

A. I. Nº - 207668.0002/11-2
AUTUADO - AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. - EPP
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.10.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-05/16

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DEC. 7799/00 ANTES DO DEFERIMENTO. Assinatura do Termo de Acordo é requisito previsto no próprio texto do decreto em questão. Condição de inscrita como EPP não alcança o período da autuação. Item 01 considerado procedente. **2. RECOLHIMENTO A MENOR. CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE (SIMBAHIA).** Não constatados equívocos nos cálculos. Indeferido o pedido de prazo para a juntada nova planilha, bem como o pedido de revisão fiscal. Item 02 considerado procedente. **3. FALTA DE RECOLHIMENTO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. USO E CONSUMO.** Defesa não descaracteriza a acusação. Não comprovou o cerceamento de defesa. Item 03 procedente. **4. FALTA DE RECOLHIMENTO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Acusação pertinente e devidamente caracterizada, requisitos previstos no §1º do Art. 18 do RPAF. Não comprovado o cerceamento de defesa. Item 04 procedente. 5. RECOLHIMENTO A MENOR. DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO.** Não comprovado cerceamento de defesa. Não comprovado o pagamento. Indeferido pedido de juntada de extratos do sistema da SEFAZ. Item 05 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 02/03/2011 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$41.523,29, bem como aplicação de multa pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 03.02.06 - Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, de junho a dezembro do exercício de 2006, perfazendo um valor histórico total de R\$34.877,50;

Infração 02 - 03.07.02 - Recolheu a menor o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de abril e maio do exercício de 2006, perfazendo um valor histórico de R\$67,25;

Infração 03 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, exercício de 2006, no valor histórico de R\$48,30;

Infração 04 - 02.11.01 – Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, no exercício de 2006, perfazendo um valor histórico de R\$1.238,43;

Infração 05 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do

imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, exercício de 2006, no valor histórico de R\$5.291,81.

O Contribuinte tomou ciência do feito em 03/03/2011, tendo como limite para apresentação da defesa o dia 04/04/2011. Constata-se, conforme documento à fl. 103 que, tempestivamente, aos dias 31/03/2011, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 106 a 107. Quando alinhou o seguinte arrazoadado.

A defesa inicia a argumentação informando que relativamente à infração 01 quanto à suposta falta de recolhimento por utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo antes da assinatura do Termo de Acordo de Atacadista, que durante o período que consta da autuação *"a Autuada já havia solicitado o enquadramento no Decreto 7.799, preenchendo todos os requisitos legais, tanto que foi o "termo" assinado posteriormente. Ocorre que, a assinatura, que é apenas um ato formal que convalida o direito adquirido, somente foi levada a efeito de forma posterior, devido a necessidade de ajustes nos arquivos magnéticos da empresa, conforme comprovação anexa."*

E afirma entender que, tendo em vista a Autuada já possuir o direito a utilização dos benefícios do aludido decreto, desde a solicitação, não poderia ser impedida, e punida, pela simples falta de assinatura do "Termo de Acordo". Continua acrescentando que, no período de julho a dezembro de 2006, a Autuada já preenchia os requisitos legais para a adoção do regime, sendo válida, e devendo ser homologada, a partir da assinatura do documento de formalização, que tem o caráter meramente acessório.

Alega ainda quanto à infração 01, que a autuação foi realizada sem observar que a Autuada encontrava-se inscrita como EPP, e que não foi respeitado nos cálculos do AI o reflexo de tal sistema especial.

Adentrando ao item 02 do Auto de Infração, afirma a defesa que há equívocos nos cálculos da autuação, pois, sob sua ótica, não se levou em consideração, de forma correta, o desconto relativo aos "empregados". E neste item específico, desde já, a Autuada pede prazo para a juntada da planilha correta, assim como revisão fiscal, para conferência dos valores.

Aludindo à infração 03, afirma que houve cerceamento defesa ao alegar que a NF de suporte à cobrança em questão não foi apresentada junto com a autuação, impedindo, ao seu modo de pensar, o livre exercício da defesa.

Aduz que a infração 04 é inconsistente, em razão da ausência de qualificação da infração. Pois, se a acusação indica que a Autuada *"Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei..."*, interpreta a defesa que este fato não encontra previsão legal, e que por isso, *"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'".* Acrescenta ainda, que ocorreu cerceamento de defesa, pois assegura que as notas fiscais, referidas na acusação, não foram apresentadas junto com a intimação da autuação. Por isso, conclui que *"essa parte do lançamento se encontra viciada, não podendo ser homologada"*.

Com relação à infração 05, informa que a Autuada fará busca da comprovação dos pagamentos, contudo, solicita a juntada dos extratos de pagamentos constantes no sistema da SEFAZ, os quais afirma, servirão como meio de prova de que não incorreu em pagamento a menor. Alega ainda que este item de autuação se reporta a "notas não registradas", e que também não acompanharam a intimação, prejudicando o direito de defesa.

Finaliza a defesa com o seguinte pleito: *"Ante o exposto, ao tempo em que protesta 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 SIMAHIA, a Autuada protesta pela nulidade da autuação ou nulidade ou improcedência dos itens impugnados."*

O Autuante informa sobre a infração 01 que, independentemente da data que deu entrada no

pedido ou solicitação para usufruir do benefício fiscal previsto pelo Decreto 7.799 – Termo de Acordo – Comércio Atacadista -, este só poderia ser utilizado, obviamente, após o parecer e a assinatura da autoridade fiscal, a devida publicação do seu deferimento e a ciência do interessado. Formalidades que só ocorreram em 22 de dezembro do exercício de 2006, mediante parecer de número 16020/2006 – Pedido nº 218229520060 de 01/11/06. E concluí que a seu ver, *"o parecer favorável e a assinatura da autoridade fiscal têm caráter principal e não meramente acessório, como quer a defesa da autuada."*

Acrescenta ainda quanto à sua afirmativa supra que:

"Neste tipo de solicitação/pedido exige-se análise detalhada da autoridade tributária competente, para poder ser deferido e, somente assim, ser utilizado."

Inclusive, a matriz da empresa em questão (IE 24.217.743 também fiscalizada), teve por 02 vezes seu pedido indeferido: Processos 08933020066 de 13/06/06 e 14179820061 de 31/08/06 - Pareceres desfavoráveis 8821 e 11501/2006.

Desta forma, a autuada usufruiu de um benefício sem que o mesmo tivesse sido concedido, devendo, justamente, devolver ao erário os valores recolhidos a menor "

Acrescenta ainda, a Autuante, quanto à infração 01 que, para os cálculos em questão, não há o que se observar quanto à condição de EPP citada pela defesa, pois a autuada foi SIMBAHIA (apenas) de março a maio do exercício fiscalizado de 2006.

Quanto aos cálculos que compõem a Infração 02, relativamente à alegação da defesa de que não foram computados os descontos dos empregados, a Autuante, conforme planilha de cálculo para recolhimento do ICMS/SIMBAHIA, diz constar do – ANEXO III do PAF (fls.49 e 102- meio magnético), diz que levou em consideração as informações fornecidas pela autuada, e que os débitos mensais foram apurados através dos dados fornecidos, apresentados pela contabilidade da mesma.

Referindo-se à infração 03, especificamente quanto à alegação de cerceamento de defesa esboçado pela Autuada fundada na pretensa falta de apresentação dos documentos fiscais objeto da exigência do diferencial de alíquota, a Autuante afirma que não se fez necessária a sua apresentação/oferta junto com a autuação, uma vez que, estes documentos foram apresentados pela própria empresa, e se encontram devidamente registrados no Livro Registro de Entrada, pag. 0002/janeiro de 2006 e disponível, também, à fl. 57 deste PAF.

Acerca da Infração 04 a Autuante aduz que esta encontra-se devidamente e legalmente tipificada, conforme citação na sua descrição e enquadramento (pag.02 do AI), ou seja, Artigo 61, inciso IX; Art. 125, inciso II, *pp* 7º e 8º e Art.352-A do RICMS/BA, resultando, no entendimento da autuante na comprovação de que a empresa autuada descumpriu obrigação tributária principal, quando da aquisição interestadual de mercadorias destinadas à comercialização e deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS relativo à Antecipação Parcial, conforme demonstrado pela autuação no PAF (ANEXO V – fl. 51).

Com relação à alegação da Autuada de que sua defesa fora prejudicada pela falta de apresentação das respectivas notas fiscais objeto da infração 04, também para esta infração (assim como a anterior), informa a Autuante que esta apresentação se fez desnecessária, uma vez que se trata de documentos produzidos pela própria autuada e que todas as notas fiscais reivindicadas pela defesa foram entregues a fiscalização pela própria empresa, estando todas elas, inclusive, registradas no LRE do exercício de 2006 as págs. 08, 12, 14, 16 e 18 (fls. 62, 66, 67, 69 e 71 do PAF).

De referência à Infração 05, afirma a Autuante que não houve comprovação alguma de pagamentos diversos dos efetivamente efetuados e devidamente considerados nos cálculos do demonstrativo da infração – ANEXO V (fl.51 do PAF). E acrescenta, mais uma vez, que as citadas notas fiscais reivindicadas pela Autuada sob arguição de prejuízo ao seu exercício de defesa (neste caso são as de saída), foram as mesmas entregues pela própria empresa e devidamente

devolvidas (conforme recibo constante do verso da fl.07 do PAF), após serem listadas e incluídas nos cálculos da conta corrente (Auditoria da Conta Corrente – ANEXO VI – fls. 52 a 55 e 102, em meio magnético, do PAF).

Por fim a Autuante reafirma na sua íntegra o Auto de Infração em tela, pedindo sua total procedência.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Portanto, passando a decidir sobre o feito, tenho inteligência que a Infração 01 que versa sobre a suposta falta de recolhimento de ICMS, por utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo antes da assinatura pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), do Termo de Acordo de Atacadista, conforme previsão no Dec. 7.799/2000, agiu de forma temerária e desautorizada, de forma que decido não fazer o menor sentido e não ter o menor poder de lhe socorrer a arguição de que a Autuada já havia solicitado o enquadramento no Decreto 7.799/00 e que antes mesmo da assinatura já preenchia todos os requisitos legais para usufruí-lo.

Consequentemente, arremato, de forma diversa a da defesa, pois, ao meu ver, a referida assinatura é o ato formal que convalida o direito requerido, e somente após a sua efetivação poderia o Termo de Acordo estar revestido de validade jurídica para autorizar à Autuada a usufruir dos benefícios a que se refere o Dec. 7.799/00.

Trata-se, sobretudo, de requisito previsto no próprio texto do decreto em questão. Acrescento, ainda, que nem mesmo o argumento de que a postergação da assinatura do referido termo de acordo se deu em vista da necessidade de ajustes nos arquivos magnéticos da empresa, conforme tenta justificar pelo documento anexo à fl. 110, teria o condão de autorizar a fruição do referido benefício sem a efetiva formalização do termo de acordo em questão.

Quanto à alegação de que a autuação foi realizada sem observar que a autuada encontrava-se inscrita como EPP, e que não foi respeitado nos cálculos do AI o reflexo de tal sistema especial, verifico que descabe tal alegação, pois a autuação se limitou a glosa do benefício previsto pelo Dec. 7.799/2000 que foi usufruído de forma precoce e desautorizada, e além disso no período objeto da infração 01 conforme informa a autuante, a autuada foi inscrita como SIMPLES NACIONAL apenas de março a maio do exercício fiscalizado de 2006. Assim, voto pela procedência da Infração 01.

Adentrando ao exame da infração 02 do auto de Infração, vejo que a afirmativa da defesa de que há equívocos nos cálculos da autuação não foi comprovada e nem mesmo demonstrado quaisquer indícios neste sentido, entretanto, de modo contrário, do exame realizado nos documentos acostados aos autos, maiormente na planilha constantes do ANEXO III do PAF (fls.49 e 102), não constatei nenhuma inconsistência nos cálculos apresentados.

Assim sendo, decido pela procedência deste item infração 02 e com espeque no inciso IV do Art. 8º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, indefiro o pedido de prazo para a juntada nova planilha, bem como o pedido de revisão fiscal para conferência dos valores, sobretudo, considerando que a defesa disporá, se for o caso, de segunda instância defensiva para levar a cabo este desiderato.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa aludida à infração 03, verifico que a NF de suporte à cobrança em questão foi documento colhido da escrituração fiscal e contábil da própria Autuada, de forma que afasta qualquer necessidade de que seja apresentada junto com a autuação, e

portanto, estando estes documentos na posse da autuada não poderia impedir seu o livre exercício da defesa. Desta forma, considerando que a defesa não descaracterizou a acusação, voto pela procedência da Infração 03.

Examinando a alegação de inconsistência da infração 04 em razão do quanto afirma a defesa de haver ausência de qualificação da infração, concluo que a descrição formal da infração constante do texto de acusação, de que "*(...) quando da aquisição de mercadorias provenientes de outros estados destinados à comercialização, deixou de recolher (ou recolheu a menor) o ICMS relativo à Antecipação Parcial, (...)*" torna a acusação fiscal perfeitamente compreensível e apta a cumprir os requisitos previstos no §1º do Art. 18 do RPAF, de modo que está livre de vício.

Quanto à arguição de cerceamento de defesa relativo à infração 04, denota-se descabida, pois se tratando de notas fiscais colhidas na posse da própria autuada, inclusive de seu conhecimento prévio, não há o que falar em vício ou cerceamento de defesa, sobretudo, porque não há provas nos autos de que tenham sido retiradas de seu poder e não devolvidas. De modo que voto pela procedência da Infração 04.

Com relação à infração 05, a defesa não apresenta quaisquer argumentos contrários, nem apresentou até este momento a comprovação dos pagamentos em questão, e nem mesmo quaisquer indícios de irregularidade a respeito do respectivo levantamento fiscal que enseje o deferimento do seu pleito de juntada dos extratos de pagamentos constantes no sistema da SEFAZ, bem como do acatamento de seu questionamento de cerceamento de defesa, pois os meios de prova e os documentos acerca da acusação fiscal são de poder da autuada. Portanto voto pela procedência da Infração 05.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL deste Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207668.0002/11-2** lavrado contra **AM COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.523,29**, acrescido das multas de 50% sobre R\$67,25 e de 60% sobre R\$41,456,04, previstas no art. 42, incisos I, "b", 3 e II, "a", "b" e "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR