

PROCESSO - A.I. Nº 205095.0015/02-1
RECORRENTE - ÓTICA ERNESTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0138-04/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 07/11/2003

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0559-11/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Rejeitada a alegação de decadência. Decisão modificada com fundamento em diligência técnica realizada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 05/12/02 para exigir ICMS, no valor de R\$21.424,76, em razão da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 46 a 69) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que, em 17/12/02, já havia decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos em 1997. Para embasar sua alegação, transcreve ementas de decisões do STJ.

No mérito, diz que todos os seus estabelecimentos foram fiscalizados de uma só vez, tendo sido lavrados 14 Autos de Infração, os quais lhe foram notificados no mesmo dia (17/12/02). Afirma que esse fato não lhe permitiu verificar todos os levantamentos fiscais, porém daqueles em que foi possível concluir a análise, encontrou inúmeras diferenças. A seguir, a título de exemplificação, passa a indicar os equívocos cometidos pelos autuante nos levantamentos quantitativos de estoques dos seguintes estabelecimentos: CNPJ 15.102.833/0001-30, CNPJ 15.102.833/0005-64, CNPJ 15.102.833/0010-21, CNPJ 15.102.833/0017-06.

Assevera que é imperioso que se possibilite ao autuado a juntada de novos demonstrativos e documentos para que se possa buscar a verdade material dos fatos. Requer a realização de revisão fiscal para avaliar os equívocos elencados e para que seja reavaliada a ação fiscal.

Referindo-se aos Autos de Infração de nºs 205095.0016/02-8, 205095.0018/02-0, 205095.0020/02-5 e 205095.0021/02-1, diz que as auditorias de estoque foram do tipo em “exercício aberto”, apesar dos exercícios fiscalizados (1997 e/ou 2001) já estarem encerrados. Cita dispositivo da Portaria nº 445/98 e solicita a nulidade desses lançamentos.

Com relação aos Autos de Infração de nºs 205095.0018/02-0, 205095.0021/01-1 e 205095.0020/02-5, alega que é estranha a acusação de existência de mercadoria em estoque desacompanhada de documentação fiscal, pois os exercícios fiscalizados já estavam encerrados. Diz que não encontrou a justificativa para a base de cálculo consignada nos demonstrativos. Solicita a nulidade desses itens para aqueles Autos de Infração.

Ao final, o autuado protesta pela juntada posterior de outros elementos de prova e ratifica a solicitação de revisão fiscal.

Na informação fiscal, os autuantes rebatem a alegação de decadência e solicitam aos julgadores que passem à análise imediata do mérito da lide. Transcrevem o art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN) e doutrina.

No mérito, afirmam que não houve o alegado desequilíbrio entre o tempo de análise dos documentos por parte do fisco e do impugnante, pois os documentos fiscais e os relatórios [demonstrativos] elaborados na ação fiscal eram apresentados à proporção que os estabelecimentos eram fiscalizados, porém os Autos de Infração só foram entregues quando foi encerrada a fiscalização do último estabelecimento. Aduzem que o autuado não teve interesse em analisar os documentos quando foram devolvidos parcialmente. Afirmam que são contra a apresentação posterior de qualquer documento ou levantamento por parte do autuado e, como justificativa, citam o art. 123 do RPAF/99. Asseveram que não há necessidade de revisão fiscal, uma vez que o autuado não apresentou qualquer indício real de que os demonstrativos elaborados na ação fiscal estivessem em desacordo com a realidade dos fatos. Ao final, solicitam a procedência do Auto de Infração.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido que o mesmo está em condições de julgamento.

VOTO DO RELATOR DA 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Quanto a alegação de decadência suscitada pelo autuado, ressalto que o art. 173 do Código Tributário Nacional e o art. 965 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, (RICMS-BA/97), prevêm que O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado [...].

Com base no disposto acima, o Estado tinha até 31/12/02 para constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 1997. Considerando que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 05/12/02, fica claro que não ocorreu a alegada decadência.

Quanto à realização de revisão ou de diligência, entendo que a mesma não é necessária, pois os erros indicados pelo autuado não estão, nem mesmo por amostragem, acompanhados de provas. O art. 147, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, (RPAF/99), diz que deverá ser indeferido o pedido de diligência quando a solicitação for destinada a verificar “fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos”. Além disso, o art. 145, do mesmo regulamento, prevê que, ao solicitar a realização de diligência ou perícia fiscal, o contribuinte deverá fundamentar a sua necessidade.

Adentrando no mérito da lide, constato que os levantamentos integrantes da auditoria de estoques (fls. 9 a 43) comprovam a ocorrência de omissões de saídas de mercadorias sem a emissão da devida documentação fiscal. Também observo que a auditoria fiscal realizada está acompanhada dos devidos demonstrativos, dos quais o autuado recebeu cópia, e está de acordo com o previsto na Portaria nº 445/98.

O autuado alega que, em um mesmo dia, foi notificado de quatorze Autos de Infração lavrados contra seus estabelecimentos, dificultando a sua defesa. Todavia, a legislação tributária estadual não prevê prazo especial de defesa quando diversos estabelecimentos pertencentes a um mesmo titular forem autuados em uma mesma data. Ademais, os demonstrativos integrantes do levantamento quantitativo de estoques foram entregues ao autuado no dia 12/09/02, conforme mostram os recibos assinados às fls. 10, 11, 17, 35 e 43. O Auto de Infração foi entregue ao contribuinte em 17/12/02, conforme recibo às fls. 3 e 4, sendo o trintídio legal contado a partir dessa data. Dessa forma, fica provado que foi concedido ao autuado o prazo de lei para se defender, não havendo assim o alegado cerceamento do direito de defesa.

Visando elidir a acusação, o autuado afirma que os autuantes cometeram diversos equívocos e, às fls. 50 a 55, passa a enumerá-los. Todavia, essa argumentação defensiva não possui o condão de elidir ou reduzir as omissões encontradas pelos autuantes, pois carece de comprovação. O autuado deveria ter comprovado as suas alegações com os documentos fiscais que estão em seu poder, o que não foi feito.

Quanto aos argumentos defensivos concernentes aos Autos de Infração de nºs 205095.0016/02-8, 205095.0018/02-0, 205095.0020/02-5, 205095.0021/02-1 (relativos a exercícios abertos) e nºs 205095.0018/02-0, 205095.0021/01-1 e 205095.0020/02-5 (referentes a mercadorias em estoques), os mesmos não possuem correlação com o presente lançamento e, em consequência, não elidem a infração em tela.

Em face do comentado acima, considero que a infração em lide está devidamente caracterizada, assistindo razão aos autuantes e sendo devido o valor exigido na autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada à tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa autuada, inconformada com o decisório, retornou aos autos impetrando o presente Recurso Voluntário, utilizando dos seguintes argumentos:

1. Como a defesa foi feita por item, e como este Recurso tem o condão de devolver toda a matéria para a apreciação da Segunda Instância, a ora recorrente quase que reproduzirá as suas razões de defesa, apenas acrescentando algumas questões que, d.v., foram mal avaliadas pela recorrida Decisão. Quanto à preliminar de decadência da autuação, ela fica integralmente mantida, especialmente porque este entendimento, hoje, é o que domina no Eg. S. T. J., conforme já comprovado. Ademais, é bastante lógica a posição do S.T.J., amparada pelo art. 150 § 4º do CTN, pois não se pode admitir que o prazo decadencial seja superior a 5 anos, como pretende o acórdão recorrido. Afinal, 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 em muito superior ao de 5 anos. E se o Fisco, já no mês seguinte ao do fato gerador, pode constituir o seu crédito, é claro e insofismável que o prazo decadencial também já se iniciou, uma vez que o “credor” está autorizado a cobrar. A decadência é flagrante, o ilustre

Relator bem sabe disso, mas a Eg. Junta prefere se esquivar de enxergar a verdade. Paciência!!

2. Vale repetir aquilo que já foi registrado anteriormente, ou seja, que todos os 14 (quatorze) estabelecimentos da ora recorrente foram fiscalizados ao mesmo tempo, e durante todo o tempo de fiscalização (aproximadamente 5 meses) os ilustres autuantes fizeram diversas e insistentes solicitações de livros e documentos fiscais, o que gerou, à evidência, confusões. Ao final dos trabalhos os ilustres autuantes entenderam por bem formalizar um Auto de Infração para cada estabelecimento fiscalizado, notificando o contribuinte em um mesmo dia (17.12.2002), pelo que todos os demonstrativos e levantamentos produzidos pelos autuantes, ao longo dos aproximadamente 5 meses, teriam que ser revistos e analisados em apenas 30 (trinta) dias pela ora recorrente, isto sem mencionar o período natalino que se inseria no referido prazo.
3. A defesa do autuado ficou evidentemente comprometida, pois se torna impossível, em 30 (trinta) dias, descontados os “feriados”, revisar todos os 14 (quatorze) autos de infração, com os seus inúmeros anexos. O recorrente, assim, ao longo do PAF, somente conseguiu anexar demonstrativos de relação ao que ora se recorre. Somente agora, após o julgamento pela Eg. Junta, é que a revisão procedida pelo recorrente, no estabelecimento autuado ficou pronta, e está refletida no anexo demonstrativo, onde o recorrente, *detalhadamente*, elenca todos os equívocos cometidos pela ilustrada fiscalização, e que agora devem ser de uma vez por todas avaliadas por esse Eg. CONSEF, sob pena de nulidade do PAF.
4. Assim, em atenção ao contraditório e à ampla defesa, *é imperioso que se possibilite à ora recorrente a juntada de novos demonstrativos*, pois somente assim a Administração, por este Eg. CONSEF, estará cumprindo com o seu honroso mister de buscar a VERDADE REAL, o que ainda não foi possível. E se é assim, desde já fica mais uma vez requerida uma REVISÃO FISCAL, por Auditor estranho ao feito, não só para avaliar os equívocos aqui elencados, mas também para que seja reavaliada a ação fiscal. E quanto aos documentos fiscais que respaldam o anexo demonstrativo, eles somente não foram agora anexados em cópia por absoluta impossibilidade, diante de sua enorme quantidade. Porém, se esse Eg. CONSEF, ao invés de deferir a solicitada REVISÃO, no estabelecimento, optar por ser juntado aos autos as centenas de notas fiscais e livros, o recorrente não se opõe, pelo que fará a juntada, se assim for determinado.
5. Isto posto, diante da VERDADE MATERIAL que deve ser a todo custo almejada, confia o recorrente no acolhimento de seu Recurso, para que seja retificada a ação fiscal, julgando-a Nula e/ou procedente em parte, com a adequação da exação ao quanto exposto no anexo demonstrativo.

Este relator, à fl. 106, encaminhou os autos à Secretaria do CONSEF, com o fim específico de ser incluído em Pauta Suplementar, face à necessidade de diligência, obedecendo ao princípio da verdade material. A diligência requerida e deferida, à unanimidade, pela Eg. 1ª Câmara, foi no seguinte teor:

“Diante da juntada pelo autuado de levantamento onde indica distorções nos levantamentos quantitativos de estoques, nas quantidades das entradas e de saídas às fls. 96 a 100 dos autos, CONVERTO o processo em Diligência à ASTEC para que proceda revisão fiscal,” in loco”, conferindo também os levantamentos das entradas e o levantamento das saídas anexadas aos autos.”

A ASTEC forneceu Parecer nº 0148/2003 de fls.109 a 112, com anexos de fls. 113 a 179, concluindo:

- a) As notas fiscais emitidas nem sempre indicam descrição do produto de forma correta, em alguns casos a nota fiscal indica apenas o nome do fabricante “Luxótica; Panotik; Pentax”o que dificultou a identificação do produto, só possibilitando a identificação através do código do produto (lente, armação, óculos);
- b) As notas fiscais relativas a saída de lentes, em alguns casos indicam quantidade “1” e na descrição das mercadorias “lentes”, “pr” (par) ou simplesmente a marca “Vip Gold”, “OC”(compact), “Zeiss”, na maioria dos casos foi acompanhado da compra de uma armação. É razoável o entendimento de que se trata de um par de lentes, visto que não se coloca uma única lente na armação. Por este motivo, consideramos nestes casos a saída de um par de lentes.
- c) Acostamos ao processo, cópias de notas fiscais (parte) relativas aos documentos relacionados na defesa, as quais estão agrupadas em ordem cronológica;
- d) O demonstrativo sintético elaborado pelo autuante exigindo ICMS no valor de R\$ 21.424,76 foi feito com base nos documentos apresentados na defesa e após confronto dos mesmos, resultou em valor devido de R\$18.961,91 conforme o Anexo 1.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fl. 193, nos seguintes termos:

“Foi solicitado a ASTEC que verificasse os levantamentos apresentados pelo autuado e demais documentação juntada e que fosse feito um confronto entre as quantidades apuradas pelo autuante e as trazidas pelo autuado e consequentemente a elaboração de novo demonstrativo de débito.

Ressalte-se de logo a qualidade do trabalho efetuado pela ASTEC, que verificou pormenorizadamente todas as alegações e documentação existentes. Chega à conclusão de que embora tenha encontrado alguma imprecisão na escrita do autuado, houve condições de se refazer o demonstrativo considerando a documentação trazida pelo autuado na diligência, resultando na elaboração de novo demonstrativo reduzindo o valor do débito inicialmente lançado.

O autuado e o autuante foram devidamente intimados da realização da diligência, porém, não voltam a se manifestar nos autos, restando preservado o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Assim, após estas observações somos pelo acatamento da revisão fiscal efetuada pela ASTEC e pelo provimento parcial do Recurso voluntário interposto com os valores apresentados naquela conclusão.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constato, por primeiro, que a Nulidade suscitada desde a defesa impugnativa pela empresa autuada não deve prosperar. No entanto, deixo claro que a tese esposada pelo patrono do recorrente mereceu e merece deste relator a atenção devida, sobretudo porque entendo que o princípio basilar que norteia a nulidade suscitada é aquele inserido no art. 150, § 4º, do CTN – Código Tributário Nacional, o qual também tem sido o posicionamento do S.T.J. – Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria, ou seja, a contagem da decadência se inicia com a ocorrência do fato gerador. Porém, este Conselho vem deliberando dentro da legislação estadual e, a bem da verdade, este posicionamento está respaldado na liberdade de legislar do Estado quanto ao ICMS que tem, por

seu turno, o aval da nossa Carta Magna. Assim, o Estado da Bahia entende que o prazo decadencial se inicia no primeiro dia do ano seguinte ao fato gerador. Por isso, acompanho a jurisprudência já firmada no CONSEF.

Ressalto pelo cuidado e qualidade, como bem frisou a Douta PGE/PROFIS, o trabalho da ASTEC quando laborou o Parecer nº 0148/2003. Este Parecer atendeu ao pleito perseguido pelo recorrente e acolheu ao determinado por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal. Assim, o resultado da diligência merece a devida guarida e tomo a sua conclusão para respaldar este voto.

Diante do exposto, concedo este voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, modificando a Decisão recorrida dentro do valor encontrado no Parecer da ASTEC, que procedeu a redução do débito reclamado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 205095.0015/02-1, lavrado contra **ÓTICA ERNESTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.961,91**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

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