

PROCESSO - A. I. Nº 298578.0003/10-9
RECORRENTE - PACIFIC COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (PACIFIC AUTOMAÇÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0065-05/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08/05/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0084-12/12

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Provado que no período de janeiro a maio de 2005, o contribuinte encontrava-se enquadrado no regime de apuração normal do imposto. Refeitos os cálculos, infração parcialmente subsistente. **2. BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO.** Comprovado que o ato concessivo do benefício expresso no Decreto nº 7.799/00 somente foi concedido ao sujeito passivo tributário a partir de 06/11/2006. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de anulação da decisão de 1º Grau. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2010, exige crédito tributário no total de R\$ 100.263,53, em razão do cometimento de seis infrações à legislação tributária deste Estado. Entretanto, somente fazem parte do recurso interposto às infrações 4 e 5, a seguir indicadas.

Infração 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%.

Infração 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%.

Após análise das peças processuais, inclusive com solicitação de diligência saneadora, a 5ª JF decide pela procedência parcial da autuação como a seguir transcrito:

“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.

E quanto às infrações ora combatidas, assim se posiciona:

[..]

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 ressarcidos 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; outubro/R\$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 ocorrera 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.”

Tomando conhecimento da decisão prolatada pela Instancia de 1º Grau deste Colegiado, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 293/301).

Preliminarmente, insurge-se contra a decisão da JJF, relativamente às infrações 4 e 5, entendendo que suas razões de defesa apresentadas quedaram intocadas, uma vez que os julgadores de 1º Grau deixaram de analisar vários dos argumentos que respaldavam a sua irrisignação, fazendo menção, apenas, a documentos que não teriam sido apresentados pela empresa, porém sem

demonstrar qual a base que lastreou sua decisão, principalmente em confronto com os argumentos postos na peça defensiva.

Insistindo não reconhecer as infrações citadas, informa que repete os mesmos argumentos já expostos na sua inicial, quais sejam:

- 1- Improcede o suposto recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração nos valores indicados pela fiscalização nas planilhas apensadas aos autos, mesmo havendo redução do imposto na infração 03, relativamente às competências de janeiro/2005 a maio/2005, uma vez que, à época, era empresa de pequeno porte (EPP), enquadrada no Simples e no SimBahia. Informa que foi indevidamente desenquadrado do SimBahia pelo fisco estadual por concentrar suas vendas (mais de 70%) a sociedades jurídicas de direito privado. Diz, equivocadamente o entendimento da SEFAZ de que, por este motivo, deveria ser enquadrado com atacadista, entendimento este sem qualquer fundamentação legal. Que havia solicitado seu reenquadramento, à época, no SimBahia. Assim, a cobrança era indevida.
- 2- Também indevida a cobrança de diferenças de ICMS no período de janeiro a agosto de 2006, haja vista que já havia solicitado a utilização dos benefícios previstos no Decreto nº 7.799/00, o qual concedeu redução de base de cálculo aos revendedores atacadistas, inexistindo, portanto, quaisquer diferenças sob esta rubrica.

Após tais considerações, ressalta que a fundamentação das Decisões, judiciais ou administrativas, é de suma importância para o controle da sua *legalidade* e, acima de tudo, “*como garantia imanente do Estado Democrático de Direito*”. Neste sentido, traz ensinamentos de Barbosa Moreira, Sérgio Ferraz, Adilon Abreu Dallari e Carlos Ari Sundfeld (indicando de onde extraiu os textos) para corroborar seu entendimento sobre a matéria que desenvolve seu raciocínio.

Por tudo que expôs, entende que deve ser declarada a nulidade da decisão recorrida.

Com o título “*Da não aplicabilidade de normas inconstitucionais no âmbito administrativo*” entende que os órgãos administrativos fiscais não podem utilizar do argumento de falta de competência para se esquivar da melhor aplicação do direito e da justiça. Diz que não está, neste momento, buscando que eles declarem a inconstitucionalidade do ato praticado pelo administrador, mas sim, o reconhecimento da ilegalidade praticada pelos prepostos fiscais, quando da lavratura do presente Auto de Infração, já que as decisões prolatadas devem se ater no princípio da legalidade, “*que tem como um de seus pilares de sustentação o respeito e a observância da hierarquia entre as normas*”. Afirma que “*Não se pode permitir que ato praticado pela Administração Pública, contrário à norma constitucional tenha eficácia no mundo jurídico, vez que se assim não fosse, estar-se-ia diante de um caso de negativa do próprio Estado de Direito, baseado num sistema jurídico harmônico e uno*”.

Com tais argumentos diz ser inexorável a nulidade do lançamento fiscal, vez que lavrado em total descompasso com o texto constitucional, notadamente no que se refere ao princípio da legalidade. E, neste compasso, continua a discutir acerca da competência e dever dos órgãos julgadores administrativos quanto a não aplicação de lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal, trazendo no bojo desta argumentação ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins e do Ministro José Augusto Delgado, do STJ, no Relatório do XXIII Simpósio de Direito Tributário, in “*Processo Administrativo Tributário*”, Revista dos Tribunais, 1999, págs. 89/91, para afirmar restar incontestável que pode e deve a autoridade administrativa deixar de aplicar lei ilegal e inconstitucional frente ao caso concreto, como na hipótese vertente, em face do exercício de sua atividade ser condicionado aos mandamentos constitucionais, mormente aos princípios da legalidade e moralidade (art. 37, CF/88).

Por fim requerendo prova pericial, especialmente nos seus livros contábeis e fiscais, bem como nas notas fiscais, protesta, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, postulando, desde já juntada posterior de documentos, inclusive notas fiscais, lançamentos

contábeis e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se alcançar a verdade real, consubstanciada no quanto alegado, provando-se a total improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS em seu parecer (fls. 310), exarado pela procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, após relatar, sucintamente, os fatos do presente processo, assim se posiciona: *“Da análise dos autos, verifico que os princípios atinentes ao processo administrativo fiscal foram respeitados nesse caso, não havendo qualquer razão para decretação de nulidade. A prova pericial solicitada não se faz necessária, já que o pedido não veio acompanhado de justificativa, tampouco objetivo na sua realização. No mérito, a infração 04 exige ICMS por erro na apuração do imposto devido. As provas dos autos revelam que no período de janeiro a maio de 2005 o contribuinte era inscrito como NORMAL, não havendo qualquer elemento que permita concluir por erro da SEFAZ em seu alegado desenquadramento. Em relação à fruição dos benefícios previstos no Decreto 7799/00, o que se tem nos autos é a concessão pela SEFAZ para gozo a partir de novembro de 2006. Pelo exposto, opino pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso”*.

VOTO

O recorrente requer a nulidade da decisão recorrida por entender que os julgadores de 1ª Instância deixaram de analisar vários dos argumentos que respaldaram a sua irresignação. É equivocada a questão apresentada pelo recorrente. Todos os argumentos de nulidade e todas as questões de mérito foram apreciadas, com minúcia e com fundamentação legal, pela JJF, conforme consta no relatório do presente Acórdão. Se acaso, as razões expostas pela JJF vão de encontro ao entendimento do nobre recorrente, esta é questão de seu foro pessoal.

Isto posto, traz o recorrente as mesmas questões de nulidades da ação fiscal e que foram minuciosamente rechaçadas pela JJF. Mais uma vez, ressalta-se de que não existem nos autos quaisquer indícios de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem desobediência aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, nem tampouco foi aplicada qualquer lei inconstitucional ou ilegal. O lançamento fiscal pautou-se sob o devido processo legal, obedecendo às disposições da norma pertinentes, que não são nem ilegais, nem inconstitucionais.

As multas aplicadas estão conforme determinações da Lei nº 7.014/96 e o lançamento fiscal encontra-se embasado em demonstrativos (extraídos de livros e documentos fiscais e de informações do SINTEGRA do contribuinte), cujas cópias foram fornecidas ao sujeito passivo e que determinam com segurança, as infrações. Ademais, o recorrente, desde a sua inicial, demonstrou ter perfeito conhecimento do que lhe foi imputado, inclusive se defendendo com precisão.

E, neste momento, faço uma observação: se acaso, o recorrente entende que a decisão da JJF e do lançamento fiscal estão eivados de nulidade por terem se baseado em lei e normas tributárias vigentes que considera inconstitucional e/ou ilegais, ressalto, em primeiro, que não as declinou, não se sabendo, pelas peças processuais, a que norma estava o recorrente se referindo. Em segundo, a legislação tributária ora aplicada é legal e constitucional. E, em terceiro, diante da legalidade e constitucionalidade da norma vigente e aplicada, não cabe, neste processo, abrir discussão a respeito de matéria a ele não pertinente.

Não sendo provado que o lançamento fiscal ofendeu os princípios constitucionais suscitados, nem tampouco nele se constatam quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à sua nulidade conforme disposições do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não acolho o pleito do recorrente.

Quanto ao pedido de prova pericial, além de não ter vindo acompanhada de justificativa, nem de objetivo, como bem pontuou a PGE/Profis no parecer exarado, não se faz necessária diante do

meu convencimento a respeito das questões suscitadas. Observando que cabe ao órgão julgador a condução do processo, a indefiro com base no art. 147, do RPAF/BA.

No mérito, a infração 4 trata do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo exigido o valor de R\$82.346,66. O recorrente, voltou a afirmar que no período de janeiro/2005 a maio/2005, encontrava-se enquadrado no SimBahia (EPP) e que, à época, foi indevidamente desenquadrado daquele regime, tendo em vista que o fisco entendeu ser sua atividade de “atacadista”, já que concentra suas vendas (70%) “à sociedades jurídicas de direito privado”. Quanto ao fato de ter sido desenquadrado indevidamente pelo fisco, não existe nos autos qualquer prova desta situação. As provas carreadas aos autos dão conta que no período de janeiro a maio de 2005, o contribuinte encontrava-se com cadastro estadual na condição de empresa Normal, com apuração de ICMS através de conta-corrente, conforme fl. 50 do processo. Somente a partir de 01/06/2005 esteve enquadrado no SimBahia, na condição de EPP, retornando à condição de empresa com apuração do imposto Normal a partir de 01/01/2006, ano em que, e inclusive, solicita os benefícios do Decreto nº 7.799/00, demonstrando a sua condição de empresa atacadista, não podendo ser enquadrada no SimBahia. E, por ter sido enquadrado no SimBahia no período de junho a dezembro de 2005, a própria autuante e a JJF ajustaram o imposto neste período exigido, conforme amplamente explicitado no voto preferido.

Pelo exposto, as razões do recorrente não possuem o condão de desconstituir a infração apontada no Auto de Infração como 04 e na forma decidida pela Instância de 1º Grau.

Na infração 5 é exigido o imposto pelo seu recolhimento a menos em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O recorrente, mais uma vez, traz o mesmo argumento exposto na sua inicial, ou seja, no período de janeiro a agosto de 2006, já havia solicitado a utilização dos benefícios previstos no Decreto nº 7.799/00, que concede redução de base de cálculo aos revendedores atacadistas. Equivoca-se o recorrente. Em primeiro, observo que a infração somente diz respeito ao mês de setembro de 2006. Em segundo, ao contrário do seu entendimento, para usufruir o benefício do Decreto nº 7.799/00 não é apenas o requerer, mas sim possuir o ato concessório dado pela Secretaria de Fazenda. Este ato concessório somente teve efeitos a partir de 09/11/2006, conforme resta provado à fl. 51 dos autos.

Em assim sendo, a infração 5 é mantida e conforme decisão da 5ª JJF.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo em sua totalidade a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **298578.0003/10-9**, lavrado contra **PACIFIC COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (PACIFIC AUTOMAÇÃO)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 11 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS