

A. I. Nº - 207668.0001/11-6
AUTUADO - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18. 04. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-01/12

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. DECRETO Nº 7.799/00. “TERMO DE ACORDO” NÃO SE ENCONTRAVA DEFERIDO PELA AUTORIDADE FISCAL. Nos termos do 7º do Decreto nº 7.799/2000, a utilização da redução da base de cálculo, depende de celebração de Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, somente sendo possível ao contribuinte fruir do benefício fiscal após o deferimento do pedido pela autoridade competente. No presente caso, o autuado fez uso da redução da base de cálculo quando ainda não estava autorizado. **Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Dentre as notas fiscais arroladas na autuação apenas a nota fiscal coletada no CFAMT, efetivamente, comprovou a realização da operação. Infração parcialmente subsistente. 3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Descrição imprecisa do fato. Inexistência, nos autos, de elementos que indiquem com segurança e certeza ter havido a irregularidade imputada ao contribuinte. Infração nula com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. 4. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração caracterizada. 5. LIVROS FISCAIS. a) IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Apesar de alegar que estaria providenciando os documentos comprobatórios que elidiriam estes itens da autuação, o autuado nada apresentou. Infrações 05 e 06 subsistentes. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, é devido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada**

pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade do Auto de Infração por ausência do Termo de Início de Fiscalização. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/02/2011, exige crédito tributário no valor de R\$ 15.745,13, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de junho e julho de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.787,75, acrescido da multa de 60%. Consta que apesar de somente ter sido deferido Termo de Acordo – Comércio Atacadista – Decreto nº 7.799, no mês de dezembro de 2006, começou logo em junho a reduzir sua base de cálculo em 41, 176%. Conforme demonstrativo e resumo do processo tributário, constante do Anexo II deste PAF;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto e novembro de 2006 e novembro de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 838,45, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias;
3. Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, nos meses de janeiro a abril, junho e julho de 2006 e novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 484,96, acrescido da multa de 60%. Consta que: Nos exercícios de 2006 e 2007, quando da aquisição de mercadorias provenientes de outros estados destinadas à comercialização, deixou de recolher (ou recolheu a menor) o ICMS relativo à Antecipação Parcial. Conforme Demonstrativos constantes do ANEXO IV deste PAF;
4. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de março a maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 135,50, acrescido da multa de 50%;
5. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de junho e julho de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.122,31, acrescido da multa de 50%;
6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Regime de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 602,93, acrescido da multa de 60%;
7. Falta de recolhimento do ICMS, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2006, com a exigência do imposto no valor de R\$ 5.773,23, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 147 a 149) na qual preliminarmente solicita que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados regularmente habilitados, legítimos representantes legais do autuado na ação, bem como, suscita a nulidade do Auto de Infração, por ausência do “termo de início” da fiscalização, instrumento que segundo diz, ao menos, não foi submetido ao advogado que subscreve

a presente defesa, anteriormente lavrado, em atendimento à posição firmada pelo CONSEF, a exemplo, do Acórdão JF nº 0219-01/02, cuja definição reproduz.

Rechaça a infração 01, no mérito, consignando que se refere a suposta falta de recolhimento, por utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo (Termo de Acordo de Atacadista), que segundo a acusação foi utilizado antes da assinatura.

Observa que durante o período que consta da autuação já havia solicitado o enquadramento no Decreto 7.799, preenchendo todos os requisitos legais, tanto que foi o “termo” assinado posteriormente. Sustenta que a assinatura, que é apenas um ato formal que convalida o direito adquirido, somente foi levada a efeito de forma posterior porque o sistema da SEFAZ apresentava pendência da empresa, com relação a parcelamento, que na verdade não existia.

Alega que, dessa forma, já possuía o direito a utilização dos benefícios do aludido decreto, desde a solicitação, não podendo ser impedido, e punido, pela simples falta de assinatura do “Termo de Acordo”, o que, inclusive, como já dito, aconteceu por culpa da Administração Pública. Assevera que em junho e julho de 2007, já preenchia os requisitos legais para a adoção do regime, sendo válida, e devendo ser homologada, a partir da assinatura do documento de formalização. Acrescenta que a autuação foi realizada sem observar que se encontrava inscrito como Empresa de Pequeno Porte - EPP, não se encontrando nos cálculos do Auto de Infração o reflexo de tal sistema especial.

No que concerne à infração 02, afirma que foram apresentadas apenas duas notas fiscais, no caso, as Notas Fiscais nºs 23.349 e 7767, sendo esta última (7767) em segunda via, sem qualquer indício de efetiva circulação dos produtos. Argumenta que as operações, portanto, não se encontram configuradas, o mesmo acontecendo em relação aos documentos não apresentados, em relação aos quais, sequer, a defesa pode ser exercida em sua plenitude.

Quanto à infração 03, sustenta que é inconsistente, em razão da ausência de qualificação da infração. Transcreve a descrição desta infração no Auto de Infração, no caso: “*Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei...*”, para dizer que se o fato não encontra previsão legal, não pode ser caracterizado como infração, segundo os princípios constitucionais de que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” e de que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, razão pela qual essa parte do lançamento se encontra viciada, não podendo ser homologada.

No que tange às infrações 05 e 06, registra que fará busca da comprovação dos pagamentos, solicitando desde já, como meio de prova, a juntada dos extratos de pagamentos constantes no sistema da SEFAZ, objetivando provar que não incorreu em falta de pagamento, conforme acusa a infração 05, ou pagamento a menos, consoante a infração 06.

Relativamente à infração 07, alega que a apuração não leva em conta o seu regime EPP, como também foi levada a efeito de forma viciada, notadamente no que tange aos itens “SACO LIXO 200 LTS” e “SACOLA PL 50X60”, no que se refere a padronização por unidade de medida e preços médios unitários. Diz que como visto nos demonstrativos da apuração, no primeiro caso a unidade de medida adotada foi a “*unidade*”, atribuindo-se o valor de R\$ 174,29, para **casa** “*saco de lixo*”, o que não reflete a realidade. Já no segundo caso, além do preço médio unitário exacerbado, existem “*números quebrados*” (66,85 etc), para produtos que não podem ser comprados ou vendidos de maneira semelhante. Além do que, a “*omissão de entradas*”, detectada apenas na escrita fiscal, pois não houve qualquer investigação contábil, ensejaria a exigência de multa formal pela falta do registro, ou, ao menos, a dedução do crédito pelas entradas não registradas, se admitida a exigência do imposto. Invoca, no particular, posição firmada pelo CONSEF, no Acórdão CJF Nº 0030-11/08.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para consideração dos termos do SimBahia e

conferência da auditoria de estoques, notadamente quanto aos itens acima comentados, assim como, protesta pela nulidade da autuação ou nulidade ou improcedência dos itens impugnados.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 156 a 160), informando, relativamente ao pedido preliminar da defesa, que o Termo de Início de Fiscalização, integrante do ANEXO I do PAF (fl. 07) foi devidamente entregue ao responsável legal (sócio) da empresa, mediante ciência.

Frisa que procedeu da mesma forma, com as outras filias da empresa, que também foram fiscalizadas, não havendo questionamento algum para o mesmo fato, além de monitoradas no trimestre passado.

No que tange às intimações, diz que estas foram devidamente realizadas, portanto, entregues durante a ação fiscal aos responsáveis pela empresa, no caso, contabilidade e sócio, entendendo desnecessário incluí-las ao PAF, uma vez anexado o Termo de Início da Fiscalização.

Quanto à infração 01, diz que independentemente da data que deu entrada no pedido/solicitação para usufruir do benefício fiscal previsto pelo Decreto 7.799 – Termo de Acordo – Comércio Atacadista -, este só poderia ser utilizado, obviamente, após parecer e assinatura da autoridade fiscal. Após publicação do seu deferimento e ciência ao interessado.

Esclarece que a empresa teve por duas vezes seu pedido indeferido, conforme Processos nº 08933020066 de 13/06/06 e nº 14179820061 de 31/08/06 - Pareceres nº 8821/2006 e nº 11501/2006. Acrescenta que os pareceres foram desfavoráveis, após análise da competente autoridade fiscal, exatamente pela falta de atendimento às regras e condições do citado Decreto, sendo seu pedido finalmente deferido, apenas em 22/12/2006, mediante Parecer nº 16022/2006, Processo nº 18231020069, cadastrado em 01/11/06 (fl. 14 do PAF).

Manifesta o entendimento de que o parecer favorável e a assinatura da autoridade fiscal têm caráter principal e não meramente acessório, como pretendido pelo impugnante, exigindo-se neste tipo de pedido análise detalhada da autoridade competente e atendimento das regras e condições legais para poder ser deferido e, somente assim, ser utilizado.

Sustenta que, desta forma, o autuado usufruiu de um benefício sem que tivesse sido concedido, devendo, justamente, pagar ao erário os valores devidos.

Salienta que também para os cálculos do Auto de Infração não há o que se observar quanto à condição de EPP citada pelo defendente, haja vista que o autuado foi optante pelo Regime SimBahia, apenas de março a maio do exercício fiscalizado de 2006.

No que tange à infração 02, diz que o autuado promoveu entradas de mercadoria tributável sem o devido registro, lançamento das mesmas. Observa que das oito notas fiscais comprobatórias das operações de entrada, apenas duas delas foram fornecidas pelos controles internos do Fisco, sendo que, as seis foram entregues, devolvidas após terem sido ‘xerocadas’ e anexadas à infração, já que foram apresentadas pela própria empresa junto com a documentação fiscal.

Salienta que as notas fiscais não apresentadas, tiveram suas cópias entregues junto com os demonstrativos da infração (ANEXO III - fls. 15 a 24 do PAF). Manifesta o entendimento de que estão plenamente configuradas as operações de entrada e efetiva a circulação das mercadorias, já que foram coletadas e fornecidas pelo trânsito de mercadorias e mediante circularização, após terem sido detectadas pelos controles internos (CFAMT e Sintegra).

No que concerne à infração 03, diz que sequer foi citada pelo autuado.

Quanto à infração 04, afirma que se encontra devida e corretamente tipificada legalmente, conforme citação na sua descrição e enquadramento (fl. 02 do Auto de Infração): artigo 61, inciso IX; art.125, inciso II, §§ 7º e 8º e art.352-A do RICMS/BA.

Assevera que o autuado descumpriu obrigação tributária principal, quando da aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização, deixou de recolher ou recolheu a menos

o ICMS relativo à antecipação parcial, conforme demonstrado no PAF (ANEXO IV – fls. 25 a 27 do PAF).

No respeitante às infrações 05 e 06, diz que não houve comprovação alguma de pagamentos diversos dos efetivamente efetuados e devidamente considerados nos cálculos dos demonstrativos da auditoria da conta corrente fiscal - exercício de 2006.

Quanto à infração 07, diz que os levantamentos foram feitos através de toda documentação e material fornecidos pela empresa do exercício de 2006, independentemente de sua condição (normal - NO, nos meses de janeiro, fevereiro; EPP de março a maio, NO de junho em diante).

Com relação aos *vícios* de dois dos vinte itens selecionados – “SACO LIXO 200 LTS e SACOLA PL 50X60 –“, diz que cometeu apenas um erro de digitação, quando, ao invés da unidade CT para o primeiro item citado, digitou UN. Acrescenta que tal erro não influenciou em absolutamente nada os valores apurados, conforme demonstrado no livro Registro de Inventário (fls. 135 e 136 do PAF).

Diz que em relação ao segundo item citado, o preço médio unitário, tido como “*exarcebado*”, foi o matematicamente apurado (R\$61,40), não entrando no mérito dos “*números quebrados para produtos que não podem ser comprados ou vendidos dessa maneira*”, inclusive, o valor apurado acabou ficando menor que o valor registrado no Inventário (R\$64,00 – fl. 135 e 136 do PAF).

Diz que mantém o levantamento quantitativo de estoque efetuado, que apurou diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, gerando a infração, prevista em regulamento; não entrando no mérito da elucubração da parte final da defesa.

Salienta que foram apresentados a contabilidade e ao sócio da empresa autuada todos os demonstrativos, planilhas e levantamentos das auditorias efetuadas, não só durante os trabalhos fiscais, quando do encerramento da fiscalização (integrantes ao A.I.).

Finaliza dizendo que por não ter sido acrescentado nada de novo, claro, consistente pelo impugnante, reafirma na sua íntegra a procedência do Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFAZ ATACADO (fls. 164/165), a fim de que a Repartição Fazendária adotasse as seguintes providências: **Infração 02** - intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, **mediante recibo específico**, cópia de todas as notas fiscais arroladas na autuação, inclusive das duas notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT/SINTEGRA, haja vista que não é possível identificar nos autos que as demais notas fiscais tenham sido fornecidas pelo próprio contribuinte, conforme consignado pela autuante. **Infração 07** - fornecesse ao autuado cópia da informação fiscal, na qual a autuante esclarece o erro de digitação ocorrido com relação ao item “SACO DE LIXO 200 LTS”, quando ao invés de digitar “CT” digitou “UN”, assim como esclarece a apuração do preço médio.

O autuado se manifestou (fls. 171 a 173), reiterando em todos os seus termos a defesa apresentada com relação à infração 01.

Quanto à infração 02, diz que as notas apresentadas em segundas vias (FIXAS DO TALÃO) devem ser excluídas, pois resta indicado foram apresentadas pelos fornecedores, não existindo base legal para a manutenção da cobrança. Além disso, com relação à NF 23.349, foi levada a efeito para os itens 02 e 03 (este apesar de inseguro), devendo a multa, se mantido o terceiro, ser absorvida.

No que tange à infração 03, observa que a informação diz que não houve defesa quando a defesa apresentada mostra o contrário. Alega que assim restou ofendido o art. 127, § 6º, do RPAF, que assim prevê que a informação deve ser prestada com clareza e precisão, abordando todos os pontos suscitados na defesa.

No que diz respeito à infração 04, alega que a informação acarreta insegurança no lançamento, pois apresenta tipificação diversa daquela inserida no Auto de Infração, dizendo ao autuado se tratar, agora, de “antecipação parcial”. O item, assim, fica eivado de vício, sendo nulo.

No que se refere à infração 07, afirma que mais vícios foram revelados através da “informação fiscal”. Em primeiro lugar, existe divergência entre a padronização de produtos, se comparados o LRI, a planilha analítica e a sintética, especialmente no que se refere ao “SACO DE LIXO 200 LTS”. A demonstração sintética fala em “SACO LIXO 200 LTS”, quando a analítica se refere a “SACO DE LIXO 200 LTS REFORÇADO”. Já o LRI registra os dois produtos, sendo os preços médios, da unidade de medida “CT”, de R\$ 26,00 (SACO COMUM) e R\$ 34,50 (SACO REFORÇADO). Já a contagem das entradas lista compras de 9 “UM” (NF’S 25.434, 25.784 e 5.544), sendo que a NF 25.784, datada de 07/03/2006, registra a compra de 4 “UN” por R\$ 440,00, ao passo que a NF 5.544, emitida apenas 6 dias depois (13/03/2006), seria da aquisição de 3 “UN” por R\$ 780,00, o que revela uma grande discrepância de valores. A contagem das saídas igualmente mostra inconsistência, no que tange à unidade de medida.

Para a “SACOLA PL 50X60”, que igualmente apresenta vício quanto a unidade de medida, notadamente nas saídas, a demonstração analítica indica compra de 66,850 “ML”, quando na apuração do preço médio encontramos “14,85” “ML”. Além do preço médio unitário exacerbado, a autuante não explicou a motivação da existência de “números quebrados” (66,85 etc), para produtos que não podem ser comprados ou vendidos de maneira semelhante. Além do que, a “omissão de entradas”, detectada apenas na escrita fiscal, pois não houve qualquer investigação contábil, ensejaria a cobrança de multa formal pela falta do registro, como, aliás, foi feito em itens diversos do Auto de Infração, ou, ao menos, a dedução do crédito pelas entradas não registradas, se admitida a cobrança do imposto.

Afirma que, no particular, a posição firmada pelo CONSEF, tem sido neste sentido, conforme o Acórdão CJF Nº 0030-11/08, cujo teor reproduz.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para consideração dos termos do SimBahia e conferência da auditoria de estoques, notadamente quanto aos itens acima comentados, assim como, protesta pela nulidade da autuação ou nulidade ou improcedência dos itens impugnados.

A autuante se pronunciou (fls. 178 a 180), consignando que reafirma todos os itens da informação fiscal prestada (fls. 156 a 160 dos autos), onde foram devidamente rebatidas às alegações da primeira defesa do autuado. Acrescenta que alguns pontos relativos à segunda manifestação do autuado, aberta por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Diz ser desnecessário comentar os pontos 01 e 02, correspondentes aos itens 01 a 04 da defesa inicial, da manifestação, já que foram clara e fundamentadamente refutados na informação fiscal inicialmente prestada (fls. 158 e 159 do PAF).

Reforça que o autuado comprovadamente usufruiu de benefício fiscal de redução de base de cálculo de imposto sem que tivesse efetivamente autorizado.

Reafirma que as 06 (seis) notas fiscais elencadas no demonstrativo (fl. 15 – Anexo III do PAF) da infração 02 e anexadas ao processo foram fornecidas pelo próprio contribuinte, inclusive consta uma mesma rubrica no corpo de todas elas. Salienta que, uma vez não terem constado na listagem do SINTEGRA/2006, não poderiam ter sido objeto de circularização, o que pode ser feito apenas com a Nota Fiscal nº 7.767.

Com relação à Nota Fiscal nº 23.349, obtida pelo CFAMT, além da falta de lançamento/registro e tendo acobertado uma operação de entrada interestadual, não teve recolhido o imposto relativo à antecipação parcial.

Diz que retifica as numerações trocadas das infrações 03 e 04, conforme a informação fiscal de fl. 157 dos autos, onde a infração 04 – 03.07.02 – não foi sequer citada/questionada pela defesa e a infração 03 – 02.11.01 – questionada, encontra-se devidamente tipificada por lei, conforme citação na sua descrição e enquadramento à fl. 02 do Auto de Infração.

Sustenta que estão descritas corretamente logo no início da citada informação fiscal (fl. 156 do PAF), não acarretando, portanto, insegurança no lançamento, muito menos vício ou nulidade, como pretende o autuado, por não ter fato real e concreto a apresentar na defesa.

Salienta que o enquadramento utilizado foi, após inúmeras discussões, o aceite como adequado ao período anterior à data 28/11/2007 para falta ou recolhimento a menos da antecipação parcial, conforme decisões do CONSEF que transcreve.

Quanto à existência de divergência entre a padronização de produtos, citada pelo autuado na manifestação, diz que mais uma vez vale esclarecer que o item selecionado para o levantamento de estoque foi SACO DE LIXO 200 LTS REFORÇADO, com preço unitário de R\$34,50, conforme Demonstrativo da Auditoria de Estoques às fls. 111 e 112 dos autos e da cópia do livro Registro de Inventário à fl. 136.

Afirma que clara e obviamente referem-se a uma mesma mercadoria que aparece descrita resumidamente no espaço limitado do demonstrativo destinado ao nome do produto, como SACO LIXO 200 LTS, porém sempre com o mesmo código: 17.

Quanto a alegação do impugnante de existência de *grande discrepância de valores/medidas* nas notas fiscais, diz não ter o que comentar, já que são os que efetivamente constam nos documentos fiscais apresentados, tendo sido comercializados desta forma pela empresa autuada.

No que tange ao cálculo do preço médio, reforça o que já foi dito na informação fiscal inicial de que este é calculado através das últimas notas fiscais/último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, conforme determina o art. 60, inciso II, alínea “a” do RICMS/BA. Acrescenta que o *número quebrado* citado na defesa para a mercadoria SACOLA PL 50X60 se refere à sua Nota Fiscal de entrada nº 9496 de 02/06/2006 (fl. 117 do PAF – Levantamento Quantitativo de Entradas).

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, não acolho a arguição de nulidade por ausência do Termo de Início de Fiscalização, haja vista que o referido termo se encontra acostado à fl. 07 dos autos.

Constato que o lançamento de ofício em exame foi efetuado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39.

O direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi preservado, inclusive com a realização de diligência, a fim de que lhe fossem fornecidos os documentos não apresentados pela autuante, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Inexistem vícios ou falhas capazes de inquinar de nulidade o lançamento, portanto, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art.18 do RPAF/99.

No que concerne à solicitação do impugnante para que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas em nome de seu representante legal, ressalto que nada obsta que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço constante na procuração, no entanto, cabe observar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, com relação à infração 01, constato que a exigência se apresenta correta, haja vista que o autuado somente poderia fruir do benefício fiscal previsto pelo Decreto 7.799 – Termo de Acordo – Comércio Atacadista -, após o deferimento pela autoridade fazendária competente.

Observo que, conforme consignado pela autuante, o autuado pretendeu fruir do referido benefício, apresentando para tanto pedido em duas oportunidades, contudo, tais pedidos foram indeferidos

conforme Processos nº 08933020066 de 13/06/06 e nº 14179820061 de 31/08/06 - Pareceres nº 8821/2006 e nº 11501/2006, sendo os pareceres desfavoráveis, pela falta de atendimento às regras e condições estabelecidas pelo citado Decreto.

É certo que se tratando de benefício fiscal condicionado é necessário e indispensável que o contribuinte atenda a todos os requisitos e condições estabelecidos na norma para que possa ter o seu pedido deferido.

Assim é que, a utilização da redução da base de cálculo prevista pelo Decreto nº 7.799/2000, depende de celebração de Termo de Acordo firmado entre o contribuinte e o Estado da Bahia, conforme dispõe o seu art. 7º, abaixo reproduzido:

“Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Administração Tributária - DAT da circunscrição fiscal do contribuinte, e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.”

Conforme dito acima, trata-se de um benefício condicionado, significando dizer que não pode o contribuinte, de forma unilateral, passar a utilizar a redução da base de cálculo, sem que antes haja análise e deferimento, se for o caso, da autoridade competente.

A propósito do impedimento de se adotar qualquer procedimento unilateral – tanto pelo contribuinte quanto pelo sujeito ativo da relação tributária – veja-se que sendo deferido o Termo de Acordo pela autoridade competente, o desenquadramento do contribuinte somente poderá ocorrer por iniciativa do Fisco, se precedido de denúncia do Termo de Acordo.

Neste sentido, assim estabelece o art. 7º-A do mencionado Decreto nº 7.799/2000:

“Art. 7º-A O desenquadramento de contribuinte do tratamento tributário previsto neste Decreto, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo a que se refere o artigo anterior.”

Portanto, indubitavelmente, o autuado somente poderia utilizar o tratamento tributário previsto pelo Decreto nº 7.799/2000, a partir do deferimento pela autoridade competente do pedido de celebração do Termo de Acordo, no caso, em 22/12/2006, conforme o Parecer nº 16021/2006.

Relevante consignar que a justificativa do impugnante de que preenchia todos os requisitos legais, tanto que foi o Termo de Acordo assinado posteriormente, e que a assinatura é apenas um ato formal que convalida o direito adquirido, somente foi levada a efeito de forma posterior porque o sistema da SEFAZ apresentava pendência da empresa, com relação a parcelamento, que na verdade não existia, não pode ser acatada, haja vista que, conforme dito linhas acima, trata-se de um benefício fiscal condicionado a análise e deferimento por parte da autoridade competente.

É certo que se atendia a todas as condições para fruição do benefício, conforme alegado, caberia ao contribuinte verificar na repartição fazendária o motivo pelo qual o pedido ainda não fora deferido, jamais utilizar sem autorização a redução da base de cálculo de que cuida o Auto de Infração em lide, conforme procedeu.

Noto que assiste razão a autuante quando contesta o argumento defensivo de que não foi observado a sua condição de EPP no cálculo do imposto apurado, haja vista que, efetivamente, somente esteve como optante pelo Regime SimBahia, no período de março a maio de 2006, enquanto a exigência diz respeito aos meses de junho e julho do mencionado exercício.

Desta forma, a infração 01 é integralmente subsistente.

No respeitante à infração 02 - *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal*-, verifico que dentre as oitos notas fiscais arroladas neste item da autuação, conforme o Anexo III, as seis notas fiscais ditas pela autuante como coletadas

junto ao contribuinte não tiveram tal comprovação, mesmo o processo tendo sido convertido em diligência neste sentido. Já a Nota Fiscal nº 7767, obtida junto ao Sintegra também não teve a indispensável comprovação da realização da operação com a juntada aos autos de elementos hábeis que comprovassem o recebimento pelo autuado das mercadorias acobertadas pela referida nota fiscal.

Verdadeiramente a única nota fiscal que subsiste neste item da autuação é a Nota Fiscal nº 23349, pois obtida junto ao CFAMT, haja vista que já se encontra pacificado no âmbito deste CONSEF que o trânsito da mercadoria resta comprovado com a retenção da via do documento fiscal pelo Fisco.

Diante disto, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 171,60.

No que tange à infração 03, constato que a arguição defensiva de que é inconsistente em razão de ausência de qualificação, portanto, se encontrando viciada, não podendo ser homologada, efetivamente, tem procedência.

Isto porque, consta na descrição da infração que: *“Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo... –”,* tendo sido consignado na complementação da descrição que: *“Nos exercícios de 2006 e 2007, quando da aquisição de mercadorias provenientes de outros estados destinadas à comercialização, deixou de recolher (ou recolheu a menor) o ICMS relativo à Antecipação Parcial. Conforme Demonstrativos constantes do ANEXO IV deste PAF;”*.

Ora, a obrigação de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, devido nas aquisições interestaduais de mercadorias tributáveis normalmente destinadas à comercialização, tem previsão expressa na Lei 7.014/96, assim como no RICMS/BA, sendo certo que a falta de recolhimento ou o recolhimento a menos do imposto se constituem em infrações expressamente previstas.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Já o RICMS/BA apresenta a seguinte previsão no seu art. 352-A:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Portanto, não há que se falar em *descumprimento de obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo*, conforme a acusação fiscal.

Da análise dos elementos referentes a esta infração, posso inferir que a autuante utilizou a descrição da infração da forma acima aduzida, em razão de ter que tipificar a multa aplicável ao caso, indicando no Auto de Infração a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, cuja redação estabelece que será aplicada a multa de 60%, *quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.*

Ocorre que, já se encontra pacificado no âmbito deste CONSEF, conforme reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0045-12/10, que no caso de infração decorrente de falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, cabe a aplicação da multa de 60%, contudo, com observância do período abrangido pela autuação, para fins de sua tipificação.

Ou seja, a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 deve ser aplicada a partir de 28/11/2007, em face de sua redação atual, contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhido, ter sido dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Já com relação à exigência do ICMS antecipação parcial referente a período anterior à 28/11/07 – caso do Auto de Infração em lide -, cabe aplicação da multa de 60%, entretanto, prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época.

Vale observar que infrações referentes à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial tem sido objeto de diversas autuações, constando sempre na descrição no Auto de Infração se tratar de “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial*” e/ou “*Recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial*”, jamais que se trata de *descumprimento de obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei*, conforme o lançamento em exame.

Além de tudo o que foi acima exposto, observo que assiste razão ao impugnante quando alega que os demonstrativos não especificam a origem dos “*valores deduzidos*”, não se podendo dizer a quais operações se referem, tornando viciada e insegura a apuração, sendo as deduções mínimas e sem correlação com notas fiscais, conforme se fez com os débitos.

Diante do exposto, em face da descrição imprecisa da infração imputada ao contribuinte, bem como a inexistência, nos autos, de elementos que indiquem com segurança e certeza ter havido o cometimento da irregularidade apontada na autuação, considero nula esta infração, com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Infração nula.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente, a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Quanto à infração 04, constato que a exigência fiscal se apresenta correta, pois restou comprovado pelos elementos acostados aos autos pela autuante que o sujeito passivo recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS(SimBahia), nos meses de março a maio de 2006.

Cumprir registrar que o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto a este item da autuação.

Assim sendo, a infração 04 é integralmente subsistente.

No tocante às infrações 05 e 06, apesar de o impugnante ter dito na defesa inicial que faria busca da comprovação dos pagamentos, nada trouxe para comprovar suas alegações, mesmo tendo a oportunidade com a reabertura do prazo de defesa concedido por esta JJF.

Noto que os pagamentos existentes nos registros da SEFAZ foram considerados pela autuante.

Desta forma, as infrações 05 e 06 são integralmente subsistentes.

Quanto à infração 07 – *Falta de recolhimento do ICMS, constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto pela diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas* -, verifico que o levantamento levado a efeito pela autuante foi realizado com base na documentação e elementos fornecidos pelo próprio autuado referente ao exercício de 2006, independentemente de sua condição (normal - NO, nos meses de janeiro, fevereiro; EPP de março a maio, NO de junho em diante).

Cabe observar que nos termos do § 2º do art. 39 do RPAF/99, na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-à o tributo devido no

último mês do período fiscalizado - no presente caso, 31/12/2006 - razão pela qual o argumento defensivo de se encontrar na condição de EPP nos meses de março a maio de 2006, não ter qualquer influência no levantamento realizado pela autuante.

Noto que assiste razão a autuante quando contesta a argumentação defensiva de existência de divergência entre a padronização de mercadorias, dizendo que o item selecionado para o levantamento de estoque foi SACO DE LIXO 200 LTS REFORÇADO, com preço unitário de R\$34,50, conforme Demonstrativo da Auditoria de Estoques às fls. 111 e 112 dos autos e da cópia do livro Registro de Inventário à fl. 136.

Vê-se claramente que se refere a uma mesma mercadoria que aparece descrita resumidamente no espaço limitado do demonstrativo destinado ao nome do produto, como SACO LIXO 200 LTS, porém sempre com o mesmo código: 17.

Também tem razão a autuante quando diz quanto à alegação do impugnante de existência de “*grande discrepância de valores/medidas*” nas notas fiscais, haja vista que são os valores que constam nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, tendo sido comercializados desta forma pelo autuado.

No que tange ao cálculo do preço médio, observo que não merece reparo a apuração feita pela autuante, pois calculado através das últimas notas fiscais/último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, conforme determina o art. 60, inciso II, alínea “a” do RICMS/BA. Noto, também, que o “*número quebrado*” suscitado pelo impugnante referente à mercadoria SACOLA PL 50X60, se refere à sua Nota Fiscal de Entrada nº 9496 de 02/06/2006 (fl. 117 do PAF – Levantamento Quantitativo de Entradas), conforme salientado pela autuante.

Assim sendo, considero integralmente subsistente a infração 07.

Diante do exposto, as infrações 01, 04, 05, 06 e 07, são integralmente subsistentes, a infração 02 parcialmente subsistente e a infração 03 nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207668.0001/11-6**, lavrado contra **AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.421,72**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 4.257,81, 60% sobre R\$ 4.390,68 e de 70% sobre R\$ 5.773,23, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “b”, item 3 e I, alínea “a”, II, “a”, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$171,60**, prevista no art. 42, inciso IX do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR