

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0032/04-6  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - MIX DISTRIBUIDOR LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0182-01/07  
ORIGEM - INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 02/10/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0325-12/07

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO INDEVIDA. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO Nº 7.799 DE 9/5/2000. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não caracterizada tendo em vista a regra constante no § 7º do Decreto nº 8.969/04. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Contribuinte reconhece o cometimento da infração no exercício de 2002, inclusive, efetuando o recolhimento da quantia exigida. No que concerne ao exercício impugnado de 2001, a revisão fiscal reduziu o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Primeira Instância de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0182-01/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, sendo objetos do Recurso as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$31.820,61, acrescido da multa de 60%. Refere-se à aplicação indevida de redução da base de cálculo, no percentual de 41,176%, sobre operações com mercadorias não contempladas no artigo 1º, c/c os itens “1” a “16” do anexo único do Decreto nº 7799/00.

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2001 e 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$79.895,60, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou defesa intempestiva (fls. 247 a 263 – vol. 2) e, inicialmente, afirmou que a intempestividade decorreu de equívocos cometidos pelo autuante e pela falta de entrega de cópia de demonstrativos atinentes ao levantamento quantitativo. Também alegou que a entrega de demonstrativos em CD-ROM cerceou o seu direito de defesa.

Referindo-se à infração 3, alegou que mesmo tendo ocorrido a redução indevida da base de cálculo, tais operações foram convalidadas pelo Estado da Bahia, por meio do artigo 7º do Decreto nº 8.969/04, para os signatários de Termo de Acordo celebrados anteriormente.

Quanto à infração 6, no que tange ao exercício de 2001, indicou diversas notas fiscais de entradas e saídas não foram consideradas no levantamento quantitativo (fls. 269 a 407 – vol. 2). Sustentou que, com a inclusão das notas fiscais, fica caracterizada a ocorrência de omissão de entradas, sendo devido ICMS no valor de R\$771,50 (fl. 408 – vol. 2).

Em despacho à fl. 4230 (vol. 8), o supervisor da Coordenação de Fiscalização de Empresas de Grande Porte (COFEP-DAT/SUL) solicitou que o autuante informasse se procedia a alegação defensiva pertinente à falta de entrega de demonstrativos elaborados durante a ação fiscal. Também solicitou que fosse informado se as peças trazidas na defesa poderiam influenciar o resultado final do lançamento.

Em resposta à solicitação do supervisor, o autuante negou que tivesse deixado de entregar qualquer demonstrativo, bem como informou que o autuado apresentou cópia de notas fiscais que não constavam nos arquivos magnéticos fornecidos à fiscalização.

Em despacho à fl. 4232, foi solicitado ao coordenador da COFEP-DAT/SUL o acatamento da defesa apresentada, tendo em vista a necessidade de o trabalho fiscal refletir a realidade dos fatos.

De acordo com o Termo de Juntada de fl. 4233, o coordenador da COFEP-DAT/SUL acostou ao presente processo o de número 208.099/2004-0 (defesa), de 07 de outubro de 2004, para que produzissem os seus efeitos legais.

Conforme despacho à fl. 4234, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS, para que no exercício do controle da legalidade emitisse Parecer acerca da defesa apresentada fora do prazo.

Às fls. 4235/4236, a representante da PGE/PROFIS ressalta que a reabertura do prazo de defesa prevista no artigo 113, §3º, do RAPF/99, somente se legitima quando comprovado vício na intimação ou outra circunstância que tenha cerceado o direito de defesa do contribuinte. Afirma que não é esta a hipótese dos autos, pois o autuado teve o prazo regulamentar para se defender, tendo sido as alegações de cerceamento de defesa refutadas pelo autuante à fl. 4231.

Esclarece que a representação ao CONSEF deve indicar com clareza a ilegalidade vislumbrada e apontar objetivamente o rumo da nulidade ou da improcedência total ou parcial. Visando possibilitar uma representação ao CONSEF, o processo foi convertido em diligência, para que o autuante analisasse os documentos que acompanham a defesa, informando se ensejam alteração do valor exigido no Auto de Infração.

A diligência foi atendida, tendo o autuante informado que, após as correções pertinentes, os valores devidos na infração 6 foram retificados para R\$63.927,21 (2001) e R\$4.717,32 (2002).

O processo foi encaminhado à PGE/PROFIS (fl. 4255 – vol. 8) e, em seguida, foi enviado à Assessoria Técnica da PGE/PROFIS para análise e pronunciamento.

Por meio do Parecer PROFIS/PGE nº 99/05 (fls. 4256 a 4260 – vol. 8), o ilustre parecerista aponta a existência de equívocos nos cálculos feitos pelo autuante relativamente ao exercício de 2001, considerando que este utilizou os preços médios unitários de saídas quando a mudança determina a adoção de preços médios unitários de entradas. Ao concluir, sugere que o próprio autuante refaça seus levantamentos, apontando, ao final, o imposto que entender como devido.

À fl. 4263, o auditor designado para revisar o lançamento, reportando-se à infração 6, no exercício de 2001, esclareceu que após os ajustes o valor devido passou para R\$489,52 de ICMS.

Notificado acerca do resultado da diligência (fl. 4970 a 4973 - vol. 10), o autuado acatou o valor referente à infração 6, bem como reiterou as alegações defensivas quanto às demais infrações.

À fl. 4974, consta Parecer intermediário do inspetor fazendário, no qual este afirma que apesar de intempestiva, a defesa foi acolhida pela PGE/PROFIS às fls. 4235 a 4237, encaminhando o processo ao CONSEF para julgamento.

Retornando o processo ao CONSEF, o mesmo foi distribuído, mediante sorteio, ao relator Rubens Moutinho dos Santos (fl. 4976 – vol. 10).

Por meio do Acórdão JJF Nº 0182-01/07 (fls. 4978 a 4986 – vol. 10), o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, em Decisão unânime.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade foi afastada, pois considerou a 1ª JJF que a revisão fiscal realizada e a nova manifestação do contribuinte supriram qualquer hipótese de cerceamento de defesa.

Quanto à questão da intempestividade da defesa, afirmou a Primeira Instância que “os procedimentos que se seguiram após a primeira intervenção da PGE/PROFIS legitimaram a regular tramitação do processo”.

Adentrando no mérito da lide, quanto à infração 3, o ilustre relator assim se pronunciou:

*Quanto à Infração 3, falta de recolhimento do ICMS referente à saída de mercadorias com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, sobre mercadorias não contempladas no artigo 1º, c/c os itens 1 a 16 do Anexo único do Decreto nº. 7799/00, verifico que assiste razão ao autuado quando sustenta que tais operações foram convalidadas através do artigo 7º do Decreto nº. 8.969/04 pelo Estado da Bahia, para os signatários do Termo de Acordo celebrados anteriormente à vigência do decreto, conforme transcrito abaixo:*

*“Art. 7º Para os atacadistas já habilitados ao tratamento previsto no Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, com os códigos de atividade constantes nos itens 1 a 17 do Anexo Único, aplicam-se às regras vigentes na legislação à data da assinatura dos respectivos termos de acordo, inclusive nas operações com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade econômica 5149-7/01 e 5149-7/07, ocorridas até 31 de janeiro de 2004.”.*

*Portanto, considerando que o autuado é signatário de Termo de Acordo referente ao Decreto nº 7.799/00, desde o ano de 2000, conforme informação constante no INC –Informações do Contribuinte da SEFAZ, este item da autuação é totalmente insubsistente.*

Em relação à infração 6, o relator assim se pronunciou:

*No que tange à Infração 6, que cuida de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, verifico que a revisão fiscal reduziu o ICMS exigido no exercício de 2001 para R\$489,52, inclusive, com a mudança da maior expressão monetária que inicialmente apresentou omissão de saídas e, após a revisão, omissão de entrada, tendo o autuado acatado o valor apurado. Assim, este item da autuação é parcialmente subsistente.*

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto o art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

## VOTO

No presente Recurso de Ofício está sendo submetida à apreciação desta 2ª CJF a Decisão de primeira instância que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe.

Antes de adentrar no mérito do Recurso de Ofício, é necessário que se aprecie a questão pertinente à intempestividade da defesa, fato que foi expressamente reconhecido pelo próprio recorrido.

Nos termos do disposto no art. 10 do RPAF/99, a defesa intempestiva será indeferida e arquivada de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir, sendo garantido ao contribuinte o direito de impugnar o arquivamento mediante petição dirigida à autoridade ou órgão competente para conhecer o mérito do pedido. No caso em análise, a autoridade competente para apreciar o pedido do recorrido, o coordenador da COFEP-DAT/SUL, respondendo a solicitação do seu

supervisor, determinou a juntada da defesa intempestiva ao processo. Dessa forma, considero que a defesa, apesar de intempestiva, foi acolhida pela autoridade competente para tanto.

No mérito, a parte sucumbente da Fazenda Pública Estadual no presente processo cinge-se às infrações 3 e 6.

Quanto à infração 3 – falta de recolhimento do ICMS em razão da utilização indevida de redução de base de cálculo em operações com mercadorias não contempladas no art. 1º c/c os itens “1” a “16” do anexo único do Decreto nº 7799/00 –, decidiu a primeira instância pela improcedência exigência fiscal, considerando que tais operações, para os contribuintes signatários de termos de acordo celebrados anteriormente, foram convalidadas pelo art. 7º do Decreto nº 8.969/04.

Apesar de as mercadorias arroladas na infração em tela (rações, cosméticos e artigos de perfumaria) não constarem nos itens “1” a “16” do anexo único do Decreto nº 7799/00, com a redação vigente à época dos fatos geradores (2003), o Decreto nº 8.969/04, no seu art. 7º, determinou a aplicação das regras vigentes na legislação à época da assinatura do termo de acordo. Segundo o relator de Primeira Instância, o recorrido é signatário de termo de acordo desde 2000. Dessa forma, a infração não subsiste e, portanto, foi correta a Decisão recorrida.

No que tange à infração 6 – omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamentos quantitativos de estoques –, observo que os levantamentos quantitativos tratam dos exercícios de 2001 e 2002. Quanto ao exercício de 2002, o recorrido reconheceu a procedência da exigência fiscal e, portanto, não está sendo objeto deste Recurso de Ofício.

Quanto ao exercício de 2001, o recorrido apresentou fotocópias de diversas notas fiscais de entradas e de saídas, as quais não tinham sido incluídas no levantamento. Mediante diligências efetuadas pelo autuante e por auditores fiscais estranhos ao feito, essas notas fiscais foram incluídas na auditoria e, em consequência, o valor originalmente cobrado (R\$75.178,28) passou para R\$489,52. Em Decisão unânime, a 1ª JJF julgou esse item da infração em tela parcialmente procedente, conforme o valor apurado nas diligências.

Foi correta a Decisão da primeira instância, pois foi respaldada em documentação fiscal acostada ao processo, bem como em diligências saneadoras.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, homologando a Decisão recorrida, a qual não carece de reparo algum.

#### **VOTO EM SEPARADO (Quanto à Fundamentação)**

Peço licença ao sr. relator para expressar o meu convencimento quanto a intempestividade da defesa apresentada em Primeira Instância, que apesar de reconhecida pelo próprio contribuinte, foi indevidamente processada pela Inspetoria, resultando em decisão final de mérito pela Junta de Julgamento Fiscal. Entendo que esta questão mereça uma fundamentação distinta, pois a deliberação da autoridade administrativa de acolher defesa intempestiva é procedimento que contraria disposição expressa do RPAF/99, contida no art. 10 da norma regulamentar que rege o processo administrativo.

A declaração de intempestividade, por envolver questão de ordem eminentemente objetiva, ou seja, a contagem do tempo para a prática de atos processuais, se insere no rol dos atos administrativos vinculados. Assim sendo, não poderia a administração tributária, ao seu talante, receber algumas defesas intempestivas, pelo critério de conveniência e oportunidade, e não acolher outras, possibilitando que sobre esta conduta administrativa paire dúvida quanto à lisura e moralidade de seu atos. Logo, não há menor dúvida que verificada a intempestividade do ato processual de impugnação do contribuinte, não restaria à autoridade fiscal outra alternativa senão declará-la, e encaminhar o processo para o controle da legalidade, ocasião em que poderá ser o lançamento ser revisado de ofício ou a pedido do autuado.

No caso em análise, ainda que o procedimento adotado pela autoridade fiscal tenha se esbarrado em disposição expressa do RPAF e nos princípios que o regem, deve prevalecer o princípio maior, da verdade material e o aproveitamento dos atos processuais já praticados, em nome do princípio da economia processual, pois restou demonstrado na instrução do processo, inclusive com a realização de sucessivas diligências, que o valor de débito vinculado ao presente lançamento de ofício era efetivamente inferior ao que foi apurado pelo fiscal autuante.

Assim, quanto ao julgamento de mérito, acompanho a deliberação do sr. relator, todavia, com a ressalva de que houve infração à norma processual que poderia ser preservada se a revisão do lançamento seguisse rito distinto, através, por exemplo, do exercício do controle da legalidade, a cargo da Procuradoria da Fazenda Estadual.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 293872.0032/04-6, lavrado contra **MIX DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$33.040,38**, acrescido das multas de 60% sobre R\$19.187,84 e 70% sobre R\$13.852,54, previstas no art. 42, II, “a”, “f” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO (Quanto à Fundamentação)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. PGE/PROFIS