

A. I. N° - 277829.0038/13-0
AUTUADO - CEREALISTA MONTEIRO LTDA.
AUTUANTE - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO SCHMIDT
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/02/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA PERCENTUAL. 2. DIVERGÊNCIA ENTRE VALORES RECOLHIDOS E ESCRITURADOS. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO REFERENTE A OPERAÇÕES ESCRITURADAS. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE DE MERCADORIAS EM EXERCÍCIO FECHADO. 4.1. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL. EXIGÊNCIA SOBRE A MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. 4.2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Ausência de fato modificativo ou extintivo para elidir as acusações fiscais do procedimento administrativo em tela. Lançamentos tributários incontroversos. Aplicação do art. 140 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2013, reclama ICMS e multa no valor de R\$169.987,30, apurado mediante as seguintes ocorrências:

INFRAÇÃO 1 - 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 adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor Histórico: R\$418,84. Multa 60%. Meses: mar e abr/08.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor Histórico: R\$1.042,00. Multa 60%. Meses: jan e jul/08.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor Histórico: R\$62.129,92. Multa 50% – Aplicação do art. 42, I, "a", da Lei n° 7.014/96. Meses de fev a abr/08 e fev/09.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2009. Valor Histórico: R\$38.267,77. Multa 70%.

INFRAÇÃO 5 - Falta de recolhimento do imposto relativa 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 no exercício fechado de 2008, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor Histórico: R\$68.128,77. Multa 70%.

O autuado interpõe impugnação tempestiva (fls. 864/876), em face das infrações lançadas pela Fiscalização.

Na infração 1, transcreve dispositivos que a fiscalização alega ter infringido: art's. 61, IX e 125, II, §§ 7º e 8º, do RICMS e relata da respectiva infração as datas de ocorrência dos fatos geradores - 31/03/2011 e 30/04/2011. Para o impugnante, quando da mencionada ocorrência do já havia sido revogado dispositivo normativo, não podendo aplicar o mesmo no presente feito. Extrai "Nota" do RICMS/BA vigente: *"Nota: O § 8º do art. 125 foi revogado pela Alteração nº 108 (Decreto nº 11289, de 30/10/08. DOE de 31/10/08), efeitos a partir de 31/12/08. Redação anterior dada ao § 8º, tendo sido acrescentado ao art. 125 pela Alteração nº 52 (Decreto nº 8969 de 12/02/04, DOE de 13/02/04), efeitos de 01/03/04 a 30/12/08: "§ 8º Para efeito do credenciamento previsto no parágrafo anterior, serão considerados os critérios estabelecidos em ato específico do Secretário da Fazenda."*

Menciona, também, que a revogação do citado parágrafo afasta a aplicação do inciso II do art. 125, do RICMS/BA, tendo em vista que o mesmo faz referência ao parágrafo ora apresentado. Tal equívoco, para o impugnante, comina na nulidade do Auto de Infração, devido à violação dos art's. 18, V, "a" e 39, V do Decreto nº 7.629/99. Reproduz norma e cita posicionamento jurisprudencial (TJPR - Apelação Cível: AC 2526463 PR Apelação Cível - 0252646-3 Publicação: 06/08/2004 DJ: 6680; TJSP - Reexame Necessário: REEX 9179262152004826 SP 9179262-15.2004.8.26.0000. Publicação: 28/06/2011). Requer a nulidade da infração.

Na segunda infração, alega a impossibilidade de exigência de parte do crédito tributário, em virtude da sua extinção por força da decadência, já que o fato gerador do imposto ocorreu em 31/01/2008, com vencimento em 09/02/2008, vindo a Fazenda Estadual a lavrar o presente auto de infração, apenas, em 04/04/2013. Transcreve os art's. 156, V e 173 do Código Tributário Nacional, seguido pelo art. 965 do RICMS/BA e requer também a nulidade.

Quanto à infração 3, aduz as mesmas razões da infração anterior - extinção por força da decadência - alega que o fato gerador do imposto ocorreu em 29/02/2008, com vencimento em 09/03/2008, e a lavratura do presente Auto de Infração, em 04/04/2013. Pede novamente a nulidade.

No que pertine a infração 4, alega presunção por parte da fiscalização ao efetuar o lançamento tributário que exigiu o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária das operações. Disse que a presunção não é aceita para se exigir imposto, sendo necessária a demonstração metodológica para o arbitramento do mesmo, o que não foi feito pela Nobre Auditora. Transcreve os art's. 124, I, alíneas "a" e "b" (sobre o recolhimento do ICMS), 201, I (sobre os documentos fiscais específicos - Convênios SINIEF 06/89, 01/85, 01/86 e 01/89), 218 (Contribuintes produtores rurais não equiparados a comerciantes ou industriais), 323, incisos I, II e III (sobre o registro das saídas e escrituração - Convênio SINIEF 06/89), 331 (registro da apuração do ICMS - Convênio SINIEF 06/89), 936, Parágrafo Único (sobre a movimentação das operações do contribuinte) e 938 (arbitramento da base de cálculo).

Assevera a ausência de previsão normativa a autorizar a presunção do lançamento. Acrescenta a autorização dada pelo art. 938 do RICMS/97 acerca do arbitramento da base de cálculo do ICMS, estabelecendo critérios a serem adotados os quais não foram adotados pela Autuante. Salienta a falta de previsão normativa para autorizar a apuração da base de cálculo utilizada pela Auditora, qual seja, a *"diferença de maior expressão monetária das operações"*, o que demonstra total discricionariedade do procedimento fiscal, ato este tão combatido pelos órgãos julgadores administrativos.

Afirma não restar dúvida sobre a falta de autorização no ordenamento jurídico estadual para uso da presunção como técnica para comprovar, de forma indireta, a ocorrência do fato jurídico tributário. Ao revés, há critérios e procedimentos a serem adotados pelo Fisco, não observados pela Auditoria. Pede a improcedência da infração.

Na quinta e última infração, afirma o uso da presunção para a Fiscalização efetuar o lançamento, exigindo o imposto, mediante um levantamento quantitativo do estoque, sem, contudo, ter sido entregue pela autoridade fazendária "*cópia do levantamento quantitativo dos produtos vendidos*", de forma a cercear o seu direito de defesa e de contraditório. Explica que, ao efetuar o levantamento quantitativo das mercadorias vendidas, a Fiscalização "*não separou os diversos produtos constantes das notas fiscais, com descrições e preços diferentes, desfigurando o resultado*" e que "*no levantamento quantitativo, não foi considerado o estoque final de mercadorias*".

Assevera, ainda, a fundamentação de o lançamento estar baseada em artigos transcritos no item 4, dispositivos que não trazem qualquer previsão de presumir valores. Desta forma, ratifica os fundamentos expostos na infração 4 e pede também a improcedência da infração 5.

Por fim, pede pela Improcedência do Auto de Infração e requer, ainda, com base no art. 145 do RPAF e pelos fundamentos delineados, a realização de diligência, para que a partir do exame de sua contabilidade sejam comprovadas as alegações trazidas aos autos.

Na informação fiscal, fls. 888/890, a autuante transcreve as infrações do Auto de Infração e resume a extensa peça defensiva. Cita as razões do lançamento tributário ao mencionar, de início, que as alegações de decadência em relação aos valores apurados nas infrações 1, 2 e 3, não prosperam em face do disposto no art. 965, I, do RICMS/BA, que o próprio sujeito passivo se respalda para justificar a impossibilidade de constarem do auto de infração em lide.

Afirma que momento algum o autuado deixou de reconhecer o débito. Simplesmente, o impugnante assevera que não deve pagar por supor, conforme alegação, estarem extintos referidos créditos tributários em virtude do instituto da decadência. Transcreve o art. 965, I, do RICMS/BA.

No que se refere à infração 4, afirma que o enquadramento está expresso no próprio auto de infração, ou seja: art's. 124, I, 201, I, 218, 322 e 331 c/c art's. 1º, I, 2º, I, e § 3º, 50, 60, II, "b", 936 e 938 § 3º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, assim como art. 13, II da Portaria nº 445/98. Pelo cometimento dessa infração, propõe a multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Em relação ao enquadramento da infração 5, informa as mesmas razões da infração anterior - que está claro no texto do Auto de Infração quando explicita os dispositivos infringidos. Quanto à alegação de falta de entrega dos demonstrativos dos quantitativos dos produtos vendidos, afirma que foram esses como todos os outros demonstrativos entregues ao autuado através de seu preposto conforme recibo de arquivos eletrônicos (CD) à fl. 13 e também constantes da mídia (CD) conforme fl. 14.

Conclui ao pedir a Procedência do Auto de Infração pela manutenção dos lançamentos promovidos.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o regulamento - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório pelo sujeito passivo. Dessa forma, por estar a lide apta ao julgamento, afasto o pleito acerca da diligência formulada pelo impugnante.

A infração 1 possui como datas de ocorrência 31/03/2008 e 30/04/2008, fl. 1, de modo que a revogação do §8º do art. 125 do Regulamento do ICMS - RICMS/97 não alcança os respectivos fatos geradores do imposto estadual, por possuir seus efeitos a partir de 31/12/2008, conforme Decreto

nº 11.289, de 30/10/08, D.O.E. de 31/10/08. Assim, não é pertinente a alegação do impugnante e, por conseguinte, indefiro o respectivo pedido de nulidade.

Não consta dos autos fato modificativo ou extintivo apresentado pelo impugnante para elidir a acusação fiscal relatada na infração 1. Logo, tendo em vista o disposto no art.140 do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, que aprova o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, concluo pela procedência dos lançamentos referentes à mencionada infração.

Quanto aos valores cobrados relativos ao período de janeiro a abril e julho de 2008, bem como o de fevereiro de 2009, respectivamente, nas infrações 2 e 3, incorre em equívoco o sujeito passivo ao pugnar pela declaração de decadência, vez que o Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, em que pese este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu § 4º do art. 150.

“Art. 150. ...

...

§ 4º *Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*” (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, *in verbis*:

“Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte à efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.”

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 28/03/2013 (data da lavratura do presente auto de infração) não havia ainda ocorrida a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações dos exercícios fiscais de 2008 e 2009.

Nesse sentido, o Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, versa no seu art. 965:

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

....

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, 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.

Ex positis, não acolho a preliminar de nulidade relativa à ocorrência do instituto da decadência suscitada na peça defensiva. Constatou que o impugnante não se desincumbiu do ônus da prova relativo à apresentação de fato modificativo ou extintivo em face dos lançamentos das infrações 2 e 3. Portanto, procedem as respectivas acusações fiscais, com base no art. 140 do RPAF/99.

No que diz respeito à infração 4, verifico ausente a discricionariedade do procedimento fiscal realizado suscitada pelo impugnante, posto que a demonstração metodológica efetuada pela autuante consta das fls. 20/22, na aplicação do art.13, inciso II da Portaria nº 445/98, para realizar o levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, por espécie de mercadorias, com vistas o cumprimento dos art's. 936 e 938, §3º do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores imputados, além da entrega de documentos relacionados com o procedimento administrativo fiscal em meio magnético, fl. 14, como informa a fl. 13. Registro que o enquadramento encontra-se descrito a fl. 2 dos autos, além da entrega de cópias dos demonstrativos relacionados com o levantamento fiscal em apreço, cujo recebimento ocorreu em 04/04/2013, data da ciência do auto de infração, fl. 3, a qual indica o autuado, representante legal ou preposto do sujeito passivo. Assim, é pertinente a acusação fiscal. Portanto, resta caracterizada a mencionada infração, pela disposição contida no art. 140 do RPAF/99.

Quanto à infração 5, constato, também, a demonstração metodológica efetuada pela autuante presente nas fls. 18/19 e 23/25, na aplicação do art.13, inciso I da Portaria nº 445/98, para realizar o levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, por espécie de mercadorias, com vistas o cumprimento dos art's. 936 e 938, §3º do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores imputados. Verifico, ainda, a entrega de documentos relacionados com o procedimento administrativo fiscal em meio magnético, inclusive, dos demonstrativos, como descrito na fl. 13: levantamento quantitativo e de cálculo das omissões, que informam os preços e produtos selecionados pela Fiscalização, além dos dados de estoques: inicial e final por mercadoria, fl. 14. Registro que o enquadramento consta da fl. 2 dos autos, bem como a entrega de cópias dos mencionados demonstrativos do levantamento fiscal em apreço, cujo recebimento ocorreu em 04/04/2013, data da ciência do auto de infração, fl. 3, a qual indica o autuado, representante legal ou preposto do sujeito passivo. Assim, não acolho os argumentos defensivos acerca de cerceamento do direito à ampla defesa e do contraditório. Do exposto, subsiste a infração 5, com fulcro no art. 140 do RPAF/99.

Destarte, voto pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 277829.0038/13-0, lavrado contra **CEREALISTA MONTEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$169.568,46**, acrescido das multas 50% sobre R\$62.129,92, 60% sobre R\$1.042,00 e de 70% sobre R\$106.396,54, previstas no art. 42, incisos I, "a", II, "b" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$418,84**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal já citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2014.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA