

PROCESSO - A. I. Nº 206863.0004/09-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0078-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0195-12/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O refazimento da Auditoria de Estoque, realizada pelo autuante, se constituiu em novo lançamento, no bojo do mesmo processo. Inobservância do prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 173, I, do CTN. Crédito tributário atingido pela ocorrência da decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal - 1ª JJF, que em Decisão unânime julgou Improcedente o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 18/12/2009, objetivando formalizar a constituição de crédito tributário no valor de R\$292.343,55, acrescido da multa de 70%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2005.

A lide foi decidida pela 1ª JJF com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

"O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação, decorrente de 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 fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2005.

Inicialmente, cabe-me registrar para melhor compreensão da presente lide, que o presente processo foi julgado nulo pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão JJF Nº 0224-05/10, sob o fundamento de falta de certeza quanto à caracterização da infração, tendo recorrido de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, conforme manda o art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício, deu pelo seu provimento, conforme o Acórdão CJF Nº. 0083-11/11, entendendo que os equívocos existentes eram perfeitamente sanáveis, razão pela qual não poderia a 1ª Instância ter declarado a nulidade do lançamento de ofício, mas sim adotar as medidas necessárias ao saneamento do PAF.

Cumprindo à determinação da 2ª Instância o feito foi convertido em diligência a IFEP COMÉRCIO, a fim de que o autuante juntasse aos autos fotocópias do livro Registro de Inventário do contribuinte autuado, bem como os demonstrativos de cálculo das quantidades omitidas, do preço médio das mercadorias sobre as quais se constatou as diferenças apontadas e do novo demonstrativo de débito com apuração da base de cálculo e do valor do imposto encontrado.

Ocorreu que o autuante ao refazer o Roteiro de Auditoria de Estoques com a utilização do livro Registro de Inventário correto, isto é, pertencente ao estabelecimento filial autuado, apurou omissão de entradas de mercadorias e não mais omissão de saídas, conforme encontrara no levantamento quantitativo original, inclusive modificando o valor do ICMS devido que passou do valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$292.343,55 para R\$732.251,65.

Ao ser cientificado sobre o resultado do novo levantamento quantitativo de estoques o autuado protocolizou diversas petições, no caso, Pedido de Reconsideração – Ao CONSEF; Representação Fiscal – Controle de

Legalidade – Distribuição por dependência – À PGE; Representação ao Presidente do CONSEF; Razões de Defesa – CONSEF.

Por entender que apenas a oitiva da PGE/PROFIS se fazia pertinente, por exercer o controle da legalidade – que se dá após o julgamento pela segunda instância – o processo foi encaminhado por esta Junta de Julgamento Fiscal àquele órgão para que emitisse Parecer sobre a pretensão do autuado.

Conforme o Parecer emitido pela ilustre Procuradora Dr^a Maria Dulce Baleeiro Costa, o entendimento daquela PGE/PROFIS é de que a questão se resolve do ponto de vista do prazo decadencial, haja vista que a nulidade decretada pela 5^a JJF poderia ter sido afastada, se houvesse sido determinado, àquela época, a juntada aos autos dos elementos que comprovavam a infração, ou seja, que fundamentavam o crédito tributário.

Observa que o autuante ao prestar a informação fiscal reconheceu o equívoco, ou seja, ter tomado por base os livros fiscais da empresa matriz e não do estabelecimento filial autuado, e refez os cálculos, sem, contudo, ter apresentado as provas indispensáveis à constituição do crédito tributário - livros fiscais, demonstrativos, base de cálculo, alíquota, etc., sendo que a juntada de tais elementos, a esse momento, conduz ao reconhecimento imperioso da ocorrência da decadência dos fatos geradores ocorridos em 2005.

Efetivamente, no presente caso, o que se verifica é a ocorrência da decadência, haja vista que, já na primeira informação fiscal (fl. 342) o próprio autuante admitiu a existência de equívocos no levantamento, pois realizado com base em documentos fiscais do estabelecimento matriz e não do estabelecimento fiscalizado – filial – e esclareceu que testou os inventários e refez o levantamento quantitativo com os inventários corretos, tendo encontrado diferenças de estoques mais significativas do que o encontrado com os inventários errados, elevando consideravelmente o ICMS a cobrar.

Conforme já consignado a nulidade do lançamento do ofício foi decretada pela 5^a JJF, entretanto, não ratificada pela 1^a CJF, que anulou a Decisão, nos termos do Acórdão CJF Nº 0083-11/11, por entender que o vício poderia ser saneado, devolvendo o processo para saneamento e nova Decisão pela Primeira Instância.

Ocorre que, ainda na primeira informação fiscal (fl. 342) o próprio autuante admitira a existência de equívocos no levantamento, pois realizado com base em documentos fiscais do estabelecimento matriz e não do estabelecimento fiscalizado – filial – e esclareceu que testou os inventários e refez o levantamento quantitativo com os inventários corretos, tendo encontrado diferenças de estoques mais significativas do que o encontrado com os inventários errados, elevando consideravelmente o ICMS a cobrar. Contudo, as provas de constituição do crédito tributário não foram entregues ao contribuinte, bem como não foram acostados aos autos àquela época, o que somente veio a ocorrer em momento posterior, ou seja, quando o autuante cumprindo a diligência solicitada, esclareceu que refez o Roteiro de Estoque de Mercadorias com o Inventário correto fornecido pelo autuado, o que confirmou as suas previsões de que o resultado seria a elevação do valor do ICMS exigido. Consignou ainda o autuante que para permitir a ampla defesa do contribuinte anexara em mídia eletrônica todos os documentos comprobatórios dos cálculos.

Ocorre que a entrega dos referidos documentos foi feita em 15/03/2012, conforme intimação à fl. 399, com aviso de recebimento AR, portanto, após o prazo decadencial de 5 anos, na forma do art. 173, I, do CTN, c/c o art. 107-B, do COTEB.

Diante disso, acorde com o Parecer PGE/PROFIS, considero a autuação integralmente insubsistente.

Quanto à solicitação do impugnante, formulada na sessão do julgamento, para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, no endereço Alameda Benevento, nº 479, Edifício Empresarial Itagira Sul, Sala 404, Itagira – Salvador/BA, CEP 41.825-000, ressalto que inexistente óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração".

Da Decisão acima a 1^a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Analizando todos os fatos que envolvem o presente lançamento entendendo que a Decisão recorrida, no tocante a sua conclusão, não carece de qualquer reparo.

Em síntese, vejo que o lançamento original, levado a efeito em 18/12/2009, apurou, mediante levantamento quantitativo de estoque, omissão de saídas de mercadorias tributáveis no exercício de 2005, tendo sido exigido o crédito tributário no valor de R\$292.343,55.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 342 e 343, reconheceu explicitamente que o procedimento foi efetuado considerando "*bases equivocadas*", tendo ocorrido troca dos livros Registro de Inventário e o que o livro correto é o apresentado junto com a defesa. Aduz, ainda, que refez o levantamento quantitativo de estoque, com o inventário correto, e encontrou diferenças mais significativas do que as encontradas com os dados do livro incorreto. Assim, concluiu a primeira informação fiscal "*se colocando à disposição para refazer o AI ora contestado*". **Não juntou qualquer demonstrativo do novo levantamento do estoque que afirma haver realizado.**

Em 19/08/2010 a 5ª JF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração mediante o Acórdão nº 0224-05/10, fls. 353 a 355, enquanto a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal mediante o Acórdão nº 0083-11/11, de 12/04/2011, anulou a Decisão da 5ª JF, fls. 367 a 369, por entender que os equívocos apontados deveriam ter sido saneados pela 1ª Instância, determinando o retorno dos autos à instância de piso para novo julgamento.

Em 15/03/12, isto é, após o julgamento em segunda instância, em atendimento a diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, fls. 395 e 396, o autuante presta nova informação fiscal, fls. 396 a 398, citando que em atendimento a recomendação da Junta de Julgamento, foi refeito o roteiro de estoque de mercadorias do PAF em lide, com base no livro Registro de Inventário correto, observando que, em suas palavras, "*Para permitir total e ampla defesa do contribuinte, anexamos em mídia eletrônica todos os documentos comprobatórios destes cálculos*", sendo elevado o valor original exigido de R\$292.343,55 para o montante de R\$732.251,65.

Em 20/03/2012 o recorrido foi cientificado do resultado da diligência, fls. 399 e 400, ocasião em que se manifestou pugnando pela reconsideração da Decisão da 1ª Câmara e pela manutenção da Decisão da 5ª Junta que julgou Nulo o Auto de Infração.

Após novas manifestações no PAF pelo recorrido, a 1ª JF decidiu em 04/07/2012 pela encaminhamento do PAF em nova diligência à INFAZ de origem, fl. 487, "*a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado preste informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação...*", recomendando que fosse concedido o prazo de dez dias ao recorrido para que este se manifestasse, se assim quisesse.

Em atendimento, o autuante prestou a terceira informação fiscal, fls. 490 e 491, onde após uma breve síntese dos fatos atinentes ao presente processo, conclui a informação nos seguintes termos: "*Sendo assim, nada mais tenho a realizar neste PAF, que no meu atual entendimento, repito, deveria ter sido julgado NULO, como o fez corretamente a 5ª Junta, e ter consequentemente sido encaminhado à Inspetoria de origem para ser refeita a ação Fiscal salvaguardando assim os prazos de decadência e prescrição*".

Por último, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para fim de análise e emissão de Parecer a respeito do quanto peticionou o recorrido. Em manifestação às fls. 510 e 511, a PGE/PROFIS se posiciona destacando que:

- o autuante, ao prestar a informação fiscal reconheceu o equívoco de ter tomado por base os livros fiscais da matriz e não do estabelecimento filial autuado, refazendo os cálculos sem, contudo, apresentar as provas indispensáveis à constituição do crédito tributário e que a juntada aos autos pelo autuante, no momento em que prestou nova informação fiscal, dos elementos referentes a esse refazimento dos cálculos, essenciais à constituição do crédito tributário, conduz ao reconhecimento imperioso da ocorrência da decadência dos fatos geradores ocorridos em 2005.

- ser fato incontroverso que o ônus da prova de fato constitutivo do direito é do Autor, no caso o Fisco, a quem cabia trazer as provas para consubstanciar o crédito tributário que pretendia constituir;
- imaginar que o Fisco, por ter lavrado o Auto de Infração dentro do prazo decadencial tem todo o tempo para trazer as provas necessária seria, sem dúvida, subverter toda a lógica jurídica do primado de que *"O Direito não socorre a quem dorme"*, *conclui o Parecer se posicionando no sentido de que "o crédito tributário está fulminado pela decadência, uma vez que as provas da sua constituição só vieram aos autos após o prazo decadencial de 5 anos, na forma do art. 150, parágrafo 4º do CTN, em combinação com o art. 107-B do COTEB"*.

Isto posto, após a análise dos fatos acima delineados, inclusive sob o ponto de vista cronológico, entendo que a Decisão recorrida está correta, considerando que o lançamento inicial se pautou em livro Registro de Inventário pertencente a outro estabelecimento.

Esta situação poderia ser resolvida e superada com o devido saneamento do processo, determinado pela 1ª Câmara de Julgamento através do julgamento realizado em 12/04/11 (Acórdão 0083-11/11), na medida em que erro na constituição do valor da base de cálculo pode ser perfeitamente corrigido no bojo do próprio processo. Ocorre, entretanto, que o dito "refazimento do procedimento fiscal", ocorreu em 15/03/12, e, neste caso, se constituiu, na prática, em nova ação fiscal, gerando um novo lançamento, diferentemente do original, dentro do mesmo processo, na medida em que foi utilizado outro livro fiscal não considerado para o lançamento original, apurando-se resultado totalmente diverso.

Nesta situação, como os fatos geradores se referem ao exercício de 2005, e a nova ação fiscal ocorreu no transcurso do exercício de 2012, aplica-se a regra insculpida pelo Atr. 173, I do CTN, em face de haver sido operada a decadência.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206863.0004/09-9**, lavrado contra **DEC CONAR DISTRIBUIDORA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS