

PROCESSO - A.I. Nº 113840.0015/00-4
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO ESPECIAL – Acórdão 1ª CJF n º 0238-11/02
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 22.04.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0035-21/03

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de Primeira Instância que concluiu pela nulidade do procedimento fiscal em relação ao item 1, em virtude de vício na autuação, por não ter sido oferecido prazo ao sujeito passivo para efetuar espontaneamente o pagamento do débito remanescente. Ausente nos autos qualquer incorreção ou omissão que acarrete a nulidade do item referido, na medida em que o contribuinte teve conhecimento do não acatamento dos pedidos formulados e deixou de proceder ao pagamento do imposto na forma orientada. Correta a Decisão recorrida que afastou o julgamento pela nulidade do item 1 do presente Auto de Infração, ao tempo em que os autos deverão ser devolvidos ao órgão prolator da Decisão reformada para apreciação das razões de mérito do item 1. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Especial, interposto pela Empresa, por discordar da Decisão contida no Acórdão nº 0238-11/02, de lavra da 1ª Câmara deste CONSEF, que deu Provimento ao Recurso de Ofício apresentado pela 4ª Junta de Julgamentos Fiscais, que através do Acórdão nº 1760/00, havia entendido ser Nulo o item 1 do Auto de Infração ora analisado. No entendimento da 1ª Câmara a nulidade proclamada pela Junta não tinha razão de ser, motivo pelo qual deu, repito, Provimento ao Recurso de Ofício, após afastar a mesma.

Para que se possa entender bem o assunto, transcrevo e comento, o item que se discute, o primeiro, como colocado no Auto de Infração; o porque da 1ª Instância ter considerado Nulo o item e o fundamento apresentado no voto da 2ª Instância para afastar a nulidade proclamada pela Junta.

A infração: “Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na escrituração e apuração do imposto das saídas de mercadorias realizadas através de Terminal Ponto de Venda – PDV, conforme demonstrativo da apuração do ICMS e xerocópia das respectivas folhas do livro de Registro de Apuração do ICMS, anexos ao Processo Fiscal às fls. de nº 13 a 46, na quantia de 34 documentos”. A Empresa, segundo dito em sua defesa, por desconhecer os equipamentos existentes no mercado, adquiriu maquinário incompatível com suas necessidades, uma vez que, após o início do uso dos mesmos, constatou insuficiência de memória no banco de dados das balanças eletrônicas para cadastrar todas as mercadorias vendidas a peso. Diante disso, criou um código de produto com a denominação “Produtos sem código de barra” para todas as mercadorias sujeitas a pesagem e produtos não identificados pelo código de barra, todos tributados com a alíquota de 17%, o que possibilitou a recepção, pelo equipamento, das

mercadorias isentas, não tributáveis, cesta básica e demais mercadorias na mesma situação. Diante desse fato a Empresa fez consulta à Secretaria da Fazenda em Salvador, sendo orientado a efetuar o estorno de débito de acordo com o artigo 295 do RICMS/89, sendo considerada a consulta como uma denúncia espontânea, que poderia usar a seu favor, quando fosse fiscalizado, para efeito de imposição de penalidade.

O voto da 1ª Instância, assim conclui: “....Entendo que efetivamente o contribuinte denunciou espontaneamente a sistemática por ele adotada através dos processos de números 852.403/96 e 857.698/96, e, por não encontrar amparo no RICMS, a escrituração fiscal deveria ser efetuada de acordo com as normas estabelecidas no artigo 293 do RICMS/89, considerando a condição que tem o equipamento de efetuar registros separadamente, de acordo com as situações tributárias distintas. Ademais, de acordo com a sistemática adotada pelo contribuinte, a defesa reconhece ser impossível identificar as saídas isentas ou não tributáveis e da cesta básica que passaram pela balança com emissão de etiquetas “sem código de barras”. Assim, tornou-se necessário o refazimento da escrituração fiscal, recomendado no Parecer Opinativo, sendo que os valores apurados deveriam ser exigidos e considerados como denúncia espontânea, em decorrência dos processos apresentados pelo contribuinte antes do procedimento fiscal, haja vista que a espontaneidade exclui a aplicação de penalidade. Por isso, apesar do cálculo do imposto efetuado pela autuante estar amparado na legislação, considero insubsistente a exigência do débito apurado neste item através de Auto de Infração, haja vista que não foi oferecido o prazo legal para o recolhimento espontâneo, conforme recomendado no Parecer Opinativo. Quanto às divergências apontadas pela defesa, relativamente aos cálculos efetuados no procedimento fiscal, a repartição fiscal poderá programar revisão fiscal para efetuar a necessária apuração. Antes o autuado poderá efetuar espontaneamente o pagamento do débito remanescente, se houver”.

O voto da 2ª Instância, assim conclui: “A 4ª JF, após concluir que os cálculos efetuados pelo autuante estão amparados pela legislação, considerou insubsistente o presente item da autuação em razão de que “não foi oferecido o prazo legal para o recolhimento espontâneo, conforme recomenda o Parecer Opinativo”. Questiono, então: Qual seria o prazo legal para que fossem efetuados os recolhimentos, já que o recorrido tinha conhecimento de que poderia ter efetuado os recolhimentos de forma espontânea tanto que, foi o próprio quem juntou aos autos a cópia do referido Parecer, porém preferiu não efetuar os recolhimentos devidos e, só depois de decorridos quatro anos e dentro do período de apresentação de defesa administrativa foi que resolveu recolher “espontaneamente” os valores que entendeu como devidos, sem inclusão de multa e acréscimos moratórios”..... Diante de todo o exposto concluo que não existe motivação para que seja decretada a nulidade do item 1 do presente Auto de Infração já que o recorrido dispôs de prazo mais que suficiente para efetuar, corretamente, de forma espontânea, o pagamento do débito apurado pelo Fisco”.

A PROFAZ, em Parecer exarado às fls. 296 e 297, corroborado pelo de fl. 397 do processo, após análise, opina pelo Improvimento de Recurso, por entender que “o recolhimento do débito, apurado em desconformidade com a legislação estadual vigente à época, poderia ter se dado de forma espontânea, após o recebimento da resposta aos processos nº 852.403/96 e 857.698/96, consoante conclusão do Parecer SEPF/GEFIS/DAT”.

VOTO VENCIDO

Antes de adentrar ao cerne da questão que foi posta pela Empresa, devo dizer que o Recurso Especial interposto, está previsto nas Normas, já que houve, independentemente da razão pela qual a 2ª Instância deu Provimento ao Recurso de Ofício apresentado, modificação de Decisão de Junta, que inicialmente era favorável ao contribuinte e que passou, por Decisão da Câmara, a ser contra o mesmo, o que permite, a meu ver, sem dúvida, a apreciação do Recurso Especial pela Câmara Superior do CONSEF.

O assunto, a meu ver, está definido no próprio Parecer Opinativo, emitido pela Secretaria da Fazenda, onde se deu ciência ao contribuinte, de que a sistemática por ele adotada não poderia subsistir. Está escrito no referido documento, como conclusão: “Face o exposto, opinamos pelo conhecimento e pelo não acatamento do pedido, recomendando à repartição fazendária a promover verificação fiscal junto à interessada, no sentido de levantar os valores do imposto devido nesse período, com base na sistemática de apuração prevista no artigo 293 do RICMS-BA, sendo aceito os processos protocolados como “denúncia espontânea” do contribuinte para efeito de imposição de penalidade”. Ora, está claro no Parecer que a Inspetoria deveria, para preservar o Erário Estadual, proceder fiscalização no sentido de apurar o real valor devido pelo contribuinte, que, após Ter conhecimento do valor do mesmo, poderia usufruir da condição de ter denunciado espontaneamente o quanto a ser apurado pelo fisco, que, evidentemente só foi conhecido após a fiscalização específica ter sido efetuada. A meu ver, data vênia, querer se fundamentar no tempo transcorrido entre a ciência da consulta e o pagamento efetuado pela Empresa para afastar a nulidade proclamada pela Junta, é se transferir a responsabilidade de quem permitiu tal fato, para quem apenas aguardou, com direito adquirido, que se realizasse o que havia sido determinado pelos órgãos da Secretaria da Fazenda que elaboraram o Parecer Opinativo. Os valores devidos, no caso, só poderiam ser apurados pelo fisco, pois houve, por parte da Empresa, uso de método que não era permitido pela Legislação. Pergunto: Se a Empresa, imediatamente após ter tido ciência da conclusão contida no Parecer, efetuasse pagamento de acordo com o que considerava correto, estaria a salvo de qualquer penalidade futura? Entendo que o contido no Parecer está corretíssimo, pois protege o Estado de qualquer equívoco, já que quem tem o poder de determinar o quanto devido pelos contribuintes, em casos como o ora analisado, é o próprio Estado e não os contribuintes, que apenas lançam os valores que julga devidos, em seus livros, que podem ser homologados ou não pelo Estado. Se a Sefaz deixou o tempo correr, para conhecer o quanto devido pelo contribuinte, não se pode penalizar o mesmo por isso. Aliás, o próprio Relator da 1ª Câmara, o ilustre Dr. Carlos Fábio Cabral Ferreira, talvez levado pelo mais comum das denúncias espontâneas, onde normalmente são conhecidos os valores devidos, afirma, no final de seu voto que “... o recorrido dispôs de prazo mais que suficiente para efetuar, corretamente, de forma espontânea, o pagamento do débito apurado pelo Fisco”. Tal afirmativa estaria correta se o débito estivesse realmente conhecido, o que não se configura no caso, pois o débito só restou efetivamente conhecido após a fiscalização efetivada em 29/03/2000, através do Auto de Infração ora analisado.

Por tudo quanto coloquei acima, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Especial, para que seja reformada a Decisão recorrida, pois o item 1 do Auto de Infração é NULO, devendo prevalecer a Decisão emanada da Junta de Julgamento Fiscal, contida no Acórdão nº 1760/00, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Tomarei aqui “emprestado” parte do voto do ilustre Conselheiro Carlos Fábio Cabral Ferreira, relator da Decisão recorrida, que ilustra perfeitamente os fatos sob análise.

“A acusação fiscal constante do item 1 do Auto de Infração em lide, objeto deste Recurso de Ofício, é de que o recorrido “recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na escrituração e apuração do imposto das saídas de mercadorias realizadas através de Terminal Ponto de Venda – PDV, conforme demonstrativos anexos”. O período envolvido na autuação corresponde aos meses de dezembro de 1995 a junho de 1996.

Com base na totalização diária de cada equipamento, o autuante apurou, mensalmente, o montante das vendas tributadas às alíquotas de 07%, 17% e 25% determinando o total do débito em cada período e, em seguida, deduziu os respectivos créditos fiscais escriturados, apurando os saldos devedores, os quais, depois de confrontados com os valores efetivamente recolhidos, exigiu-se a diferença paga a menos.

O recorrido defendeu-se alegando que os equipamentos com os quais operava possuíam insuficiência de capacidade para armazenar na memória das balanças eletrônicas a totalidade das mercadorias que eram vendidas a peso. Diante disto criou-se um código denominado “produtos sem código de barra” para as mercadorias não identificadas pelo código de barras, sendo todas tributadas à alíquota de 17%.

Em 05/01/96 o recorrido comunicou a INFAZ em Feira de Santana que em função do problema apresentado e que, até sanar a falha, iria efetuar o estorno do débito conforme a regra encartada no artigo 295, do RICMS/89. Em 13/03/96 ratificou esse procedimento em razão de “divergência de alíquota de alguns produtos constantes na relação de mercadorias do sistema de leitura do código de barras”. Tudo isto conforme documentos de fls. 71 e 72 dos autos.

A SEPAF/GEFIS/DAT se pronunciou em 31/05/96 a respeito das comunicações acima referidas onde, em relação à primeira, Processo nº 0852403/96 entendeu que “a empresa erroneamente cadastrou os produtos com a situação tributária errada” e, quanto a segunda comunicação, Processo nº 0857698/96, diz que “a interessada reconhece o erro na aplicação da alíquota porém, tal fato não motiva a mudança da sistemática de apuração do débito do imposto”. Acrescenta que a mudança da sistemática de apuração do débito do imposto não é a solução adequada aos “problemas” apresentados pelo recorrido, o qual não encontra amparo na legislação. Cita a norma regulamentar que deve ser seguida em casos de recolhimentos a mais ou a menos do imposto e conclui “pelo não acatamento do pedido”, recomendando a INFAZ a promover a verificação fiscal adequada no sentido de levantar o imposto devido nesse período, adotando-se a sistemática prevista no art. 293, do RICMS/89, sendo aceitos os processos protocolados como “denúncia espontânea” do contribuinte para efeito de não imposição de penalidade”. Tudo, conforme cópia do Parecer Opinativo, doc. fl. 73, juntado aos autos pelo recorrido.

Diante disto, constata-se que o recorrido tinha pleno conhecimento, desde o ano de 1996, de que o seu procedimento não encontrava amparo na legislação tributária estadual, porém, não adotou qualquer providência para solucionar a questão do pagamento do imposto apurado a menos, com adoção da regra estabelecida pelo art. 293, do RICMS. Se assim tivesse procedido, aí sim, configurar-se-ia a espontaneidade no pagamento do tributo recolhido a menos, diferentemente da maneira como procedeu, ou seja, recolheu as quantias que entendeu como devidas em 28/04/2000 isto é, quatro anos após a ocorrência dos fatos e trinta dias após o término da ação fiscal.”

A 4ª JJF considerou insubsistente o presente item da autuação em razão de que “não foi oferecido o prazo legal para o recolhimento espontâneo, conforme recomenda o Parecer Opinativo”, anulando-o.

A 1ª CJF, ao apreciar o competente Recurso de Ofício, afastou a nulidade decretada pela 1ª Instância, ao considerar que não existe motivação para que seja decretada a nulidade do item 1 do presente Auto de Infração já que o então recorrido, hoje recorrente, dispôs de prazo mais que suficiente para efetuar, corretamente, de forma espontânea, o pagamento do débito apurado pelo Fisco.

O cerne da questão está na concessão do prazo para pagamento espontâneo do débito, após a ciência do contribuinte dos resultados de suas consultas (aqui denominadas “comunicações”), que, segundo o Parecer Opinativo da DIFIS, deveriam ser aceitas como “denúncias espontâneas”.

O § 3º do art. 78, do RPAF aprovado pelo Decreto n.º 28.596/81, vigente à época das mencionadas comunicações, preconizava que o tributo considerado devido pela solução dada à

consulta será cobrado sem imposição de multa se recolhido no prazo de 20 (vinte) dias da data de ciência da Decisão final, devidamente atualizado monetariamente.

Já o art. 912, I, do RICMS/96, também vigente à época, determinava que a denúncia espontânea da infração exclui a aplicação de penalidade, desde que acompanhada do pagamento do imposto devido e seus acréscimos.

Não é possível admitir que o contribuinte não conhecia o montante do imposto devido, e que este débito só restaria efetivamente conhecido após a fiscalização efetivada em 29/03/2000, através do Auto de Infração ora analisado, como quer fazer crer o relator do PAF.

Os valores foram apurados diretamente da sua escrita fiscal, escrituração esta efetuada anteriormente pelo contribuinte de forma equivocada. Ocorre que, na solução da sua consulta, o mesmo obteve a orientação devida sobre a forma que deveria apurar o imposto. Este tinha conhecimento da solução dada às suas comunicações desde 1996, mas preferiu proceder ao recolhimento das quantias que entendeu como devidas em 28/04/2000, quatro anos após a ocorrência dos fatos e trinta dias após o término da ação fiscal.

Pelo que expus, entendo correto o entendimento da 1ª CJF, ao afastar a nulidade decretada pela 1ª Instância, pois, efetivamente, o recorrente, dispôs de prazo mais que suficiente para efetuar, corretamente, de forma espontânea, o pagamento do débito posteriormente apurado pelo Fisco, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Especial apresentado, para homologar a Decisão recorrida.

O PAF deverá, novamente, retornar à 1ª Instância para que sejam analisadas as respectivas razões de mérito do item 1 deste Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Especial apresentado, para homologar a Decisão Recorrida, que afastou a nulidade do item 1 decretada no julgamento levado a efeito pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, relativamente ao Auto de Infração nº 113840.0015/00-4 lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo o PAF retornar à 1ª Instância de julgamento para análise do seu mérito.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Sandra Urânia Silva Andrade, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins, Antonio Ferreira de Freitas e Israel José dos Santos.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro, José Raimundo F. Santos, Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFZ