

PROCESSO - A. I. N° 207668.0001/11-6
RECORRENTE - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. (AM EMBALAGENS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0060-01/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0211-11/13

EMENTA: ICMS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. ACOLHIMENTO. A falta de manifestação acerca de questão arguida pelo contribuinte em sua impugnação enseja a decretação da nulidade do ato decisório, por manifesto cerceamento ao direito de defesa, sobretudo porque a matéria não poderá ser apreciada por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, sob pena de caracterizar supressão de instância. Preliminar acolhida. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0060-01/12), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foram imputadas ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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;

INFRAÇÃO 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%;

INFRAÇÃO 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%;

INFRAÇÃO 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%;

INFRAÇÃO 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%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"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 inquinare 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 nº 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 nº 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 C/JF 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 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.

Cumpre 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 JF.

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”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 206/209, suscitando preliminar de nulidade da Decisão recorrida, ao argumento de que não se manifestou acerca das alegações do item 08 da defesa, concernentes ao item 07 da autuação, no sentido de que a omissão de entradas, detectada apenas na escrita fiscal, sem investigação contábil, ensejaria a cobrança de multa formal pela falta do registro, ou, ao menos, a dedução do crédito pelas entradas não registradas. Diz que mencionou o Acórdão CJF nº 0030-11/08, como paradigma, porém tais alegações não foram enfrentadas na Decisão, provocando a alegada supressão.

Quanto à infração 1, acrescenta que a não aceitação do regime de receita bruta implica na apuração dos valores pelo regime normal de apuração, com a dedução dos créditos glosados em função do disposto no Decreto nº 7.799/00.

Afirma que, se não for considerada a validade do “Termo de Acordo”, significa dizer que as operações retornam ao sistema normal de apuração, com a consideração de débitos e créditos e os cálculos apresentados no Auto de Infração somente apontam diferenças, comparando-se as cargas do regime especial com as cargas sem o regime especial, sem considerar, para cada nota fiscal, a dedução do crédito fiscal relativo à operação anterior.

Assevera que não se pode atribuir validade aos demonstrativos colacionados ao PAF, sendo insegura e inconsistente a apuração da base de cálculo e dos valores considerados como devidos, vício que leva à nulidade da autuação, por insegurança na apuração da base de cálculo, e, agora, diante da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa.

Pede que, se for sanado o vício, com a realização de diligência para a apuração correta dos valores, seja reaberto o prazo de defesa.

No mérito, relativamente à infração 1, afirma que a Decisão impugnada não observou os termos do Decreto nº 7.799/00 e que a negativa da diligência solicitada na defesa impediu que se atribuisse segurança ao lançamento, pois o art. 6º, do mencionado Decreto, é um limitador ao uso do crédito fiscal.

Salienta que, se o autuante não aceitou que as operações poderiam contar com a redução de base de cálculo, deveria refazer completamente o conta corrente, pelos critérios normais de apuração, apropriando os créditos e débitos totais, para cobrança da diferença em favor do Estado, se for o caso. Aduz que recebe mercadorias por transferência interna de suas filiais, hipótese que o crédito fiscal seria de 17% (e não 10%), havendo, ainda, divergências de percentuais também ocorrem em compras internas e interestaduais, com alíquotas de 17% e 12%.

Assevera que a desqualificação da apuração feita pelo contribuinte para, apenas, revelar o débito, sem a dedução, dentro da mesma sistemática adotada, do crédito, é um atentado à legalidade, ao direito de defesa e à segurança jurídica. Pede, nesses termos, que a Decisão seja reformada, com a declaração da nulidade do item, ou, no mérito, com a determinação de diligência para o

refazimento dos cálculos, aplicando-se os mesmos critérios adotados na apuração para os valores de crédito e de débito.

No que tange à infração 2, diz que a Nota Fiscal nº 23.349 não possui qualquer indício da efetiva circulação dos produtos, devendo ser excluída.

Quanto à infração 4, afirma que a própria “informação” acarretou insegurança ao lançamento, pois apresenta tipificação diversa daquela inserida no Auto de Infração, dizendo o recorrente se tratar, agora, de “antecipação parcial”, o que não foi observado pela JJF e levaria pelo menos à reabertura do prazo de defesa, diante da alteração do fulcro do pedido. Sustenta que o item, assim, fica eivado de vício, sendo nulo, assim como o acórdão correspondente.

Por derradeiro, no que concerne à infração 7, diz que as conclusões da JJF não procedem, pois 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”. Afirma que 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).

Assevera que a descrição resumida, à qual se apegou a Junta, não é suficiente para conferir segurança ao lançamento, e certamente tal argumento, se trazido pelo recorrente como objeto de defesa, não seria aceito. A auditoria é inconsistente e insegura e assim deve ser julgada.

Salienta, em seguida:

“11. 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. Tudo isso, de forma aliada aos argumentos acima, serve para ratificar a inconsistência da cobrança.

12. 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 diverso do AI, ou, ao menos, a dedução do crédito pelas entradas não registradas, se admitida a cobrança do imposto”.

Afirma que as questões relativas ao SimBahia igualmente não foram analisadas de forma regular pela JJF, posto que não se pode admitir que a omissão aconteceu, na sua integralidade, em dezembro. O lançamento, em relação à data de ocorrência, assim é feito em benefício do contribuinte, para fins de contagem dos acréscimos legais. Igual tendência, benéfica ao Contribuinte, deve ser adotada na análise da questão, sendo esse também o espírito do próprio SimBahia.

Pugna, ao final, pelo provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 213/215, opina pela decretação da nulidade da Decisão impugnada, em razão de ter se omitido quanto às alegações do item 8 da impugnação inicial, suscitadas pelo sujeito passivo, vulnerando o direito de defesa do contribuinte e ensejando supressão de instância administrativa.

VOTO

A preliminar de nulidade da Decisão alvejada merece acatamento.

Com efeito, o sujeito passivo, em sua defesa, formulou a seguinte alegação quanto à infração 07, *in verbis*:

08. Finalmente, no que se refere ao item 07, a apuração não leva em conta o regime (EPP), do autuado, 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.

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. 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 cobrança de multa formal pela falta do registro, ou, ao menos, a dedução do crédito pelas entradas não registradas, se admitida a cobrança do imposto”.

A Decisão alvejada, ao apreciar esse item da autuação, abordou as seguintes questões:

- a) o argumento defensivo de se encontrar na condição de EPP nos meses de março a maio de 2006, não tem qualquer influência no levantamento realizado pela autuante;
- b) 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. Disse 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;
- c) quanto à alegação de que existe “grande discrepância de valores/medidas” nas notas fiscais, diz que são os valores que constam nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, tendo sido comercializados desta forma pelo autuado; e
- d) quanto ao cálculo do preço médio, 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. Disse, ainda, 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, conforme salientado pela autuante.

Com base nesses fundamentos, a infração 7 foi julgada integralmente procedente.

Vê-se, portanto, que duas questões importantes arguidas pelo sujeito passivo não foram apreciadas pela Junta de Julgamento Fiscal, quais sejam a imposição de multa formal pela falta de registro das entradas e a dedução dos créditos relativos ao ingresso das mercadorias não registradas, acaso fosse admitida a exigência do imposto.

Nesse contexto, resta evidenciada a deficiência na fundamentação da Decisão submetida à apreciação desta Câmara de Julgamento Fiscal, implicando a sua nulidade, a teor do art. 18, III, do RPAF/99, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Vale salientar que essas matérias não poderão ser apreciadas no momento do julgamento do apelo ofertado, sob pena de caracterizar supressão de instância, ilegalidade igualmente reprovável.

Ante o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar suscitada, para declarar a NULIDADE da Decisão combatida, devendo os autos retornar à Primeira Instância, para novo julgamento, a salvo do vício apontado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207668.0001/11-6**, lavrado contra **AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. (AM EMBALAGENS)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS