

PROCESSO - A. I. Nº 148714.0011/05-2
RECORRENTE - I.B.R. - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE RESINAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0161-01/06
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 23/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0475-12/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Comprovada nos autos a correção dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo. Infração insubstancial. Modificada a Decisão de Primeira Instância. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a R. Decisão proferida pela R. 1ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade de votos, decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração

Cinge-se o presente Recurso à análise e apreciação das infrações 2 e 3, a seguir descritas, objeto de insurgência por parte do autuado:

2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de maio de 2000, com aplicação de multa no valor de R\$5.552,11;
3. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em todos os meses dos exercícios de 2000, 2001 e 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$ 29.303,68, acrescido da multa de 60%. Consta ainda que o contribuinte, nas suas vendas a microempresas, com a alíquota de 7%, não utilizou o valor da mercadoria na base de cálculo, vez que abateu o desconto de 10%, que seria o imposto devido ao Estado, sem que haja previsão para tal abatimento.

Quanto às mencionadas infrações, apresentou o autuado a seguinte linha argumentativa em sua defesa:

INFRAÇÃO 2 – Aduziu que a fiscalização não lhe apresentou nenhum demonstrativo ou informou a que nota(s) fiscal(is) se referiu ao imputar a infração e que o Auto de Infração não menciona nenhum número de nota fiscal. Argumentou não dispor de nenhum elemento de análise e interpretação a respeito do modo como foi apurado o imposto reclamado.

Com base em alegado cerceamento do direito de defesa, inclusive por descumprimento flagrante do art. 46, do RPAF/99, pleiteou a nulidade da infração ou a improcedência total.

INFRAÇÃO 3 – De maneira similar aos argumentos apresentados em relação às infrações anteriores, alegou não ter recebido demonstrativos ou informações concernentes aos documentos fiscais referidos na imputação desta infração. Disse não saber quais os valores, em que período e de que notas fiscais a fiscalização se referiu, para chegar à base de cálculo utilizada e que no

Auto de Infração também não há registro de nenhum número de nota fiscal, citando apenas o desconto de 10%. Enfatizou não dispor dos elementos para análise e interpretação a respeito de como a fiscalização apurou o ICMS reclamado.

Argüiu que ao utilizar o percentual de redução da base cálculo, nas vendas para microempresas, cumpriu o que determinam os transcritos art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS/97 e a Instrução Normativa 38/94 da SEFAZ. O autuado ressaltou ser notório que a infração é inexistente e que o débito levantado é nulo ou improcedente, considerando que seu procedimento seguiu as determinações acima mencionadas. Pediu a nulidade deste item da autuação ou a sua improcedência total.

Solicitou que lhe fosse dado conhecimento, assim como cópia, a respeito de qualquer intervenção efetuada no PAF, na forma de demonstrativos, com reabertura do prazo de defesa, para que possa se manifestar sobre os documentos produzidos ou juntados, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Demandou pela nulidade do Auto de Infração e, se vencida esta preliminar, pediu a improcedência de cada infração e do Auto de Infração em sua totalidade.

A autuante apresentou informação fiscal, argumentando não serem verdadeiras as alegações defensivas quanto ao não recebimento dos demonstrativos, afirmando que durante a fiscalização prepostos da empresa compareceram à Inspetoria para tomarem conhecimento e apresentar documentação em atendimento a intimações, citando como exemplo a intimação de 21/11/2005 (fl. 417), na qual consta a assinatura do preposto do autuado. Que foram mantidas comunicações através de *e-mails* (fls. 414 a 416), o que comprova que todo o trabalho foi feito cientificando a empresa, para que ela pudesse esclarecer eventuais equívocos, antes da autuação. Disse que os anexos foram entregues quando o preposto tomou conhecimento do Auto de Infração, tomando conhecimento das infrações durante o processo da fiscalização.

Argumentou que apesar da defesa insistir que não teve conhecimento das infrações, de acordo com o art. 124 do RPAF/99, durante o prazo de defesa o processo permaneceu na repartição fazendária, onde o sujeito passivo poderia ter vistas, na forma do art. 11 do mesmo regulamento.

Reiterando o teor da autuação, teceu comentários a respeito das infrações.

INFRAÇÃO 2 – Argüiu que através de circularização foi detectado que cinco notas fiscais emitidas pela empresa Fibra Nordeste S/A, referentes ao produto metanol, não tinham sido registradas nas escritas fiscal e contábil do autuado, conforme demonstrativos e cópias das notas fiscais e do livro Registro de Entradas (fls. 07 a 53).

INFRAÇÃO 3 – Alegou que neste caso o autuado calculou de forma errada o imposto referente a vendas internas para microempresas, tendo abatido da base de cálculo o valor do desconto (aproximadamente 10%) pois, segundo seu entendimento, o art. 52 do RICMS/97 estabelece que a utilização da alíquota de 7% é condicionada a que seja dado o desconto de aproximadamente 10% do imposto devido, caso em que o imposto deve ser calculado pelo valor integral da mercadoria. Asseverou que o citado dispositivo regulamentar determina que o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo o destaque mera indicação para fins de controle. Disse que a utilização da base de cálculo com desconto contraria a determinação legal, caracterizando a infração. Ponderou que somente seria admissível se houvesse sido aplicada a alíquota de 17%. Tudo conforme documentos de fls. 54 a 402 (não tendo copiado todas as notas fiscais).

Reiterou o Auto de Infração, com as modificações apresentadas.

Considerando que a apuração dos débitos consignados no Auto de Infração, correspondentes a todas as infrações, foi baseada em demonstrativos elaborados pela autuante, bem como em notas fiscais e nos dados constantes dos livros fiscais do autuado (à exceção da infração 3); considerando as alegações do autuado quanto ao não recebimento dos demonstrativos, das cópias das notas fiscais, além das informações concernentes aos livros fiscais e as respectivas páginas, que serviram de base para o lançamento; considerando não existir no PAF nenhuma comprovação de que o autuado tivesse tomado ciência dos referidos documentos e para que não se configurasse cerceamento ao direito de defesa, posto que os mesmos se constituem em elementos

básicos para a preparação de sua defesa, a 1^a JJF, em pauta suplementar (fl. 433), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ SIMÕES FILHO, para que a autuante fornecesse ao autuado, cópia dos demonstrativos, das notas fiscais e das folhas dos livros fiscais que serviram de base à autuação (fls. 01 a 406), concedendo-lhe um novo prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos.

Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante para que elaborasse nova informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

Em atendimento à diligência, foram entregues ao autuado, cópias de todos os demonstrativos referentes ao levantamento procedido pela fiscalização (fls. 442 a 473) e reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Às fls. 476 a 478. o autuado apresentou defesa complementar, falando a respeito das infrações objeto do presente Recurso, da seguinte forma:

INFRAÇÃO 2 – Argüiu ter verificado que os pagamentos referentes às notas fiscais objeto da autuação foram efetivados, estando registrados no livro Diário nº 3, às fls. 01, 81, 83, 84, 85 e 87, (fls. 489 a 494). Anexou, ainda, as cópias das referidas notas fiscais (fls. 483 a 488), nas quais consta o recebimento por sua unidade fabril das mercadorias, que se destinaram à comercialização. Disse que, por equívoco, essas notas fiscais não foram lançadas no livro Registro de Entradas, o que significou em prejuízo, pela falta de aproveitamento dos créditos do ICMS, os quais pretende solicitar. Requereu a nulidade desta infração ou então a sua improcedência.

INFRAÇÃO 3 – Alegou ter constatado que todas as notas fiscais arroladas no demonstrativo se referem a vendas para microempresas. Manifestou o entendimento de que o procedimento adotado no caso está correto, inclusive com pagamento do imposto a maior, não cabendo cobrança em razão do desconto dos 10%. Para que não restem dúvidas a respeito, solicitou que o PAF fosse encaminhado para órgão técnico da SEFAZ, para o fim de dirimir a dúvida quanto à correção do procedimento. Pleiteou a nulidade deste item da autuação ou a sua improcedência.

Observou que apesar de constar no corpo da Nota Fiscal 1.811 a rubrica “*despesas aduaneiras no valor de R\$ 706,39*”, essa informação tem caráter financeiro e se refere a despesas com comissão, despachantes e outros, não sendo, desse modo, base de cálculo para o ICMS. Pediu a nulidade da infração ou a sua improcedência.

Requereu que todo e qualquer novo demonstrativo que venha a ser produzido pela autuante ou outro preposto fiscal que intervenha no PAF, por razões de direito, lhe seja dada ciência, bem como seja fornecida cópia e reaberto o prazo de defesa, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Concluiu, pleiteando a nulidade ou a improcedência das infrações 2 e 3.

Em nova manifestação à fl. 527, a autuante reiterou o teor da informação precedente, apresentando os seguintes esclarecimentos em relação à nova defesa, quanto às infrações 2 e 3:

INFRAÇÃO 2 – Disse que foi reconhecida pela defesa, que alegou ter havido um equívoco, pois consta registrado o respectivo pagamento na contabilidade. Replicou, entretanto, que as referidas notas fiscais haviam sido obtidas através de circularização junto ao fornecedor, tendo ficado caracterizada a omissão, já que as notas fiscais não haviam sido informadas pelo autuado.

INFRAÇÃO 3 – Confirmou a informação fiscal anterior.

Através do Acórdão JJF n.^o 0161-01/06, decidiu a 1.^a Junta de Julgamento Fiscal pela procedência da infração 2 e pela procedência parcial da infração 3, nos seguintes termos:

- a) quanto a infração 2, entendeu que as alegações do autuado “*não elidem a acusação fiscal, pois restou comprovado que o sujeito passivo deixou de cumprir as determinações contidas no art. 322, e §§, do RICMS/97, sendo aplicada ao caso a multa estipulada no art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96*”, cujo teor transcreveu; ressalta, ainda, que o fato de o mesmo “*haver escriturado em seus livros contábeis as aquisições de mercadorias indicadas nas notas fiscais objeto da*

autuação, não elide a acusação, haja vista que não se está exigindo imposto e sim aplicando multa por falta de escrituração das notas fiscais no livro Registro de Entradas”;

- b) no tocante à infração 3, asseverou o *a quo* que “*Verificando as notas fiscais que deram sustentação a este item da autuação, observo que, realmente, o sujeito passivo concedeu nesses documentos fiscais o desconto condicionado, citando ainda o dispositivo que lhe dá amparo legal, estando o procedimento correto, no tocante a este aspecto*”, ao tempo em que transcreveu o art. 51, § 1.º, II, do RICMS/97; salienta, porém, que nos cálculo procedidos pelo autuado, percebe-se que “*os descontos concedidos às microempresas nos preços dos produtos, correspondem sempre a 10%, o que resulta em valores do imposto a recolher menores que aqueles estabelecidos na Instrução Normativa 38/94*”, decorrendo, tal diferença, “*do fato de que nos valores inicialmente utilizados pelo sujeito passivo não estavam incluídos os montantes correspondentes ao ICMS, o que faz com que os resultados sejam inferiores àqueles efetivamente devidos*”; transcreveu o inteiro teor da Instrução Normativa n.º 38/94 e, após apontar equívocos no demonstrativo do autuante, refez todos os cálculos, aplicando o fator fixo de 10,75269 e julgando parcialmente procedente a aludida infração no montante de R\$ 10.109,91, conforme tabela indicada no voto proferido.

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, invocando os seguintes argumentos defensivos:

- a) de referência à infração 2, argumenta que restou comprovado que todas as notas fiscais de compra de mercadorias para comercialização foram registradas, deram entrada na sua contabilidade, cujos pagamentos, inclusive, foram realizados pela empresa, tendo as suas saídas devidamente tributadas com o imposto pago, inexistindo, pois, qualquer prejuízo ao Fisco Estadual; assevera também que em face do equívoco praticado pela empresa, a mesma deixou de aproveitar os créditos oriundos dessas Notas Fiscais, resultando em prejuízo direto, uma vez que são do ano de 2000 e não mais poderão aproveita-los posto que já decorridos mais de cinco anos do fato; invoca o art. 158, do RPAF, cujo teor transcreve, para pleitear o cancelamento ou a redução da multa fixada em seu desfavor.
- b) no que concerne à infração 3, aduz que o julgador deveria ter efetuado o seguinte cálculo: “*162.344,06 x 10,75269, o resultado seria de 17.456,35 que subtraído de 162.344,06 seria de 144.887,71, logo a BC encontrada está a maior super dimensionada, o que inevitavelmente leva a erro na apuração do imposto, tratando-se de equívoco sistemático para todos os meses*”; afirma que aplicou literalmente a Instrução Normativa, adotando o seguinte critério de cálculo: R\$ 162.344,06 \ por 0,93, encontrando-se o valor bruto de R\$ 174.563,51 que, multiplicado por 0,83, chega-se à verdadeira Base de Cálculo de R\$ 144.887,71, aplicando-se então a alíquota de 7%; colaciona à sua peça recursal planilha de demonstrativo dos cálculos que apura ter o recorrente efetuado recolhimento a maior de R\$ 2.536,60 e consequentemente nada estariam a dever ao Estado, conforme pleiteia o presente Auto de Infração.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, analisando, de *per si*, as aludidas infrações, nos seguintes termos:

- a) quanto à infração 2, entende que em que pese estar evidente a possibilidade da redução ou dispensa da multa por descumprimento de obrigação acessória pela CJF, a conduta do autuado não se encarta nos requisitos previstos no art. 158, do RPAF, posto que a mesma derivou de um lançamento em duplicidade de notas fiscais na escrita fiscal, gerando, desta forma, uma utilização indevida de crédito e, por conseguinte, um recolhimento a menor do imposto no prazo legal, que não está elidido pelo pagamento extemporâneo do imposto;
- b) com relação à infração 3, manifesta-se o nobre Parecerista no sentido de que “*resta claro ao analisar os autos que o cálculo efetivado pelo recorrente foi feito de forma incorreta, pois não utilizou como base de cálculo inicial para aplicação do desconto de 10%, o valor da operação com o valor do ICMS por dentro, como estipula expressamente a Lei Complementar n.º 87/96*”.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No que tange à infração 2, agiu com acerto o *a quo* ao asseverar que as alegações do recorrente não têm o condão de afastar a citada infração, tendo em vista que o mesmo, como confessado, deixou, de fato, de adimplir as determinações contidas no art. 322, e §§, do RICMS/97, sendo aplicada ao caso a multa estipulada no art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

Outrossim, o fato de o mesmo haver escriturado em seus livros contábeis as aquisições de mercadorias indicadas nas notas fiscais objeto da autuação, não elide a acusação, visto que não se está exigindo imposto e sim aplicando multa por falta de escrituração das notas fiscais no livro Registro de Entradas.

Note-se, ainda nesse envolver, que não há que se falar em cancelamento ou redução da multa nos termos do art. 158, do RPAF, vez que a conduta do recorrente decorreu de um lançamento em duplicidade de notas fiscais na sua escrita fiscal, redundando em uma utilização indevida de crédito e, por conseguinte, em um recolhimento a menor do imposto no prazo legal, que não está afastado pelo pagamento extemporâneo do imposto.

No que se refere à infração 3, merece acolhimento a tese defensiva, postou que restou demonstrado que o cálculo realizado pelo recorrente tomou por base o valor da operação deduzido o desconto de 10% nas notas fiscais destinadas a contribuintes inscritos no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Nos termos do disposto art. 16, § 1º, da Lei nº 7.014/96, como condição de aplicação da alíquota de 7%, o estabelecimento industrial remetente obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. Uma simples conferência das notas fiscais acostadas ao processo (doc. fls. 84 a 402), demonstra que o sujeito passivo efetivamente repassou o desconto de 10% em concordância com a disposição legal mencionada.

O autuante, por sua vez, considerou que a base de cálculo da operação deveria contemplar o montante das saídas sem a dedução dos descontos. Todavia, o comando legal quanto a esta questão é claro e se encontra disciplinado no art. 17, I, da Lei nº 7.014/96: a base de cálculo é o valor da operação, não se incluindo nesta os descontos, salvo na hipótese de descontos condicionados. Entende-se por desconto condicionado aquele sujeito a evento futuro, portanto, posterior ao ato da venda mercadoria, como por exemplo, o pagamento de vendas a prazo antes da data do vencimento da obrigação. No caso vertente, há que prevalecer o valor real da operação posto que nas notas fiscais houve a dedução do desconto e repasse aos adquirentes cadastrados no Regime Simbahia.

A Junta de Julgamento, por sua vez, também incidiu em equívoco, pois considerou procedente em parte a exigência fiscal utilizando como fundamento da decisão a Instrução Normativa nº 38/94. Esta norma autoriza a dedução de 10,75269% sobre a base de cálculo da operação, nas vendas à alíquota de 7% para microempresas. De plano se verifica que o desconto concedido pelo autuado, no montante de 10%, foi inferior ao autorizado pela citada Instrução (10,75269%), de forma que aritmeticamente não haveria diferença de imposto a ser exigido do contribuinte. Todavia, a Junta ao rever os cálculos do autuante, elaborou nova planilha, considerando apenas o desconto de 7%, em contraposição ao 10% repassados pelo autuado, tributando assim a diferença, conforme abaixo demonstrado, tomando por base o imposto apurado em janeiro 2000:

DATA MES	VLR DA MERC	PERCENTUAL	BC C\ A RED.	ICMS 7%	ICMS APUR.	DIFER. DE ICMS
JAN	162.344,06	0,93	150.979,98	10.568,60	10.227,68	340,92

Restou evidenciado que os membros da Junta, apesar de citarem a Instrução Normativa nº 38/94, incorreram em erro de cálculo na elaboração da planilha integrante do Acórdão recorrido, pois deduziram apenas 7%, a norma autorizava a dedução de 10,75269%.

Já o autuado concedeu desconto de 10%, repassado este valor aos adquirentes nas notas fiscais que acobertaram saídas de mercadorias para contribuintes inscritos no SimBahia, conforme demonstrado abaixo:

DATA MES	VALOR DA MERCADORIA	PERCENTUAL	BC COM A REDUÇÃO	ICMS 7%
JAN	162.344,06	0,90	146.109,65	10.227,68

Portanto, não subsistem as diferenças de ICMS apuradas na Decisão “*a quo*”, como também não procede a apuração do imposto originalmente lançado no Auto de Infração, considerando que o contribuinte efetivamente repassou no preço das mercadorias comercializadas à alíquota de 7%, o montante do desconto concedido, no percentual de 10%, agindo em conformidade com o disposto no art. 16, § 1º, da Lei nº 7.014/96.

Considerando o acima exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser excluída da exigência fiscal o item 3 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 148714.0011/05-2, lavrado contra **I.B.R. - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE RESINAS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$294,59**, sendo R\$120,09, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, “a” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$174,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$5.552,11**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2006.

TOLstoi Seara Nolasco - Presidente

Nelson Antonio Daiha Filho - Relator

Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleiro Costa - Repr. da PGE/PROFIS