

PROCESSO - A. I. Nº 115484.0004/04-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 1ª JJF nº 0409/01-04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 30/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0212-12/05

EMENTA. ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A falta de apreciação de todos os argumentos trazidos na peça impugnatória implica cerceamento 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. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 07/07/2004, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003, aplicando multa no valor de R\$50,00;
2. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$91.344,28;
3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, referente ao exercício de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$21.880,50;
4. Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$10.473,12;

5. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2003, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, exigindo ICMS no valor de R\$20.787,82;
6. Falta de recolhimento de imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo às vendas de peixe miragaia salgado sujeitas à tributação normal nos meses de novembro e dezembro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$3.819,55;
7. Falta de recolhimento de imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, referente aos meses de março a dezembro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$221,38;
8. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no mês de março de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$1.615,08.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 386 a 399), na qual afirmou que a autuação decorreu de falha na digitação dos itens de mercadorias das notas fiscais de entradas por compra de fornecedores, cometidas por seus funcionários, cujas ações já estão sendo tomadas para evitar futuras implicações. Em relação à Infração 1, disse estar disposto a efetuar o recolhimento.

Quanto ao levantamento quantitativo de estoques, objeto das Infrações 2 a 5, aduziu ser equivocada a afirmação de que houve omissões, não escrituração e contabilização das entradas das mercadorias e que, consequentemente, não houve falta de recolhimento do imposto. Informou que se dispõe a arcar com o recolhimento das cifras menores, a fim de não ter um custo maior em tempo para apuração desses valores e que a defesa se atreve apenas aos itens de produtos com maiores valores cobrados.

Em relação ao produto “Peru Sadia Temp F-4 Cong.”, alegou que o estoque final do demonstrativo de cálculo das omissões apresenta 320 caixas quando seriam apenas 302 caixas, conforme constante do livro Registro de Inventário, e que consta a entrada de 950 caixas através da Nota Fiscal nº 29419, de 04/12/2003, emitida pela Sadia S/A, quando a referida nota fiscal se refere apenas a 900 caixas. Afirmou que depois de efetuadas estas correções, a suposta omissão de entrada se reduz a somente 1 caixa, conforme demonstrativo que elaborou, e esta pode ser explicada por erro de contagem, devido à semelhança da descrição com o produto “Peru Perdigão Temp F-4 Cong.”.

Disse que o seu funcionário errou na digitação do código do produto “Peito de Frango Temp Cong.”, digitando este produto como “Peito de Frango Cong.”, devido ao fato da nota fiscal do fornecedor ter a indicação de temperado apenas pelas letras “TP”, e que a suposta omissão não existe quando refaz o levantamento considerando os dois produtos em conjunto, conforme demonstrativo que elaborou.

Informou que o produto “Queijo Reino Jong Lata” teve o seu código alterado no decorrer do ano de 2003. Alegou que a diferença apontada como omissão de 108 caixas decorreu do fato de não ter sido incluída no demonstrativo da auditoria a Nota Fiscal nº 67722 emitida por Laticínios M B Ltda., a qual foi recebida em 16/06/2003 e devidamente escriturada no livro Registro de Entradas, e que, após a inclusão dessa nota fiscal ficou evidente a não existência da omissão, conforme demonstrativo elaborado.

Confirmou os valores apontados na Infração 6, requerendo, contudo, que sejam abatidos os créditos referentes aos valores de ICMS pagos na operação anterior, os quais não se creditou quando da aquisição, conforme o art. 93 do RICMS/97 que transcreveu e o demonstrativo que elaborou. Anexou as notas fiscais que embasaram os seus levantamentos e, ao final, requereu a Procedência Parcial do Auto de Infração.

As autuantes, em sua informação fiscal (fls. 974 a 976), reconheceram o equívoco em relação à nota fiscal nº 29419, alegando que trabalharam de acordo com os arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, que o inventário está correto por se tratar de contagem física, que não se pode considerar produtos diferentes como mercadorias únicas por terem códigos e preços diferentes e que não compete aos auditores fiscais efetuar compensações extemporâneas, e opinaram pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, a 1^a JJF entendeu que o processo estava em condições de ser julgado.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O presente Auto de Infração imputa ao autuado as infrações de não ter recolhido imposto, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, e por omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, bem como com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício e na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, e aplicou multa pela omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração.

O autuado, em sua peça defensiva, questionou o levantamento quantitativo de estoques em relação a alguns produtos. No tocante ao produto “Peru Sadia Temp F-4 Cong.”, tendo em vista que o mesmo foi relacionado na Infração 01, onde foi aplicada multa formal pela omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, e que nela estão relacionados outros itens, mesmo que este item seja excluído, a infração permanece caracterizada.

Em relação ao produto “Queijo Reino Jong Lata”, relacionado na Infração 03, analisando as notas fiscais de aquisição, verifico que a mercadoria constante da nota fiscal nº 67722, emitida por Laticínios M B Ltda. e acostada ao processo, apesar de se tratar da mesma mercadoria, foi considerada como outro produto, “Queijo Reino Jong a Granel”, por ter havido alteração no seu código, inclusive com reflexos na Infração 05. Portanto, corrigindo este equívoco, ficam excluídos os produtos “Queijo Reino Jong Lata”, código 32630, e “Queijo Reino Jong a Granel”, código 31546, respectivamente, das Infrações 03 e 05, as quais passam a ter os valores respectivos de R\$ 16.394,35 e R\$ 14.953,73.

INFRAÇÃO	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO IMPOSTO
3	31/12/2003	9/1/2004	16.394,35
5	31/12/2003	9/1/2004	14.953,73

Considerando que os levantamentos que resultaram nas Infrações 03 e 05, foram efetuados no mesmo exercício (2003), o valor apontado na Infração 05 deve ser absorvido pelo devido na Infração 3, por ser este de maior expressão monetária, devendo ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita,

com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto, conforme dispõe os arts. 2º, §3º, IV e 60, §1º do RICMS/97 e o art. 13, II da Portaria nº 445/98.

No levantamento do produto “Peito de Frango Temp Cong.”, código 241462, deve ser ressaltado que não há motivo para que seja feito em conjunto com o produto “Peito de Frango Cong.”, mas, por outro lado, deve ser verificado qual produto efetivamente consta em cada nota fiscal. Desta verificação, constato que o produto constante nas notas fiscais nºs 869442 a 869445 é “Peito de Frango Temp Cong.”, relativas a 1.000 caixas, passando a ter omissão de saídas deste produto, que por estar com sua fase de tributação encerrada, seria somente objeto de aplicação de multa, o que já está contido na Infração 01. Desta forma, este produto deve ser apenas excluído das Infrações 02 e 04.

Por outro lado, o produto “Peito de Frango Cong.” passa a apresentar omissão de entrada de 116 caixas, que multiplicado pelo valor médio das entradas de R\$ 56,89, obtido na nota fiscal nº 1689, única existente no último mês em que ocorreram entradas deste produto, perfaz uma base de cálculo de R\$ 6.599,24, com ICMS de R\$ 1.121,87, a ser acrescido na Infração 02, relativa à responsabilidade solidária, e após aplicação da MVA de 11%, base de cálculo de R\$ 7.325,16, com ICMS de R\$ 123,41 (após abatido o crédito referente à Infração 02), a ser acrescido na Infração 04, relativa à antecipação tributária, as quais, após a correção dos demonstrativos, remanescem, respectivamente, com os valores de R\$ 85.314,01 e R\$ 9.809,79, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	VALOR AUTUADO	EXCLUSÕES (PEITO DE FRANGO TEMP CONG.)	INCLUSÕES (PEITO DE FRANGO CONG.)	VALOR DEVIDO
2	91.344,28	7.152,14	1.121,87	85.314,01
4	10.473,12	786,74	123,41	9.809,79

Quanto ao reconhecimento do crédito das entradas de peixe miragaia salgado constante da Infração 6, entendo que este deve ser objeto de crédito extemporâneo, para o qual devem ser observadas as disposições do art. 101 do RICMS/97. Portanto, entendo que a infração é subsistente.

Considerando que não há lide em relação às Infrações 01, 07 e 08 e aos demais valores das outras infrações, já que o autuado não se manifestou sobre os mesmos, configurando o reconhecimento tácito da sua procedência, e que todas as infrações estão devidamente demonstradas, entendo que estão caracterizadas, exceto pela Infração 5 cujo valor foi absorvido pela Infração 3, na forma do demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO IMPOSTO	VALOR DA MULTA	OBSERVAÇÃO
1	30/6/2004	30/6/2004	-	50,00	RECONHECIDO
2	31/12/2003	9/1/2004	85.314,01	-	PARCIALMENTE ELIDIDO
3	31/12/2003	9/1/2004	16.394,35	-	PARCIALMENTE ELIDIDO
4	31/12/2003	9/1/2004	9.809,79	-	PARCIALMENTE ELIDIDO
5	31/12/2003	9/1/2004	-	-	ABSORVIDO PELA INFRAÇÃO 03
6	DIVERSOS	DIVERSOS	3.819,55	-	NÃO ELIDIDO
7	DIVERSOS	DIVERSOS	221,38	-	NÃO CONTESTADO
8	31/3/2003	9/4/2003	1.615,08	-	NÃO CONTESTADO
TOTAL			117.174,16	50,00	-

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da autuação”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente alega inicialmente que “a Decisão não tratou de todos os itens objeto da defesa apresentada, restringindo-se aos itens dados como exemplo na peça impugnatória, mas não tratou um por um das alegações comprovadas nas planilhas anexadas à defesa... ou seja, a Decisão de Primeira Instância deveria ter analisado os exemplos e os

demonstrativos juntamente com as respectivas notas fiscais de entrada anexadas à defesa, e não ater-se somente aos exemplos que foram dados pela impugnante". A seguir passa a explicar item por item da defesa apresentada e que não foram abordados na Decisão.

Em prosseguimento, requer a realização de diligência para que sejam averiguadas nas notas fiscais a razão das diferenças existentes entre o levantamento da fiscalização e o do recorrente; coloca à disposição do Fisco todos os livros de Registros de Entradas e Saídas e respectivas notas fiscais.

Finalmente, requer a nulidade da Decisão de Primeira Instância, nos termos do art. 18 do RPAF, ou que esta Câmara de Julgamento Fiscal supra a referida omissão, determinando as diligências e/ou revisões que o caso requer.

Incluído o processo em Pauta Suplementar, a procuradora, Dra. Dulce Baleeiro, emitiu o seguinte em Parecer: *"Ao relator. Na assentada de julgamento na Pauta Suplementar a Representante da PGE/PROFIS retirou o pedido de diligência por vislumbrar NULIDADE FLAGRANTE, qual seja: Na defesa, o contribuinte contesta inúmeros itens do levantamento quantitativo, porém, a Douta JJF não os apreciou na totalidade. Com isso, há vício de processo por cerceamento de defesa, pelo que deve o Recurso ser PROVIDO para que se declare a NULIDADE da Decisão recorrida. É o Parecer, SMJ".*

VOTO

Após a devida análise das peças processuais, concordo integralmente com os argumentos expendidos pelo recorrente, pois está evidenciado que a JJF limitou-se a analisar apenas os itens exemplificativos apresentados na defesa. Adoto, portanto, como razão de decidir, o Parecer da ilustre Procuradora Fiscal Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, para dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, declarar NULA a Decisão de 1^a Instância e considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício, devendo o PAF retornar à Junta de Julgamento fiscal de origem para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício interposto e, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 115484.0004/04-5, lavrado contra G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS