

PROCESSO	- A.I. Nº 232948.0013/98-3
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TROPICAL DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDOS	- TROPICAL DISTRIBUIDORA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0210-02/03
ORIGEM	- INFAZ BONOCÔ
INTERNET	- 03.10.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência subsistente em parte, após revisão fiscal; **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida pelo autuado. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a origem da receita com a escrituração na contabilidade, cabe apenas a exigência da multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Infração subsistente em parte. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NAS VENDAS PARA MICROEMPRESA. Constatada parcialmente a infração, após revisão fiscal. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações subsistentes em parte, após realização de revisão fiscal. Exigência do ICMS por responsabilidade solidária, em nova ação fiscal. Afastada a nulidade suscita no voto do relator José Carlos Barros Rodeiro, pois não há vício em relação ao ICMS exigido no exercício de 1998, ainda que os livros e documentos fiscais não tenham sido requisitados através de Termo de Intimação. O período em questão foi objeto de levantamento de estoques – exercício aberto – procedimento regulamente acompanhado pelo contribuinte. Prevalecem os princípios da verdade material e da vinculação do ato administrativo à lei. Apurada infração à legislação tributária a autoridade fiscal deve proceder ao lançamento sob pena de responsabilidade funcional. Não houve afronta pela fiscalização à disposição expressa de lei. Acertada a decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado exigindo pagamento de imposto no valor de R\$58.974,62, além da multa no valor de R\$17.448,28.

O Julgamento foi precedido de duas diligências realizadas pela ASTEC.

Em síntese, a Decisão de Primeira Instância tem a seguinte fundamentação:

Infração 01 – utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$9.805,33, referente as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Considerou a *subsistência parcial da exigência fiscal*, no valor de R\$6.204,18, lastrada na informação fiscal às fls. 1.855 e 1.856 do PAF, após análise das alegações de defesa e das provas processuais.

Infração 02 – falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$19.170,45, decorrente de entradas de mercadorias não escrituradas no livro Registro de Entradas, inerente ao exercício de 1997.

Constatou que o contribuinte apenas deixou de registrar as notas fiscais em sua escrita fiscal, tendo, contudo, as contabilizadas no livro Diário, consoante fls. 703 a 750 do PAF, daí deu pela insubsistência da infração quanto à obrigação principal.

Porém, considerou o cometimento de infração à obrigação acessória e aplicou a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, nos termos do art. 157 do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, e conforme art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – utilização indevida de crédito fiscal, no montante de R\$4.303,86, superior ao destacado nas Notas Fiscais de nºs 80562 e 33247, no mês de abril de 1997.

Reconhecida pelo autuado.

Infração 04 – falta de retenção do ICMS, no valor de R\$16.953,71, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas internas para microempresa, nos meses de dez/96 a jan/98.

Considerou subsistente em parte tendo em vista a revisão fiscal, às fls. 1.979 a 1.989.

Infração 05 – falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$26.057,64, inerente às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem documentação fiscal, detectadas por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, nos exercícios de 1996 e 1998.

Considerou parcialmente procedente a exigência, nos valor de R\$ 18.960,36, nos seguintes termos:

- “*Quanto ao exercício de 1996, da base de cálculo de omissão de saídas, no valor de R\$97.541,30, apurada na revisão fiscal, conforme demonstrativo à fl. 1991, deve-se deduzir o valor de R\$41.676,32 referente a farinha de trigo, mercadoria com tributação com fase encerrada. Assim,*

remanesce a base de cálculo de R\$55.864,98, que a alíquota de 17% resulta o ICMS de R\$9.497,05, conforme demonstrado à fl. 2.244 dos autos.

- *No tocante ao exercício de 1998, por se tratar de levantamento quantitativo em exercício aberto (01/01/98 a 13/02/98 – fl. 578 do PAF), no qual foi constatado pela revisão fiscal (fl. 2.085), simultaneamente, omissões de entradas e de saídas, deve-se exigir o imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias, por ser o de maior montante, no valor de R\$9.463,31 (resultado da alíquota de 17% sobre a base de cálculo de R\$55.666,50), conforme originalmente consignado no Auto de Infração, e, através de uma nova ação fiscal, do que fica logo representado ao Inspetor da INFAZ BONOCÔ, nos termos do art. 156 do RPAF/99, a exigência do ICMS de responsabilidade solidária, no valor de R\$3.825,37, nos termos do art. 39, inciso V, do RICMS/BA.”*

Infração 06 – falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$56.259,40, pela presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, anteriormente efetuadas, decorrente da falta de escrituração de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, no exercício de 1997.

Julgou também parcialmente procedente essa exigência, no valor de R\$24.431,64, com base no resultado das diligências, da informação fiscal do autuante e do demonstrativo apresentado pelo autuado, diante das constatações a seguir transcritas:

“Revisão fiscal apurou a base de cálculo de omissão de entradas de mercadorias, no valor de R\$169.465,30, conforme demonstrativo à fl. 2.045 dos autos, do que discordou o autuado sob as alegações de erro ao considerar o estoque inicial de 100 cx. de “Biscoito D. Benta Recheado (40X100)”, já que o estoque final do exercício anterior foi zero, como também por cometer diversos equívocos na soma das colunas “Estoque Inicial” e “Entradas C/N. Fiscais”. Assim, à fl. 2.235 do PAF, o sujeito passivo anexa novo demonstrativo consignando a base de cálculo de omissão de saídas de mercadorias no valor de R\$76.246,17, que à alíquota de 17%, apura como devido o ICMS de R\$12.961,85.

Já o autuante, em sua informação fiscal, à fl. 2.242, ressalta que o autuado ao elaborar o novo demonstrativo alterou diversos valores da coluna “SAÍDAS C/N.FISCAIS”, sem justificar tal modificação. Por fim, apresenta demonstrativo, à fl. 2.245, retificando os equívocos cometidos pela revisora e pelo autuado, onde apura a base de cálculo de omissão de entradas de mercadorias, no valor de R\$143.715,56.

A partir da constatação desta base de cálculo, deve-se aplicar a alíquota de 17% para se apurar o ICMS devido, no valor de R\$24.431,64, relativo às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte, sem pagamento do imposto, cujas receitas foram utilizadas para pagamento destas mercadorias, entradas sem registro, conforme presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.017/96.

Deve-se ressaltar que as mercadorias, objeto da segunda infração, diferem dos produtos relativos à sexta infração”.

Inconformado com a Decisão, o recorrente interpõe Recurso Voluntário centrado nos itens 5 e 6.

Com relação à infração 5 alega que caberia somente o levantamento quantitativo referente ao exercício de 1996, uma vez que o próprio autuante havia esclarecido que o de 1998 não seria objeto de apreciação; que haveria erros e enganos no levantamento efetuado pela revisora porquanto incluía indevidamente saídas correspondentes ao exercício de 1997; e que restou esclarecido que o valor relativo a farinha de trigo deveria ser abatido cuja tributação ocorrera antecipadamente.

Reitera que, relativamente ao exercício de 1998 o autuante, em sua informação fiscal, retirou tal exigência por entender que estaria errado, pois não tinha autorização para realizá-lo. E que a revisora havia elaborado outro documento alcançando 20 espécies de mercadorias extrapolando os limites da revisão.

Junta a cópia do Auto de Infração nº 232948.02205/00-9, que teria levantado o quantitativo integral do exercício de 1998.

Sobre o item 6, alega a existência de enganos no levantamento da auditora, a saber:

- a) que o estoque de “biscoito Dona Benta” em 1996 foi zero e teria sido transportado 100 caixas para o exercício de 1997;
- b) constatou 17 erros no somatório do estoque inicial com as entradas de exercício, que assinalou com um asterisco no seu Demonstrativo de Estoque.
- c) Concorde com o valor da omissão de saídas apurada, mas alega que deveria ser deduzida da base de cálculo os valores de R\$1.587,45 e R\$9.782,86, respectivamente referentes a “Aguardente Pirassurunga” e “Farinha de Trigo Soberana”, reduzindo-a para R\$76.246,17, importando em uma exigência.

Aduz, ainda, que só haveria provas de que foram examinadas e comparadas as entradas.

Apresenta no final quadro demonstrativo do débito dos itens do Auto de Infração com os valores da autuação, das revisões e o reconhecido pelo autuado.

Conclui que não lhe parece que as suas razões fundamentadas nas peças acostadas ao PAF não teriam sido cuidadosamente examinadas razão porque apela para que sejam reexaminadas para se fazer Justiça.

A PGE/PROFIS em Parecer verifica que no tocante ao item 5, o fiscal equivocadamente opinou pelo cancelamento do montante devido relativo ao exercício de 1998, que teria qualificado como levantamento em exercício fechado, que na verdade foi em exercício aberto. Entende como os revisores que deve ser mantido em relação ao meses apurados, tendo em vista, inclusive que a JJF recomendou a INFAZ que completasse a fiscalização relativa àquele ano.

Com relação ao item 6 entende que todos os argumentos apresentados já foram analisados pela ASTEC e JJF, e acompanha os seus pronunciamentos por serem fáticos.

Opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO VENCIDO

Com relação ao Recurso de Ofício referente às infrações 1, 2, 4, 5 e 6, entendo que o Julgamento prolatado pela 2ª JJF está correto porquanto verifico que as revisões estão devidamente fundamentadas, a saber;

- a) Quanto à infração 1, foi comprovada a subsistência parcial da exigência fiscal, consoante informação fiscal, após análise das alegações de defesa e das provas processuais;
- b) Sobre a 2, o Julgador considerou, corretamente, que a falta de registro das notas fiscais na escrita fiscal do contribuinte, contudo, contabilizadas no livro Diário, elidiria a exigência quanto à obrigação principal, porém, aplicou a multa de 10% do valor comercial da mercadoria pelo cometimento da infração à obrigação acessória;
- c) A infração 4, também foi considerada parcialmente procedente em decorrência da revisão fiscal realizada;
- d) Igualmente a infração 5, foi julgada parcialmente subsistente, em face de revisão que excluiu da base de cálculo do levantamento relativo ao exercício de 1996, o valor referente à farinha de trigo, por ser mercadoria com tributação encerrada;
- e) Por fim, constato que a redução do valor da exigência do imposto com relação à infração 6, decorreu da própria retificação do levantamento efetuada pelo próprio autuante, após a revisão fiscal e a vista do novo demonstrativo apresentado pelo autuado.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

Com relação ao Recurso Voluntário, verifico que se cinge às infrações 5 e 6.

Sobre o item 5, o recorrente alega que o levantamento quantitativo relativo ao exercício de 1998 foi indevido, por não ter o autuante autorização para realizá-lo.

Verifico, à fl. 8, cópia da intimação ao recorrente para apresentar os livros e documentos fiscais relativos aos anos de 1993/1997.

Entendo que o prazo previsto na intimação propicia ao contribuinte a oportunidade de coletar, organizar e, até, efetuar a revisão daquela documentação solicitada. Faz parte, ao meu ver, do próprio processo de defesa da autuação que, porventura, venha a acontecer.

No caso, ao estender o seu levantamento aos primeiros meses de 1998, sem ter previamente intimado o contribuinte, o autuante retirou-lhe aquela possibilidade de rever os lançamentos efetuados na sua contabilidade fiscal, prejudicando o seu direito de defesa em um sentido mais amplo.

Assim, diante da previsão do art. 18, inciso II, do RPAF, julgo NULA a exigência relativa às omissões de saídas, apuradas mediante levantamento quantitativo, em exercício aberto, nos meses de janeiro e

fevereiro de 1998, recomendando que o Inspetor da INFAP responsável verifique se o Auto de Infração nº 232948.02205/00-9, teria realmente levantado o quantitativo integral daquele exercício e atendida a representação da JJF, quanto à apuração da responsabilidade solidária.

Quanto à infração 6, constato que a argumentação do recorrente recai sobre aspectos fáticos já analisados e revistos pela ASTEC e o próprio autuante em sua informação fiscal e, por fim, acatados na Decisão Recorrida. Acompanho o Parecer da Douta Procuradora para manter a exigência conforme julgada.

Voto, pois, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha para discordar do voto ilustre Relator, pois entendo inexistente a nulidade da exigência fiscal com relação às omissões de saídas apuradas nos meses de janeiro e fevereiro do exercício de 1998 que compõem o item 5 do Auto de Infração. Este item é objeto do Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte e a posição de contrariedade em relação ao voto do Sr. Relator se circunscreve somente a esta exigência. Em relação aos demais itens da autuação acompanho o voto do Conselheiro José Carlos Barros Rodeiro.

Eis os fundamentos da divergência. Apesar da intimação realizada pela autoridade fiscal solicitar do contribuinte os livros e documentos relativos aos anos de 1993/1997, não estaria impedida a fiscalização de apurar infrações outras, vindo a tomar conhecimento das mesmas. É que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único, do art. 142 do Código Tributário Nacional. Além disso, no Regulamento do Processo Administrativo (RPAF), não há regra expressa que vede a lavratura de Autos de Infração em relação a períodos que não constem do termo de intimação. Em verdade, o art. 26, inciso IV, da norma que regulamenta o processo fiscal dispõe que o procedimento fiscal pode se iniciar com a lavratura direta do Auto de Infração. Outro aspecto relevante deste caso refere-se ao fato de documentação do período de 1998 ter sido espontaneamente entregue à autoridade fiscal e do levantamento correspondente, relacionado à contagem dos estoques, exercício em aberto, ter sido efetuado com o acompanhamento do contribuinte (apurção do estoque existente no estabelecimento, conforme se verifica nos demonstrativos que integram o anexo VII, folhas 578 a 651 do PAF).

Ausente, portanto, vício formal que justifique a anulação do ato administrativo de lançamento, pois o procedimento adotado não contrariou disposição expressa de lei ou princípio processual e o contribuinte exerceu regularmente o seu direito de ampla defesa. Prevalece, neste caso, o princípio da verdade material e da vinculação do ato administrativo à lei, pois verificado o cometimento da infração à legislação tributária deve a autoridade proceder ao lançamento tributário.

Acrescente-se ao que foi acima afirmado que em se tratando de levantamento de estoques, exercício aberto, ficaria impossibilitada a renovação do procedimento fiscal, caso fosse decretada a nulidade do item, pois o estoque final foi apurado no ato da ação fiscal, não havendo mais como se refazer a contagem das mercadorias existentes no estabelecimento do contribuinte, já que este tipo de procedimento conta exatamente com o elemento “surpresa”, objetivando verificar se o contribuinte

efetivamente emitia notas fiscais para acobertar as operações de saídas dos produtos que comercializava.

Voto, pois, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 não unânime, o Recurso Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232948.0013/98-3-, lavrado contra **TROPICAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.974,62**, atualizado monetariamente, acrescido das multas 60%, sobre R\$15.582,62 e de 70% sobre R\$43.392,00, previstas no art. 42, II, "e", VII, "a" e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa, no valor de **R\$17.448,28**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, IX, da citada lei.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro e Fauze Midlej.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR DO VOTO VENCIDO (EM PARTE)

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR DO VOTO VENCEDOR (EM PARTE)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS