

PROCESSO - A.I. Nº 207093.0009/01-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PLUS VITA ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - PLUS VITA ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0430-04/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.03.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-11/03

EMENTA: ICMS. 1. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do item 1 da autuação. Os vícios e incorreções detectados são insuficientes para acarretar a nulidade decretada pois são passíveis de saneamento na fase instrutória do processo. Cumpre afastar o julgamento pela nulidade do item 1, com base no princípio de que é dever do órgão de primeira instância determinar as providências saneadoras pertinentes. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão reformada para apreciação do mérito concernente ao item 1. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS PARA MICROEMPRESAS. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Infração caracterizada. Recurso de Ofício PROVIDO. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão Unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Ofício com base no art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99 e também um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 274.576,76, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado.
2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 1.392,24, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa.

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

“Com relação à primeira preliminar de nulidade, ressalto que o art. 173 do Código Tributário Nacional e o art. 965 do RICMS-BA/96 prevêem que *O direito de a Fazenda Pública constituir o*

crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: 1 - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado [...].

Com base no disposto acima, o Estado tinha até 31/12/01 para constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 1996. Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/01, fica claro que não ocorreu a alegada decadência. Dessa forma, rejeito a primeira preliminar de nulidade suscitada.

A segunda preliminar de nulidade deve ser analisada, separadamente, em relação a cada uma das infrações que compõem o lançamento.

No que tange à infração 1, observo que o levantamento quantitativo de estoque realizado contém diversos erros, os quais impedem que se determine, com segurança, a ocorrência da infração que foi imputada ao autuado.

Por amostragem, o autuado indicou e anexou provas de que diversas notas fiscais de saídas de mercadorias deixaram de ser incluídas na auditoria de estoque. Essas omissões foram posteriormente comprovadas por diligência efetuada pela ASTEC. Além disso, o diligenciador ressaltou que uma grande parte das notas fiscais de saídas emitidas nos meses de janeiro a abril de 1996 não foram consideradas pelo autuante.

Ante a quantidade de incorreções existentes no levantamento quantitativo, uma eventual tentativa de correção do mesmo só é possível mediante o refazimento integral da auditoria de estoque. Esse fato fica claro quando o Parecer ASTEC Nº 248/02, ao se referir aos equívocos cometidos pelo autuante, assevera que “as falhas existentes nos levantamentos fiscais não são apenas pontuais ou restritas a algumas notas fiscais”. Uma vez que, não cabe à ASTEC o refazimento total de uma fiscalização, entendo que as omissões e incorreções existentes no presente lançamento não são passíveis do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Os autos mostram que o autuado não entregou ao diligenciador, da forma como foram solicitados, os documentos fiscais necessários ao atendimento da diligência. Esse fato, contudo, não caracteriza que o autuado tenha dado causa à nulidade e, em consequência, não seja possível a declaração desta em benefício daquele, conforme prevê o art. 18, § 2º, do RPAF/99. Entendo que, no caso em lide, a nulidade foi causada pelo próprio autuante ao deixar de considerar todas as notas fiscais emitidas pelo autuado e que deveriam integrar o levantamento, o que terminou por acarretar insegurança ao lançamento. Ademais, apenas com os documentos anexados aos autos pelo autuado e pelo diligenciador, fico convencido que a determinação da infração é insegura e que o montante exigido não é certo.

Portanto, com base nos documentos anexados ao PAF e, especialmente, no resultado da diligência efetuada pela ASTEC, acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado e julgo nula a infração 1, conforme previsto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que seja refeita a auditoria fiscal de estoque, visando verificar se, efetivamente, ocorreu ou não a infração que foi imputada ao autuado e exigir o imposto por ventura devido.

Com relação à infração 2, não há razão para a nulidade do Auto de Infração, pois o mesmo não possui nenhum dos vícios elencados no art. 18 do RPAF/99 que o inquiere de nulidade.

Adentrando no mérito da autuação, relativamente à infração 2, observo que o autuado apenas questionou a decadência referente aos fatos geradores ocorridos antes de 28/12/96, sendo que essa alegação já foi afastada na apreciação da primeira preliminar de nulidade. Em sua defesa, o autuado não se manifestou e nem contrapôs números ao levantamento efetuado pelo autuante. Da análise dos autos, verifico que a infração imputada ao autuado está devidamente caracterizada. Assim, considero que foi correto o procedimento do autuante e manter devidos os valores cobrados.

Por fim, ressalto que a presente autuação é composta de duas infrações. Dessa forma, a alegação do autuante de que o lançamento é referente a quatro irregularidades não tem fundamento.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 1.392,24”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde insiste na preliminar de decadência uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 28 de dezembro de 2001, não podendo alcançar fatos geradores anteriores a dezembro de 1996, em vista do que prevê o art.150 do CTN que fixa o prazo para homologação em 5 anos a contar da data de ocorrência do fato gerador.

Afirma que o art.173, I do CTN somente poderia ser aplicado em caso de fraude, dolo ou simulação ou quando não há o pagamento antecipado, de acordo com Decisão recente do STJ, cuja ementa transcreve.

Acrescenta que o art.173, I do CTN não tem aplicabilidade nos lançamentos por homologação uma vez que neste tipo de lançamento cabe ao contribuinte apurar e promover o recolhimento do tributo.

Que relativamente à infração 2 traz uma Decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda sobre a inaplicabilidade do art.173, I do CTN aos tributos submetidos ao lançamento por homologação.

Afirma ainda que o fiscal autuante não individualizou nem demonstrou a divergência entre os valores recolhidos e os supostamente devidos e que não abateu os valores já recolhidos, apesar de reconhecer expressamente que o recorrente promoveu o pagamento de ICMS referente às operações com microempresa situadas em outra unidade da Federação.

Diz que a ausência de levantamento individualizado prejudicou gravemente o direito de defesa do contribuinte que não teve como identificar qual a operação autuada diante do absurdo número de operações efetuadas no período autuado e pede o julgamento do auto pela nulidade.

No mérito alega que as operações com microempresa foram todas escrituradas e tributadas inexistindo tributo a recolher, o que pode ser verificado na escrita fiscal e nas guias de recolhimento do tributo exigido que poderão ser apresentadas, desde que devidamente identificadas.

Em Parecer, a PROFAZ opina pelo não provimento do Recurso Voluntário por entender que a infração 2 está devidamente caracterizada e tipificada no lançamento tendo o contribuinte se limitado a afirmar a falta de consideração dos recolhimentos efetuados sem apresentar qualquer prova que ampare as suas alegações.

VOTO

Neste Auto de Infração vamos apreciar em 2ª Instância tanto um Recurso de Ofício quanto um Recurso Voluntário.

Inicialmente vamos analisar a parte relativa ao Recurso de Ofício que se refere à falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

No julgamento realizado pela 4ª JF verificou-se que o levantamento realizado contém diversos erros o que impediu a determinação da infração com segurança, tendo o autuado comprovado que diversas notas fiscais de saída deixaram de ser incluídas na auditoria de estoque, o que foi, inclusive, comprovado em diligência pela ASTEC.

Mesmo em vista da grande quantidade de incorreções encontradas no levantamento e estando correta a afirmativa de que não caberia à ASTEC refazer o item 1, entendo que não está presente a hipótese de nulidade, uma vez que as falhas poderiam ser sanadas pelo próprio autuante, já que foram identificadas as notas fiscais não consideradas, o que se enquadra na previsão do art.18, §1º do RPAF/99.

Assim, voto pelo Provimento do Recurso de Ofício afastando a Nulidade decretada pela 4ª JF, devendo o presente Auto de Infração retornar ao Relator “a quo” para que o mesmo encaminhe o PAF ao autuante a fim de sanar as incorreções existentes, devendo ser reaberto o prazo de defesa para o contribuinte após o saneamento.

O Recurso Voluntário refere-se ao item 2 que reclama retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativa às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa.

O recorrente restringe-se a alegar a decadência do período objeto da autuação, e quanto ao mérito apenas alega, sem, contudo comprovar, que todas as suas operações com microempresa foram escrituradas e tributadas, assim, não há que prevalecer tal alegação por absoluta falta de comprovação do quanto foi alegado.

Relativamente à preliminar de decadência, o recorrente traz Decisão do STJ onde há o entendimento de nos lançamentos por homologação, havendo o pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador e que somente na hipótese de não haver o pagamento antecipado, ou havendo prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I do CTN.

Ocorre que, o que se reclama neste Auto de Infração é exatamente a falta de pagamento de parte do ICMS devido, e que não foi comprovado pelo contribuinte através de documentos hábeis que este pagamento tenha ocorrido, assim, a regra aplicável é a do art. 173, I do CTN e não a do art. 150, §4º como imagina o recorrente.

Quanto à preliminar de nulidade levantada para este item 2, não vislumbro a ocorrência de qualquer prejuízo à defesa do contribuinte uma vez inexistirem vícios que gerassem o cerceamento ao direito de defesa.

Assim, voto pelo não provimento do Recurso Voluntário, ficando rechaçadas as preliminares de decadência e nulidade levantadas no item 2, devendo ser mantido o Acórdão Recorrido, de acordo com a sugestão da PROFAZ, quanto a este item da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207093.0009/01-2**, lavrado contra **PLUS VITA ALIMENTOS LTDA.**, devendo: 1) Ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.392,24, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 61, II, “d” da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios; 2) Retornar os autos ao órgão prolator da decisão reformada para apreciação das razões de mérito do item 1.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA

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