

A. I. Nº - 205095.0021/02-1
AUTUADO - ÓTICA ERNESTO LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO FÉLIX MACEDO MASCARENHAS, UBIRAJARA RIBEIRO LIMA e TEL-
MA PIRES CIDADE DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 16.04.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-01/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não foram apontados objetivamente erros do levantamento fiscal. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. Está caracterizada a ocorrência do fato gerador da obrigação principal. **b)** MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. De acordo com a Portaria nº 445/98, em se tratando de exercício fechado, detectando-se diferenças tanto de entradas como de saídas, o cálculo do imposto recai sobre a diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS/97. Já no caso de levantamento fiscal em exercício aberto, a referida portaria orienta no sentido de que se atribua ao detentor das mercadorias ainda existentes em estoque a responsabilidade pelo imposto (responsável solidária). No caso em exame, trata-se de exercício fechado, sendo, por conseguinte, indevido o lançamento. Não acatada a preliminar de nulidade por decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 5/12/02, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS, constatada com a apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo apurado o imposto sobre a diferença de maior valor monetário, a de operações de saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto, com lançamento de imposto no valor de R\$ 24.513,52, mais multa de 70%.
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentos fiscais, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto, sendo lançado imposto no valor de R\$ 98,19, mais multa de 70%.

O autuado apresentou defesa observando inicialmente que os 14 estabelecimentos da empresa foram fiscalizados ao mesmo tempo. A fiscalização durou aproximadamente 5 meses. Ao final dos trabalhos, foi lavrado um Auto de Infração para cada estabelecimento. Alega que, como a notificação do lançamento foi efetuada num só dia, tornou-se impossível em apenas 30 dias rever e analisar todos os demonstrativos e levantamentos que o fisco levou 5 meses para fazer. Reclama que a defesa da empresa está comprometida por esses fatos. Avisa que anexará oportunamente eventuais documentos e levantamentos que não puderam ser juntados no prazo legal, por absoluta falta de tempo.

Feitas essas considerações prévias, a defesa passa a argumentar que já decaiu o direito de a fazenda estadual lançar o crédito tributário relativamente ao exercício de 1997. Argumenta que o termo inicial do prazo decadencial de 5 anos para que o fisco efetive o lançamento tributário de ofício é o dia da ocorrência do fato gerador, conforme o § 4º do art. 150 do CTN. Como neste caso o lançamento foi feito no dia 17/12/02, no que concerne ao exercício de 1997 já haviam sido ultrapassados quase que totalmente os 5 anos legalmente previstos.

A defesa aduz que este entendimento já é hoje unanimemente aceito pelo Judiciário, inclusive pelo STJ, que, recentemente, julgando embargos de divergência, em processo no qual foi relator o ministro Ari Pagender (Processo nº 101407/SP – 98.88733-4), decidiu que nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo art. 150, § 4º, do CTN, isto é, o prazo para esse efeito é de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, haja vista que a incidência supõe hipótese típica de lançamento por homologação, ou seja, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo, pois, se o pagamento não for antecipado, já não se trata de lançamento por homologação, caso em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no art. 173, I, do CTN.

Segundo a defesa, o mesmo entendimento foi reiterado em outro julgado (REsp 180879/SP), em que atuou como relatora a ministra Eliana Calmon: nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN; somente quando não há pagamento antecipado ou quando há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, e em normais circunstâncias não se conjugam os dispositivos legais em apreço.

A defesa conclui que, decorrido o prazo de 5 anos, contado de cada fato gerador, extinguiu-se neste caso quase que totalmente o crédito tributário em discussão. Insiste em que a empresa só foi notificada em 17/12/02. Como a cobrança diz respeito a fatos ocorridos durante todo o ano de 1997, o crédito deve ser extinto.

Quanto ao levantamento fiscal, volta a defesa a protestar que no prazo legal de 30 dias não foi possível avaliar as centenas de lançamentos feitos pelos autuantes nos 5 meses que trabalharam na fiscalização da empresa. Como não foi possível rever todos os elementos que embasam os 14 Autos de infração, está apontando apenas os equívocos encontrados nos Autos já analisados.

Segue-se a lista de erros verificados nos lançamentos das lojas correspondentes aos seguintes CNPJs: 15.102.833/0001-30, 15.102.833/0005-64, 15.102.833/0010-21 e 15.102.833/0017-06.

Considera imperioso que se possibilite à empresa a juntada posterior de novos demonstrativos e documentos, para que se atinja assim a verdade material.

Requer uma revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito.

Conclui chamando a atenção para o fato de o fisco ter caracterizado o levantamento fiscal como sendo relativo a “exercício aberto”, quando na verdade se trata de exercício há muito tempo já

encerrado (1997). Observa que não é esta a orientação consubstanciada na Portaria nº 445/98. Considera o lançamento passível de nulidade, por absoluta impertinência do método de apuração adotado.

A defesa protesta contra o critério adotado no que concerne ao 2º item do Auto de Infração, que cuida da existência de mercadorias em estoque “desacompanhadas da respectiva documentação fiscal”, como se se tratasse de levantamento quantitativo em exercício aberto. Frisa que a fiscalização foi efetuada em dezembro de 2002, e o exercício objeto da autuação já estava há muito encerrado.

Protesta pela posterior juntada de outros elementos de prova. Renova o pedido de revisão fiscal.

Os fiscais autuantes prestaram informação rebatendo a alegação de decadência do crédito tributário, com arrimo no art. 173 do CTN.

Quanto aos equívocos das autuações, dizem que a empresa teve acesso aos demonstrativos fiscais antes da lavratura dos Autos de Infração. A empresa não apontou na época os equívocos que agora acusa. Consideram os fiscais que houve um descaso do contribuinte em analisar os documentos e relatórios fiscais. Declaram discordar da anexação de qualquer documento ou levantamento após a defesa. No que tange aos erros apontados pela defesa, dizem não ver razão para aceitar as alegação da defesa, por falta de prova.

No que concerne à questão do “exercício aberto”, os fiscais explicam que adotaram essa nomenclatura porque não tiveram acesso aos documentos dos meses de janeiro a abril. Mas consideram que não é o momento de discutir nomes de ação fiscal; o que se deve discutir é a legalidade e legitimidade do procedimento. Comentam os critérios seguidos na ação fiscal.

Opinam afinal pela procedência da autuação.

VOTO

Não acato a arguição de decadência suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 1997. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O débito objeto desta autuação concernente ao exercício de 1997 poderia ter sido lançado no próprio exercício de 1997. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 1998. O lançamento poderia ser feito, por conseguinte, até 31 de dezembro de 2002. O procedimento fiscal foi formalizado em 5/12/02, e o sujeito passivo foi intimado no dia 17/12/02. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no § 1º do art. 28, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegar a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

A defesa requer a realização de revisão fiscal do lançamento. Não percebo razões de fato ou de direito que justifiquem a revisão do lançamento. Não foram apontados erros de cálculo relativamente ao presente Auto de Infração. Os erros apontados dizem respeito a Autos de Infração lavrados contra outros estabelecimentos da empresa. Considero o processo em condição de julgamento.

Quanto à alegação da defesa de insubsistência do critério fiscal, ao considerar “aberto” um exercício há muito tempo já encerrado, abordarei esta questão como aspecto de mérito, não como preliminar.

Os itens 1º e 2º deste Auto de Infração dizem respeito a fatos apurados mediante levantamento quantitativo de estoques. Realmente, não se trata de exercício aberto. Exercício aberto é aquele que é fiscalizado antes do seu término. Para efeitos de levantamento quantitativo de estoques, denomina-se também “aberto” o exercício quando, por alguma razão, não se dispõe dos dados relativos ao estoque final de mercadorias.

Os fiscais, na informação prestada, dizem que não consideram ser este o momento oportuno para se discutir “nomes de ação fiscal”, entendo que o que se deve discutir é a legalidade e legitimidade do procedimento.

Na verdade, este é, sim, o momento de se discutir o aspecto assinalado pela defesa. Não se trata de mero erro de nomenclatura. A questão de ser determinado exercício fechado ou aberto tem consequências jurídicas importantes em se tratando de levantamento quantitativo de estoques. De acordo com a Portaria nº 445/98, em se tratando de exercício fechado, detectando-se diferenças tanto de entradas como de saídas, o cálculo do imposto recai sobre a diferença de maior expressão monetária, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS/97. Já no caso de levantamento fiscal em exercício aberto, a referida portaria orienta no sentido de que se atribua ao detentor das mercadorias ainda existentes em estoque a responsabilidade pelo imposto (responsável solidária).

Desse modo, está patente a improcedência do 2º item do Auto de Infração. A atribuição da responsabilidade solidária seria cabível se se tratasse de exercício aberto.

No caso do 1º item, não estando configurada a caducidade do crédito tributário, e não tendo a defesa apontado erros do levantamento fiscal, considero caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **205095.0021/02-1**, lavrado contra **ÓTICA ERNESTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 24.513,52**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA