

A. I. Nº - 206940.0002/03-3
AUTUADO - INDÚSTRIAS REUNIDAS RAYMUNDO DA FONTE S/A
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA/LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 16.11.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0417-02/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Foi retificado o lançamento, reduzindo-se o valor originalmente exigido, no exercício de 1999. **b)** 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. Retificado o lançamento, o que reduziu o valor do débito inicialmente exigido no exercício de 1998. Preliminares de decadência e de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 02/10/2003, exige o pagamento do ICMS de R\$ 132.514,14, e multa de 70%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

O autuado ingressa com defesa, fls. 1628/1635, e aduz que em 02 de abril de 2003, recebeu intimação da Secretaria da Fazenda, para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis, juntamente com remessa dos arquivos magnéticos, referente aos exercícios de 1998 e de 1999, além da relação nominal dos insumos utilizados pela empresa, com sua utilização no processo produtivo, relação dos produtos acabados fabricados pela empresa, descrição detalhada do processo produtivo, relatório de produção e consumo e fichas de estoque e produto acabado, dentro do prazo de 48 horas, sendo que a fiscalização foi atendida.

Invoca o art. 150 § 4º do CTN para amparar a sua pretensão à decadência das competências anteriores a outubro de 1998, citando inclusive acórdãos do STJ sobre a matéria, haja vista que o crédito tributário relativo ao ICMS é constituído no momento da apuração do imposto.

No mérito, relata que é estabelecida neste Estado, desde dezembro de 1980, como filial de indústria de transformação de material de limpeza, com matriz sediada no Estado de Pernambuco, mantendo sempre suas obrigações fiscais em dia.

Irresignado com o lançamento, diz que ao tomar ciência do Auto de Infração, providenciou uma revisão detalhada, por exercício, e constatou que os números apresentados pelos autuantes não correspondem àqueles que, em verdade, encontram-se lançados nos livros e documentos fiscais do contribuinte, ficando evidenciado divergências tanto das quantidades como também dos valores, tanto naqueles que deveriam ter como origem lançamentos do contribuinte, como os que utilizou para cálculos dos impostos, onde se verifica lançamento por presunção dos valores e da alíquota utilizada para chegar ao imposto apurado.

Assim, transcreve os pontos de origem das alegadas divergências dentro de cada exercício:

Exercício de 1998:

- a) Baixa no relatório de estoque para transformação de novo produto (Kit) movimentação interna apenas no relatório de estoque não considerado pelo autuante. (Anexo 1)
- b) Na coluna entrada do Demonstrativo Auditoria de Estoque, foram lançadas pelo autuante operações de transferência, devolução e produção, porém em alguns itens o autuante somou as transferências em duplicidade. (veja anexos nºs 03, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13).
- c) Falha no Livro Registro de Inventário, por erro operacional foram computadas algumas mercadorias ainda em trânsito (Anexo 02).
- d) Baixas por avaria ocorrida no processo produtivo para recuperação, devido ao tipo de embalagens passíveis de vazamento (Anexo 04).
- e) Coluna “Saída”, os números lançados pelo autuante estão em desacordo com os registrados nos documentos e livros do contribuinte (Anexos 06 e 10).

Exercício de 1999

- a) Coluna “Saída”, os números lançados pelos autuantes estão em desacordo com os registrados nos documentos e livros do contribuinte (Anexos 01, 03, 05, 06 07).
- b) Falha no Livro Registro de Inventário, por erro operacional, foram computadas algumas mercadorias ainda em trânsito (Anexo 02).
- c) Baixas por avarias, ocorrida no processo produtivo para recuperação, devido ao tipo de embalagens passíveis de vazamento (Anexo 04).
- d) Na coluna “Entrada” do Demonstrativo Auditoria de Estoque, foram lançadas pelos autuantes operações de transferência, devolução e produção, porém em alguns itens os autuantes somaram as transferências em duplicidade (Anexo 09).

Adicionalmente, salienta que o débito objeto do Auto de Infração foi erroneamente apurado, por arbitramento, como adiante demonstra, pois em conformidade com o prescrito no art. 148 do CTN. Trata-se de lançamento que considera o fato gerador do ICMS resultante de cálculo matemático, e não de efetiva saída de mercadorias em operação de natureza mercantil.

Desta forma o contribuinte entende que o levantamento fiscal é o meio pelo qual o fisco se vale para apurar diferenças de imposto, e não constata falta de emissão de documento fiscal, pois esta somente poderia ser constatada com a presença física da mercadoria, por confissão do próprio infrator ou do destinatário da mercadoria. Daí que o imposto reclamado por diferença de tal levantamento decorre não da ocorrência do fato gerador, mas por presunção, sem identificar as causas das diferenças apuradas.

Giza que valorizou o montante avariado, conforme determinado no § 2º do art. 17, da Lei nº 7.014/96, aplicou as alíquotas correspondentes e encontrou os valores abaixo:

Exercício de 1998 – Base de estorno R\$ 27.094,17 x 12% alíquota de entrada, ficando um valor real de ICMS de R\$ 3.251,00.

Exercício de 1999 – Base de Estorno R\$ 9.459,88 x 12% alíquota de entrada, ficando um valor real de ICMS de R\$ 1.135,00.

Aponta que as divergências de estoque, ocorridas nos exercícios de 1998 e de 1999, decorreram de pequenas avarias de produção, em consequência de que alguns produtos, após envasados, encaixotados e lançados em estoque, tiveram que retornar à linha de produção, para serem recuperados. Essas diferenças, em termo percentual, representam apenas 0,19% e 0,06 do montante movimentado em cada exercício respectivamente. Considerando que se trata de produtos com embalagens passíveis de vazamento, o contribuinte entende ser as quantidades avariadas admitidas dentro da movimentação. Contudo, não sendo admissíveis as mencionadas avarias, a falha cometida pela defendente seria apenas por falta de estorno de crédito previsto no artigo 100, inciso V do RICMS/97.

A final pede a improcedência do Auto de Infração, e protesta por todos os meios de prova em direito admitidos.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 2191/2198, e reconhecem que houve alguns equívocos na elaboração do levantamento de estoques. Lançam as saídas que não foram consideradas pelo sistema SAFA, em virtude de irregularidades nos arquivos magnéticos do autuado, que não foram validados. Apontam que ocorreu lançamento em duplicidade de algumas notas fiscais, bem como que ocorreu erro nas entradas de algumas mercadorias. Ratificam integralmente a ação fiscal, quanto aos números constantes no Livro Registro de Inventário, apesar do relatório apresentado na defesa, de folhas soltas, intitulado Registro de Inventário de 1999, em que são lançadas quantidades distintas das que foram lançadas no Livro Registro de Inventário, apresentado na ação fiscal. Dizem que houve inconsistências também no Relatório FAT-21, apresentado, em que não aponta transferências de mercadorias que na realidade ocorreram. Não consideraram a contestação com relação aos preços das avarias, pois o levantamento quantitativo trabalha com quantidades, e o preço médio é apurado através das notas fiscais de entradas ou saídas do último mês abrangido no levantamento quantitativo.

Em conclusão, em função das alterações ora efetuadas, constataram que as omissões de entradas foram superiores às omissões de saídas, tanto para o exercício de 1998, como para o exercício de 1999, conforme demonstrativos que anexa. Assim, o crédito reclamado para o exercício de 1998 passa a ser de R\$ 25.248,56 e R\$ 56.486,26 para o exercício de 1999.

O autuado, em resposta à informação fiscal, apresenta recurso, às fls. 2411/2416, no qual mantém a peça impugnatória em todos os termos e em especial a preliminar de decadência, com base no artigo 150 § 4º do CTN.

Quanto aos arquivos magnéticos, diz que sempre os manteve com base no Convênio 57/95. Ocorre que foi intimada a apresentá-los referente aos exercícios fechados de 1998 e 1999, com lay-out atual, o que de acordo com a legislação vigente somente passou a ser exigido com a introdução do Decreto 7886 de 29 de dezembro de 2000, que acrescenta os artigos 708-A e 708-B do RICMS/97.

No que se refere aos preços das avarias, tomou por base também o RICMS, no art. 100, inciso VIII, § 2º, I. Considerando que a expressão monetária preço, é empregado na comercialização de

mercadorias ou serviços, e no caso de avarias trata-se apenas de anulação de valores por não existir a operação subsequente, e conseqüentemente a não existência de fato gerador.

Insurge-se contra a elaboração do novo demonstrativo, pelos autuantes, no qual acresceu novos itens de quantidades e valores de matéria prima com origem ignorados pela recorrente, e passa a alegar omissões de entradas sob a argumentação de presunção legal.

Diz que os critérios adotados pelos autuantes, alteram substancialmente as acusações relatadas no auto inicial, inclusive prejudicando o direito de defesa da recorrente, que recebe a informação fiscal, com nova acusação, restando-lhe apenas um prazo de 10 dias para impugná-la. Aduz que mesmo não sendo majorado o valor reclamado, a reforma da acusação agravou a situação do recorrente, ferindo o princípio da “reformatio in pejus”.

Reclama que para comprovar a improcedência da acusação em todos os seus termos, teria que efetuar levantamento de todas as entradas, inclusive revisar minuciosamente notas fiscais que se encontram em arquivo morto, visto ter detectado erros por parte do autuante, quando lançou em alguns itens, como quantidades de caixas as unidades lançadas em notas de devolução pelo cliente que ao devolver indica como quantidade a unidade praticada nas vendas no varejo (garrafas e não caixas).

Diz que efetuou nova revisão do demonstrativo modificado, e novamente demonstra a origem das divergências indicando no próprio relatório efetuado pelo autuante na linha abaixo de cada item, (anexos 05 e 06), conforme procedeu na primeira peça impugnatória, e esclarece que pequenas diferenças constantes na coluna omissão de entradas deixaram de ser comprovadas em virtude da limitação do prazo.

Indica a seguir, todos os pontos que foram considerados divergentes com os respectivos anexos, dentro de cada exercício:

Exercício de 1998:

Saídas incorretas lançadas pelo autuante produtos diversos (anexo 01)
Saídas por baixa cód. 241 para transformação de novo produto código 17 (anexo 02)
Relação de aquisição produtos diversos (anexo 03)
Produto código 30 n.f nº 104677 não considerada pela autuante (anexo 04).
Produto código 36 n.f.de nº 75971 e 74952 não consideradas pela autuante (anexo 05)
Produto cód. 47 produção não considerada pela autuante (anexo 06).
Correção registro de inventário (anexo 07).
Produto código 40 produção não considerada pela autuante (anexo 08).
Mudança de códigos de produto 258 p/93 (anexo 09)
Produto código 99 produção não considerada pela autuante (anexo 10)
Produto código 100 produção não considerada pela autuante (anexo 11)
Produto código 130 produção não considerada pela autuante (anexo 12)
Produto código 171 produção não considerada pela autuante (anexo 13)
Produto código 185 produção não considerada pela autuante (anexo 14)
Produto código 283 produção não considerada pela autuante (anexo 15)
Produto código 287 produção não considerada pela autuante (anexo 16)

Exercício de 1999:

Saídas incorretas lançadas pela autuante produtos diversos (anexo 01)
Produto código 93 Entradas considerada a maior pela autuante (anexo 02)

Valor de aquisição de produtos diversos (anexo 03)

Produto código 102 entradas considerada em duplicidade pela autuante (anexo 04)

Produto código 130 entradas considerada a menor pela autuante (anexo 05)

Saídas por baixa cód. 030 para transformação de novo produto código 240 (anexo 06)

Correção registro de inventário (anexo 07)

Produto código 267 entradas considerada a menor pela autuante (anexo 08)

Produto código 48 (considerado pelo autuante como 134) produção considerada a menor pela autuante (anexo 10).

Produto código 427 entradas considerada a menor pela autuante (anexo 11)

Produto código 376 entradas considerada em duplicidade pela autuante (anexo 12).

Por tudo o exposto, aduz que as avarias ocorridas no estoque devem ser consideradas e, por derradeiro, ser também retificado o valor utilizado para base de cálculo e alíquotas.

Aponta que as diferenças em termos percentuais são da ordem de 0,02% e 0,12% do montante movimentado em cada exercício respectivamente.

Caso as avarias não sejam admitidas, afirma que não há justificativa em um contribuinte que durante o exercício efetuou saídas no valor de R\$ 15.643.967,37, para os quais deixou de emitir documentos fiscais apenas para o equivalente a 0,07% deste valor, e ainda efetuar os registros de tais omissões em seu controle de estoque.

Requer a improcedência do Auto de Infração.

A 3ª JF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, para que estranho ao feito, verificasse se, mesmo com as modificações ocorridas no lançamento com as retificações promovidas pelos autuante, na informação fiscal, os pontos divergentes, apontados pelo autuado devem ser acolhidos, e refizesse o demonstrativo de débito, se necessário.

A final, que fossem intimados autuado e autuante, sendo concedido o prazo de defesa de 30 dias, a fim de evitar o cerceamento de defesa, fornecendo inclusive cópias dos demonstrativos.

Com vistas à celeridade e maior segurança material, em vista do volumoso trabalho efetuado pelos autuantes, que inclusive possuem todos os arquivos magnéticos, o presente PAF foi encaminhado, pela ASTEC, aos autuantes, para que efetuassem as correções necessárias e clarificassem o lançamento. (fls. 4642/4643).

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 4645/4648, na qual esclarecem que o levantamento quantitativo que embasa o Auto de Infração, levou em consideração, tanto as mercadorias transacionadas pelo autuado, uma vez que a maior parte de suas transações advém da venda de mercadorias transferidas de sua matriz, sediada em Recife- Pe, quanto algumas matérias primas utilizadas na produção de algumas mercadorias que são produzidas pelo autuado.

Esclarecem que no Demonstrativo de Cálculo das omissões, anexo ao PAF, fls. 206 a 213, e folhas 351 a 359, constam tanto as mercadorias que apresentaram omissões de entrada, quanto mercadorias que apresentaram omissões de saídas. Ocorre é que a cobrança do débito é efetuada tendo como base a omissão que apresentar a maior expressão monetária. Como neste momento, o autuado traz aos autos nova demonstração relativa à omissão de entradas, analisaram para verificar qual omissão é passível da cobrança. Após análise da defesa do autuado, com a revisão/alteração do levantamento quantitativo, constataram que no exercício de 1998, as omissões de saídas foram superiores às omissões de entradas. Em 1999, as omissões de entradas foram superiores às omissões de saídas, conforme demonstrativos anexados ao PAF, com crédito reclamado para o exercício de 1998 de R\$ 12.734,17 e de R\$ 11.024,06 para 1999.

O sujeito passivo manifesta-se acerca da informação acima, (fls 4659/4660), nos seguintes termos:

1. Os autuantes acataram os números demonstrados para a maioria dos itens, efetuando alteração no levantamento quantitativo, restando as divergências relativas ao Registro de Inventário e às quantidades e valores das avarias.
2. Quanto ao livro Registro de Inventário, na análise dos números apontados pelos autuantes, foi detectado que as mercadorias de códigos 11, 13, 98, 101, 171, 183, 184, 192, 283, 288, 296, 362, 363, 364 e 365, que constavam em trânsito na data do inventário, foram erroneamente escrituradas pelo funcionário responsável pela escrituração do livro, que deduziu as quantidades do saldo final, ficando o livro Registro de Inventário diferente do Livro Resumo Estatístico de Produção, conforme o item 2.3 de 1998 e 2.9 de 1999. O autuado na tentativa de corrigir, refez os cálculos das mercadorias em questão e anexou ao PAF, como indicado no anexo 02, itens 2, 5 de 1998 e 2, 10 de 1999.
3. Quanto às alegadas omissões de entradas, insiste que as únicas diferenças geradas em seu estoque, são de mercadoria para revenda ou de produção própria, e deriva de algumas avarias, conforme esclarecido no início do processo.
4. Diz que as avarias reconhecidas no processo, foram valorizadas com base nos preços de aquisições na época, aplicado a alíquota interna ou seja, 17%, e programado para pagamento nesta data.
5. Assim, no exercício de 1998 – reconhece o valor das avarias de $R\$ 27.094,17 \times 17\% = R\$ 4.606,01$.
6. Exercício de 1999 – reconhece o valor das avarias de $R\$ 9.459,88 \times 17\% = R\$ 1.604,18$.
7. Mantém o processo inicial e solicita que seja anexado ao mesmo.

VOTO

Inicialmente verifico que o Auto de Infração em lide, foi lavrado dentro das formalidades legais, a teor do que dispõe o art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O autuado, em sua peça de defesa, suscitou a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no exercício de 1998.

Ocorre que, embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período relativo ao exercício de 1998 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/03. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 02/10/2003, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº 0274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.

2. Acórdão CJF nº 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

(...)

Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentoso a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo ou seja do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra Curso de Direito Tributário, 13ª edição, pág. 148 - O Tributário Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.

A manifestação da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, trata com muito propriedade da questão relativa a intimação do sujeito passivo como sendo condição necessária à perfeição do ato e visa resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados na carta constitucional – art. 5º, inciso LV, e deixa demonstrado que a intimação não pode ser considerada marco final da decadência. Comungo do entendimento de que a regra do parágrafo único do art. 173, é pressuposto de eficácia do ato de lançamento.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a arguição de decadência, vez que o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.

A decisão jurisprudencial trazida à colação no Parecer acima referido, reflete a posição do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca da questão posta no presente caso, onde efetivamente houve a iniciativa do sujeito ativo de apurar o débito e exigi-lo com a lavratura do Auto de Infração, o que afasta o argumento da decadência suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Relator, que com a devida venia, está equivocada.

Deste modo, rejeito a arguição da preliminar e voto pelo NÃO PROVIMENTO pois entendo que as razões recursais não merecem agasalho por este Tribunal Administrativo, pois assim estará em consonância com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acima referidos.

3. Acórdão CJF nº 0260-11/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Profª. MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro Direito Tributário Brasileiro, de autoria de ALIOMAR BALEEIRO, 11ª edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da

Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício

aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela prof^a. MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

No mérito, inicialmente o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, detectada através de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 1998 e de 1999.

Após o contribuinte ter se insurgido contra o levantamento, sob o argumento de que vários equívocos teriam sido cometidos, foi solicitada a realização de diligência por estranho ao feito, sendo que o presente PAF foi encaminhado pela ASTEC aos autuantes, face ao volumoso trabalho, haja vista que aqueles possuíam todos os arquivos magnéticos utilizados na ação fiscal.

Após tecerem considerações sobre o levantamento quantitativo que embasou o presente Auto de Infração, os autuantes esclareceram que foram levadas em consideração, tanto as mercadorias transacionadas pelo autuado, quanto algumas matérias primas utilizadas na produção de outras mercadorias.

Também ao analisarem a peça defensiva, constataram que no exercício de 1998, as omissões de saídas foram superiores às omissões de entradas. Em 1999, as omissões de entradas foram superiores às omissões de saídas, nos valores de ICMS de R\$ 12.734,17 e de R\$ 11.024,06 respectivamente.

Embora o sujeito passivo não tenha concordado com os valores acima, sob o argumento de que houve erro na escrituração do Livro Registro de Inventário, entendo que esta alegação não pode ser acatada, pois o Livro Registro de Inventário é o documento oficial que registra os estoques físicos no último dia de cada exercício. Ademais, no decorrer da ação fiscal, o contribuinte não trouxe nenhuma informação a este respeito, pretendendo invalidar os registros fiscais após a lavratura do Auto de Infração.

Portanto, sendo o Livro Registro de Inventário, o documento que espelha os estoques do contribuinte, no encerramento do exercício fiscal, seus saldos devem corresponder exatamente ao estoque físico existente naquela data.

Acorde o procedimento de Auditoria do Registro de Inventário, elaborado no Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, elaborado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, fls. 168/169:

“Erros fortuitos ou fraudes no Inventário comprometem a credibilidade da escrituração contábil e fiscal. A escrituração do Registro de Inventário deve ser efetuada em consonância com os seguintes princípios:

8.4.1 – os estoques são levantados mediante contagem física dos elementos disponíveis no final de cada exercício social.”

Não cabe neste momento, a arguição de erros em seu registro, com o intuito de desconstituir o presente lançamento.

Constato que não há nos autos elementos concretos acerca das avarias a que faz alusão o defendente. Contudo, cabe a ressalva de que no exercício de 1999, tais avarias aumentariam o valor do débito de ICMS.

Deste modo, concordo com o resultado apurado pelos autuantes, no sentido de que no exercício de 1998, restou caracterizadas as omissões de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS no valor de R\$ 12.734,17 e no exercício de 1999, as omissões de entradas com ICMS no valor de R\$ 11.024,06.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206940.0002/03-3**, lavrado contra **INDÚSTRIAS REUNIDAS RAYMUNDO DA FONTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 23.758,23**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos monetários.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR