

| | |
|--------------------|---|
| PROCESSO | - A. I. Nº 180573.0002/00-1 |
| RECORRENTES | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CEREALISTA CASTRO LTDA. |
| RECORRIDOS | - CEREALISTA CASTRO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. |
| RECURSOS | - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF 2740/00 |
| ORIGEM | - INFAZ BARREIRAS |
| INTERNET | - 03.06.03 |

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0039-12/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração parcialmente comprovada. Reduzido o valor originalmente reclamado, com base em diligência realizada. Inalterada a Decisão Recorrida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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. Reduzido o valor reclamado. Modificada a Decisão Recorrida para excluir das infrações 2 e 3 as exigências pertinentes ao produto “refresco em pó”. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS TRIBUTADAS ANTERIORMENTE PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. Mantida a Decisão Recorrida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração comprovada. Reduzido o valor reclamado, para considerar o direito à redução da base de cálculo. Mantida a Decisão Recorrida. b) BENS DESTINADOS A USO OU CONSUMO. Infração comprovada. Mantida a Decisão Recorrida. Não acolhidas às arguições de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração cobra ICMS no valor de R\$922.415,39 mais multas de 60% e de 70%, referente às seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto sobre operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas anteriormente, sem emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro

de entradas de mercadorias em sua escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoque.

- 2 Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.
- 3 Idem, idem, infração anterior.
- 4 Utilização indevida de crédito fiscal referente aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação tributária.
- 5 Falta de recolhimento do imposto devido por diferenças de alíquotas, referente a aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado.
- 6 Idem, idem, referente aquisições de mercadorias destinadas a uso ou consumo.

Em 29/11/2000, através Acórdão nº 2740/00, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal julgou PROCEDENTE EM PARTE, o Auto de Infração, após acatar diligência que reduziu os valores dos itens 01, 02 e 04.

Inconformada com tal decisão a Empresa entra com Recurso Voluntário onde, antes de se referir ao mérito, suscita a nulidade do Auto de Infração pois os somatórios das colunas das páginas 2,3,4,5 e 6, campos definidos como total da infração, revelam valores que, se somados, totalizam R\$533.159,30 contra R\$922.415,39, lançado no campo que deveria refletir as somas das tais parcelas, ou seja, o do total do débito, em valor histórico. Esse vício, contudo, se sanável, deverá ensejar a reabertura do prazo de defesa. Ainda preliminarmente, a Empresa suscita segunda nulidade do Auto de Infração, por ofensa ao artigo 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, por insegurança na determinação da infração, e, conseqüentemente, cerceamento da defesa. No item 01 a acusação é dúbia e confusa pois omissão de saídas e falta de registro de entrada, são incompatíveis com o método de auditoria de estoques, não existindo a hipótese de falta de contabilização, presunção legal, pois a ação fiscal não examinou seus documentos contábeis. O resultado que levou em conta apenas a escrita fiscal, daria lugar à aplicação de multa formal pela ausência de registro fiscal de entradas. Ainda preliminarmente, a Empresa suscita terceira preliminar de nulidade do Auto de Infração por ausência de discriminação das mercadorias por gênero, espécie e unidade de medida, como ocorreu, por exemplo, com café, bananas, uvas, sucos jandaia, farinha de trigo e martini, onde o autuante colocou, como mercadoria, as próprias, seguida da palavra diversas.

Quanto ao mérito a Empresa diz que:

1 – A fiscalização incidiu em “bis in idem”, pois, relativamente aos itens 1 e 2, os valores constantes do presente Auto de Infração, já foram objeto de reclame através do Auto de Infração nº 180573.0002/00-1, lavrado pelos mesmos fiscais contra o seu estabelecimento matriz, sobre as mesmas mercadorias e períodos.

2 - Os autuantes, equivocadamente, trataram, no levantamento quantitativo de estoques, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária como se tributação normal tivessem. Ocorre, que “tratando-se de mercadorias sujeitas à antecipação (oriundas de outros Estados) e com imposto retido pelo vendedor (oriundas da Bahia), não há que se falar em tributação pelas saídas, mesmo por falta de registro fiscal de entradas”, pois, nestes casos, a

tributação ocorreu em momento anterior, não se podendo cobrar novamente o imposto. Cita parecer do DICO e Resolução nº 1715/95, do CONSEF, para embasar suas alegações.

3 – Os produtos provenientes da Skol, da Antártica, da Schincariol e da Brahma; os refrescos, o café e a farinha de trigo, que foram considerados pelos autuantes como mercadorias adquiridas fora do Estado, em verdade, foram adquiridas dentro do Estado da Bahia, o que fulmina a autuação pois o imposto foi retido pelo vendedor, já chegando ao seu estabelecimento com tributação encerrada.

4 – Ao considerar todas as aquisições de fora do Estado, o lançamento é onerado pela MVA indevidamente aplicada. Além disso, a MVA aplicada foi a prevista para aquisição à indústria quando, em realidade, adquiriu as mercadorias a distribuidores neste Estado.

5 – Inexiste imposto a recolher em relação ao açúcar Cristal, União e farinha de trigo, nos exercícios de 1996 e 1997, pois os autuantes deixaram de considerar várias notas fiscais de entradas, além de terem considerado MVA e preços médios equivocados.

6 – Os autuantes não transferiram para o exercício de 1997, o montante das entradas omitidas a título de estoque inicial, o que regularizaria o seu estoque. Como isso não ocorreu, aconteceu o “bis in idem”, sendo necessária diligência para esclarecer o assunto.

7 – Os autuantes não consideraram as notas fiscais de retorno de depósito e devoluções de vendas, principalmente com relação ao açúcar, à farinha de trigo, e água mineral.

8 – Os autuantes atribuíram, equivocadamente, a alíquota de 17%, a mercadorias da cesta básica, cuja alíquota para tributação é de 7%.

9 – Não encontrou a necessária fundamentação para a apuração dos preços médios, cuja apuração difere em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária.

10 - Quanto às infrações 3 e 4, alega que o débito pelas saídas compensa a omissão, não devendo ensejar cobrança do imposto, mesmo que comprovadas. Transcreve decisões do CONSEF.

11 - Relativamente à infração 5, alega que não foi considerada, pelos autuantes, a redução à base de cálculo, que teria direito, pois trata-se de compra de veículos para o ativo imobilizado e sujeito à substituição .

12 - Em relação ao item 6, afirma que esperará a decretação da nulidade do lançamento, para recolher o devido sem o ônus da multa por infração.

13 – Os fiscais necessitaram de 06 meses, para concluir seus trabalhos, o que remete à necessidade de perícia.

14 – A Junta de Julgamento Fiscal deu entendimento equivocado à diligência efetuada pois o diligente da ASTEC teria provado que era possível a auditoria por espécie de mercadorias, exemplificando, inclusive, algumas mercadorias.

Após fazer comentários outros sobre a autuação e sobre a diligência, a Empresa pede seja Provido o Recurso para que se decrete a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Em 21/03/2001, esta 2ª Câmara remeteu o processo à ASTEC para que cumprisse diligência solicitada pela PROFAZ para que fossem dirimidas as dúvidas sobre o levantamento, se efetuado por gênero ou por espécie e, em resposta, aquele órgão diz que, realmente, o levantamento, de algumas mercadorias, poderia ter sido feita por espécie e não por gênero, como ocorreu. No entanto, salienta o revisor, “apesar de ser possível o refazimento do levantamento quantitativo em relação às diferenças apuradas nas quantidades, não haveria qualquer alteração, haja vista que o somatório das diferenças por espécie deve ser igual à diferença por gênero e que a divergência que poderia existir seria em relação ao preço médio, considerando que no cálculo poderiam ocorrer, no último período de comercialização, predominância de saídas de mercadorias de espécies de maior valor”. Salienta o revisor que no levantamento fiscal foi apurada omissão de entradas e se constata que no cálculo dos preços médios, que não foram contestados pela Empresa, as mercadorias foram relacionadas por espécie. Além disso, prossegue o revisor, o artigo 3º, II e III da Portaria nº 445/98, permite o levantamento por gênero, se necessário. Ao final o diligente diz que os equívocos apontados pela defesa foram acatados pela primeira revisão fiscal, cabendo ao autuado apresentar levantamentos comprobatórios das divergências que encontrar.

Instada a se pronunciar sobre a revisão, a empresa, inicialmente, pede não se considere a conclusão do diligente que efetuou a 2ª revisão pois o mesmo exacerbou preferindo trilhar por caminho diverso do objetivo único da diligência. Manifestando, inclusive, juízo de valor quanto ao mérito da ação fiscal. Salienta o autuado que o Parecer confirma a nulidade dos levantamentos. Após repetir os argumentos, já colocados no Recurso, a empresa pede seja decretada a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, pelo menos dos itens pertinentes ao levantamento quantitativo de estoques.

A PROFAZ, em Parecer de fls. 1672/1673, após análise, assim conclui: “Ante o exposto, somos pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do Recurso, sendo cabível a decretação, pelo órgão administrativo competente, da existência de nulidade de natureza absoluta nos levantamentos quantitativos, realizados pelo autuante, equivocadamente por gênero, o que decerto gerou absoluta insegurança para a determinação e quantificação das infrações fiscais. Por fim, vale salientar a necessidade do imediato refazimento da ação fiscal pela autoridade administrativa, adotando-se os procedimentos efetivamente contemplados pela legislação tributária”.

Em 17/06/2002, esta 2ª Câmara do CONSEF, em Decisão unânime, julga Não Provido o Recurso de Ofício apresentado e em Decisão por maioria julga Parcialmente Provido o Recurso Voluntário apresentado pela empresa.

Em 26/07/2002, inconformado com a Decisão, o contribuinte apresentou Recurso de Revista onde, preliminarmente, suscitou a Nulidade da Decisão da 2ª Câmara por não terem sido devidamente apreciados alguns pontos do seu Recurso Voluntário, o que implicou em supressão de instância. Diz a empresa, em seu Recurso de Revista, que nem o voto vencido nem o voto vencedor abordaram “a alegação de que o Auto de Infração em lide cumula as quantias ora impugnadas com os valores constantes do Auto de Infração nº 1805730002/00-1 (cópia anexa ao PAF), lavrado pelos mesmos fiscais e contra estabelecimento matriz da autuada”. Além disso, a Empresa salienta que não foram analisadas nos votos as seguintes questões: a) irregularidade constatada

no levantamento quantitativo que se reporta a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária como se tributação normal tivesse; b) algumas mercadorias como é o caso da Cerveja Skol e outras mercadorias, foram adquiridas dentro do Estado da Bahia, e não de fora do Estado como considerado pelos autuantes, tendo o imposto sido retido pelo vendedor do próprio Estado, não havendo repercussão financeira negativa; c) ao considerar as aquisições de fora do Estado o lançamento foi onerado por MVA indevidamente aplicada. Além disso a MVA aplicada foi a prevista para a aquisição à indústria quando a autuada adquiriu as mercadorias a distribuidores (aquelas adquiridas no Estado da Bahia).

Em 21/11/2002, a Câmara Superior do CONSEF, em Decisão unânime, julgou Provido o Recurso de Revista apresentado, decidindo pela Nulidade da Decisão Recorrida, diante da falta de apreciação de todas as alegações apresentadas pela Empresa em seu Recurso Voluntário, determinando que esta 2ª Câmara emita nova Decisão a salvo das incorreções contidas naquela cujo Acórdão levou o nº 0248-12/02.

VOTO VENCIDO

A Empresa, em seu Recurso de Revista, suscitou a nulidade da Decisão nº 0248-12/02, emitida por este colegiado, onde fui relator do voto vencido, no que diz respeito aos itens 1, 2 e 3, que se referem ao levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, pois tanto o meu voto ali proferido, quanto o voto vencedor, emitido pelo Conselheiro Ciro Roberto Seifert, teriam deixado de abordar questões colocadas no seu recurso Voluntário. Tais alegações foram acolhidas pela Câmara Superior, da qual faço parte, por unanimidade.

Diante disso, e da reanálise de tudo quanto consta do processo emito novo voto, cujo teor é o seguinte:

Inicialmente tenho que me referir ao Recurso de Ofício. Entendo que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, reduzindo o montante exigido no Auto de Infração está correta pois foi lastrada em revisão fiscal realizada que atendeu a alguns dos reclames da Empresa. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

Quanto ao Recurso Voluntário, há que se apreciar as nulidades suscitadas pelo contribuinte, que foram três.

A primeira delas não pode prosperar pois o somatório das colunas das páginas 2,3,4,5 e 6 resultam exatamente no valor total lançado a débito no Auto de Infração, ou seja, R\$922. 415,39.

A segunda preliminar também não pode prosperar pois a presunção de omissão de saídas de mercadorias, detectadas através levantamento quantitativo de estoques, quando no levantamento se encontra “omissão de entradas”, está prevista no RICMS.

A terceira preliminar suscitada, trata da ausência de discriminação das mercadorias, por espécie, como determina a Norma. Da análise das diligências efetuadas, que foram duas, verifica-se que ambos os revisores afirmaram, taxativamente, que era possível se efetuar o levantamento quantitativo de estoques, de algumas mercadorias, como manda a lei, ou seja, por espécie de mercadorias, e não por gênero, como feito pelo autuante. Ora isso é uma prova incontestável de que o autuante agiu mal, ao efetuar os levantamentos, pois os fez utilizando o gênero das mercadorias

e não a espécie, o que resultou, sem dúvidas, em cerceamento à defesa do contribuinte. A PROFAZ, por isso, opinou pela nulidade dos itens relacionados ao levantamento quantitativo de estoques. Entendo correta a posição daquele órgão e concordo inteiramente com a mesma. Se os diligentes comprovaram ser possível se efetuar levantamentos por espécie de mercadorias, o trabalho do autuante resulta em lançamento onde não estão presentes a segurança jurídica e a perfeita identificação do débito tributário, porventura existente. Isso causa, sem dúvida, a nulidade dos itens relacionados ao levantamento quantitativo de estoques, pois há ofensa ao artigo 18, II, III e IV do RPAF/99. Voto, pois, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, pois os itens 1 e 2 do Auto de Infração são Nulos.

Quanto ao mérito, se vencido na preliminar, entendo que os levantamentos quantitativos, ao não serem feitos por espécie de mercadoria, como manda a lei, encontraram base de cálculo equivocada, pois encontrada com base em método não previsto na legislação. Se a base de cálculo é equivocada, o lançamento do imposto não procede, e por isso, a meu ver, os itens relacionados com os levantamentos quantitativos, ou seja os itens 1 e 2 do Auto de Infração, são Improcedentes.

Além disso, há que se observar as alegações do contribuinte, trazidas em seu Recurso que são:

1 – Não traz nada que se oponha à afirmação da defesa de que os valores cobrados no presente Auto de Infração já foram cobrados em Auto de Infração nº 1805730002/00-01, e não poderia. O motivo: o Auto de Infração ao qual se refere a Empresa é o próprio que ora se analisa. Não há "*bis in idem*".

2 – Em realidade, a meu ver, a presunção de omissão de saídas anteriores, quando se encontram omissões de entradas, não se aplica quando se trata de mercadorias enquadradas ou sujeitas ao regime de substituição tributária. É lícito que se considere que tais mercadorias estejam com sua fase de tributação encerrada quando sejam vendidas pelo contribuinte substituído, o que, a meu ver, derruba a presunção da omissão pois estaria calçada em saídas já desoneradas do imposto, já que este havia sido recolhido anteriormente. Há ainda uma consideração a ser feita sobre tal assunto. Como, no caso, a Empresa comercializa, pelo contido no processo, também com mercadorias cuja tributação é normal, há quem considere que as mercadorias albergadas pela substituição tributária estariam sendo adquiridas, sem o pagamento do imposto devido por substituição, com as vendas omitidas, das mercadorias “normais”, o que daria respaldo à presunção legal. Ocorre que as mercadorias que sofrem o regime da substituição não mudam suas características fiscais se forem adquiridas, sem notas, com receitas oriundas de mercadorias normalmente tributadas. Entendo que nesses casos a presunção não é admissível, restando, no entanto, a multa formal por recebimento de mercadorias sem registro na escrita fiscal. Como no caso não há possibilidade de se determinar os valores relativos tão-somente às mercadorias com substituição, voto pela Improcedência do item 2.

3 - A afirmativa de que algumas mercadorias foram adquiridas no Estado da Bahia, quando os autuantes consideraram como se fossem de fora do Estado, está correta pois verifica-se em notas fiscais acostadas ao processo, como por exemplo a de fl. 450/452, que a procedência das mesmas foi da Bahia.

4 - Do mesmo modo, nessas mesmas notas, por exemplo, verifica-se que as mercadorias foram adquiridas de distribuidores e não de fabricantes, estando, portanto, equivocada a MVA aplicada.

Quanto ao mérito dos demais itens do Auto de Infração, entendo que a Empresa não apresentou nada que elidisse a ação fiscal. A decisão da Junta de Julgamento Fiscal está correta.

Sendo assim, por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para que se reforme a Decisão Recorrida, pois os itens 1 e 2 do Auto de Infração são IMPROCEDENTES, sendo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE devendo ser mantida a decisão de 1ª Instância com relação aos demais itens da ação fiscal.

VOTO VENCEDOR

O Acórdão CS nº 0198-21/02 decidiu pela Nulidade da Decisão Recorrida de Segunda Instância. Nesta condição entendo que no presente julgamento devem ser novamente analisados ambos os Recursos, Ofício e Voluntário, em sua integralidade.

Desta forma, passo a referir-me, de imediato, ao Recurso de Ofício, sobre o qual, nada tenho a me opor em relação à Decisão Recorrida, pois prolatada com base em diligência fiscal saneadora. Portanto, acompanho o Voto do Senhor Relator em relação ao Recurso de Ofício e voto pelo seu Não Provimento.

Tal posicionamento, entretanto, não possuo em relação ao Recurso Voluntário, razão pela qual, com o devido respeito, divirjo do entendimento do ilustre Conselheiro Relator, antes as razões que passo a expor.

Em relação às questões preliminares, em número de três, suscitadas pelo recorrente, objetivando a nulidade do Auto de Infração, minha divergência com o Sr. Relator cinge-se, apenas, em relação a terceira preliminar de nulidade, entretanto, registro, abaixo, meu entendimento em relação as três preliminares.

Primeira preliminar: realmente, não há como prosperar, já que o argumento de que o somatório das colunas 2,3,4,5 e 6 do Auto de Infração divergem do total do débito lançado, já foi devidamente apreciado ainda no julgamento de 1ª Instância e corretamente afastada já que perfazem, exatamente, o total do débito lançado.

Segunda preliminar: Igual posicionamento possuo em relação a esta preliminar, a qual, efetivamente, não pode prosperar, na medida em que a exigência fiscal relativamente ao item 01, levantamento quantitativo de estoque, tem pleno respaldo legal, inexistindo qualquer insegurança quanto a sua determinação e sua clareza, estando, também, em consonância com o que preceitua a Portaria nº 445/98. Afastada, também, a presente preliminar de nulidade.

Terceira preliminar: No que se refere a esta, divirjo do entendimento do ilustre relator. A dita falta de discriminação das mercadorias por gênero e não por espécie, em parte do levantamento quantitativo de estoque sob análise, já está suficientemente clara nos autos a forma em que foi levado a efeito o procedimento fiscal.

O recorrente volta a argüir uma nulidade já afastada, corretamente, no julgamento de 1ª Instância, posto que, a própria forma de como procede, inviabiliza seu argumento, o qual reflete inconsistência na medida que o mesmo não faz prova daquilo que alega. Aliás, não vislumbro nas diligências que foram efetuadas, afirmativas taxativas de que os levantamentos poderiam ser

feitos por gênero. O próprio recorrente não apresenta um levantamento capaz de contrapor aqueles elaborados pela fiscalização, revisados e confirmados em quase sua totalidade pela ASTEC.

Considero oportuno reproduzir, aqui, em relação a esta mesma preliminar, o Voto Vencedor proferido na Decisão da 2ª CJF, Acórdão nº 0248-12/02, anulada pela Câmara Superior pelas razões já mencionadas pelo ilustre relator, pelo fato de possuir, neste aspecto, entendimento semelhante ao do Conselheiro emite do Voto mencionado:

“ (...)

Quanto à terceira nulidade suscitada, o fato que se vê nos autos, especificamente na auditoria de estoques elaborada pelo diligente da ASTEC (fls. 1.110 a 1.115) que serviu de base para o julgamento da 1ª Instância, é que esta foi executada por espécie e não por gênero como quer fazer crer o nobre Relator.

Por exemplo, os itens relativos a absorventes higiênicos estão separados como: “Miss Clássico cx 48X10 unid.”, Modess Normal cx 60X10 unid.”, e assim sucessivamente. Açúcar em: “Cristal em fardo”, “Cristal em sacos” e “refinado União”. Aguardente em: “3 fazendas”, “51”, “88”, “Chora Rita”, etc., etc. e etc..

Querer admitir que farinha de trigo é gênero que deveria estar separado em: “com fermento”, “comum”, “especial com fermento” (espécie), ou que Martini é gênero que deveria estar separado em: “seco”, “tinto” e “suave” (espécie), ou, pior ainda, que um refresco em pó, já identificado pela marca “Frisco” seja gênero e que deveria estar separado por sabor (espécie), conforme fl. 1103, é ultrapassar as raiais do bom senso.

O levantamento quantitativo deve sim ser efetuado com a maior especificidade dos produtos objeto da auditoria, mas, justificando-se nesta especificidade não se espera que desça a níveis do exagero, até porque, o preço médio, que o recorrente alardeou como incorreto e que lhe teria trazido prejuízo, é ponderado, ou seja, utiliza-se todo o volume de entrada ou de saída, conforme o caso, de cada produto escolhido no último mês do período. Desta forma, o preço médio, lembro, ponderado, reproduz, com exatidão, os valores omitidos em função do mix médio das operações do contribuinte com estes mesmos produtos.

Anular um levantamento criterioso, como o que foi elaborado pelos autuantes e pelo diligente da ASTEC, por um suposto prejuízo no cálculo do preço médio que jamais foi demonstrado pelo recorrente, nem apresentado por este outro preço médio que estaria dentro da sua “realidade”, desprezando a enorme quantidade de produtos em que ocorreram tanto omissão de entrada como de saída, ou seja, comprovada a prática do contribuinte de adquirir e vender produto sem documento fiscal, e conseqüentemente sem o pagamento do imposto, danosa ao Erário Estadual, não pode ser admitida.

Assim, como não foi demonstrado pelo recorrente o prejuízo que supostamente lhe foi imputado pelo levantamento que, diga-se de passagem, considero perfeito, o meu voto é pelo não acolhimento da nulidade suscitada, com lastro no § 2º, do art. 18, do RPAF/99.”

Pelo exposto, considero afastada todas as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Quanto ao mérito, não procede o argumento de que “a base de cálculo é equivocada, pois encontrada com base em método não previsto na legislação”. Ora, é o próprio autor da revisão fiscal quem informa “que os cálculos dos preços unitários médios foram corretamente efetuados pelos autuantes (...) em obediência às disposições do artigo 60, inciso II, letra “b” do RICMS, visto que os autuantes utilizaram o preço médio das compras efetivadas no último mês de aquisição”. E mais, declara que os autuantes “cumpriram o que determina a Portaria nº 445/98”, logo, não há o que se questionar em relação à determinação do valor da base de cálculo, em ambos os exercícios autuados.

No que se refere à afirmação do recorrente de que a autuação nos itens 01 e 02 cumula quantias ora impugnadas com os valores constantes do Auto de Infração nº 180573.0002/00-1, lavrado contra o seu estabelecimento matriz, não há como este argumento prosperar por dois motivos:

1) O Auto de Infração citado pelo recorrente, acima indicado, é, exatamente, o mesmo que ora se aprecia no presente julgamento. Portanto, não poderia ter sido lavrado o mesmo Auto de Infração para dois estabelecimentos.

2) O recorrente não aponta, objetivamente, quais as mercadorias em que incidiram em “*bis in idem*”.

Quanto à alegação de que os levantamentos quantitativos englobam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, inclusive oriundas deste Estado, não há como prevalecer pois o que se apurou nos levantamentos foram omissões de entradas de mercadorias, sendo lícito exigir-se o imposto normal por presunção de omissão de saídas anteriores não contabilizadas, além do imposto, por solidariedade, que deixou de ser pago em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Portanto, a exigência fiscal recai sobre a apuração de saídas anteriores de mercadorias tributáveis não registradas e sobre o imposto que deveria ter sido antecipado em relação às mercadorias adquiridas sem documentos fiscais, consoante está demonstrado nos levantamentos quantitativos.

Em relação à alegada falta de apreciação de “vários documentos fiscais” citados no item 19 do Recurso Voluntário, trata-se de repetição de argumentos já suscitados na impugnação inicial, os quais foram objeto de diligência fiscal que considerou e efetuou os ajustes pertinentes, nada mais restando a ser modificado.

Outro argumento do recorrente que não se sustenta diz respeito à pretensa transferência para o exercício de 1997 do montante das entradas omitidas no ano anterior. Ora, isto não é possível pois os levantamentos são autônomos, abrangem períodos distintos e consideram os estoques inicial e final escriturados em cada período, bem como, as notas fiscais de entradas e de saídas de cada exercício envolvido no levantamento. Aliás, vejo neste argumento do recorrente um claro reconhecimento da infração pertinente ao exercício de 1996 pois, se assim não for, não faria sentido formular o pleito acima, apesar da impossibilidade lógica quanto ao seu atendimento.

Quanto a possíveis equívocos de falta de consideração de notas fiscais nos levantamentos, erro de alíquota, MVA e apuração dos preços médios, estes itens foram objeto dos exames levados a

efeito pela diligência fiscal que apurou e corrigiu os equívocos, inclusive em relação a MVA, nada mais restando a ser modificado.

Por outro lado, considerando o constante na petição atravessada pelo recorrente às fls. 1747/1748 dos autos, onde está juntada cópia do Parecer GETRI nº 351/2002, observo que os produtos “achocolatados em pó” e “refrescos em pó (Tang, Frisco, etc.), não se enquadram no regime de substituição tributária, razão pela qual, devem ser excluídas da exigência fiscal pertinente a infração 2 o montante de R\$7.409,78 referente a refresco em pó, já que não houve exigência em relação a achocolatados. Por esta razão, a decisão pertinente a infração 2 deve ser provida em parte para que sejam excluídas as parcelas adiante indicadas, remanescendo um débito neste item no valor de R\$78.577,93 para o exercício de 1996 e R\$180.679,25 para o exercício de 1997.

| <u>Infração 2: Refresco em pó:</u> | 1996 | 1997 |
|---|-----------------|-----------------|
| - Q. Refresco sortido | 113,73 | -o- |
| - Q. Suco fresch | 168,54 | -o- |
| - Q. Suco guaraná | 1.371,59 | -o- |
| - Refresco frisco | 843,69 | 860,31 |
| - Refresco tornado | 1.303,75 | 299,74 |
| - Q. Refresco Loppy | -o- | 1.822,40 |
| - Refresco Loppy | <u>-o-</u> | <u>626,03</u> |
| - Total a excluir infração 2 R\$ | <u>3.801,30</u> | <u>3.608,48</u> |

Em relação às infrações 3 e 4, falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição e utilização indevida de créditos fiscais, a rigor, o recorrente, na peça recursal, não traz argumentos que possam modificar o julgamento efetuado pela 1ª Instância. A alegação de que “o débito pelas saídas compensa a omissão” não se sustenta na medida em que, caberia ao recorrente demonstrar e comprovar que o seu procedimento irregular não ocasionou danos à Fazenda Pública Estadual.

Vejo que as infrações estão caracterizadas e demonstradas nos autos, inclusive objeto de diligência fiscal saneadora, na medida em que a antecipação tributária tem previsão legal enquanto que o crédito fiscal de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não é permitida sua utilização pois já foi considerado no cálculo da antecipação tributária. Entretanto, vejo que, ante as razões já mencionadas no item anterior, devem ser excluídas do item 3 as exigências pertinentes a refrescos em pó pelo fato de que à época não havia previsão de enquadramento desse produto no regime de substituição tributária. Conseqüentemente, a Decisão em relação à infração 03 deve ser alterada para que seja deduzido o montante de R\$4.766,61 com base no demonstrativo abaixo:

Infração 3: Refresco em pó:

| | | | | | |
|-------|-----------|------------|-------|-----------|------------|
| 01/96 | NF 248044 | R\$ 56,27 | 01/97 | NF 209099 | R\$ 87,03 |
| 02/96 | NF 284228 | R\$ 242,03 | 01/97 | NF 209115 | R\$ 85,17 |
| 04/96 | NF 329852 | R\$ 230,76 | 01/97 | NF 233059 | R\$ 177,46 |
| 04/96 | NF 329851 | R\$ 312,75 | 01/97 | NF 233051 | R\$ 85,17 |
| 04/96 | NF 329846 | R\$ 182,47 | 02/97 | NF 261481 | R\$ 85,17 |
| 07/96 | NF 430565 | R\$ 176,87 | 02/97 | NF 301410 | R\$ 236,61 |
| 07/96 | NF 010938 | R\$ 366,86 | 03/97 | NF 349350 | R\$ 224,07 |
| 07/96 | NF 010917 | R\$ 99,49 | 05/97 | NF 419946 | R\$ 414,51 |
| 09/96 | NF 078539 | R\$ 61,50 | 06/97 | NF 496098 | R\$ 60,42 |
| 09/96 | NF 078534 | R\$ 28,50 | 07/97 | NF 541162 | R\$ 90,49 |

| | | | | | |
|--------------------|-----------|---------------------------|--------------------|-----------|---------------------------|
| 09/96 | NF 078548 | R\$ 191,86 | 08/97 | NF 559058 | R\$ 186,31 |
| 11/96 | NF 131951 | R\$ 131,24 | 08/97 | NF 564625 | R\$ 23,03 |
| 11/96 | NF 149260 | R\$ 31,96 | 08/97 | NF 564624 | R\$ 73,61 |
| 11/96 | NF 110467 | R\$ 390,51 | 09/97 | NF 625631 | R\$ 36,20 |
| 12/96 | NF 161158 | R\$ 298,75 | 09/97 | NF 633182 | R\$ 99,54 |
| Total / 1996.....: | | <u>R\$2.801,82</u> | Total / 1997.....: | | <u>R\$1.964,79</u> |

Portanto, à luz do demonstrativo acima, a Decisão pertinente à infração 3 deve ser parcialmente provida, enquanto a infração 4, permanece inalterada.

No tocante à infração 5, a almejada redução da base de cálculo já foi considerada no julgamento anterior com base na diligência fiscal realizada.

Já em relação à infração 6 há um claro reconhecimento da mesma pelo recorrente e, em razão de inexistirem razões fáticas para se decretar a nulidade da autuação, permanece inalterada a Decisão Recorrida.

Naquilo que se refere ao tópico intitulado “Adendo de razões, via Recurso Voluntário”, o que se configura, a rigor, são repetições dos argumentos já apresentados e apreciados anteriormente, os quais, por não inovarem em nada, são incapazes de proporcionar qualquer alteração no julgado.

Por todo o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Ofício e pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão Recorrida em relação às infrações 2 e 3, para que sejam excluídas apenas as exigências fiscais pertinente ao item “refresco em pó” e julgar Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, cujo débito fica representado na forma abaixo:

| DEMONSTRATIVO DO DÉBITO | | | | | |
|-------------------------|------|----------|----------------|--------------|----------------|
| OCORR. | INF. | DATA | VALOR ANTERIOR | EXCLUSÃO | VALOR DEVIDO |
| 1 | 1 | 31/12/96 | R\$ 201.143,39 | R\$ - | R\$ 201.143,39 |
| 2 | 1 | 31/12/97 | R\$ 231.380,04 | R\$ - | R\$ 231.380,04 |
| 3 | 2 | 31/12/96 | R\$ 82.379,23 | R\$ 3.801,30 | R\$ 78.577,93 |
| 4 | 2 | 31/12/97 | R\$ 184.287,73 | R\$ 3.608,48 | R\$ 180.679,25 |
| 5 | 3 | 31/01/96 | R\$ 631,39 | R\$ 56,27 | R\$ 575,12 |
| 6 | 3 | 29/02/96 | R\$ 1.827,99 | R\$ 242,03 | R\$ 1.585,96 |
| 7 | 3 | 31/03/03 | R\$ 2.480,19 | R\$ - | R\$ 2.480,19 |
| 8 | 3 | 30/04/96 | R\$ 3.551,52 | R\$ 725,98 | R\$ 2.825,54 |
| 9 | 3 | 31/05/96 | R\$ 1.241,17 | R\$ - | R\$ 1.241,17 |
| 10 | 3 | 30/06/96 | R\$ 3.140,71 | R\$ - | R\$ 3.140,71 |
| 11 | 3 | 31/07/96 | R\$ 3.058,50 | R\$ 643,22 | R\$ 2.415,28 |
| 12 | 3 | 31/08/96 | R\$ 1.061,77 | R\$ - | R\$ 1.061,77 |
| 13 | 3 | 30/09/96 | R\$ 2.231,02 | R\$ 281,86 | R\$ 1.949,16 |
| 14 | 3 | 31/10/96 | R\$ 2.071,56 | R\$ - | R\$ 2.071,56 |
| 15 | 3 | 30/11/96 | R\$ 5.663,92 | R\$ 553,71 | R\$ 5.110,21 |
| 16 | 3 | 31/12/96 | R\$ 2.712,57 | R\$ 298,75 | R\$ 2.413,82 |
| 17 | 3 | 31/01/97 | R\$ 1.014,43 | R\$ 434,83 | R\$ 579,60 |

| | | | | | |
|----|---|----------|--------------|------------|--------------|
| 18 | 3 | 28/02/97 | R\$ 978,35 | R\$ 321,78 | R\$ 656,57 |
| 19 | 3 | 31/03/97 | R\$ 732,00 | R\$ 224,07 | R\$ 507,93 |
| 20 | 3 | 30/04/97 | R\$ 1.037,80 | R\$ - | R\$ 1.037,80 |
| 21 | 3 | 31/05/97 | R\$ 1.488,62 | R\$ 414,51 | R\$ 1.074,11 |
| 22 | 3 | 30/06/97 | R\$ 2.860,86 | R\$ 60,42 | R\$ 2.800,44 |
| 23 | 3 | 31/07/97 | R\$ 3.287,77 | R\$ 90,49 | R\$ 3.197,28 |
| 24 | 3 | 31/08/97 | R\$ 4.967,86 | R\$ 282,95 | R\$ 4.684,91 |
| 25 | 3 | 30/09/97 | R\$ 5.588,10 | R\$ 135,74 | R\$ 5.452,36 |
| 26 | 3 | 31/10/97 | R\$ 4.187,20 | R\$ - | R\$ 4.187,20 |
| 27 | 3 | 30/11/97 | R\$ 3.255,03 | R\$ - | R\$ 3.255,03 |
| 28 | 3 | 31/12/97 | R\$ 3.072,21 | R\$ - | R\$ 3.072,21 |
| 29 | 4 | 31/01/96 | R\$ 2.652,35 | R\$ - | R\$ 2.652,35 |
| 30 | 4 | 29/02/96 | R\$ 1.437,84 | R\$ - | R\$ 1.437,84 |
| 31 | 4 | 31/03/96 | R\$ 1.736,12 | R\$ - | R\$ 1.736,12 |
| 32 | 4 | 30/04/96 | R\$ 6.592,96 | R\$ - | R\$ 6.592,96 |
| 33 | 4 | 31/05/96 | R\$ 3.400,57 | R\$ - | R\$ 3.400,57 |
| 34 | 4 | 30/06/96 | R\$ 3.577,93 | R\$ - | R\$ 3.577,93 |
| 35 | 4 | 31/07/96 | R\$ 2.895,06 | R\$ - | R\$ 2.895,06 |
| 36 | 4 | 31/08/96 | R\$ 3.329,59 | R\$ - | R\$ 3.329,59 |
| 37 | 4 | 30/09/96 | R\$ 1.292,48 | R\$ - | R\$ 1.292,48 |
| 38 | 4 | 31/10/96 | R\$ 4.651,92 | R\$ - | R\$ 4.651,92 |
| 39 | 4 | 30/11/96 | R\$ 2.459,40 | R\$ - | R\$ 2.459,40 |
| 40 | 4 | 31/12/96 | R\$ 1.779,54 | R\$ - | R\$ 1.779,54 |
| 41 | 4 | 31/01/96 | R\$ 899,77 | R\$ - | R\$ 899,77 |
| 42 | 4 | 28/02/97 | R\$ 976,31 | R\$ - | R\$ 976,31 |
| 43 | 4 | 31/03/97 | R\$ 1.139,15 | R\$ - | R\$ 1.139,15 |
| 44 | 4 | 30/04/97 | R\$ 1.512,05 | R\$ - | R\$ 1.512,05 |
| 45 | 4 | 31/05/97 | R\$ 1.404,36 | R\$ - | R\$ 1.404,36 |
| 46 | 4 | 30/06/97 | R\$ 1.441,38 | R\$ - | R\$ 1.441,38 |
| 47 | 4 | 31/07/97 | R\$ 3.983,34 | R\$ - | R\$ 3.983,34 |
| 48 | 4 | 31/08/97 | R\$ 3.245,95 | R\$ - | R\$ 3.245,95 |
| 49 | 4 | 30/09/97 | R\$ 3.949,72 | R\$ - | R\$ 3.949,72 |
| 50 | 4 | 31/10/97 | R\$ 2.172,42 | R\$ - | R\$ 2.172,42 |
| 51 | 4 | 30/11/97 | R\$ 662,56 | R\$ - | R\$ 662,56 |
| 52 | 4 | 31/12/97 | R\$ 1.852,20 | R\$ - | R\$ 1.852,20 |
| 53 | 5 | 29/02/96 | R\$ 9.727,54 | R\$ - | R\$ 9.727,54 |
| 54 | 6 | 31/01/96 | R\$ 919,09 | R\$ - | R\$ 919,09 |
| 55 | 6 | 30/04/96 | R\$ 115,91 | R\$ - | R\$ 115,91 |
| 56 | 6 | 31/08/96 | R\$ 530,00 | R\$ - | R\$ 530,00 |
| 57 | 6 | 31/10/96 | R\$ 65,30 | R\$ - | R\$ 65,30 |
| 58 | 6 | 30/11/96 | R\$ 1.996,45 | R\$ - | R\$ 1.996,45 |
| 59 | 6 | 30/04/97 | R\$ 153,75 | R\$ - | R\$ 153,75 |

| | | | | | |
|-------|---|----------|----------------|---------------|----------------|
| 60 | 6 | 31/10/97 | R\$ 195,00 | R\$ - | R\$ 195,00 |
| 61 | 5 | 30/11/97 | R\$ 252,50 | R\$ - | R\$ 252,50 |
| TOTAL | | | R\$ 834.333,44 | R\$ 12.176,39 | R\$ 822.157,05 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício, e em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0002/00-1**, lavrado contra **CEREALISTA CASTRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$822.157,05**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$432.523,43, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96 e 60% sobre R\$389.633,62, prevista no art. 61, II, “d”, da Lei nº 4.825/89, alterada pela Lei nº 6.934/96, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, II, “d” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Sandra Urânia Silva Andrade e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de Maio de 2003.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFUZ