

PROCESSO - A.I. Nº 02237422/97
RECORRENTE - ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 2193-12/01
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 08.05.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0056-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de Decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência, bem como as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. A Decisão invocada, diz respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista, apresentado pelo sujeito passivo, por intermédio do seu ilustre patrono, em relação ao Acórdão nº 2193-12/01 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que decidiu pelo Não Provimento dos Recursos de Ofício e Voluntário anteriormente apresentados, mantendo a Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente, o Auto de Infração indica a apuração de duas infrações à legislação tributária pelo recorrente, na forma abaixo :

1. Falta de estorno de crédito fiscal, em março de 1997, apurado mediante ajuste anual das operações realizadas através de máquinas registradoras, envolvendo as operações isentas, não tributadas e as com imposto pago por antecipação. Valor autuado R\$386.195,91. Após os julgamentos já realizados, o débito referente a este item ficou reduzido para a quantia de R\$345.010,05.
2. Utilização indevida de crédito fiscal, no mês de março de 1997, apurado em decorrência do ajuste anual das operações realizadas através de máquinas registradoras, envolvendo as operações isentas, não tributas e as com imposto pago por antecipação. Tal exigência, segundo indicação pelos autuantes, deve-se ao fato do recorrente não ter efetuado o debitamento relativo ao item 1, creditou-se, de forma irregular, do valor de R\$54.591,20. Este item foi julgado Procedente.

Inconformado com os julgamentos já realizados em 1ª e 2ª Instâncias administrativas, o recorrente ingressou com Recurso de Revista onde, preliminarmente, assim se posiciona :

- a) Requer que as intimações relativas ao presente Auto de Infração sejam remetidas para o endereço do seu escritório, o qual indica no próprio Recurso;
- b) Reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que os autuantes não fundamentaram a autuação em um dispositivo específico o qual poderia ter infringido, ou

seja, dentro da sistemática do ajuste, que teria o autuado esquecido de levar em consideração quando do ajuste voluntário. Considera que ocorreu acusação dúbia e contraditória ao não especificarem qual teria sido a falha que detectaram na elaboração dos ajustes que realizou. Acrescenta que o Sr. Relator da 2ª CJF não avaliou a questão, dizendo, apenas, em seu Voto :

“Não olvido também em reafirmar que a nulidade suscitada pela defesa não tem fundamento. O lançamento esta , também , processualmente correto, pois não há nenhum dos atos nele praticado que possa maculá-lo”. Nesta ótica, considera que a preliminar de nulidade arguída no Recurso Voluntário não foi devidamente apreciada, não havendo no acórdão qualquer referência que possa ser atribuída direta e especificamente à mesma, mostrando que a motivação foi devidamente afastada. Argui que “essa falha” por si só, conduz a nulidade da Decisão e requer que os autos retorne a 2ª CJF para que aprecie regularmente a questão prejudicial posta no Recurso Voluntário, sob pena de futura nulidade de todo o PAF, ainda que na esfera judicial.

A título de atendimento ao requisito de admissibilidade do Recurso de Revista, previsto no art. 146, II, “a”, do COTEB, apresenta a Resolução nº 2880/97 da 1ª Câmara do CONSEF, que assim se apresenta:

RESOLUÇÃO Nº 2880/97

EMENTA – ICMS . Diferença de imposto a recolher, apurado no ajuste anual de Máquina registradora, através de levantamento fiscal baseado na Instrução Normativa 170/94. Revisão fiscal conclui pela insubsistência dos levantamentos efetuados pelo autuante. Auto IMPROCEDENTE. Apoio da PROFAZ. Decisão unânime”.

Em relação ao mérito, destaca que a Decisão da 2ª Câmara foi baseada na revisão fiscal realizada pela ASTEC, a qual afirma que impugnou. Argúi que ao acatar a a revisão efetuada pela ASTEC a 2ª Câmara desatendeu ao disposto no art. 743, indicado como infringido, que também prevê o ajuste das operações tributadas pelas alíquotas de 7% e 25% o que, se levado a efeito, poderia ensejar em valor favorável ao contribuinte e, conseqüentemente, na redução da autuação. Defende que esta lacuna precisa ser suprida como medida de proteção, também, aos interesses do Estado pois, em futura ação judicial buscará a ineficácia do processo administrativo fiscal.

Afirma que, do ponto de vista legal, a pretensão defendida, ao contrário do que disse o Sr. Relator, encontra amparo na Portaria nº 392/95, incisos III e IV e que, adotando o mecanismo previsto na Instrução Normativa nº 170/94, obriga o contribuinte e o Fisco a desenvolver, igualmente, de referência às mercadorias enquadradas como cesta básica e supérfluo, alíquotas de 7% e 25% as mesmas rotinas definidas nos inciso I e II desta Portaria, a fim de que seja processado o estorno do crédito ou de débito, conforme o caso.

Refere-se a segunda revisão fiscal efetuada pela ASTEC, a pedido da PROFAZ, no sentido de auferir se o método adotado pelo recorrente contrariou a legislação do ICMS e a Instrução Normativa nº 170/94, cujo Parecer do diligente e que serviu para fundamentar a Decisão retrata opinião de cunho pessoal do agente responsável, sem indicar quais os dispositivos infringidos, especialmente em relação a Instrução Normativa nº 170/94. Após tecer outros comentários a este respeito, conclui afirmando que não infringiu a legislação que regula a espécie, notadamente a Instrução Normativa nº 170/94, razão pela qual não pode sujeitar-se ao refazimento dos seus ajustes e, conseqüentemente, não poderia ser autuado. Acrescenta que não se encontrava obrigada a agregar o valor do ICMS nas entradas, pois a Instrução Normativa nº 170/94 somente se refere, de forma clara e expressa, a essa obrigação nas saídas, conforme consta no seu item 2.

Cita, ainda, que se errou, o que considera questionável, foi porque seguiu estritamente o disposto na Instrução Normativa nº 170/94, não podendo ser punida e que esta situação, a de ser induzida a agir em consonância com atos emanados da administração, impede a ação do Fisco em qualquer sentido contrário. Cita o Parecer PROFAZ nº 1.248/99 juntado ao Recurso Voluntário.

Afirma que outras irregularidades permanecem nos cálculos do Fisco, homologados pela 2ª Câmara, , ao computarem às entradas, sem base legal as parcelas referentes a FUNRURAL, Outros Créditos, Provisão de Custos e, nas saídas PIS Faturamento e COFINS e que tais valores foram confirmados pela revisão fiscal, situação esta que, na sua ótica, remete para a necessidade de produzir a prova pericial, o que reitera, indicando, inclusive, qual o órgão da administração tributária que deverá realizar a perícia.

Aduz que a principal invasão dos seus direitos está relacionada a fórmula de cálculos para apuração da MVA já que, o ICMS pelas entradas constitui crédito para o contribuinte, reduzindo o seu custo e, sua inclusão nas entradas eleva esse custo. Impugna a Decisão baseada no Parecer da ASTEC vez que não atendeu ao quanto solicitou em seu Recurso, não respondendo aos questionamentos que formulou, os quais volta a formular no item 25 do Recurso de Revista, letras a, b, c, d e é.

Em conclusão, dizendo-se empenhada em evitar futura discussão judicial e ônus para o Estado, requer : apreciação da preliminar levantada a fim de que o PAF retorne à 2ª CJF; o Conhecimento do Recurso de Revista para que seja levada a efeito, na forma requerida, a revisão do feito e o Provimento do Recurso de Revista para que o Auto de Infração seja julgado Nulo ou Improcedente.

A Douta PROFAZ emitiu o Parecer de fls. 217 a 219 onde, inicialmente, analisa as nulidades suscitadas pelo recorrente onde, em relação a primeira nulidade relativa à falta de fundamentação da autuação em dispositivo específico, observa que o erro na capitulação legal do fato não gera como consequência a nulidade do Auto de Infração, quando evidente o enquadramento legal pela descrição dos fatos. Fundamenta-se no art. 19 do RPAF-BA. Entende, portanto, a PROFAZ, que resta evidenciado pela descrição dos fatos o enquadramento legal da infração, especialmente pela descrição no Termo de Encerramento de Fiscalização, não havendo que se falar em nulidade de lançamento.

Quanto a segunda preliminar de nulidade que foi argüida, também entende que não deve ser acolhida pois, efetivamente, a 2ª CJF apreciou e afastou a nulidade argüida no Recurso Voluntário.

No tocante ao atendimento aos requisitos para admissibilidade do Recurso de Revista, considera que o recorrente preencheu a exigência regulamentar, razão pela qual deve o mesmo ser Conhecido.

Em relação ao mérito, destaca a PROFAZ que a Decisão nº 2880/97 da 1ª Câmara, apresentada como paradigma ao caso vertente, trata de contribuinte usuário de máquina registradora em que houve equívoco do autuante ao não deduzir as transferências e devoluções feitas pela empresa. Já na Decisão ora Recorrida, o Parecer ASTEC esclarece que o ajuste anual realizado pelo autuado está equivocado, uma vez que deveriam ter sido considerados os valores contábeis das entradas e das saídas de mercadorias. Destaca que o artigo 743 do RICMS/96 estabelece a forma de proceder o ajuste anual para usuário de máquina registradora e que, adotando-se método diversos do previsto pela legislação tributária estadual, agiu o autuado em dissonância com os regramentos legais.

Em conclusão, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso de Revista.

A representante da PROFAZ presente a sessão desta data a Dra. Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleeiro Costa, divergiu do Parecer de fls. 217 a 219 em relação a admissibilidade do recurso e opinou pelo Não Provimento do Recurso de Revista.

VOTO

Inicialmente passo a examinar as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, onde, de imediato, esclareço que, neste particular, estou inteiramente de acordo com o posicionamento da Douta PROFAZ, cuja fundamentação contida no Parecer emitido e transcrito no relatório que antecede este voto, fica aqui acolhida.

Realmente, o art. 743 do RICMS/96 e RICMS/97, em seu § 5º, estabelecem as normas que devem ser seguidas para efetuar o ajuste anual das operações envolvendo máquinas registradoras, no tocante às mercadorias isentas, não tributadas e tributadas por antecipação, que é o caso específico da presente autuação. Os autuantes consignaram no corpo do Auto de Infração como dispositivo infringido o art. 743, § 4º incisos I a III do RICMS/96 quando, em verdade, conforme cita o próprio recorrente em seu Recurso, deveria ter sido art. 743, § 5º e não o § 4º.

Este fato, já apresentado anteriormente em sede de Recurso Voluntário, foi analisado e corretamente afastado, já que, não resultou em qualquer prejuízo ao recorrente tampouco cerceou ou dificultou o seu amplo direito de defesa na medida em que a descrição dos fatos está feita de forma clara e devidamente demonstrada, tanto que o recorrente defendeu-se, sem qualquer dificuldade, em relação ao mérito da questão. Aliás, a indicação incorreta do dispositivo regulamentar, à luz do art. 19 do RPAF-BA não é motivo suficiente para declarar-se a nulidade de todo o lançamento.

A alegada falta de especificação pelos autuantes da falha que o recorrente teria cometido na elaboração dos seus ajustes está demonstrada, justamente, na elaboração dos referidos ajustes pelo autuantes onde foi apurado saldo devedor na ordem de R\$386.195,91 enquanto que o recorrente, à sua maneira, apurou um saldo credor de R\$54.591,20. Considero afastada esta preliminar de nulidade por não vislumbrar qualquer ofensa ao art. 18, incisos II e IV do RPAF-BA, consoante argüiu o recorrente.

A segunda preliminar argüida diz respeito a uma hipotética falta de prestação jurisdicional em razão do Sr. Relator da 2ª CJF não haver avaliado a questão pertinente a preliminar de nulidade que argüiu. Ora, consta de forma clara no relatório elaborado pelo o Sr. Relator da 2ª CJF : *“Suscita a nulidade do PAF pedindo a atenção para o fato da autuação não se fundamentar em um dispositivo específico considera esta acusação dúbia e contraditória o que o impediu o livre exercício do direito de defesa e consubstancia insegurança na determinação da infração”*. Já no Voto que proferiu, o Sr. Relator assim se expressa : *“Não olvido também em reafirmar que a nulidade suscitada pela defesa não tem fundamento. O lançamento está , também , processualmente correto, pois não há nenhum dos atos nele praticado que possa maculá-lo”*. Diante destes fatos, não resta a menor dúvida que a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente foi devidamente apreciada e afastada pela 2ª CJF não havendo razão, portanto, para que seja anulada a Decisão Recorrida e o conseqüente retorno do PAF à 2ª CJF pois não vislumbro qualquer falta de prestação jurisdicional. Afasto, também, está preliminar de nulidade.

No tocante ao preenchimento do requisito para admissibilidade do Recurso de Revista, o artigo 146, II, “a”, do COTEB, com redação dada pela Lei nº 7753/2000 efeitos a partir de 01.01.2001, estabelece o seguinte :

“Art. 146. Caberão os seguintes Recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

(.....)

II – para a Câmara Superior:

a) Recurso de revista, quando a Decisão de qualquer Câmara divergir da interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara ou pela Câmara Superior, devendo ser demonstrada pelo recorrente o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

A Decisão apresentada em paradigma pelo recorrente refere-se à Resolução nº 2.880/97 da então 1ª Câmara do CONSEF, onde da sua leitura, constata-se que a alegação do ali autuado é de que os autuantes equivocaram-se na determinação da base de cálculo ao não deduziram os valores referentes às transferências e às devoluções ocorridas, fato este que motivou a determinação do débito autuado. A 1ª Câmara entendeu que as devoluções e transferências efetuadas pela empresa deveriam ser deduzidas para fim de ajuste e, com base em revisão fiscal efetuada, decretou a Improcedência do Auto de Infração.

No caso que ora se examina não se cogita, em nenhum instante esse fato. A questão central neste PAF não diz respeito à falta de inclusão ou exclusão de valores nos levantamentos e sim, à exclusão pelo recorrente do ICMS nas operações de entradas e, pelos autuantes, da mesma exclusão nas entradas e nas saídas. Estes fatos são os que foram analisados nos julgamentos aqui já realizados.

Desta maneira, não considero que o recorrente tenha preenchido o requisito para admissibilidade do Recurso de Revista previsto no art. 146, II “a” do COTEB e, nesta circunstância e em relação a este tópico, deixo de acolher o opinativo da Douta PROFAZ de fls. 217 a 219 e, em consonância com o posicionamento da Representação da PROFAZ na sessão desta data, bem como amparado no art. 146-A, inciso III, do COTEB voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda estadual, em Decisão por maioria, NÃO CONHECER o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **02237422/97**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$399.601,25**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFAZ