

A. I. N° - 110123.0006/14-0
AUTUADO - DIMAS COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA. (TECIDOS BAHIA)
AUTUANTES - LUIZ HENRIQUE DA S. TEIXEIRA e JOSÉ RÔMULO FRAGA BARRETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 31.05.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0019-06/16

EMENTA: ICMS. 1. 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. **2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** O autuado não apresenta provas capazes de elidir a acusação fiscal. Infrações caracterizadas. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 01/12/14, exige ICMS no valor de R\$36.756,42, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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 em exercício fechado (2009), levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das operações de saídas tributáveis. Foi lançado ICMS no valor de R\$36.576,42, mais multa de 70%.

Complementando a acusação acima, consta que: *“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 no valor de R\$405.076,48 como o ICMS devido de R\$68.863,00. Contudo, verificamos que o contribuinte deixou de apresentar as saídas efetuadas no mês de junho de 2009 através de ECF no valor de R\$189.921,07 e que foram devidamente registradas no Livro de Saídas e efetuados os respectivos débitos no Livro de Apuração de ICMS. Por isso, deduzimos do valor apurado de 2009 R\$189.921,07 e obtivemos o valor de R\$215.155,41 com ICMS devido de R\$36.576,42.”*

INFRAÇÃO 2 - Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desconhecimento entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Lançado ICMS no valor de R\$180,00, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 558 a 563, na qual afirma que lançamento tributário de ofício não merece prosperar, pois a autuação não abrange apenas o período de dezembro de 2009, mas sim, todo o exercício fiscal, conforme afirma que demonstrará.

Suscita a decadência do direito de constituição do crédito tributário, quanto às infrações 1 e 2, em relação ao período de janeiro a novembro de 2009. Argumenta que tomou ciência do Auto de Infração em 16/12/14, ficando, naquela data, constituído o crédito tributário do Estado da Bahia, que envolve lançamentos anteriores à 16/12/09.

Frisa que apesar de na infração 1 constar a data de ocorrência do fato gerador como sendo unicamente 31/12/09, esta não é a realidade dos fatos, pois o valor da base de cálculo do imposto, no montante de R\$215.155,41, não é referente a apenas ao mês de dezembro de 2009, mas sim, a

todo o exercício de 2009 (janeiro a dezembro). Diz que, como prova dessa alegação, basta se verificar os 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, não se referindo apenas ao mês de dezembro de 2009, como fizeram os autuantes, visando descaracterizar a ocorrência da decadência.

Sustenta que está claro que em 16/12/09 encontram-se decaídas as ocorrências anteriores a esta data e, assim, precisam ser excluídos da autuação.

Explica que como cabe 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.

Diz que o direito de o Estado da Bahia constituir o crédito tributário, cuja lavratura e ciência ocorreram em 16/12/14, não pode alcançar lançamentos anteriores a 16/12/09, motivo pelo qual devem ser excluídos os fatos geradores supostamente ocorridos antes desta data. Neste sentido, cita precedente do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Assevera que não resta dúvida de que devem ser excluídos os pretensos créditos tributários já atingidos pela decadência, ou seja, os créditos cujos fatos geradores ocorreram antes de 16/12/09, em observância ao art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, haja vista o decurso do prazo de mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador, considerando-se que o defendente foi intimado do Auto de Infração em 16/12/14.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, já que envolve período que já se encontra decaído, na medida em que se passaram mais de cinco anos entre a data do suposto fato gerador e a data da ciência do Auto de Infração.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 570 e 571), os autuantes inicialmente fazem uma síntese dos fatos e, em seguida, passam a analisar os argumentos defensivos conforme relatado a seguir.

Ressaltam que o autuado não contestou os dados referentes às quantidades das entradas, das saídas e dos estoques iniciais e finais, nem os valores referentes aos preços médios, os quais foram calculados em conformidade com o art. 60, II, “a”, § 1º, do RICMS-BA/97.

Quanto à arguição de decadência, afirmam que procederam de acordo com o previsto no art. 965 do RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, conforme transcrevem.

Dizem que segundo o Acórdão JJF 008-03/16, fls. 477 a 480, o Auto de Infração nº 110123.0007/14-7, lavrado contra estabelecimento do mesmo grupo empresarial e referente a idêntica matéria, foi julgado procedente, sendo essa decisão mantida pela 1ª Câmara deste CONSEF.

Ao finalizar a informação fiscal, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata o presente Auto de Infração de falta de recolhimento de ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (infração 1), bem como de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de divergência entre o valor recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

Em sua defesa, o autuado não impugna o mérito das infrações, limitando-se a arguir a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativamente às duas infrações. Especificamente quanto à infração 1, diz que apesar de no Auto de Infração constar a data de ocorrência do fato gerador como sendo 31/12/09, a base de cálculo do imposto não se refere apenas ao mês de dezembro daquele ano, mas a todo o exercício de 2009 (janeiro a dezembro).

Sustenta que como a ciência do Auto de Infração ocorreu em 16/12/14, todas as ocorrências anteriores a 16/12/09 estavam abarcadas pela decadência.

Conforme já foi dito no início deste voto, a irregularidade de que cuida a infração 1 foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias. Esse roteiro de auditoria fiscal visa aferir a movimentação dos estoques do contribuinte fiscalizado, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado. De acordo com o art. 2º da Portaria nº 445/98, o levantamento quantitativo de estoque pode ser de dois tipos:

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 início e no fim do período a ser fiscalizado;

II - o levantamento quantitativo em exercício aberto é efetuado quando o exercício financeiro da empresa ainda se encontra em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final, sendo necessário que o fisco efetue a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida.

No caso do Auto de Infração em comento, o levantamento quantitativo realizado foi em exercício fechado, uma vez que o exercício de 2009 já se encontrava encerrado. Portanto, o levantamento quantitativo abrangeu as operações de saídas e de entradas realizadas durante todo o exercício de 2009, considerando os estoques existentes no início e no final ao período, conforme os inventários realizados em 31/12/08 e 31/12/09. Dessa forma, sabe-se com segurança que as omissões de operações de saídas ocorreram durante o exercício de 2009, porém não há como se precisar as datas da ocorrência dessas omissões: primeiro, porque obviamente não há registro das operações omitidas; segundo, não se pode determinar em que mês ou meses ocorreram essas omissões porque o levantamento não é feito com base mensal.

Para essas situações em que o roteiro de auditoria fiscal não permite que se determine a data da ocorrência do fato gerador, o § 2º do art. 39 do RPAF-BA/99 assim dispõe:

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.

Tomando por base esse dispositivo regulamentar, nas hipóteses de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, a data de ocorrência do fato gerador do ICMS considera-se ocorrida no último dia do exercício fiscalizado, no caso em tela 31/12/09, como acertadamente consideraram os autuantes.

Quanto à arguição de decadência relativamente às duas infrações que compõem o lançamento de ofício, ressalto que o art. 107-A da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), em conformidade com o permissivo contido no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - “se a lei não fixar prazo” -, determina que a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência dos fatos geradores.

Considerando que os fatos geradores relacionados nas infrações em tela ocorreram em 31/12/09 e em 30/04/09, a Fazenda Pública Estadual tinha até 31 de dezembro de 2014 para a constituição do crédito tributário mediante o lançamento de ofício. Tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 01/12/14, não estava, portanto, decaído esse direito da Fazenda Pública Estadual.

Saliento que com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/2014, o art. 107-A do COTEB foi revogado, entretanto, remanesce pacificado neste Conselho de Fazenda o entendimento da impossibilidade de sua aplicação retroativa para surtir efeito em relação a fatos geradores constituídos sob a égide

da legislação tributária à época vigente, já que norma jurídica que dispõe sobre decadência é de natureza material, e não processual. Como exemplos desse entendimento, cito as decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal nos Acórdãos CJF Nºs 0031-11/15 e 0050-12/15.

Uma vez que o autuado não contestou o mérito das infrações que lhe foram imputadas, as quais estão devidamente comprovadas nos autos, julgo procedentes as infrações 1 e 2, pois, nos termos do art. 140 do RPAF/99, *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110123.0006/14-0**, lavrado contra **DIMAS COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA. (TECIDOS BAHIA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.756,42**, acrescido da multa de 60% sobre R\$180,00 e 70% sobre R\$36.576,42, previstas no art. 42, incisos II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR