

PROCESSO - A.I. Nº 277829.0013/98-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GRIBEL COMERCIAL DE ESTIVAS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS - GRIBEL COMERCIAL DE ESTIVAS E BEBIDAS LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0683/01
ORIGEM - INFAZ BROTAS
INTERNET - 15.08.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0296-11/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Reduzido o valor do débito por refazimento dos levantamentos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, sendo devido o pagamento do imposto por antecipação, pelo adquirente, nos termos da Portaria nº 270/93. Refeitos os cálculos, apurou-se um débito superior ao originalmente lançado. Por imposição legal, mantém-se o valor exigido na ação fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Decisão modificada em parte. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Estamos a analisar um Recurso de Ofício e um Recurso Voluntário que foram interpostos após Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração que fora lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoque no exercício de 1998.
2. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O Auto de Infração foi julgado procedente em parte, tendo o Relator da 4ª JF apresentado os seguintes fundamentos:

“Início o presente voto combatendo e rejeitando as preliminares de nulidade interpostas na defesa, mediante os seguintes argumentos:

1. A colagem de termos e do próprio Auto de Infração no Livro apropriado do contribuinte, é procedimento que não nulifica o lançamento, pois respaldado na legislação e não impediu que o autuado exercitasse seu amplo direito de defesa.

2. Quanto à falta de autorização da autoridade competente para prorrogação dos trabalhos, trata-se de rotina administrativa, não prevista no RPAF/99. O termo de Início de Fiscalização foi lavrado em 03/07/1998 e consta cópia do mesmo no processo, à folha 1269, trazida pelo próprio autuado, na defesa. A falta de prorrogação do mesmo somente beneficiaria o contribuinte, se quisesse efetuar o recolhimento espontâneo dos valores devidos pois, perdida a valia do Termo, o desenvolvimento dos trabalhos fiscais não mais teriam o condão de respaldar o impedimento da espontaneidade. Não respaldada em Termo de Início, a ação fiscal, para fins de respaldar a lavratura do presente auto de infração, reiniciou no momento da lavratura do mesmo, ao teor do artigo 28, VI, do RPAF/99.

Entendo também que, ao reconhecer devidos valores parciais contidos na presente autuação e ao se abster de sustentar os pedidos de nulidade na sustentação oral, na presente sessão de julgamento, o contribuinte desistiu dos mesmos.

No mérito, referente à infração 1, as observações de erros no levantamento feitas pelo autuado foram corrigidas por diligência saneadora, que reduziu a omissão de saídas apurada de R\$1.686.373,18 e o quantum reclamado de R\$286.683,44, para respectivamente R\$332.557,06 e R\$56.534,70, conforme demonstrativos às folhas 1388 a 1393, que acato como sendo o valor real do débito, mesmo porque não contestado pelo autuado na manifestação à diligência. Tal valor é divergente do que consta na conclusão da diligência, transcrito para o meu relatório. Todavia, fica caracterizado o erro de transposição dos valores pelo diligente. O valor correto da omissão de saídas é de R\$332.557,06 e o valor correto do imposto devido R\$56.534,70.

A lide se concentra agora no item 2, referente aos recolhimentos do imposto devido por antecipação tributária. Também objeto de revisão, o diligente concluiu serem devidos os valores apurados, conforme demonstrativos às folhas 1489 a 1494, que considerou superiores aos apurados pela autuante, fato não ocorrido. Seu entendimento foi equivocado, por isso não considero.

MÊS/ANO	VALOR
2/97	52,50
3/97	2.457,61
4/97	34.799,79
5/97	45.792,24
6/97	2.361,71
7/97	66.905,39
8/97	8.746,46
9/97	37.269,97
10/97	36.889,86
11/97	83.852,05
12/97	38.506,93
TOTAL	337.634,51

A autuante apurou como devido o imposto no valor de R\$407.846,64, conforme demonstrativos às folhas 11 a 18, no qual não esclareceu como apurou o valor “a recolher”, do qual abateu os valores recolhidos, também não explicando a origem, calculando, então a diferença que acusou como devida, no valor acima consignado. Deste total abateu valores que considerou recolhidos, através dos Autos de Infração 304140-1 e 327996-9, no valor de R\$206.859,97, reclamando como devido o valor líquido de R\$200.986,67.

Sobre este item, começo a analisar as reclamações do autuado, na manifestação à defesa:

1. Sobre a majoração de alíquotas. Observo que a autuante aplicou sobre a base de cálculo para apurar o imposto devido por antecipação tributária a alíquota de 17%, indistintamente para todas as mercadorias. Embora tal procedimento não ficasse expresso nos demonstrativos, foi confirmado pelo diligente. Desta forma, o lançamento foi feito a menor e não pode ser majorado, salvo com a lavratura de Auto de Infração complementar. Para exclusão dos valores debitados a mais ao autuado, tomo por base os valores das bases de cálculo sobre as quais incidiu a alíquota de 25%, elaborados pelo diligente, aplicando sobre os mesmos o percentual de 8% (diferença entre a alíquota incidente e a aplicada erroneamente), determinando o valor a ser excluído do total do débito apurado pelo diligente, regularizando o lançamento, conforme será demonstrado na conclusão deste voto. Antes, ressalvo que estou representando, neste ato, à autoridade competente, para que promova os meios necessários à recuperação da receita tributária calculada a menor pela autuante.
2. Sobre a possibilidade de usufruir de benefícios oferecidos se soubesse o valor real do débito, este poderia ter sido calculado pelo autuado que estava de posse dos documentos e deve conhecer a legislação. Desconsidero o argumento.
3. Sobre a manutenção da aplicação da alíquota de 7% no cálculo das operações com charque, não havia necessidade de ser solicitada, pois é a incidente sobre a operação com a mercadoria.
4. Quanto a dedução de R\$11.143,02 (fl. 1501) referente ao mês de setembro/97, é procedente o reclame, o valor deve ser abatido, pois se trata de recolhimento de imposto devido por antecipação tributária naquele período de apuração.
5. Da mesma forma devem ser deduzidos os valores relativamente aos recolhimentos efetuados nos meses de outubro a dezembro/97, nos valores respectivos de R\$7.406,98; R\$8.235,16 e R\$10.482,50 (fls. 1501 e 1502) pois comprovados.
6. Quanto a exclusão das Notas Fiscais alegadas como constantes do Auto de Infração 0304140-1 (documento anexado pelo autuado às folhas 1509 a 1513), e que relaciona como de números 46027,47756,59706,66207,67116 e 13240, deixo de considerar suas alegações, pois tais notas não foram incluídas nos demonstrativos elaborados pelo diligente (folhas 1489 a 1494).
7. Quanto às Notas Fiscais nºs 56472,56873,57340,17288 e 58040, que argúi lançadas em duplicidade fato reconhecido pela autuante, o foram no demonstrativo por ela elaborado e que não mais está em análise, e não constam do demonstrativo elaborado pelo diligente, em consideração neste julgamento. Por isso, não mais se pode falar em dedução.

Concluindo, os valores devidos relativamente ao item 2, ficam assim determinados:

MÊS/ANO	(1) VALOR APURADO	(2) DEDUÇÃO	(3) BC – ST ALÍQUOTA 25%	(4) VALOR A SER EXCLUÍDO	VALOR DEVIDO 1-2-4
2/97	52,50				52,50
3/97	2.457,61				2.457,61
4/97	34.799,79		178.302,58	14.264,20	20.535,59
5/97	45.792,24		238.814,81	19.105,18	26.687,06
6/97	2.361,71		14.375,62	1.150,05	1.211,66
7/97	66.905,39		366.513,88	29.321,11	37.584,28
8/97	8.746,46		46.140,93	3.691,27	5.055,19
9/97	37.269,97	11.143,02	262.543,39	21.003,47	5.123,48
10/97	36.889,86	7.406,98	177.415,04	14.193,20	15.289,68

11/97	83.852,05	8.255,16	331.549,00	26.523,92	29.072,97
12/97	38.506,93	10.482,503	183.717,33	14.697,39	13.327,04
TOTAL	337.634,51	37.287,66		143.949,80	156.397,05

(4)8% S/ 3, CONFORME COMENTADO NO ITEM 1.

Assim, o item 2 resta devido em R\$156.397,05. Quanto aos valores reconhecidos e recolhidos, conforme documentos às folhas 1369 a 1377, devem ser considerados pela repartição encarregada da cobrança, no momento do recolhimento ou homologação do pagamento.

Por tais razões, o meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, nos valores de R\$56.534,70 para a Infração 1 e de R\$ R\$156.397,05 para a infração 2, totalizando R\$212.93 1,75."

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde inicialmente requer a juntada de DAE para homologação do recolhimento do imposto já reconhecido e pago.

Ainda em preliminar requer a nulidade do Auto de Infração e diz que o recolhimento efetuado não prejudica a correção dos vícios através da nulidade.

Ratifica o pedido de nulidade já feito anteriormente, tendo em vista a ausência de prorrogação do Termo de Fiscalização.

Afirma que de acordo com o CTN a validade da ação fiscal encontra-se atrelada à validade dos termos inerentes ao trabalho e tendo sido o contribuinte prejudicado em relação ao pagamento espontâneo a nulidade deverá ser decretada.

Diz que o RPAF/99 prevê expressamente o retorno da espontaneidade se vencido o prazo não houver prorrogação.

No mérito, em relação ao item 1 concorda com o valor da revisão fiscal, entretanto ressalta que, embora a 4ª JJF tenha acatado a revisão fiscal, o valor indicado na Decisão é diverso, restando assim uma diferença entre o valor admitido pelo autuado e o mantido pela 4ª JJF.

Indica algumas diferenças que, embora admitidas pelo fiscal revisor, não foram devidamente abatidas e outras que não foram por ele consideradas.

Solicita uma nova revisão fiscal por achar imprescindível apurar-se o valor exato do débito.

Relativamente ao item 2, a 1ª Instância também apurou valores que divergem dos apontados na revisão e que tais diferenças poderiam se encontrar no fato de que as notas fiscais constantes de outro Auto de Infração e aqui relacionadas não foram excluídas, além de algumas notas lançadas em duplicidade que também não foram abatidas.

Afirma que 4ª JJF considerou como autuado o valor de R\$ 337.634,51, enquanto o valor verdadeiramente lançado no Auto de Infração foi de R\$ 200.986,67, tendo havido a majoração do item e qualquer quantia excedente deve ser reclamada através de nova ação fiscal.

Ao final, insiste na realização de nova diligência e na exclusão da parcela já paga e comprovada com o DAE anexo.

A PROFAZ em Parecer afasta as nulidades levantadas e no mérito considera os argumentos incapazes de alterar a Decisão, opinando pelo provimento na hipótese de validade do DAE acostado.

Na assentada de julgamento do dia 13/12/2001 a 1ª CJF decidiu encaminhar o presente em diligência considerando que o recorrente alega ter ocorrido erro no demonstrativo apresentado no Acórdão nº 0683/01 da 4ª JJF, por haver considerado como autuado o valor de R\$ 337.634,51, enquanto o valor verdadeiramente lançado no Auto de Infração foi de R\$ 200.986,67, tendo havido a majoração do item e esclarece que qualquer quantia excedente deve ser reclamada através de nova ação fiscal.

Em resposta à solicitação do CONSEF o revisor da ASTEC refaz o demonstrativo de débito, reduzindo o valor a ser cobrado, conforme anexo à fl. 1546 dos autos.

Em manifestação acerca do resultado da diligência o patrono do autuado afirma que o Parecer continua imprimindo a majoração da alíquota das bebidas alcoólicas para 25%, o que não é legal pois o Estado não poderia cobrar imposto através de percentual de alíquota não previsto em lei.

Insiste no abatimento do valor de R\$ 16.226,99, relativo ao lançamento em duplicidade, bem como o valor já pago pela empresa, consoante DAE anexo.

A PROFAZ em novo Parecer opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário de acordo com o parece da ASTEC.

VOTO

Neste Auto de Infração temos que analisar um Recurso de Ofício e um Recurso Voluntário, onde as matérias referentes a ambos os Recursos se confundem pois pertencem aos dois itens da autuação.

Desta forma analisaremos ambos os itens.

Inicialmente devemos fazer referência à preliminar de nulidade suscitada por falta de prorrogação do Termo de Início de Fiscalização.

A simples falta de prorrogação do Termo de Início, no meu entendimento, não acarreta a nulidade de todo o procedimento administrativo, embora estejamos diante de um ato irregular, tal irregularidade, beneficiaria o contribuinte caso este quisesse efetuar o recolhimento espontâneo dos valores devidos pois, perdida a valia do Termo, o desenvolvimento dos trabalhos fiscais não mais teriam o condão de respaldar o impedimento da espontaneidade.

Desta forma, afasto a preliminar de nulidade suscitada passando à análise do mérito.

O item 1 trata de levantamento quantitativo de estoque, referente ao exercício/97, a exigência inicial na ordem de R\$286.683,44 teve o seu valor reduzido pela 4ª JJF para a quantia de R\$56.534,70 com base em diligência realizada por auditor estranho ao feito, com o qual concordo, mesmo porque não foi impugnada pelo sujeito passivo quando se manifestou nos autos a respeito da mesma. Aliás, o próprio recorrente, em seu Recurso Voluntário, reconhece o valor do débito pertinente ao item 1. Por não vislumbrar reparos a serem efetuados na Decisão Recorrida quanto ao este item, deve o mesmo ser mantido na forma constante no Acórdão JJF nº 0683/01.

Relativamente ao item 2 que trata de falta de antecipação tributária no exercício/97, temos a seguinte situação:

Originalmente a autuante apurou o valor que deveria ser recolhido sobre todas as aquisições no exercício/97, sujeitos à antecipação tributária:

- Valor total devido no exercício/97 R\$ 407.846,64
- Valor já autuado anteriormente referente a R\$ 206.859,97
Este mesmo exercício (Auto de Infração n^{os} 0340140-1 e 0327996-9)
- Valor remanescente exigido no presente Auto de Infração R\$ 200.986,67

Com o encaminhamento do PAF para diligência, a ASTEC apurou, em relação a este item, as seguintes incorreções praticadas pela autuante:

1. No produto “charque” foi aplicado MVA de 30% e 40%, quando a correta é de 10%;
2. A data da ocorrência dos fatos geradores tem que ser consignada mensalmente ao invés de anual, englobando a ocorrência no último dia do ano, conforme fez constar a autuante;
3. As alíquotas para o charque (cesta básica) e bebidas alcoólicas são 7% e 25%, respectivamente, ao invés de 17% aplicada pelo autuante.
4. Exclusão total dos débitos consignados nos Autos de Infração n^{os} 03041401/97 e 03279969/97 quando, o correto, seria a exclusão apenas dos itens pertinentes a falta de antecipação tributária.

Diante disto, a ASTEC elaborou novo levantamento relativo ao exercício/97, não incluindo neste as notas fiscais pertinentes aos Autos de Infração n^{os} 03041401/97 e 03279969/97, efetuou as correções acima apontadas e não incluiu em seu levantamento as Notas Fiscais n^{os} 46027, 47756, 59706, 66207, 67116, 56472, 56873, 57340, 17288 e 58040, mencionadas pelo recorrente nos itens 17 e 19 dos seus Recursos, conforme está claro nos demonstrativos às fls. 1489 e 1494 dos autos.

Como resultado, apurou a ASTEC um débito para o exercício/97 no montante de R\$354.116,44 (fl. 1386), considerando as exclusões acima comentadas, valor este superior ao imposto lançado no presente Auto de Infração que foi na quantia de R\$200.986,67. Em razão de não poder majorar o valor do imposto lançado e, com o fito de adequar o valor do débito total corretamente apurado, a ASTEC adotou as seguintes providências:

I) Valores mantidos (fls. 1489 a 1491):

-	Mês de fevereiro/97	R\$	52,50	
-	Mês de março/97	R\$	2.457,61	
-	Mês de abril/97	R\$	34.799,79	
-	Mês de maio/97	R\$	45.792,24	
-	Mês de junho/97	R\$	2.361,71	
-	Mês de julho/97	R\$	69.506,39	
-	Mês de agosto/97	R\$	8.746,76	
-	Mês de setembro/97 (parte)	R\$	37.269,97	
	TOTAL			R\$200.986,67

II) Valores a serem exigidos através de novo procedimento fiscal (fls. 1491 a 1494):

-	Mês de setembro/97 (Nota Fiscal n ^o 71556 – parte)	R\$	32,40	
	Nota Fiscal n ^o 72830	R\$	6.633,80	

	Nota Fiscal nº 72831	R\$	6.760,07
	Nota Fiscal nº 203229	R\$	454,66
-	Mês de outubro/97	R\$	36.889,86
-	Mês de novembro/97	R\$	63.852,05
-	Mês de dezembro/97	R\$	38.506,93
TOTAL			 R\$ 153.129,77
Total do débito apurado pela ASTEC			 <u>R\$ 354.116,44</u>

Por outro lado, os valores de R\$11.143,02 e R\$7.406,98 pagos pelo recorrente nos meses de setembro e outubro/97 não podem ser deduzidos do presente Auto de Infração e nem do procedimento fiscal complementar que será sugerido, pois já foram considerados quando da fiscalização que resultou o Auto de Infração nº 030441401, conforme pode ser visto, de forma clara, no demonstrativo a fl. 1360, os quais foram considerados como pagamentos de notais fiscais apuradas naquela fiscalização e não incluídas no levantamento da ASTEC. Convém ressaltar que os meses de setembro e outubro de 1997, em relação às notas fiscais indicadas à fl. 1360, foram objeto da ação fiscal porém, tais notas e considerados os pagamentos mencionados, não geraram imposto a reclamar.

Quanto ao valor do débito no valor de R\$156.397,05 apurada na forma consignada no Acórdão nº 0683/01 não vejo como concordar com essa Decisão, além das falhas apontadas pela ASTEC em seu Parecer nº 0050/2002, fls. 1542 a 1546, apesar da recomendação do Sr. Relator para promoção de novo procedimento fiscal para recuperar a receita tributária calculada a menos pelo autuante, a forma implementada pelo mesmo para excluir 8% do valor do imposto corretamente apurado pela ASTEC e com isso, manter a tributação de bebidas alcoólicas com a alíquota de 17%, vai de encontro ao que preceitua a própria legislação tributária, pois resultaria em manter uma autuação com alíquota incorreta e lavrar-se novo Auto de Infração para exigir imposto com base em uma alíquota inexistente, ou seja 8%.

Por todo o exposto, pelo fato de não se configurar no procedimento da ASTEC majoração do valor do débito inicialmente lançado e, tendo em vista equívocos na determinação do valor devido apontado na Decisão Recorrida, deixo de acolher o opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja restabelecido o valor da exigência fiscal do item 2, no valor de R\$200.986,61 ficando o débito total apurado neste Auto de Infração no montante de R\$257.521,37, assim representado:

Item 1;	31.12.97- R\$	56.534,70	- Multa 70%
Item 2;	15.03.97- R\$	52,50	
	15.04.97- R\$	2.457,61	
	15.05.97- R\$	34.799,79	
	15.06.97- R\$	45.792,24	
	15.07.97- R\$	2.361,71	
	15.08.97- R\$	69.506,39	
	15.09.97- R\$	8.746,46	
	15.10.97- R\$	37.269,97	
	TOTAL - R\$	257.521,37	

Observo, ainda, que do total do débito da infração 2 no valor de R\$200.986,67 deve ser homologado o valor de R\$117.322,51 já pago pelo recorrente, conforme dae de fl. 1565.

Em conclusão e com base em tudo quanto aqui exposto, recomendo que seja implementado novo procedimento fiscal para que seja exigido o crédito tributário apurado pela ASTEC e não incluído no débito pertinente ao presente Auto de Infração, infração 2.

Convém ressaltar que antes de iniciado o procedimento fiscal aqui recomendado, poderá o sujeito passivo se assim desejar ou entender, recolher o imposto na forma acima indicada de forma espontânea frente à repartição fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277829.0013/98-6, lavrado contra **GRIBEL COMERCIAL DE ESTIBAS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$257.521,37**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$200.986,67 e 70% sobre R\$56.534,70, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologados os valores comprovadamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFAZ