

PROCESSO - A. I. Nº 108970.2810/12-3
RECORRENTE - ADAILZA SANTOS DE OLIVEIRA (LOJA MOREIRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0214-03/12.
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 04.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0245-13/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Restou provado nos autos a existência de vícios constantes na intimação para ciência da informação fiscal, que mudou o fulcro da imputação. Devolvam-se os autos à Primeira Instância para reabrir o prazo de defesa e proferir novo julgamento. Decretada, de ofício, a **Nulidade** da Decisão recorrida. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF, constante no Acórdão nº 0214-03/12, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado em 22/03/2012, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, sendo constatadas diferenças tanto de entradas como de saídas, e exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão – as entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, 2007, em estoque fechado. Valor do débito: R\$23.808,53.

INFRAÇÃO 2: emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Estando obrigado ao uso de ECF, emitiu nota fiscal de venda ao consumidor, série D1, no exercício de 2007, sendo aplicada multa no valor de R\$28.833,25.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pela fiscal autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 480/485):

Cabe-me, inicialmente, apreciar a arguição defensiva de que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário já houvera decaído, conforme faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2007, valendo dizer que o lançamento fiscal poderia ser realizado até 31.12.2012.

Assim, como o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em abril de 2012, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a

Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante. Portanto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

O art. 60, § 1º, do RICMS/97 determina que na apuração da base de cálculo, quando forem constatadas, simultaneamente, entradas e saídas de mercadorias, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário já que as demais nela estão incluídas. Estas determinações foram absorvidas pela Portaria nº 455/98.

No presente caso, a autuante inicialmente apurou diferenças tanto de entradas como de saídas levando em consideração para o levantamento fiscal a diferença de maior expressão monetária – a das entradas.

Em fase defensiva, o contribuinte aponta equívocos detectados no levantamento fiscal. Aquelas alegações que tiveram suporte em provas foram acatadas pela autuante que realizou ajustes no demonstrativo de estoques, resultando em omissões de saídas, conforme nova planilha acostada aos autos, fls.433/458, sobre as quais o autuado tomou conhecimento sendo reaberto o prazo de defesa para que se manifestasse, o que ocorreu. Portanto este procedimento está em perfeita consonância com a legislação pertinente, não ocorrendo em nenhuma hipótese cerceamento de defesa conforme alega o autuado.

Com referência aos fatos narrados pelo contribuinte, de que, por conta da diversidade de produtos vendidos, por despreparo de seus empregados, os diferentes produtos do estabelecimento, quando das vendas, são misturados e que os funcionários acabam por utilizar códigos de mercadorias diversas quando da emissão dos documentos fiscais, resultando nas diferenças encontradas, pois a diferença de um produto compensaria a de outro, implica tal narrativa em confissão de erro procedimental. Se as diferenças decorreram somente desses fatos, caberia ao autuado comprová-los, o que não o fez, pelo que aplico o art. 140 do RPAF/99.

O autuado alegou que constatou inconsistências no levantamento fiscal, conforme apontou nas razões de defesa, juntando aos autos cópias de notas e livros fiscais. Na informação fiscal a autuante reconheceu parte dos equívocos apontados pelo autuado, em sua impugnação, e procedeu a uma revisão de todo o procedimento fiscal, apurando novo valor do débito, ficando reduzido com relação ao que foi encontrado no levantamento original.

Constatou que o levantamento fiscal teve por base os livros de Inventário (matriz e depósitos fechados) apresentados pelo autuado, cujas cópias se encontram acostadas aos autos, fls. 36/221. Vejo que a autuante procedeu aos ajustes reclamados na peça defensiva, quando devidamente comprovados, relativamente a equívocos quanto a quantidades de estoques iniciais e finais para alguns produtos, bem como notas fiscais inicialmente desconsideradas.

Observo que após os ajustes efetuados, permanece a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, e neste caso, a exigência de imposto relativo à 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.

Acatando as novas planilhas elaboradas pela autuante, conluso que é subsistente em parte a infração 01 do presente lançamento, no valor de R\$19.834,27, de acordo com os valores apurados no demonstrativo de fls. 438/441.

No tocante à infração 02, foi aplicada multa pela emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal. Saliento que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238. Consta às fls. 29/31 o demonstrativo das notas fiscais emitidas série D1 em substituição aos cupons fiscais que deveriam ser emitidos.

Pela análise desses dispositivos regulamentares, constato que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal. Observo, entretanto, que não foi esse o motivo que levou o contribuinte a emitir notas fiscais em substituição aos cupons, tendo em vista que não há prova nos autos nesse sentido.

Deste modo, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de ECF pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deve ser consignado o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do cupom fiscal emitido no ECF.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, concordou que emitiu notas fiscais quando deveria ter-se utilizado do equipamento ECF, tendo pleiteado o cancelamento da multa aplicada, sob a justificativa de que teria pago o ICMS incidente sobre tais operações e não poderia pagar imposto duas vezes.

Observo que a irregularidade imputada ao contribuinte nesta infração não resultou em exigência de imposto, mas sim na aplicação de multa pelo descumprimento de uma obrigação acessória, legalmente prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea "h" da lei nº. 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário.

Inicialmente, reitera a arguição da decadência no que tange ao período entre os meses de janeiro e março de 2007, por entender que o Fisco manteve-se inerte na sua atuação.

No mérito, quanto à infração 1, sustenta que para todas as mercadorias vendidas foram devidamente emitidas notas fiscais, não havendo ICMS a ser exigido.

Anexa documentos (Demonstrativo de Estoque e Registro de Inventário), que julga comprovar a inexistência das supostas omissões aduzidas pela Fiscal e requer que seja designada nova diligência para apurar as divergências.

No que tange à infração 2, justifica que utilizou talões de notas legais, idôneos e autorizados, que visam suprir deficiências, e que todas as notas de saída estão devidamente registradas no livro de Registros de Saídas.

Entende que a multa não deve subsistir tendo em vista que não houve prejuízo para o Estado, pois todas as saídas foram devidamente registradas no livro de Registro de Saídas e todo o imposto foi regularmente recolhido.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0214-03/12, prolatado pela 3ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque e emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Antes de entrarmos nas alegações do recorrente, faz-se necessário observar que o recorrido ao verificar inconsistências no levantamento fiscal, juntou aos autos cópias de notas e livros fiscais, para corroborar com suas alegações.

Na informação fiscal de fls. 423/431, a autuante reconheceu parte das divergências apontadas pelo autuado e procedeu a uma revisão de todo o procedimento fiscal, apurando novo valor do débito, relativamente a equívocos quanto a quantidades de estoques iniciais e finais para alguns produtos, bem como notas fiscais inicialmente desconsideradas.

Após as correções, a diferença de maior expressão monetária passou a ser a omissão de saídas de mercadorias tributáveis e não mais de entrada, que tinha sido originalmente cobrada no Auto de Infração.

A autuante foi além e informou que os novos demonstrativos não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que fosse comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar.

E assim foi feito, conforme intimação de fl. 467, a Inspetoria de origem intimou o contribuinte a tomar ciência da Informação Fiscal, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para se manifestar. Às fls. 471/473 consta petição do autuado requerendo cerceamento do direito de defesa, por entender que os novos demonstrativos apresentados na Informação Fiscal ensejavam a reabertura do prazo de defesa e não o prazo de 10 dias como lhe foi concedido.

Vejo que assiste razão ao autuado. O novo levantamento alterou o imposto de maior expressão monetária cobrado no Auto de Infração, que antes era omissão de entrada e passou a ser omissão

de saída. Com isso deveria ter sido reaberto o prazo de defesa de 30 dias, razão pela qual não há como dar sequência ao presente PAF sem ocorrer preterição do direito de defesa.

Cumpre observar que o Julgador de Primeira Instância, em seu voto, também entende que deveria ter sido reaberto o prazo de defesa, todavia não observa que na verdade o sujeito passivo teve apenas 10 dias para se manifestar sobre a informação fiscal que mudou o tipo da omissão detectada originalmente na auditoria de levantamento de estoque, em consonância com os arts. 13 e 14 da Portaria nº. 445/1998.

Do exposto, voto, de ofício, pela nulidade dos atos processuais a partir daquela intimação, inclusive, a Decisão da Primeira Instância.

Os autos deverão retornar ao órgão competente para renovar a intimação acerca da primeira informação fiscal, reabrindo o prazo de defesa de 30 dias.

VOTO DIVERGENTE (Pela não-nulidade da Decisão de base)

Data maxima venia, divirjo do entendimento expressado pela digna Conselheira Relatora e esposado, por maioria, por esta 3^a CJF.

Entendo não estar viciada a Decisão de base, posto que não ocorreu cerceamento do direito de defesa pelo fato de que se tenha concedido ao contribuinte o prazo de dez dias, e não a reabertura do prazo de impugnação, em razão da correção dos cálculos matemáticos realizados pelo Fisco dentro do roteiro de auditoria de levantamento quantitativo de estoque.

Não houve mudança do fulcro da autuação, o que acarretaria nulidade da autuação em si, e nem houve a realização de nova auditoria, sim houve apenas correção de cálculos matemáticos dentro de um mesmo roteiro, um mesmo procedimento de levantamento fiscal.

A se entender que a cada correção de cálculos do Fisco, dentro de mesmo roteiro de auditoria, considerando-se as razões do próprio autuado e documentos apresentados por este ao Fisco, se deva reabrir o prazo de impugnação, então se poderia passar a avaliar de forma diversa da corriqueira, neste Conselho, as retificações de cálculos fiscais ordinariamente realizadas, na busca da verdade material, com base no §1º do artigo 18 do RPAF/99. Uma vez que ainda se mantém a validade da concessão do prazo de dez dias previsto neste dispositivo regulamentar, vejo-me compelida a votar no sentido da validade da Decisão de base.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e declarar, de ofício, **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **108970.2810/12-3**, lavrado contra **ADAILZA SANTOS DE OLIVEIRA (LOJA MOREIRA)**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Álvaro Barreto Vieira, Oswaldo Ignácio Amador, Rafael Barbosa Carvalho de Figueiredo e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE – Conselheira: Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO DIVERGENTE

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS