

PROCESSO - A.I. Nº 207155.0050/02-7
RECORRENTE - SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 1ª JJF nº 0036-01/03
ORIGEM - INFAS SIMÔES FILHO
INTERNET - 22.04.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0160-11/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA PELO AUTUADO ACERCA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NOVA DECISÃO. A falta de apreciação da alegação do recorrente que realizou pagamentos em parte das infrações implica em cerceamento ao direito de defesa. Incumbe, portanto, ao órgão prolator da Decisão recorrida, promover o saneamento do feito e proferir nova Decisão a salvo de incorreções. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para, em novo julgamento, apreciar as alegações do recorrente quanto ao pagamento realizado antes de iniciado o procedimento fiscal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2002, apura a falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS relativa a aquisições interestaduais de bens destinados a consumo do estabelecimento. Imposto exigido: R\$15.027,65. Multa 60%.

O autuado concorda com o enquadramento e, portanto, cobrança da diferença de alíquota de parte das mercadorias relacionadas pelo autuante, entretanto discorda da mesma cobrança com relação às seguintes: suporte para copos, sacos, canudo, guardanapo, guardanapo casquinha, colher sundae, lâmina HB, CB e produção, lâmina bandeja, brindes diversos e materiais de festa, uma vez que são mercadorias que se integram ao produto final comercializado, que estão vinculadas indissociavelmente à comercialização, (art. 93, § 1º, inc. I, a, b, e c, do RICMS) estão incluídos no preço do produto final cobrados diretamente aos consumidores, passando a descrever a utilidade de cada item que discorda da cobrança.

Alega, ainda, que a diferença de alíquota a ser cobrada deveria ser de 2%, ou seja, diferença entre 7% e 5%, uma vez que, pelo regime especial de apuração que possui, a alíquota é de 5% e que no item 06.02.01, constante do Auto de Infração foi aplicada a alíquota de 17%.

Pedindo, por fim, a Nulidade ou a Improcedência da ação fiscal, não cabendo a cobrança da diferença de alíquota pelas aquisições muito menos, aplicando uma alíquota de 17%, que não reflete a diferença entre a alíquota interestadual (7%) e a interna (17%).

O autuante informa que apurou, a depender da origem do remetente, a diferença de alíquota de 5% ou 10%.

Relaciona todas as mercadorias que o autuado discorda da cobrança da diferença de alíquota, ou seja: suporte para copos, sacos, canudo, guardanapo, guardanapo casquinha, colher sundae, lâmina HB, CB e produção, lâmina bandeja, brindes diversos e materiais de festa, passando a

descrever sua utilidade, para concluir que não são indispensáveis para consumo do produto final ou material de embalagem, como quer afirmar o autuado.

Informa que não foi adicionado os produtos "sacos", como material e uso e consumo, alegado pelo autuado, uma vez que apesar de não utilizar créditos em virtude do regime especial de apuração do imposto, entende que analogicamente ao que prevê o art. 93, os valores atribuídos a estas mercadorias estão inclusos no preço do produto final. Sugere que o Auto de Infração seja mantido na íntegra.

VOTO DO RELATOR DA 4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

"O Auto de Infração é relativo à falta de pagamento da diferença de alíquotas de materiais de consumo.

A defesa argüi em primeiro plano que a alíquota praticada pela sua empresa, conforme regime especial, é de 5% sobre a receita, e que o fisco fez a cobrança com base na diferença entre a alíquota interna e a interestadual, utilizando a alíquota "cheia", de 17%, é importante destacar que no presente caso a utilização, através de regime especial, de 5% sobre a receita bruta praticada pelo contribuinte não se trata exatamente de uma alíquota (5%) e sim de um percentual que ajuda a simplificar os cálculos para apuração do imposto através do regime especial concedido.

A fiscalização efetuou a apuração do imposto com base na alíquota do estado de destino que foi 7% ou 12% e a alíquota interna que foi 17%, procedendo, neste caso, corretamente.

Quanto a utilização da alíquota de 17% no demonstrativo de débito e não o percentual da diferenças de alíquotas tem razão o autuado quando levanta a questão, entretanto o autuante utilizou a alíquota de 17% no demonstrativo apenas de forma ilustrativa, não acarretando aumento do imposto reclamado, haja vista que este foi calculado com os percentuais relativos as diferenças de alíquotas acima mencionadas. Não há o que se falar em nulidade tendo em vista que não houve aumento do imposto reclamado e o autuante nos demonstrativos indica os percentuais relativos às diferenças de alíquotas encontradas.

Quanto ao mérito principal da questão, o autuado concorda com a cobrança da diferença de alíquota de parte das mercadorias relacionadas pelo autuante, entretanto discorda da mesma cobrança com relação às seguintes: suporte para copos, sacos, canudo, guardanapo, guardanapo casquinha, colher sundae, lâmina HB, CB e produção, lâmina bandeja, brindes diversos e materiais de festa, uma vez, segundo ele, que são mercadorias que se integram ao produto final comercializado, que estão vinculadas indissociavelmente à comercialização, e que são consumidas (art. 93, § 1º, inc. I, a, b, e c, do RICMS) estão incluídos no preço do produto final cobrados diretamente ao consumidores.

Os "brindes" têm tratamento específico no RICMS/97, Art. 564/567, têm débito nas saídas e créditos nas entradas. No presente caso, conforme demonstra o autuado, estes são objeto de venda juntamente com o MC Lanche Feliz, são cobrados do consumidor fazendo parte da receita bruta tributada, conforme sistemática de apuração do ICMS efetuada pela empresa. Sendo assim não há o que se falar em material de consumo.

Quanto aos materiais de festa, conforme demonstra a defesa através das cópias dos contratos que mantêm com seus clientes que encomendam as festas, são pagos a parte sendo computado para apuração da receita bruta. Não se enquadram, portanto, como material de consumo.

Os demais itens relacionados pelo autuante, a exceção daqueles constantes na coluna "fardas e material de limpeza", não cabe a cobrança da diferença de alíquota, tendo em vista que são indispensáveis a venda do produto final dentro do padrão de qualidade e higiene exigido pela

empresa e pela concessão da utilização da marca por eles recebida. São, evidentemente, cobrados no preço final do produto, tornando desnecessária a discriminação de todos estes itens no momento da venda do produto final.

Quanto aos materiais constantes na coluna Limp/Fardas, ou seja, limpeza e fardamento cabe a cobrança da diferença de alíquota nos termos reclamados pelo autuante.

Diane do expostos efetuei um novo demonstrativo excluindo os itens não acatados neste voto e mantendo os itens relacionados à limpeza e fardas.

MÊS	NF	EMITENTE	UF		VALOR	%	DIF. ALÍQ.
JAN/97	2511	MALHARIA LUIZA	SP		508,63	10	50,86
	12066	SUPRINTER	SP		207,88	10	20,79
	170951	BRAPELCO	SP	LIMP/FARDAS	77,13	10	7,71
	166531	BRAPELCO	SP		51,42	10	5,14
TOTAL					845,06		

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
FEV/97	181257	BRAPELCO	SP		51,5	10	5,15
	181960	BRAPELCO	SP		25,75	10	2,58
	182391	BRAPELCO	SP		51,5	10	5,15
	12887	BRAPELCO	SP		383,39	10	38,34
	181257	BRAPELCO	SP		937,57	10	93,76
	TOTAL				1449,71		144,97

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
MAR/97	185285	BRAPELCO	SP		128,8	10	12,88
	13689	BRAPELCO	SP		499,61	10	49,96
	13636	FRESH START	SP		349,91	10	34,99
	186238	BRAPELCO	SP		51,52	10	5,15
	187528	BRAPELCO	SP		25,76	10	2,58
	189915	BRAPELCO	SP		25,76	10	2,58
	14193	SUPRINTER	SP		300,92	10	30,09
	190517	BRAPELCO	SP		25,76	10	2,58
	191131	BRAPELCO	SP		25,76	10	2,58
	183311	BRAPELCO	SP		51,5	10	5,15
TOTAL					1485,3		148,53

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
JUL/97	3704	MALHARIA LUIZA	SP		1.332,62	10	133,26
	15915	CORNÉLIUS	RJ		381,39	10	38,14
	18439	SPRINTER	SP		106,04	10	10,60
	19111	SPRINTER	SP		502,06	10	50,21
	18439	SPRINTER	SP		106,04	10	10,60
TOTAL					2428,15		242,82

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
AGO/97	19578	SUPRINTER	SP		113,85	10	11,39
	4139	MALHARIA LUIZA	SP		1.091,72	10	109,17
	6637	MULT-T	SP		608,65	10	60,87
	20010	SPRINTER	SP		651,86	10	65,19

	TOTAL	2466,08		246,61
--	--------------	---------	--	--------

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
<i>OUT/97</i>	20655	MULT-T	SP		336,11	10	33,61
	241304	BRAPELCO	SP		3.474,39	10	347,44
	4753	MALHARIA LUIZA	SP		853,22	10	85,32
	22548	SUPRINTER	SP		265,26	10	26,53
	4500	MALHARIA LUIZA	SP		893,53	10	89,35
	21827	SUPRINTER	SP		226,16	10	22,62
	21828	SUPRINTER	SP		58,56	10	5,86
	21825	SUPRINTER	SP		1.077,08	10	107,71
	21656	SUPRINTER	SP		626,61	10	62,66
	7029	TOQUE SPORT	SP		477,05	10	47,71
TOTAL					8597,91		859,79

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
<i>NOV/97</i>	7523	TOQUE SPORT	SP		806,05	10	80,61
	23326	SUPRINTER	SP		193,82	10	19,38
	TOTAL				999,87		99,99

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
<i>DEZ/97</i>	24423	SUPRINTER	SP		279,65	10	27,97
	8337	PRODIG	PE		751,41	10	75,14
	24423	SUPRINTER	SP		279,65	10	27,97
	TOTAL				1310,71		131,07

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
<i>JAN/98</i>	5337	MALHARIA LUIZA	SP		267,87	10	26,79
	12154	EMPLAREL	SP		385	10	38,50
	25730	SUPRINTE	SP		408,08	10	40,81
	23580	MULT-T- LOCK	SP		451,92	10	45,19
	5337	MALHARIA LUIZA	SP		267,87	10	26,79
TOTAL					1780,74		178,07

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
<i>FEV/98</i>	5704	MALHARIA LUIZA	SP		468,65	10	46,87
	26655	SUPRINTER	SP		552,68	10	55,27
	TOTAL				1021,33		102,13

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
<i>MAR/98</i>	28301	SUPRINTER	SP		106,09	10	10,61
	5813	MALHARIA LUIZA	SP		506,08	10	50,61
	8240	TOQUE SPORT	SP		658	10	65,80
	TOTAL				1270,17		127,02

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
------------	-----------	-----------------	-----------	--------------------	--------------	----------	-------------------

MAI/98	6358	MALHARIA LUIZA	SP		699,1	10	69,91
		<i>TOTAL</i>			699,1		69,91

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
JUL/98	6841	MALHARIA LUIZA	SP		693,85	10	69,39
	6686	MALHARIA LUIZA	SP		408,62	10	40,86
	32767	SUPRINTER	SP		225,94	10	22,59
		<i>TOTAL</i>			1328,41		132,84

MÊS	NF	EMITENTE	UF	Limp/Fardas	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
AGO/98	33925	SUPRINTER	SP		300,42	10	30,04
		<i>TOTAL</i>			300,42		30,04

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
SET/98	7076	MALHARIA LUIZA	SP		380,8	10	38,08
	732	TOQUE SPORT	SP		592,2	10	59,22
	36237	SUPRINTER	SP		242,45	10	24,25
	925	PORANGATU	SP		225	10	22,50
	854	TOQUE SPORT	SP		246,75	10	24,68
	7243	MALHARIA LUIZA	SP		522,43	10	52,24
	3590	SUPRINTER	SP		46,49	10	4,65
		<i>TOTAL</i>			2.256,12		225,61

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
OUT/98	37603	SUPRINTER	SP		180,36	10	18,04
		<i>TOTAL</i>			180,36		18,04

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
NOV/98	7580	MALHARIA LUIZA	SP		1.530,43	10	153,04
	39389	SUPRINTER	SP		368,53	10	36,85
	38203	SUPRINTER	SP		574,08	10	57,41
		<i>TOTAL</i>			2473,04		247,30

MÊS	NF	EMITENTE	UF	LIMP/FARDAS	VALOR	%	DIF. ALÍQ.
DEZ/98	363	CLÁSSICOS	SP		246,75	10	24,68
	40153	SUPRINTER	SP		179,8	10	17,98
	33777	MULT-T	SP		139,4	10	13,94
		<i>TOTAL</i>			565,95		56,60

NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

DATA OCORR	DATA VENC	BASE CÁLCULO	ALI%	MULTA%	V. HISTÓRICO	V. REAL
31/01/1997	20/02/1997	845,06	10	60	84,51	84,51
28/02/1997	20/03/1997	1.449,71	10	60	144,97	144,97
31/03/1997	20/04/1997	1.485,30	10	60	148,53	148,53
30/04/1997	20/05/1997	4.838,56	10	60	483,86	483,86
31/05/1997	20/06/1997	4.177,86	10	60	417,79	417,79
30/06/1997	20/07/1997	810,55	10	60	81,06	81,06

31/07/1997	20/08/1997	2.428,15	10	60	242,82	242,82
31/08/1997	20/09/1997	2.466,08	10	60	246,61	246,61
31/10/1997	20/11/1997	8.597,91	10	60	859,79	859,79
30/11/1997	20/12/1997	999,87	10	60	99,99	99,99
30/12/1997	20/01/1998	1.310,71	10	60	131,07	131,07
31/01/1998	20/02/1998	1.780,74	10	60	178,07	178,07
28/02/1998	20/03/1998	1.021,33	10	60	102,13	102,13
31/03/1998	20/04/1998	1.270,17	10	60	127,02	127,02
31/05/1998	20/06/1998	699,1	10	60	69,91	69,91
31/07/1998	20/08/1998	1328,41	10	60	132,84	132,84
31/08/1998	20/09/1998	300,42	10	60	30,04	30,04
30/09/1998	20/10/1998	2.256,12	10	60	225,61	225,61
31/10/1998	20/11/1998	180,36	10	60	18,04	18,04
30/11/1998	20/12/1998	2.473,04	10	60	247,30	247,30
31/12/1998	20/01/1999	565,95	10	60	56,60	56,60
TOTAL DO DÉBITO		41285,4			4128,54	4128,54

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento procedido pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte, inconformado, retorna aos autos, tempestivamente, através da interposição de Recurso Voluntário, argüindo:

“1. A empresa, em sua impugnação, além de discutir o mérito da autuação fiscal, levantou uma preliminar (“QUESTÃO PRELIMINAR”) onde alega “que uma parte da contestada autuação já foi objeto de pagamento anterior, através de parcelamento firmado em 1997, cujas parcelas foram regularmente pagas (...).” No dia 05.11.2002 (dois dias após a protocolização da defesa) o autuado fez a juntada da documentação “que comprova o pagamento parcelado de parte do débito”, pois a tal documentação não tinha sido anexada à defesa.

2. Esta “QUESTÃO PRELIMINAR”, no entanto, não foi objeto de análise pela Eg. 1^a Junta de julgamento Fiscal, certamente por algum equívoco. Mas esta omissão, se não sanada agora, poderá resultar na nulidade do julgamento, por cerceamento do direito de defesa do autuado, e também por supressão de instância, o que absolutamente não se quer.

3. Assim, é a presente para que a Eg. 1^a Junta retifique o acórdão em comento, sanando a omissão apontada e apreciando a “QUESTÃO PRELIMINAR” argüida. Se essa d. Presidência, por questões regimentais, entender incabível a requerida apreciação (já que não mais existe os Embargos de Declaração, perfeitamente cabível em casos como este), que receba a presente como RECURSO VOLUNTÁRIO, já que está obedecendo o prazo recursal de 10 (dez) dias.”

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 489, da lavra da procuradora Dr^a Maria Dulce Baleeiro Costa, nos seguintes termos:

“Da análise dos autos, percebe-se que foi levantada alegação de pagamento de parte das infrações em denúncia espontânea antes da autuação, mas, certamente por equívoco, não foi apreciada no voto, o que gera o cerceamento de defesa.

Diante disso, entende que a Decisão recorrida deve ser anulada e os autos retornarem a JJF para apreciação da matéria olvidada.”

Após o pronunciamento da D. PROFAZ, o recorrente retornou aos autos em 27.03.2003 anexando documento de fls. 492 a 550, para aditar a sua petição protocolizada no dia 20.03.2003 (Recurso Voluntário).

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao Processo Administrativo Fiscal, constatei que o julgamento de primeira instância, que exarou o Acórdão recorrido, laborou em equívoco, pois não apreciou no voto a alegação de pagamento de parte das infrações através de denúncia espontânea antes do lançamento de ofício.

Verificada a tempestividade e o fundamento dos documentos contestatórios do recorrente, fica visível a necessidade do processo retornar à Junta de Julgamento Fiscal para proceder à apreciação e análise dos referidos documentos de fls. 454 a 462 e 492 a 550 dos autos para, logo após, realizar novo julgamento do Auto de Infração em tela.

Assim, concedo o meu voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para ANULAR a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **NULA** a Decisão Recorrida referente ao Acórdão nº 0036-01/03, pertinente ao Auto de Infração nº **2071550050/02-7**, lavrado contra **SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A**, devendo os autos retornar a 1^a Instância para proceder novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ