

PROCESSO - A.I. Nº 205095.0018/02-0
RECORRENTE - ÓTICA ERNESTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0301-03/03
ORIGEM - SIMÕES FILHO
INTERNET - 18.12.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0176-12/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE PRELIMINAR SUSCITADA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão de Primeira Instância que deixou de apreciar a preliminar de decadência suscitada, por não ter sido observado o devido processo legal. Decretada de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão quanto à referida preliminar.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de ICMS no valor de R\$21.645,46, decorrente das seguintes irregularidades:

1. *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 saídas – apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, no valor de R\$21.643,79;*
2. *falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto, no valor de R\$1,67.*

O contribuinte apresentou sua impugnação, alegando nulidade da ação fiscal, exigüidade de tempo e decadência, para elaborar sua defesa, em face da autuação simultânea de seus catorze estabelecimentos, e erros nos levantamentos efetuados, anexando relação com notas fiscais de entradas e saídas que não teriam sido consideradas pelo autuante.

Daí, os autos foram convertidos em diligência à ASTEC que constatou a não inclusão das referidas notas fiscais no levantamento, procedeu a inclusão devida, constatando, no entanto, acréscimo no débito original, decorrente do aumento da omissão de saídas.

Em síntese, a Decisão de Primeira Instância inicialmente rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas, por constatar que o lançamento encontra-se embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante e revestido das formalidades legais.

Salientou que, em relação à reclamação do autuado quanto ao tempo exíguo para elaborar a sua defesa, os autuantes informaram que à medida que foram finalizando as auditorias, entregaram à empresa os relatórios respectivos e o contribuinte dispôs do prazo regulamentar de 30 dias, após a ciência do Auto de Infração, para apresentar a impugnação.

No mérito, entendeu que a auditoria de estoque evidenciou a existência de diferenças de entradas e de saídas de mercadorias, em um mesmo exercício, sendo aplicada a Portaria nº 445/98 e, consequentemente foi considerada a omissão de saídas, por ser a de maior expressão monetária.

Quanto ao item 2 disse que foi cobrado o ICMS relativo às mercadorias que se encontravam em estoque, desacompanhadas de documentos fiscais.

Analisou a diligência efetuada, concordando com o seu resultado.

Ressaltou que o autuado não havia apresentado elementos que contrapusessem os números apresentados pelo diligente e, concluiu, pela Procedência do Auto de Infração.

O recorrente, por seu Advogado, interpôs Recurso Voluntário, inicialmente salientando que como a Decisão recorrida não teria feito a melhor análise do caso em exame, especialmente em relação à preliminar de decadência, adianta que reproduzirá as suas razões de defesa, apenas acrescentando algumas questões que julga foram mal avaliadas.

Aduz, assim, que mantém integralmente a Preliminar de Decadência da autuação, considerando ser este o entendimento dominante no Eg. S.T.J., amparado pelo art. 150 § 4º do CTN, posto que se o marco inicial do prazo não for o da ocorrência do fato gerador, e sim o do primeiro dia do exercício seguinte, é certo que o prazo será superior ao de cinco anos.

Em relação ao mérito aponta que o r. acórdão não analisou alguns pontos da defesa em relação ao item 2, grifando que se atribuiu ao detentor a existência de mercadoria em estoque desacompanhada de nota fiscal, em exercício aberto.

Estranhou que, apesar de se tratar de períodos antigos, a auditoria de estoque se deu em exercício aberto, como se o estoque desses períodos já não fosse conhecido. Aduziu que a própria Portaria nº 445/98, define em seu art. 2º, inc. II, que “o levantamento quantitativo em exercício aberto é quando o exercício financeiro da empresa ainda se encontre em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final(...)”. Conclui que a nulidade é flagrante, pelo que considerou, absoluta impertinência do método de apuração adotado, havendo precedente de julgamento nesse sentido neste CONSEF.

Reiterou sua estranheza quanto à acusação da existência, em 31.12.97, de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, feita através de auditoria de estoque em exercício aberto, realizada em dezembro de 2002. E, como não encontrou, dentre os levantamentos a justificativa para a base de cálculo apostada nos demonstrativos, ficou prejudicado em sua defesa, justificando a decretação da nulidade desse item.

Aponta decisões deste Conselho e transcreve o voto exarado pelo Ilustre Cons. José Bezerra, nos autos do Auto de Infração nº 205095.0021/02-1, destacando, didaticamente, que o exercício aberto é aquele que é fiscalizado antes do seu término, e ensinando as consequências jurídicas entre levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto e fechado.

Igualmente, com relação ao voto proferido pelo Ilustre Cons. Álvaro B. Vieira, Relator da 4^a Junta de Julgamento, nos autos do Auto de Infração nº 232968.0002/03-9, no entendimento de que só com um levantamento quantitativo de estoque, procedimento que não foi adotado pelo autuante - naquele caso -, poder-se-ia afirmar que as mercadorias em questão estavam em poder do contribuinte.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer, considera presentes argumentos jurídicos capazes de elidir parcialmente o acerto da ação fiscal, mas diz que a alegação de nulidade do item 1 não há de prosperar, porque não se decreta nulidade em situações que inexiste qualquer vestígio de prejuízo para as partes. E não restou provada a existência de efetivo prejuízo, por conta da adoção do levantamento quantitativo em exercício aberto.

Em verdade, aduz, o autuante realizou o levantamento em exercício fechado, uma vez que foi indicada a quantidade de estoque final, a tipificação da infração fiscal está perfeita, sendo constatado diferenças de entradas e saídas, utilizando-se a base de cálculo de maior expressão monetária, conforme determinação do § 1º, do art. 60, do RICMS/97.

Já com relação à infração 2, entende que cabe a sua exclusão, comungando com o entendimento exarado pelo Ilustre Cons. José Bezerra, uma vez que só poderá ser exigido o ICMS decorrente de responsabilidade solidária, na hipótese de ser encontrada mercadoria em estoque desacompanhada de nota fiscal.

Ante o exposto, opina pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, observo nos autos uma questão prejudicial que deve ser avaliada, pois sua discussão e julgamento, antecedem à apreciação da matéria principal.

O autuado, quando da impugnação, suscitou preliminar de decadência da autuação, ao entendimento de que como o lançamento reporta-se ao exercício de 1997 e a notificação ocorreu em 17 de dezembro de 2002, deveria ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do CTN, concluindo, assim, que o fisco haveria decaído do direito de cobrar os débitos ocorridos durante o ano de 1997.

Eis que, a Decisão recorrida apenas esboçou a apreciação dessa questão, porém não a analisou, nem, consequentemente, fundamentou o suposto afastamento dessa preliminar, passando a julgar o mérito da autuação, conforme verifico no voto do ilustre Relator da 3^a Junta de Julgamento Fiscal.

Entendo que a Junta de Julgamento Fiscal tem que Julgar essa preliminar de decadência, para que não ocorra a supressão de instância, preterindo o direito de ampla defesa do contribuinte.

Assim, conforme estabelece o art. 20 do RPAF/99, julgo que deve ser decretada a nulidade daquele procedimento, para que seja atendida a determinação do art. 154 do referido Regulamento.

Voto, portanto, pela NULIDADE da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, decretar de ofício, **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **205095.0018/02-2**, lavrado contra **ÓTICA ERNESTO LTDA.** , devendo retornar os autos à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de Novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS