

A. I. N° - 110123.0007/14-7
AUTUADO - FEIRA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA.
AUTUANTES - LUIZ HENRIQUE DA S. TEIXEIRA e JOSÉ RÔMULO FRAGA BARRETO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/01/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0008-03/16

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 argüição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 09/12/2014, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$19.366,04, acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, comercializadas pelo contribuinte no exercício de 2009, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. (Infração 04.05.02).

Consta que foi apurado omissão de saídas de mercadorias tributáveis no valor de R\$307.716,55 com o ICMS devido de R\$52.311,81. Contudo, foi verificado 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, obtendo a diferença de R\$113.917,86 com ICMS devido de R\$19.366,04.

O autuado impugna o lançamento às fls.483/488, através de advogado, procuração fl.489. Transcreve a infração que lhe foi imputada. Diz que em que pese a visível competência demonstrada pelo Autuante, o lançamento fiscal não merece prosperar, pois a autuação não abrange apenas o período de dezembro de 2009, mas sim, todo o exercício fiscal, conforme afirma demonstrará.

Argúi decadência em relação ao período de janeiro a novembro de 2009. Diz que tomou ciência do Auto de Infração em 16/12/2014, ficando, naquela data, constituído o crédito tributário do Estado da Bahia, que envolve lançamentos anteriores à 16/12/2009.

Frisa que apesar de na Infração 01 constar a data de ocorrência do fato gerador como sendo unicamente 31/12/2009, esta não é a realidade dos fatos. Isto porque, o valor da base de cálculo do imposto, no montante de R\$ 113.917,88, não é referente a apenas o mês de dezembro de 2009, mas sim, a todo o exercício de 2009 (janeiro a dezembro).

Como forma de comprovar o quanto alegado, afirma que basta os Julgadores visualizarem os ACÓRDÃO JJF N° 0008-03/16

anexos do Auto de Infração, onde consta o Levantamento de Quantitativo das Entradas e das Saídas das mercadorias. Observa que o período de ocorrência do fato gerador varia entre janeiro e dezembro de 2009, e não se refere apenas ao mês de dezembro de 2009 como fez o autuante em sua autuação, como forma de tentar descharacterizar a ocorrência da decadência.

Aduz restar claro que em 16/12/2009 encontram-se decaídos, as ocorrências anteriores a esta data e precisam ser agora excluídos da autuação fiscal. Isto porque, cabendo ao contribuinte o dever de apurar e antecipar o pagamento do ICMS, sem prévio exame da autoridade administrativa, há que se classificar o referido tributo na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN.

Entende que o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário cuja lavratura e ciência ocorreu em 16/12/2014, não pode alcançar lançamentos anteriores a 16/12/2009, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos anteriores a esta data. Neste sentido, cita precedente do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Conclui que não restam dúvidas de que devem ser excluídos os pretensos créditos tributários já atingidos pela decadência, ou seja, os créditos cujos fatos geradores ocorreram antes de 16/12/2009, em observância ao art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, haja vista o decurso do prazo de mais de 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, considerando-se que a Impugnante foi intimada do Auto de Infração em 16/12/2014.

Requer que o Auto de Infração ora impugnado seja julgado improcedente na parte que envolve o período autuado que já se encontra decaído, na medida em que se passaram mais de 05 anos entre a data do suposto fato gerador e a data da ciência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam a informação fiscal fl.498. Descrevem os fatos que deram origem ao lançamento fiscal. Sintetiza os termos defensivos. Dizem que após analisar os argumentos da defesa, observa que a autuada não contesta os dados referentes às quantidades de entradas e de saídas e dos estoques iniciais e finais das mercadorias, nem tão pouco, aos valores referentes aos preços médios das mercadorias que foram rigorosamente 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.

Quanto à alegação da autuada referente à ocorrência da decadência, dizem ter procedido de acordo com o previsto no art. 965 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, conforme transcrevem.

Requerem a esta JJF, que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

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 arguido pelo impugnante.

Diante 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 defendante 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110123.0007/14-7, lavrado contra **FEIRA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.366,04**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de janeiro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR