentos juntados pela defesa, constataram que se referem, na realidade, aos exercícios de 2006 e 2007, não tendo sido anexado à defesa qualquer documento referente ao exercício de 2008.

Dizem, também, que o autuado alega que as mercadorias omissas estão no estoque inicial de 2007 e, posteriormente, alega que a diferença apontada foi devidamente escriturada no livro de Registro de Entrada e a posteriori no Livro Registro de Inventário, bem como alega que lhe foi imputada a cobrança em duplicidade do imposto efetivamente devido, mas não traz qualquer elemento que comprove tal afirmação.

Observam que o autuado argumenta que as saídas das mercadorias apuradas como omissas, se deram nos últimos dias do exercício de 2007 e seus registros foram computados no ano posterior, o que gerou a diferença objeto da autuação, mas não traz qualquer prova que corrobore com tal argumentação, pois todos os documentos anexados ao PAF pela defesa, dizem respeito a entrada de mercadorias, são notas fiscais de entrada e livro de Registro de Entradas do exercício de 2007.

Consignam que para realização do roteiro de estoque, ao contrário do que diz o autuado, foram consideradas todas as notas fiscais relacionadas nas planilhas juntadas pela defesa (fls. 303 a 307) , como pode ser observado na tabela: notas fiscais de entrada constante no cd-room (fl. 269 do PAF) que anexaram ao processo, e entregaram ao representante do autuado, no momento da assinatura do Auto de Infração, conforme recibo à fl. 266 do PAF . Acrescentam que juntaram algumas cópias da referida tabela à Informação Fiscal, tendo em vista que a tabela completa possui 704 páginas (fls. 360 a 361). Esclarecem que as mercadorias constantes das notas fiscais mencionadas, foram emitidas pelo fornecedor no exercício de 2006 e foram recebidas e escrituradas pelo autuado em 2007, exercício no qual foi apurada a omissão de saída, conforme o próprio autuado alega, e o roteiro de estoque foi realizado levando em conta essa situação. Registram que todas as notas fiscais relacionadas pelo contribuinte nas fl. 303 a 307 estão presentes no roteiro de auditoria que

realizaram, conforme pode ser verificado no cd-room anexado à fl. 269 dos autos, não existindo, portanto, divergência entre o procedimento adotado pela Fiscalização e o informado pelo autuado.

Assinalam que nas observações feitas pelo autuado à fl. 296 há referência a determinados símbolos para considerar se as mercadorias são para comercialização, uso ou consumo, imobilizado ou brindes. Consigam que para o levantamento quantitativo do estoque foram excluídos os CFOP (Códigos Fiscais de Operações ou Prestações) referentes ao uso e consumo e imobilizado. Esclarecem que no caso de brinde que tem o mesmo código de bonificação e doação, estas últimas tributadas pelo ICMS e consideradas no levantamento quantitativo do estoque, utilizaram como critério de exclusão de brinde, o previsto no art. 564 do RICMS-BA/97, ou seja, *considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final*. Acrescentam que as mercadorias adquiridas para uso e consumo, imobilizado ou brindes, não foram incluídas no estoque e o critério para exclusão das mesmas foi o CFOP (Código Fiscal de Operações ou Prestações).

Quanto ao pedido do autuado para que seja determinada a realização de perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito, dizem que conforme pode-se observar, a defesa do autuado não traz qualquer argumento ou documentação que justifique a perícia ou que seja aberto prazo para apresentação de outros documentos, uma vez que na informação fiscal ficou comprovada a infração e que todos os documentos relacionados pela empresa foram considerados na realização do roteiro de estoque.

Finalizam mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, no que tange à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário, dos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007, conforme as disposições do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional – CTN, observo que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com termo final em 31/12/2012, sendo o lançamento efetuado 28/03/2012, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Isso porque, as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas do art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3.956/81) e do art. 965, inciso I do RICMS/97 estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O entendimento prevalecente neste CONSEF é de que as disposições do artigo 150, § 4º do CTN alcançam as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento integralmente antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso em exame, a autuação acusa o contribuinte de ter deixado de oferecer parcelas do tributo e o Fisco agiu no sentido de recuperá-las mediante o lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, sendo que o prazo de contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I do CTN, ou seja, 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim sendo, como o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com termo final em 31/12/2012 e o lançamento ocorreu em 28/03/2012, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual de constituir o crédito tributário.

Vale consignar, que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo, dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05, CJF 0144-11/09, sendo que deste último, reproduzo abaixo trecho do voto, a título ilustrativo.

“VOTO

Inicialmente no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto ao período de janeiro a novembro de 2002, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“Art. 107-B

§ 5º - *Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” Grifos nossos

Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 17/12/2007, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2008 para efetuar o referido lançamento. Quanto à menção por parte do recorrente da Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DO de 20/06/2008 – a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Entendemos data *venia*, que a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o último Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo *a quo* do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Vale observar que no voto acima reproduzido há menção expressa sobre a Súmula Vinculante nº. 08 do STF, cujos efeitos o autuado pretende que sejam aplicados ao caso da presente lide, o que não pode prosperar, haja vista que o entendimento deste CONSEF é de que a referida Súmula não se aplica ao ICMS.

Cabe consignar ainda que a argumentação defensiva de inconstitucionalidade da legislação do ICMS do Estado da Bahia que trata da decadência, não pode ser objeto de análise por esta Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que o art. 125, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, não acolho a decadência arguida.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que a matéria é amplo conhecimento dos julgadores. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Já no que diz respeito ao pedido de realização de diligência, também o indefiro, com fulcro no art.147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, desde quando o processo contém todos os elementos para formação do meu convencimento e decisão da lide.

Quanto à indicação do impugnante para que as intimações as intimações referentes ao presente processo sejam encaminhadas à Dr^a. Renata Amoedo Cavalcante, OAB/BA nº 17.110, no endereço Rua Alfredo Guimarães, nº 05, Amaralina, Salvador/BA, CEP 41.900-426, ressalto que inexistente óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as

intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Constato que na peça de defesa o autuado rechaça as infrações 01,02, 03 e 05, arguindo exclusivamente a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, pretensão que não foi acolhida, conforme aduzido linhas acima.

Diante disso, considerando que o autuado nada trouxe aos autos que pudesse elidir estes itens da autuação, as infrações 01,02,03 e 05, são integralmente subsistentes.

No respeitante à infração 04, constato que assiste razão às autuantes quando rechaçam a argumentação defensiva, afirmando que o autuado alega que as saídas das mercadorias apuradas como omissas, se deram nos últimos dias do exercício de 2007 e seus registros foram computados no ano posterior, o que gerou a diferença objeto da autuação, contudo, não traz qualquer prova que corrobore com tal argumentação, pois todos os documentos anexados ao processo pelo defendente, dizem respeito a entrada de mercadorias, ou seja, são notas fiscais de entrada e livro de Registro de Entradas do exercício de 2007.

Noto que, contrariamente ao sustentado pelo impugnante, as autuantes consideraram no roteiro de auditoria de estoque todas as notas fiscais relacionadas nas planilhas juntadas pelo impugnante de fls. 303 a 307, conforme consta na tabela que elaboraram constante no CD-R à fl. 269, cuja cópia foi entregue ao autuado, de acordo com o recibo de fl. 266.

Verifico que as mercadorias constantes das mencionadas notas fiscais foram emitidas pelo fornecedor no exercício de 2006, tendo sido recebidas e escrituradas pelo autuado em 2007, portanto, no exercício no qual foi apurada a omissão de saída, estando correto o procedimento adotado pelas autuantes.

Observo que as autuantes agiram corretamente ao excluírem do levantamento quantitativo de estoques os Códigos Fiscais de Operações ou Prestações – CFOP, referentes aos materiais de uso e consumo do estabelecimento e bens destinados ao ativo imobilizado. Também atuaram de forma escoreita no que diz respeito ao tratamento dispensado ao brinde, cujo código é o mesmo de bonificação e doação, ao utilizarem como critério de exclusão de brinde, o previsto no art. 564 do RICMS-BA/97.

Diante disso, não merece qualquer reparo o levantamento levado a efeito pelas autuantes, restando evidenciado que o autuado realizou operações de saídas de mercadorias tributáveis sem a exigível documentação fiscal.

Entretanto, constato da análise do demonstrativo de “Auditoria de Estoques – 2007” elaborado pelas autuantes, acostado às fls. 27 a 83 dos autos, que o valor total do débito do ICMS apurado de R\$398.557,34, está equivocado, haja vista que o total das saídas omitidas, ou seja, a base de cálculo do imposto apurada foi de R\$1.967.491,39 (fl. 87), sobre a qual aplicada a alíquota de 17% resulta no valor de ICMS devido de R\$334.473,52.

Cumpre observar que o referido equívoco decorreu da aplicação incorreta da alíquota no demonstrativo de “Auditoria de Estoques – 2007” (fls. 27 a 83), ou seja, foi aplicada a alíquota de 70% quando a correta é de 17%, para diversas mercadorias, a exemplo, dos códigos 167870, 182646, 183213, 184566, 185092, resultando daí a diferença entre a base de cálculo e o imposto apontado originalmente no Auto de Infração no valor de R\$398.557,34.

Assim sendo, a infração 04 resta parcialmente subsistente no valor de R\$334.473,52.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269199.0001/12-4**, lavrado contra **F S VASCONCELOS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$349.301,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.828,21 e de 70% sobre R\$334.473,52, previstas no art. 42, II, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$134.439,02**, prevista no artigo 42, II, “d” da referida lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR