

PROCESSO - A. I. Nº 205095.0019/02-7
RECORRENTE - ÓTICA ERNESTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 1ª JJF nº 0122-01/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 03.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0007-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido. Refeitos os cálculos no levantamento fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Decisão modificada. Infração subsistente em parte. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/12/02 exige imposto no valor de R\$ 30.705,83, pela falta de recolhimento do ICMS por omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, período 01/02/97 a 31/12/97.

O autuado, às fls. 32 a 55, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa argüindo nulidade do procedimento fiscal, sob o fundamento de que:

- a) A notificação da autuação ocorreu em 17/12/2002, ficando naquela data constituído o crédito tributário. No entanto, o prazo decadencial para o Fisco efetuar o lançamento tributário é o dia da ocorrência do fato gerador, citando o art. 150, § 4º, do CTN. Alegou que o levantamento ora contestado formaliza a exigência de créditos cujos fatos geradores ocorreram durante todo o exercício. Assim, entendeu decaído o direito do Fisco exigir supostos créditos;
- b) Transcreveu decisões do STJ a respeito de Decadência – Lançamento por homologação.
- c) Argumentou, ainda, que o Fisco levou, aproximadamente, 5 (cinco) meses para concluir sua fiscalização, lavrando para cada estabelecimento um Auto de Infração, num total de 14 autos, e notificando o contribuinte em um mesmo dia (17/12/02). Assim, o defendente teria apenas o prazo de 30 dias para rever e analisar os trabalhos, ficando demonstrado o grau de desequilíbrio entre o Fisco e o impugnante.

No mérito, argumentou que dos dados em que foi possível concluir a análise, encontrou inúmeras diferenças nos quantitativos e que reflete, o cerceamento de defesa. Que apenas a título de exemplificação indicou os números dos documentos fiscais, datas e quantidades que não foram considerados na autuação, fls. 36 a 52, fazendo a indicação de que nos demais meses em que não relacionou as notas fiscais a auditoria realizada pelo Fisco considerou todas as notas fiscais.

Asseverou que outro aspecto que disse merecer registro é o fato de os autuantes considerarem que o levantamento foi realizado em exercício aberto, se o estoque final deste período já era conhecido. Entendeu ser flagrante a nulidade da ação fiscal pela inobservância do método adotado, fazendo citação a Portaria nº 445/98.

Faz citações a fatos ocorridos em outros autos e concluiu protestando pela posterior juntada de outros elementos de prova, ratificando a solicitação de revisão fiscal.

Os autuantes, às fls. 60 a 62, informaram que apesar da grande quantidade de documentos, somente os de uma loja por vez eram arrecadados e como eram três Auditores, por vezes, três estabelecimentos estavam com seus documentos arrecadados, não prevalecendo o argumento do defendente de que houve confusão durante o processo de fiscalização.

Esclareceram que para cada estabelecimento em que a ação fiscal era concluída, os documentos eram devolvidos, juntamente com os relatórios, conforme demonstrado no PAF com a aposição das datas de entrega nos referidos relatórios. Nesse período, o autuado, em tempo algum apresentou qualquer demonstração de discórdia com os relatórios apresentados. Ao encerrarem os trabalhos, nos últimos estabelecimentos, foram apresentados em um só dia todos os Autos de Infração.

Assim, entenderam não ter havido qualquer desequilíbrio entre o tempo de análise de documentos por parte do Fisco e do impugnante. Faz citação ao que dispõe o art. 123, § 1º, do RPAF/99, que determina que a matéria relacionada com a situação em discussão deverá ser alegada de uma só vez, discordando, desta forma, quanto ao pedido de anexação de qualquer documento ou levantamento ainda não apresentado.

Em relação a preliminar de decadência, os autuantes transcreveram o art. 173, I, do CTN e citam comentário do mestre Aliomar Baleeiro de que o art. 173 fixa datas de início do prazo quinquenal de decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, como sendo o º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, ou seja, 1º de janeiro do ano seguinte, justificando que no Brasil, o exercício financeiro coincide com o ano civil.

Quanto ao argumento do sujeito passivo de que só dispõe de 30 dias para avaliar as centenas de lançamentos feitos pelo Fisco cujo trabalho durou 5 meses, não é verdade, o que se demonstra é que o autuado teve acesso aos demonstrativos antes da autuação, no caso presente, o levantamento quantitativo foi entregue em 06/10/02, tal procedimento visou justamente facilitar a correção de possíveis equívocos durante a ação fiscal.

Também discordaram em relação a solicitação de revisão fiscal, vez que o autuado não apresentou qualquer indicio real que os demonstrativos fiscais estivessem em descordo com a realidade dos fatos. Também disseram não fazer sentido o argumento de que constar “exercício aberto”, já que foi fiscalizado o período de 01/01/97 a 31/12/97, logo exercício fechado.

Mantiveram a autuação.

VOTO DA RELATORA DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo, pelas seguintes razões:

- 1) a falha existente no Auto de Infração por constar que se trate de levantamento em exercício aberto, em nada prejudicou ou cerceou o direito de defesa do contribuinte, vez que os elementos que serviram de base para o levantamento foram devidamente demonstrados no processo, já que se tomou por base os estoques inicial e final apresentados pelo sujeito passivo (escrituração através do Registro de Inventário) e documentos fiscais de entradas e*

saídas das mercadorias, objeto do levantamento quantitativo por espécie. Assim, o fato de constar na descrição da infração “exercício aberto”, e não, “exercício fechado” não se constituiu nenhum entrave para que seja considerado motivo de nulidade da ação fiscal;

- 2) *no caso da arguição de preliminar de decadência, o art. 173, I, do CTN, incorporado ao RICMS/97, através do seu art. 965, I, deixa claro que ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao período de 01/01/97 a 31/12/97. O prazo de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Correto o procedimento dos autuantes, já que o lançamento tributário foi constituído em 17/12/2002, dentro, portanto, do prazo de sua constituição, para fins de exigência do tributo. Assim, os créditos constituídos relativos ao exercício de 1997, ou seja, os fatos geradores ocorridos, entre o período de 01/01/97 a 31/12/97, só seriam desconstituídos, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2003, e não, a partir da ocorrência do fato gerador como entendeu o defendente. Assim, a lei tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo, portanto, ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que só se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.*
- 3) *O prazo para defesa é fixado objetivamente pelo direito. A admissibilidade de outros elementos após a apresentação da defesa fica por conta do princípio da verdade material e como decorrência do princípio da ampla defesa. Vale observar, inclusive, que ficou evidenciado nos autos que os autuantes por estarem fiscalizando todos os estabelecimentos do contribuinte, à medida em que concluíam os resultados individuais de cada estabelecimento, já entregava, antecipadamente, os relatórios ao preposto autuado, para que o mesmo pudesse avaliar os resultados apurados, inclusive com a devolução dos documentos fiscais examinados.*

O sujeito passivo requereu a realização de revisão fiscal do lançamento, no entanto, não entendo existir razão de fato ou de direito que justifique a revisão do lançamento tributário.

Como não foi apontada, objetivamente, a existência de nenhum erro material do lançamento, a ação fiscal subsiste. Valendo observar, que os erros apontados na presente impugnação dizem respeito a outros Autos de Infração lavrados, na mesma ocasião, contra estabelecimentos do mesmo titular. Desta maneira, entendo que o presente processo encontra-se em condição de julgamento.

O Auto de Infração diz respeito a realização de Auditoria dos Estoques, tendo sido apurado diferença por omissão de saída de mercadorias, demonstrada através do levantamento quantitativo de estoques. Não estando configurada a decadência para a exigência do crédito tributário e, não tendo o defendente apontado a existência de erros do levantamento fiscal, considero caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada à tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa, inconformada, impetrou através do seu advogado, o presente Recurso Voluntário, argüindo:

1º) Como a defesa foi feita por item, e como este recurso tem o condão de devolver toda a matéria para 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 05 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 05 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.

2º) Repete que a empresa somente foi autuada em todas os seus 14 (quatorze) estabelecimentos ao mesmo tempo, sendo que as notificações foram realizadas em um mesmo dia (17.12.2002), e foi dado o prazo de defesa 30 dias, enquanto os auditores produziram os demonstrativos e levantamentos em aproximadamente 05 meses.

3º) Traz elencados todos os equívocos que diz ter sido cometido pela fiscalização, e pede que o CONSEF faça uma avaliação, sob pena de nulidade do PAF.

4º) Argumenta que face ao mister de ser buscada a verdade real, o que ainda não foi possível. Fica requerida uma Revisão Fiscal por auditor estranho ao feito.

Isto posto, diante da verdade material o que deve ser a todo custo almejada, confia a 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.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 90/91, da lavra da procuradora Drª Sylvia Amoêdo, nos seguintes termos:

“ Examinando a matéria remetida através de Recurso Voluntário observamos presentes a mesma argumentação já constante na defesa anteriormente interposta o que nos leva a concordar integralmente com o julgamento realizado pela 2ª JJF. Não vemos elementos que conduzam a necessidade de realização de diligência pretendida pela autuada nem tampouco reformulação da decisão recorrida.

O que fica efetivamente evidenciado é o intuito de retardar o julgamento da lide na esfera administrativa, o que denota o caráter procrastinatório do recurso em análise. Enfim, em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pela recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser provido o recurso.”

À fl. 92, este relator encaminhou os autos para Pauta Suplementar e, à fl. 93, definiu os termos do pedido de diligência à ASTEC. A diligência foi deferida pelo colegiado.

À ASTEC às fls. 99 a 140 acosta Parecer de nº 0201/2003, acompanhado de demonstrativo, anexos e documentos com a seguinte conclusão:

[...]

- a) “As notas fiscais emitidas nem sempre indica descrição do produto de forma correta, em alguns casos a nota fiscal indica apenas o nome do fabricante “Luxótica; Panotik e Pentax o que dificultou a identificação do produto, só possibilitando a identificação através do código do produto;*
- b) Acostamos ao processo, cópias de notas fiscais (parte) relativas aos documentos relacionados na defesa, as quais estão agrupadas em ordem cronológica;*
- c) O demonstrativo sintético elaborado pelo autuante exigindo ICMS no valor de R\$30.705,83 foi feito com base nos documentos apresentados na defesa e após confronto dos mesmos, resultou em valor devido de R\$28.730,64, conforme o Anexo I.”*

A PGE/PROFIS retornou ao Processo fornecendo novo Parecer de fl. 152, nos termos:

[...]

“O que foi solicitado a ASTEC concerne à verificação dos levantamentos apresentados pela autuada e demais documentação juntada para realizar um confronto entre as quantidades apuradas pelo autuante e as trazidas pela autuada e conseqüentemente 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 existente. Chega à conclusão de que embora tenha encontrado alguma imprecisão na escrita da autuada, houve condições de se refazer o demonstrativo considerando a documentação trazida pela autuada 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 votam a se manifestar nos autos, restando preservado o princípio da ampla defesa e do contraditório.

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

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, quanto à preliminar de decadência suscitada pelo patrono da empresa recorrente, apesar de ser simpático a tese esposada, não posso concordar com o pleito ali colocado, face ao lançamento acompanhar a legislação tributária baiana que é legitimada pela nossa Carta Magna que dá poder aos estados federados de legislar em matéria tributária. Por isso, não deve prosperar o pedido de nulidade do feito.

Quanto ao mérito, atendida a solicitação de revisão fiscal solicitada pelo recorrente, que levada a cabo pela ASTEC, nos trouxe à conclusão com adequações dos demonstrativos que resultou em diminuição do valor reclamado.

Assim, concedo este voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida dentro do valor final constante do Parecer da ASTEC de nº 0201/2003.

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 205095.0019/02-7, lavrado contra **ÓTICA ERNESTO LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 28.730,64**, 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, 29 de janeiro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

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