

PROCESSO	- A. I. N° 110123.0007/14-7
RECORRENTE	- FEIRA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA. (TECIDOS BAHIA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0008-03/16
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 14/04/2016

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0037-11/16

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Autuado não apresenta provas capaz de elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. Não acolhida arguição de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2014 para exigir ICMS no valor histórico de R\$19.366,04, acrescido da multa de 70%, em decorrência do cometimento da seguinte infração, *in verbis*:

Infração 01 – 04.05.02 – Falta de recolhimento do imposto relativa 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, 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. (Infração 04.05.02).

Consta como elementos complementares as seguintes informações:

Foi realizado o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias de todas as mercadorias comercializadas pelo contribuinte no exercício de 2009. Constatamos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis no valor de R\$ 307.716,55 com o ICMS devido de R\$52.311,81. Contudo, verificamos que o contribuinte deixou de apresentar as saídas efetuadas no mês de novembro de 2009 através de ECF no valor de R\$193.798,69 e que foram devidamente registradas no livro de Saídas e efetuadas os respectivos débitos no livro de Apuração do ICMS. Por isso, foi deduzido do valor apurado através do levantamento quantitativo de estoques no valor de R\$307.716,55, o valor das saídas efetuadas no mês de novembro de 2009 através de ECF, R\$193.798,69, e obtivemos o valor de R\$113.917,86 com ICMS devido de R\$19.366,04.

Após a apresentação da Defesa administrativa (fls. 483 e 488) e da correspondente Informação Fiscal (fl. 498), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3^a JJF que dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário pela falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2009.

A impugnação empresarial não ataca o mérito da autuação. Se circunscreve à arguição de nulidade, por entender que decaiu o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Nas razões defensivas o autuado alegou que apesar de na Infração constar a data de ocorrência do fato gerador como sendo unicamente 31/12/2009, na realidade, o valor da base de cálculo do imposto, não é referente apenas ao mês de dezembro de 2009, mas sim, a todo o exercício de 2009 (janeiro a dezembro). Entende que

como a ciência do Auto de Infração ocorreu em 16/12/2014, todas as ocorrências anteriores a esta data não poderiam ser lançadas, pois estariam fulminadas pela decadência.

Ressalto que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias é um roteiro específico de fiscalização, que quando realizado em exercício fechado como no caso em lide, adota os critérios definidos na Portaria 445/98, que nos termos do inciso I, art. 2º, assim dispõe:

Art. 2º O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício em aberto, sendo que:

I - o levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no inicio e no fim do período a ser fiscalizado;

Por outro lado, assim dispõe o § 2º do art. 39 do RPAF/99 sobre a matéria:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

Portanto, a própria norma regulamentar dispõe expressamente que o levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, como o levado a efeito neste processo, deve ser realizado por período e não mensalmente como quer o contribuinte, ao alegar em sua defesa que o período de ocorrência do fato gerador varia entre janeiro e dezembro de 2009, e não apenas ao mês de dezembro de 2009 como fez o autuante, apenas como forma de tentar descharacterizar a ocorrência da decadência.

Sobre a argüição de decadência, o art. 107-A do COTEB, em conformidade com o que prevê o § 4º do art. 150, do CTN, determinava o início da contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência dos fatos geradores.

Com o advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, o art. 107-A do COTEB foi revogado, entretanto, remanesce entendimento tanto da PGE/PROFIS como deste CONSEF, da impossibilidade de sua aplicação retroativa para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária à época vigente - por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural - a exemplo das recentes decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal nos Acórdãos CJFs Nº 0031-11/15 e 0050-12/15.

Observo que a disposição do artigo 173, I, do CTN, prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN, não podendo prosperar a argüição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2009, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2010 com termo final em 31/12/2015.

Vejo que o Auto de Infração foi lavrado dia 09/12/2014 e o autuado tomou ciência dia 16/12/2014, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Dante do exposto, não acolho a argüição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, trata-se de falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, comercializadas pelo contribuinte no exercício de 2009, conforme demonstrativo fls.5/332.

Da análise das alegações defensivas, observo que o defendente não contestou os cálculos realizados para apurar o quantum devido. Não impugnou os dados referentes às quantidades de entradas e de saídas e dos estoques iniciais e finais das mercadorias, nem tampouco, os valores referentes aos preços médios das mercadorias calculados conforme determina o art. 60, inciso II, letra "a" e § 1º do RICMS/97, referente ao levantamento quantitativo de estoques constantes nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração.

Considerando a ausência de elementos de provas hábeis e capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente. Esclareço, ainda, que não compete a este órgão julgador buscar provas de operações

que estão em poder do sujeito passivo, a quem toca o ônus probandi.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 517 a 531), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua Defesa, anteriormente apresentada, e refazendo os pedidos já postulados.

Propala que não houve o costumeiro acerto no julgamento da 3^a JJF quando esta entendeu que deve ser aplicado o quanto descrito no artigo 173, inciso I, do CTN c/c o artigo 107-A do COTEB, que previam como início do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte no qual o imposto poderia ter sido cobrado.

Contudo, apesar da JJF ressaltar a revogação do artigo 107-A do COTEB, os julgadores de piso trilharam o entendimento de que tal revogação não se aplicaria ao caso em questão por conta do fato gerador do imposto ter sido constituído sob a égide da legislação tributária à época vigente.

Argumenta o Recorrente que “*tal raciocínio não se sustenta, pois o crédito tributário em questão somente foi constituído em 16/12/2014, quando a ora recorrente tomou ciência do Auto de Infração em discussão, ou seja, após já ter se operado a revogação do artigo 107-A do COTEB, motivo pelo qual este já não mais poderia ser aplicado neste momento*”.

Em seguida, passa a discorrer sobre a retroatividade do art. 8º da Lei nº 13.199/14, que diz ter função interpretativa e, consequentemente, merece ter efeito retroativo, com fulcro no art. 106, I, do CTN.

Conclui, em síntese, que é incontroversa a necessidade de aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que houve o recolhimento a menor do ICMS, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a 05 anos. Com base nestes argumentos, espera que haja a exclusão dos lançamentos realizados e referentes aos períodos anteriores à 16/12/2009, uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de 05 anos.

Ao final de seu arrazoado, pede para que o Recurso Voluntário seja provido.

Não houve manifestação da PGE/PROFIS devido ao valor da alçada, conforme previsão legal.

VOTO

Cuidam os autos de um Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3^a JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lançado pela suposta falta de pagamento de ICMS devido à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Em sua defesa, o Recorrente centra a tese de que houve a decadência dos fatos geradores, uma vez que, deve se afastar a aplicação do artigo 173, I do CTN, c/c o artigo 107-A do COTEB, tanto por este ter sido revogado pelo artigo 8º da Lei nº 13.199/14, quanto à necessidade de aplicação do artigo 150, §4º do CTN, devido à apuração mensal do imposto.

Pois bem.

Ab initio, cura ressaltar que a presente infração se consubstancia em um levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, conforme os critérios definidos na Portaria nº 445/98. Logo, a apuração é realizada contabilizando o estoque inicial do período (1º de janeiro de 2009) e o estoque final do período (31 de dezembro de 2009). Assim, entendo que o fato gerador do imposto só se consubstancia no último dia do exercício fechado, que no caso, foi 31 de dezembro de 2009.

Nesta trilha, não há como se protestar pela aplicação do artigo 150, §4º do CTN para invocar a decadência, pois, mesmo se aplicado, não haverá a ocorrência a perda do direito de lançar, uma

vez que, o lançamento se perfez em 16 de dezembro de 2014, dentro do prazo de 05 anos após o fato gerador do imposto.

Lembro que o registro de inventário do Contribuinte foi apurado anualmente, o que impossibilita a apuração mensal das omissões apontadas no presente Auto de Infração.

Portanto, não há como dar guarida à tese recursal quanto à ocorrência de decadência ou a possibilidade de apuração mensal das omissões.

Pelo todo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

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 110123.0007/14-7, lavrado contra **FEIRA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA. (TECIDOS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.366,04**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS