

A. I. Nº - 298578.0003/10-9
AUTUADO - PACIFIC COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CLAÚDIA MARIA SEABRA MARTINS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 11/04/2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0065-05/11

EMENTA: ICMS. 1. REMESSA INTERNAS DE BENS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** DEMONSTRAÇÃO. **b)** CONSENTO. Contribuinte não comprovou mediante apresentação de notas fiscais, o devido retorno. Infrações não contestadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA DE 1%. Em razão da ausência das notas fiscais de entradas, com base em documentos fiscais de retorno de mercadorias ou bens recebidos para conserto ou reparo, se presumiu falta de escrituração das entradas anteriores sem nota fiscal. Inadmissibilidade da imputação por falta de previsão legal. Infração nula. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Acolhido o benefício incentivo ao emprego. Excluídos os seus valores da autuação até o limite da imputação. Infração parcialmente subsistente. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO. 4) BASE DE CÁLCULO. **a)** Não houve comprovação do direito à fruição de tal benefício no período levantado. Infração não elidida. **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO. Infração não contestada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2010, lança crédito tributário no total de R\$ 100.263,53, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. deixou de recolher ICMS em decorrência da remessa internas de bens para demonstração, sem o devido retorno. Sendo lançado o valor de R\$ 2.345,71 e aplicada multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Sendo lançado o valor de R\$ 1.433,30 e aplicada multa de 60%.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Sendo lançada a multa no valor de R\$ 1.819,89.
4. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Sendo lançado o valor de R\$ 82.346,66 e aplicada multa de 60%.
5. Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Sendo lançado o valor de R\$ 9.116,01 e aplicada multa de 60%.
6. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Sendo lançado o valor de R\$ 3.201,96 e aplicada a multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 239 a 253, dizendo que sempre adimpliu suas obrigações fiscais, cita o art. 5º, inciso LV da CF, aduz que o legislador estadual fixou as premissas de formalização de lançamento “*de officio*”, diz que o seu desatendimento resulta nulidade do Auto de Infração, transcreve os art. 18 e 28, respectivamente, do RPAF para defender sua tese.

Destaca que o efetivo conhecimento das infrações cometidas, os períodos em que foram cometidas, suas bases de cálculos e alíquotas, bem como os seus embasamentos jurídicos, há de ser expressamente formalizados no Auto de Infração, no momento de sua lavratura, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Alega que o Auto de Infração não obedeceu à ordem legal de demonstrar a origem, cálculo e elementos que possibilitem à ora Impugnante o pleno conhecimento da suposta base de cálculo imputada.

Diz que não há no Auto de Infração meios que lhe assegurem o conhecimento dos motivos que levaram a autuante a desconsiderar a realização de suas operações para imputar a “pecha” de omissão de entradas de mercadorias tributadas.

Argumenta que a autuação é nula, porque a autuante ignorou as informações enviadas pela empresa através do SINTEGRA, atribuindo, na autuação, valores totalmente divergentes do informados pela empresa.

Salienta que o órgão julgador pode anular o feito com base na Súmula nº 473 do STF, que reproduz.

Consigna que, a ampla defesa só estará plenamente exercitável e respeitada se for resguardada ao contribuinte a possibilidade de refutar os fatos, as infrações e valores imputados contra si. Transcreve trechos de jurisprudências sobre tal direito.

Ressalta que a autuante deixou de observar os princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e da moralidade, reproduz lições de doutrinadores tais como Paulo de Barros Machado, Celso Antônio Bandeira de Mello que tratam sobre tais preceitos.

No mérito diz que em relação à Infração 3, está sendo coagido a recolher a multa por suposto retorno de mercadoria recebida para conserto sem registro anterior de entrada em livro próprio. Requer o benefício contido no art. 915, §§ 4º e 5º, que diz que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelos órgãos julgadores administrativos, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. Entende que não pode ser penalizado, pois não causou qualquer prejuízo ao Erário e que todas as notas fiscais correspondentes às entradas de mercadorias recebidas para conserto se encontram em poder da empresa e foram disponibilizadas à fiscalização.

Suplica pela improcedência da Infração 4, relativamente às competências de janeiro a maio/2005, porque à época, era empresa de pequeno porte (EPP), inclusive enquadrada no SIMPLES, já tendo requerido o seu enquadramento no SimBahia. No período de junho a dezembro de 2005, não são devidas as diferenças de ICMS, pois a autuante não levou em consideração o benefício de estímulo ao emprego concedido pela legislação do SimBahia.

Aduz que também é indevida a cobrança de diferenças de ICMS no período de janeiro a agosto de 2006, porque já havia solicitado a utilização dos benefícios previstos no decreto 7799/00, o qual concedeu redução de base de cálculo aos revendedores atacadistas.VER INFORMAÇÃO FISCAL. (Infração 5).

Protesta, por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já, que se realize diligência, juntada posterior de documentos, livros fiscais e contábeis e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo, com o objetivo de se provar a veracidade de tudo o que foi alegado.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente e o arquivamento do processo.

A autuante presta informação fiscal, às fls.259 a 261, dizendo que não tem procedência o pedido de nulidade e de arquivamento do Auto de Infração por parte do autuado, sob a alegação de não ter sido garantido o direito à ampla defesa, visto que toda a documentação que respaldou o auto de infração, bem como as planilhas que demonstram os cálculos efetuados no curso da fiscalização, foi devolvida ao contribuinte, sob recibos assinados pelo representante da empresa, às fls. 15 e 232. Diz que as planilhas às fls. 19 a 49, que embasaram a autuação, relacionam todas as notas fiscais das operações que geraram o débito de imposto, com as informações que possibilitam a sua completa identificação que tiveram como fonte de informação, a documentação apresentada pelo autuado.

Saliente-se que foram feitas cópias dos livros registro de entrada, saída e apuração fornecidos pelo contribuinte, às fls. 52 a 216. Além disso, foram anexados ao auto, cópias de notas fiscais, às fls. 217 a 231, nos CFOP relacionados nas infrações.

Esclarece que na Infração 3, houve a cobrança da multa pela falta de cumprimento de obrigação acessória, aduz que manter a documentação em seu poder e não a registrar na escrita fiscal, compromete o controle das operações da empresa e dificulta as ações de fiscalização. A operação de retorno de mercadoria enseja a existência e registro de operação anterior de entrada da respectiva mercadoria, a fim de garantir a transparência nas operações da empresa com a completa contabilização da transação.

Em relação à Infração 4, diz que no período de janeiro a maio de 2005, o contribuinte figurava no cadastro estadual na condição de empresa Normal, com apuração de ICMS através de conta-corrente. Informa que o autuado esteve na qualidade de EPP no período de 01/06/2005 e 31/12/2005, retornando à condição de Normal a partir de 01/01/2006.

Registra que no período de junho a dezembro de 2005, no cálculo dos valores a pagar, não considerou, de fato, o número de empregados, porque o autuado deixou de encaminhar DME com a quantidade de funcionários contratados e não o fez na defesa. Explica que mesmo assim, utilizando a última informação disponível, constante na DMA do mês de maio de 2005, consignando o número de 3 empregados, fez a alteração da planilha relativa ao exercício de 2005, período de junho a dezembro, incluindo coluna correspondente ao “*Abatimento Incentivo ao Emprego*”. Desse modo, o valor devido em 2005, na infração 4, que era de R\$ 26.595,61, caiu em R\$ 1.373,89, passando para R\$ 25.221,72, e o valor total da mencionada Infração 4 passou de R\$ 82.346,66 para R\$ 80.972,77.

Em relação à ponderação do autuado à fl. 248, diz que consulta ao INC demonstrou, no relatório Processos Tributários às fls. 51, que a assinatura do Termo de Acordo previsto no decreto 7799/00 só ocorreu em 06/11/2006, por isso o autuado não poderia utilizar, antecipadamente, os benefícios de redução de base de cálculo previstos no referido termo.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuado foi intimado, fl.268, para tomar conhecimento e receber cópia dos documentos às fls. 259 a 263, referente à informação e planilha elaborada pela autuante e da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento. Não há no PAF qualquer manifestação.

Consta às fls. 270 a 275 relatório SIGAT com detalhes de pagamento de parte da Infração 03.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo. Saliento que, com exceção da Infração 3, cuja razão será apreciada adiante, verifico que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e da

moralidade, foi respeitado o devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições da norma pertinentes, as infrações foram descritas de forma clara e precisa, o Auto de Infração foi lavrado com o amparo em Lei. A multa foi aplicada com o fulcro do artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei do ICMS-BA nº7.014/96, alterada pela Lei nº9.159/04. Ademais, a apuração das irregularidades está embasada em demonstrativos, tendo sido fornecido cópias ao sujeito passivo, cujos dados foram extraídos de livros e documentos fiscais e de informações do SINTEGRA do contribuinte, foram determinados, com segurança, as infrações e o infrator, consoante será demonstrado de forma pormenorizada quando do enfrentamento das questões de mérito. Além do que, o autuado impugnou o lançamento, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados nas acusações fiscais que originaram a lavratura do presente Auto de Infração. Não vislumbro no lançamento ofensa alguma aos princípios constitucionais suscitados, nem tampouco nele se constatam quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Isto posto, não acolho o pedido de nulidade.

Saliento que na Infração 03, a imputação foi de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Nesta infração há uma questão legal a ser analisada.

Compulsando os autos, verifico que no demonstrativo que embasou a autuação foram relacionadas notas fiscais atinentes a retorno de mercadorias ou bens recebidos para conserto ou reparo, e com base nessas notas fiscais a autuante vislumbrou que essa operação de retorno ensejaria por presunção a existência e o registro de operação anterior de entrada das respectivas mercadorias. Saliento que não existe na norma previsão para se adotar tal procedimento e aplicar a pretendida presunção. Não se pode, em face da constatação de retorno de mercadorias ou bens recebidos para conserto ou reparo, simplesmente aplicar a multa com a presunção de que o sujeito passivo deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Tal impossibilidade decorre da ausência de previsão legal. A autuante não trouxe aos autos as notas fiscais de entradas acompanhadas de demonstrativos correspondentes. Apesar de o contribuinte alegar que as notas fiscais estariam à disposição da fiscalização, e ter reconhecido e pago parte crédito tributário, esse exame não pode ser realizado nessa fase do processo, porque, consoante demonstrado acima, há uma incongruência entre a imputação e o fato ocorrido, o que mudaria o fulcro da autuação.

Saliento que a autuante não trouxe aos autos as notas fiscais acompanhadas de demonstrativos correspondentes.

Portanto, considerando que o demonstrativo que embasou a autuação não determina com segurança a infração e a autuante não trouxe aos autos, cabalmente, a prova da entrada no estabelecimento do contribuinte das mercadorias não tributáveis, não registradas na escrita fiscal do sujeito passivo, à luz do art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, declaro nula esta infração.

No mérito, o sujeito passivo não impugnou especificamente as imputações contextualizadas nas Infrações 1, 2 e 6, que as considero, desde já subsistentes, por não existir controvérsias atinentes a tais infrações. Só se defendeu sistematicamente o contribuinte, no tocante às Infrações 3 e 4 e, indiretamente em relação à Infração 5. Sendo que a Infração 3, apesar de ter sido contestada parcialmente e pago o valor reconhecido, foi apreciada e julgada por dever de ofício, por se tratar de questão legal e não poderia deixar de fazê-lo, consoante conclusão prolatada em sede de preliminares, sem apreciação do mérito, linhas acima.

Em relação à Infração 4, o sujeito passivo rechaçou a acusação, dizendo que no período de janeiro a maio/2005, se encontrava inscrito na condição de empresa de pequeno porte (EPP), no SIMPLES, já tendo requerido o seu enquadramento no SimBahia. Argumentou que no período de junho a dezembro de 2005, não são devidas as diferenças do imposto, porque não foi levado em consideração o benefício de estímulo ao emprego concedido pelo sistema simplificado da Bahia.

A autuante, por sua vez, informou que no período de janeiro a maio de 2005, o contribuinte figurava no cadastro estadual na condição de empresa Normal, com apuração de ICMS através de conta corrente. Acrescentou que o contribuinte esteve na qualidade de EPP SimBahia no período de 01/06/2005 e 31/12/2005. Reconheceu que neste período, no momento de calcular os valores a pagar, não considerou o número de empregados porque o contribuinte havia deixado de prestar tal informação, inclusive não o fez na defesa. Destacou que mesmo assim, utilizando a última informação disponível, constante na DMA do mês de maio de 2005, consignando o número de 3 empregados, fez a alteração da planilha relativa ao alegado período de junho a dezembro/2005. Excluiu da infração o total de R\$1.373,89.

Saliento que, após examinar a nova planilha, concordo com a autuante no que se refere ao acolhimento do incentivo ao emprego. Entretanto, não coaduno com a sugestão de exclusão da infração no montante de R\$1.373,89, posto que nesta importância está refletindo também, compensação de valor a pagar que se apresentaram negativos na planilha elaborada pela autuante, à fl.262, que não podem ser resarcidos neste processo. Para efeito de ajuste e apuração dos valores remanescentes da infração, tais cifras negativas devem ser registradas como sendo inexigíveis na autuação, mesmo quando os seus valores são superiores às quantias lançadas nos itens correspondentes da infração. Portanto, devem ser excluídas no período de junho a dezembro/2005, dos valores lançados nesta infração, as importâncias relativas ao incentivo ao emprego destacadas na referida planilha, até o limite da própria imputação, quando o valor do incentivo for maior que o desta infração. Sendo que, após os ajustes dos valores provenientes da planilha da autuante assim demonstrado: junho/R\$ 77,88 - R\$ 77,88 = 0,00; julho/R\$ 29,64 - R\$ 73,01 = - R\$ 43,37 (fica 0,00); agosto/R\$275,48 - R\$118,47 = R\$157,01; setembro/R\$626,03 - R\$113,99 = 512,03; outubroR\$164,47 - R\$164,78 = -0,31 (fica 0,00); novembro/R\$460,31 - R\$99,49 = R\$360,82; e dezembro/R\$209,76 - R\$183,46 = 26,30, no período de junho a dezembro de 2005, remanescem na infração os valores demonstrados abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
30/06/2005	09/07/2005	0,00	0,00	0	0,00
31/07/2005	09/08/2005	0,00	0,00	0	0,00
31/08/2005	09/09/2005	923,59	17,00	60	157,01
30/09/2005	09/10/2005	3.011,95	17,00	60	512,03
31/10/2005	09/11/2005	0,00	0,00	0	0,00
30/11/2005	09/12/2005	2.122,48	17,00	60	360,82
31/12/2005	09/01/2006	154,71	17,00	60	26,30
Total					1.056,16

Ressalte-se que os valores contextualizados no Auto de Infração dos meses de fevereiro a maio de 2005, bem como aqueles lançados entre o período de janeiro de 2006 a dezembro de 2008, não sofreram modificação. Por este motivo, só foi elaborada a planilha formatada imediatamente acima, para consignar as importâncias remanescentes na infração, no período citado acima de junho a dezembro de 2005. Feito isto, será excluída desta infração a quantia de R\$ 787,40, que corresponde à cifra do incentivo ao emprego até o limite da imputação. Reduzindo o valor da infração de R\$ 82.346,66, para R\$ 81.559,26 (82.346,66 – 787,40), ficando assim a Infração 4 parcialmente subsistente.

Quanto à Infração 5 a autuante informou que a assinatura do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00 só ocorreu em 06/11/2006.

Verifico que a assinatura do Termo de Acordo só ocorrerá após a data da imputação, e o contribuinte não provou se encontrar autorizado a usufruir do benefício de redução de base de cálculo, em assim sendo, não poderia fazer uso de tal benefício e reduzir a base de cálculo do imposto. Portanto fica mantida esta infração.

Voto pela PORCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **298578.0003/10-9**, lavrado contra **PACIFIC COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.656,24** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FRANCISCO ATANASIO DE SNATANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR