

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0004/07-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G. BARBOSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0274-03/08
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 05/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0015-11/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Exigência parcialmente subsistente, após revisão fiscal. Mantida a Decisão recorrida. **b)** FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração parcialmente subsistente, após revisão fiscal. Restabelecida parte da exigência, relativa ao exercício de 2002, objeto de reconhecimento e recolhimento pelo contribuinte. Modificada a Decisão recorrida. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Comprovado que os valores escriturados no RAICMS estavam corretos. Exigência insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. Infração parcialmente subsistente, após exclusão de produtos não sujeitos à incidência do ICMS. Mantida a Decisão recorrida. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Comprovado o recolhimento parcial antes da ação fiscal. Exigência subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigências parcialmente subsistentes, após revisão fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JF, através do Acórdão nº 0274-03/08, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual exige o débito no montante de R\$ 94.581,30, em razão da constatação de sete infrações, a saber:

INFRAÇÃO 1: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.349,48, referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por antecipação;

INFRAÇÃO 2: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$10.162,05, relativo a entradas de leite no exercício de 2002 e entradas de leite em pó a partir de 29/09/2003, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução;

INFRAÇÃO 3: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$1.856,15, em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro de 2002;

INFRAÇÃO 4: Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$1.374,29, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no exercício de 2002;

INFRAÇÃO 5: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$1.272,93, decorrente do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS;

INFRAÇÃO 6: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$15.816,41, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS. Mercadorias não incluídas nos mapas de apuração do ICMS a recolher por antecipação, elaborados pelo contribuinte, nos meses de março e abril de 2002;

INFRAÇÃO 7: Efetuou recolhimento do ICMS por antecipação a menos, no valor de R\$21.749,99, decorrente de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Diferenças apuradas no confronto dos mapas de apuração da antecipação/substituição tributária elaborados pelo próprio contribuinte.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$13.459,71, pelas seguintes razões:

Quanto à infração 1, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de mercadorias com antecipação tributária, a JJF acatou as conclusões do autuante, na informação fiscal, de concordar com as alegações defensivas de que os produtos BEBIDA NUTRITIVA ADES, NCM 2202.90.00, e LEITES não estão sujeitos ao ICMS por antecipação tributária, como também de que o defendente não tem razão quanto ao produto Banha Bel Paladar, por estar enquadrado no art. 353 do RICMS, com NCM 0209.00, que confere com “Gordura de Porco”. Assim, concluiu a JJF pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$ 294,88, conforme planilha elaborada pelo autuante às fls. 737 a 739 dos autos.

Com relação à infração 2, a qual exige o estorno proporcional do crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, aduziu a JJF que o autuante reconheceu que houve equívoco consistente na troca de dados entre duas lojas que estavam sendo fiscalizadas, gerando autuação indevida no exercício de 2002, refazendo os cálculos, conforme nova planilha de fls. 742 a 795 do PAF, apurando o débito total de R\$3.152,40. Contudo, observou a JJF que o autuante ao refazer os cálculos correspondentes ao exercício de 2002, utilizou-se de outros documentos fiscais, conforme constatou do confronto do levantamento original às fls. 15 a 88 com o demonstrativo de fls. 742 a 795 do PAF. Neste caso, entendeu o órgão julgador que a exigência do imposto somente poderia acontecer mediante novo procedimento fiscal, devendo ser considerado nulo o presente lançamento em relação a esta parte, do que recomendou a renovação da ação fiscal, no sentido de que seja apurado o valor devido quanto ao exercício de 2002. Assim, concluiu a JJF pela procedência parcial desta infração, no valor total de R\$1.139,32, referente ao exercício de 2003, acatado inteiramente pelo autuado (demonstrativo de fls. 89 a 93).

No que tange à infração 3, que trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de desencontro entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro RAICMS, entendeu a JJF que, conforme dito pelo autuante, efetivamente, o contribuinte comprovou que a falha apontada não causou diferenças no recolhimento do imposto, considerando que no mês 02/2002 o saldo estava credor em R\$8.423,59 e a transferência deste saldo para o mês 03/2002, foi feita por R\$6.567,44, compensando o valor autuado, de R\$1.856,15 (fls. 369 a 372 do PAF). Julgou elidida a exigência fiscal.

Concernente à infração 4, a qual exige a diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, a Decisão recorrida foi de que o defendente concordou com as conclusões do autuante e do diligente da ASTEC, tendo em vista

que foi reconhecida a alegação defensiva de que houve cobrança indevida do imposto em relação aos produtos (materiais gráficos) que já são tributados pelo ISS. Assim, a JJF concluiu pela procedência parcial desta infração no valor de R\$382,44, conforme planilha de fls. 260/261.

Inerente à infração 5, relativa ao recolhimento do ICMS efetuado a menos, decorrente do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, a JJF acatou o resultado da diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, a qual constatou que os valores pagos através de Denúncia Espontânea, não considerados na apuração originalmente efetuada, já haviam sido excluídos pelo autuante quando prestou informação fiscal. Salienta que foi apurado pelo autuante o valor remanescente de R\$8.972,75, que foi reconhecido e pago pelo autuado, conforme cópia do DAE à fl. 227 e demonstrativo que anexou à fl. 859, cujo valor está incluído no total de R\$11.251,47, constante do citado DAE. Assim, a JJF julga parcialmente subsistente esta infração, no valor total de R\$8.972,75, conforme planilha de fls. 263/264 dos autos.

Quanto à infração 6, que exige a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS, aduziu a JJF que restou comprovado, através do Parecer ASTEC nº. 086/2008, que já haviam sido excluídos os valores objeto do Auto de Infração de nº 232940.0003/06-4, remanescendo o valor de R\$1.174,75, que foi reconhecido e pago pelo defendente. Assim, julgou insubsistente em parte.

Por fim, relativo à infração 7, a qual exige o recolhimento do ICMS por antecipação a menos, decorrente de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, aduziu a JJF que o defendente acatou as conclusões apresentadas pelo diligente, bem como as alterações efetuadas pelo autuante, quando da sua informação fiscal. Contudo, observou a JJF que no demonstrativo de fl. 856, elaborado pelo diligente, foram computados os recolhimentos efetuados após a lavratura do presente Auto de Infração, na coluna valor recolhido. Salientou que esses valores devem ser objetos de dedução do total do débito apurado, quando da quitação do presente Auto de Infração. Assim, refez os cálculos a partir das conclusões apresentadas pelo diligente, apurando o imposto devido nesta infração de R\$1.495,57 e julgou subsistente em parte a infração.

A 3ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida, por unanimidade, desonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos exigidos nas infrações: 1, 2, 4, 5, 6 e 7, como também o desonerado integralmente do débito exigido na infração 3, resultando em montante superior ao previsto no art. 169, I, alínea “a”, item “1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Da análise das peças processuais verifico que, com exceção da infração 2, está correta a Decisão recorrida, uma vez que, através de intervenções realizadas pelo autuante e por preposto da ASTEC, se constatou, mediante documentos comprobatórios, a insubsistência parcial dos débitos exigidos nas aludidas infrações, em razão de diversas inconsistências, consoante foi demonstrado pelo recorrido, em suas interpelações no Processo Administrativo Fiscal.

Assim, após tais considerações, as quais foram analisadas e acolhidas parcialmente pelo autuante e pelo diligente, após compulsar os documentos fiscais e a escrita fiscal do contribuinte, concluo pela alteração do valor: da primeira infração de R\$2.349,48 para R\$294,98; da terceira infração de R\$1.856,15 para improcedente; da quarta infração de R\$1.374,29 para R\$382,44; da quinta infração de R\$41.272,93 para R\$8.972,75; da sexta infração de R\$15.816,41 para R\$1.174,75 e da sétima infração de R\$21.749,99 para R\$1.495,57, conforme consignado na Decisão recorrida, do que concordo.

Contudo, inerente ao exercício de 2002 da segunda infração, observo que a Decisão recorrida está equivocada, pois, entendeu a JJF que, pelo fato de o autuante, ao refazer os cálculos correspondentes ao exercício de 2002, utilizou de outros documentos fiscais, a exigência do

imposto somente poderia acontecer mediante novo procedimento fiscal, devendo ser considerado nulo o presente lançamento em relação a esta parte.

Devo salientar que o equívoco para se refazer os cálculos decorreu da troca de dados entre duas lojas que estavam sendo fiscalizadas, gerando autuação indevida no exercício de 2002. Tal fato foi constatado pelo próprio contribuinte em sua defesa, sendo reconhecido pelo autuante em sua informação fiscal. Logo, inevitável a utilização de outros documentos que não os originais, os quais pertenciam a uma outro estabelecimento da empresa, para que fosse feito o levantamento de forma correta, ou seja, com os documentos fiscais correlatos ao estabelecimento objeto desta ação fiscal. Tal fato foi assim procedido, consoante fls. 742 a 795 dos autos, apurando-se o valor devido de R\$3.152,40, do que foi cientificado o sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa, conforme documentos às fls. 808 a 811, tendo inclusive o próprio contribuinte se manifestado, às fls. 814 a 829, que este saldo seria indevido, exercendo o seu direito de defesa.

Saliente-se que o artigo 18, § 1º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, prevê que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões ser corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Portanto, não vislumbro qualquer motivo para que fosse declarada a nulidade de parte desta infração.

Ademais, posteriormente, às fl. 836 dos autos, o contribuinte atravessou petição requerendo a emissão de DAE no valor principal de R\$4.228,05, com vencimento de 20/12/2007, em razão de reconhecimento parcial de débito, dentre os quais o saldo de R\$3.152,40 (fl. 839), relativo ao exercício de 2002, anteriormente por ele contestado, cujo extrato, à fls. 847 dos autos, comprova o recolhimento.

Assim, conforme já dito, tal exigência foi objeto de reconhecimento e o recolhimento do débito pelo contribuinte, caracterizando-se confessado o débito. Nesta condição, o contribuinte renunciou ao seu direito de discutir na esfera administrativa. Portanto, salvo se verifique a existência de alguma nulidade flagrante, o que não restou apurado nos autos, que ensejasse a se decretar de ofício a nulidade do lançamento, não poderia o órgão julgador eximir o contribuinte desta exigência.

Assim, diante de tais considerações, concluo pelo restabelecimento do valor de R\$3.152,40, relativo ao exercício de 2002 da segunda infração, conforme demonstrado às fls. 804 e 805 dos autos, cujo valor, somado a importância de R\$1.139,32, referente ao exercício de 2003, perfaz o montante de R\$4.291,72, para a referida infração 2, conforme o demonstrativo abaixo:

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 2 | | | | | | | |
|---------------------------------------|---------------|---------------|----------|----------------|-----------|------------------|------------------|
| Seq. | D. Ocorrência | D. Vencimento | Alíq (%) | Vlr. Histórico | Multa (%) | Vlr. Julgado-JJF | Vlr. Julgado-CJF |
| 1 | 28/02/2002 | 09/03/2002 | 17 | 582,94 | 60 | 0,00 | 215,17 |
| 2 | 31/03/2002 | 09/04/2002 | 17 | 645,49 | 60 | 0,00 | 199,40 |
| 3 | 30/04/2002 | 09/05/2002 | 17 | 650,09 | 60 | 0,00 | 299,05 |
| 4 | 31/05/2002 | 09/06/2002 | 17 | 653,25 | 60 | 0,00 | 246,10 |
| 5 | 30/06/2002 | 09/07/2002 | 17 | 835,22 | 60 | 0,00 | 310,31 |
| 6 | 31/07/2002 | 09/08/2002 | 17 | 836,15 | 60 | 0,00 | 221,21 |
| 7 | 31/08/2002 | 09/09/2002 | 17 | 887,04 | 60 | 0,00 | 217,68 |
| 8 | 30/09/2002 | 09/10/2002 | 17 | 953,59 | 60 | 0,00 | 171,89 |
| 9 | 31/10/2002 | 09/11/2002 | 17 | 771,23 | 60 | 0,00 | 261,68 |
| 10 | 30/11/2002 | 09/12/2002 | 17 | 569,60 | 60 | 0,00 | 283,82 |
| 11 | 30/12/2002 | 09/01/2003 | 17 | 979,03 | 60 | 0,00 | 548,94 |
| 12 | 31/10/2003 | 09/11/2003 | 17 | 282,75 | 60 | 282,75 | 282,75 |
| 13 | 30/11/2003 | 09/12/2003 | 17 | 478,52 | 60 | 478,52 | 478,52 |
| 26 | 31/01/2002 | 09/02/2002 | 17 | 659,10 | 60 | 0,00 | 177,15 |
| 27 | 31/12/2003 | 09/01/2004 | 17 | 378,05 | 60 | 378,05 | 378,05 |
| TOTAL | | | | 10.162,05 | | 1.139,32 | 4.291,72 |

Diante do exposto, voto ser pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restabelecer o valor de R\$3.152,40, relativo ao exercício de 2002 da infração 2, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0004/07-1**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G. BARBOSA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.612,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS