

PROCESSO - A. I. Nº 205095.0018/02-0
RECORRENTE - ÓTICA ERNESTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF Nº 0057-01/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 03.06.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0161-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, a das saídas. A constatação de saídas de mercadorias através de levantamento quantitativo de estoques constitui prova suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Está caracterizada a ocorrência do fato gerador da obrigação principal. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 (responsabilidade 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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a decisão da 1ª JJF, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em tela para exigir o crédito tributário decorrente das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de ICMS, constatada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto, havendo 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;
2. Falta de recolhimento do imposto [ICMS], apurada com base na existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, fato este constatado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto.

Inicialmente cumpre ressaltar que este lançamento foi julgado PROCEDENTE na Primeira Instância (Acórdão JJF 0301-03/03). A 2ª Câmara anulou aquela decisão, determinando que procedesse a novo julgamento, por não ter sido analisada a preliminar de decadência suscitada pela defesa.

O PAF foi distribuído para a 1ª JJF que decidiu:

- não acata 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.
 - quanto ao protesto de que o tempo para impugnar o lançamento foi exíguo, haja vista que todos os estabelecimentos da empresa foram fiscalizados de uma só vez, tendo sido lavrados os Autos de Infração de todas as filiais no mesmo dia, sustenta que o prazo de defesa é fixado em lei.
 - 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 (responsabilidade solidária).
- Desse modo, está patente a improcedência do 2º item do Auto de Infração. A atribuição da responsabilidade solidária seria cabível se tratasse de exercício aberto.
- no caso do 1º item, não estando configurada a caducidade do crédito tributário, considero caracterizada a infração. Foram apuradas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias num mesmo exercício, sendo aplicada a regra do § 1º do art. 60 do RICMS/97, tomando-se por base de cálculo a diferença de maior expressão monetária. Como o valor de maior expressão monetária foi o referente à omissão de saídas, os preços médios aplicados para a apuração da base de cálculo foram os do último mês do exercício.
 - a documentação relativa aos meses de janeiro e fevereiro de 1997 foi extraviada.
 - quanto à diferença verificada pela ASTEC, na revisão do lançamento, ela só poderá ser lançada em outra ação fiscal, que recomenda, sem, no presente, emitir juízo de valor acerca do fato. É evidente que se antes do início de novo procedimento fiscal o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente exime-se de sanções.

Conclui pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega:

- a preliminar de decadência, uma vez que este entendimento é predominante no STJ, amparado pelo art. 150, § 4º, do CTN. Não se pode admitir que o prazo decadencial seja superior a 05 anos como pretende o acórdão recorrido.
- quanto ao mérito, que, apesar de a ação fiscal se reportar a um exercício antigo, a auditoria de estoques se deu em “exercício aberto”, como se o estoque final de 1997 já não fosse conhecido à época da ação fiscal. Diz estranhar que uma fiscalização feita em meados de 2002 se utilize de uma auditoria de estoque em “exercício aberto”, para apurar o movimento de mercadorias do exercício de 1997 e 2001. Aduz que a Decisão recorrida reconhece este fato como uma gritante irregularidade, mas ao invés de decretar a nulidade do item, o faz apenas em relação à infração 02, esquecendo-se de que neste item o equívoco também foi cometido.
- que a Portaria nº 445/98, utilizada pelos autuantes para fundamentar a ação fiscal, prevê em seu art. 2º, inciso II, que o exercício se considera aberto é quando o exercício financeiro de empresa

ainda se encontra em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final. Argumenta que se o exercício de 1997 já não se encontrava em curso e se os estoques finais já eram conhecidos em 2002, não se justifica a utilização deste tipo de levantamento. Considera ser flagrante a nulidade do procedimento, por absoluta impertinência do método de apuração adotado pelo fisco. Requer que este item seja excluído da ação fiscal, assim como já foi feito em caso idêntico por esse Eg. CONSEF, inclusive em relação à infração 2.

- que esse Eg. CONSEF enfrentando questões idênticas, inclusive contra o próprio recorrente, entendeu que “realmente não se trata de exercício aberto”.

Por fim, transcreve trecho do voto exarado pelo ilustre Cons. José Bezerra no Auto de Infração nº 205095.0021/02-1 e pugna pela decretação da nulidade da infração 1, se não for reconhecida a decadência parcial da autuação.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que os argumentos ventilados pelo recorrente não têm o condão de elidir o acerto da ação fiscal.

Afirma que a preliminar de decadência merece imediata rejeição, uma vez que o lançamento foi efetivado dentro do prazo estipulado no art. 173, do CTN.

No que concerne ao mérito da infração 1 aduz que esta encontra-se devidamente comprovada, mediante demonstrativos e documentos fiscais acostados aos autos. Apesar do autuante ter equivocadamente caracterizado o exercício como aberto na descrição da infração 1, a autoridade administrativa aplicou os termos da Portaria nº 445/98, ou seja, 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.

Em razão disso, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente, uma vez que o lançamento foi efetivado dentro do prazo estipulado pelo art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátria que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, na hipótese do não recolhimento do imposto pelo sujeito passivo a autoridade administrativa deve lançar de ofício, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

Portanto, no presente caso, não há que se falar em decadência, uma vez que o Fisco tinha até o dia 31.12.2002 para realizar o lançamento tributário, conforme determina o dispositivo supra.

No mérito, verifico que o autuante, embora tenha equivocadamente caracterizado o exercício como aberto na descrição da infração 1, aplicou corretamente os termos da portaria nº 445/98, vale dizer, 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, a das operações de saídas.

Ressalto, ainda, que hipótese acima não se enquadra no rol das situações de nulidades previstas no art. 18, do RPAF, razão pela qual mantenho este item da autuação.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **205095.0018/02-0**, lavrado contra **ÓTICA ERNESTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.643,79**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Ciro Roberto Seifert, Rubens Moutinho dos Santos, Rosa Maria dos Santos Galvão. e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Alberto Nunes Vaz da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS