

PROCESSO - A. I. Nº 279468.0054/02-6
RECORRENTE - PARMALAT BRASIL S/A INDÚSTRIA DE ALIMENTOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão da 2ª JJF n.º 0370-02/02
ORIGEM - IFEP- DAT/METRO
INTERNET - 03.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ÁCORDÃO CJF Nº 0106-12/04

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDA DE MERCADORIA PARA MICROEMPRESA COM ALÍQUOTA DE 7%. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Nas operações de venda a microempresa, realizadas por estabelecimento industrial quando atua como filial atacadista à alíquota devida é 17%. **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA MVA. OPERAÇÕES DE VENDAS A ATACADISTA E A MICROEMPRESA. Modificada a Decisão. A legislação equipara a estabelecimento da mesma empresa. Correta a aplicação da alíquota de 7% nas saídas referentes às infrações 1 e 2. Exigência fiscal insubstancial. Infrações caracterizadas. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime quanto à infração 6 e, não unânime, em relação às infrações 1 e 2.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 2ª. Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$929.317,63, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento a menos do ICMS, no período de janeiro de 1997 a novembro de 1998, em razão de erro na aplicação da alíquota aplicável nas saídas de mercadorias para microempresa;
2. Reteve e recolheu a menos ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, por erro na aplicação da alíquota, no mesmo período do item anterior;
3. Reteve e recolheu a menos ICMS, nos exercícios de 1997 e 1998, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, decorrente da aplicação incorreta da MVA;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no exercício de 1997, referente às mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária;
5. Idem, nos meses de março, setembro e dezembro de 1997, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;

6. Deixou de recolher ICMS, no mês de outubro de 1997, devido na importação tributada realizada pelo estabelecimento, referente a DI nº 97/0939253-0, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 58194 de 17/10/97.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, analisou e rejeitou a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, observando que em momento algum fora ferido o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois a descrição dos fatos de que cuidam as infrações 1 e 2 foi feita de forma satisfatória, deixando claro o enquadramento legal que está indicado na peça vestibular, encontrando-se relacionados analiticamente todos os documentos fiscais e o contribuinte ao adentrar no mérito da questão demonstrou o perfeito entendimento das acusações que lhe foram imputadas.

No mérito, com relação às infrações 1 e 2 considerou que, embora as operações de saídas consignadas nos levantamentos da autuação tenham sido efetuadas para microempresas, sendo o autuado um estabelecimento industrial que atua como filial atacadista que comercializa mercadorias recebidas de outras filiais, tomou por base a resposta da consulta que fora formulada pelo próprio contribuinte à DITRI, através do Parecer GECOT nº 0272/98, para julgar procedentes as imputações, entendendo que, no caso, não se aplica o disposto no artigo 51, I, “c”, do RICMS/97.

As infrações 3, 4 e 5 foram reconhecidas pelo autuado.

Quanto à infração 6, considerou subsistente o reclamo fiscal porque pesquisou no SIDAT e verificou inexistir o recolhimento apresentado pelo autuado.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário reiterando sua irresignação quanto à preliminar argüida em sede de defesa, ressaltando que a Decisão recorrida não analisou o cerne da questão, que seria vício de ilegalidade na autuação por falta de requisitos básicos para sua validade.

Sustenta o recorrente, que o autuante, ao apontar a legislação infringida, não teria procedido de maneira precisa, eis que os artigos tidos como infringidos não têm relação com os indicados no enquadramento legal, no caso da infração 1, o dispositivo indicado foi o art. 51, § 1º, inciso I, alínea c, e o enquadramento legal mencionou os artigos 50, 51 e 124 inciso I do RICMS, concluindo, dessa forma, que não há relação com a descrição.

Aduz que o mesmo ocorre com relação à infração 2 e assevera que resta claro o cerceamento de defesa, impedindo que o recorrente exerça seu direito constitucional de Ampla Defesa e do Contraditório. Indica e transcreve jurisprudência do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo em auxílio ao seu entendimento e reitera a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, com relação às infrações 1 e 2, sustenta inadmissível a decisão de primeira instância, afirmando que o dispositivo legal que trata do assunto é claro e expresso ao admitir a utilização da alíquota de 7% nas operações destinadas a microempresas e transcreve o Art. 51 e o inciso I e alínea “c” do RICMS/97.

Afirma que o recorrente se beneficiou da alíquota de 7% prevista pela própria legislação baiana que igualmente equipara o estabelecimento industrial à filial atacadista, inexistindo razão para utilizar-se da alíquota de 17%. Concluindo que em momento algum agiu em desconformidade com a referida legislação.

Com relação à infração 6, sustenta que o recolhimento foi devidamente efetuado, fato devidamente comprovado pelo DAE anexado à época própria.

Requer o Provimento do Recurso Voluntário e que lhe seja permitida a sustentação oral durante o julgamento, indicando o endereço para correspondência.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, aponta que em síntese, a recorrente alega que a legislação equiparou o seu tipo de estabelecimento - filial atacadista – a estabelecimento industrial, daí a aplicação da alíquota de 7%, conforme artigo 51, I, “c” do RICMS/97.

E quanto ao item 6, alega que o recolhimento foi efetuado, conforme DAE anexado.

Sugere a Douta procuradora que o DAE seja remetido ao DARC para que se verifique o ingresso ou não da receita, uma vez que não se pode desprezar uma prova dessa monta.

Quanto aos itens 1 e 2, entende que a DITRI já esclareceu, em parecer constante das fls. 2011/12, que nesse caso não se aplica à equiparação de estabelecimento industrial à filial atacadista, daí porque a alíquota de 7% não ser aplicável ao caso em tela.

Cumprindo a sugestão da Procuradoria, o PAF foi encaminhado ao DARC em diligência.

Em resposta, a Gerência de Arrecadação do ICMS informa que após consulta, o Banco Itaú S.A. informou, conforme ofício à fl. 2100, que o documento de arrecadação em lide não foi arrecadado por nenhuma de suas Agências.

Encaminhado o processo à mesma procuradora para novo Parecer, a Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa entende que, diante do ofício do banco, tal documento não faz prova do pagamento alegado, devendo ser aberto processo legal para devida apuração dos fatos.

Dessa forma, reitera os termos do parecer anterior sobre os outros itens e opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente, preliminarmente, reiterou a questão já argüida em sede de Impugnação, alegando cerceamento de defesa, impedindo-o de exercer seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório em razão de os artigos indicados no enquadramento legal das infrações 1 e 2 não terem sido os mesmos indicados como infringidos.

Entendo que não merece acolhida o referido argumento, ademais, essa preliminar foi devidamente enfrentada na Decisão recorrida, que a analisou e a rejeitou, observando que em momento algum fora ferido o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois a descrição dos fatos de que cuidam as infrações 1 e 2 foi feita de forma satisfatória, deixando claro o enquadramento legal que está indicado na peça vestibular, encontrando-se relacionados analiticamente todos os documentos fiscais e o contribuinte, ao adentrar no mérito da questão, demonstrou o perfeito entendimento das acusações que lhe foram imputadas.

No mérito, com relação às infrações 1 e 2, observo que o cerne da acusação diz respeito ao fato de o contribuinte ter utilizado a alíquota de 7% na venda de produtos para microempresas, infringindo o disposto no art. 51, § 1º, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97.

Observo que o Ilustre relator de Primeira Instância considerou que, embora as operações de saídas consignadas nos levantamentos da autuação tenham sido efetuadas para microempresas, sendo o autuado um estabelecimento industrial que atua como filial atacadista que comercializa mercadorias recebidas de outras filiais, tomou por base a resposta da consulta que fora formulada pelo próprio contribuinte à DITRI, através do Parecer GECOT nº 0272/98, para julgar procedentes as imputações, entendendo que, no caso, não se aplica o disposto no artigo 51, I, “c”, do RICMS/97.

Encontra-se neste processo, fls. 2011 e 2012, cópia do referido Parecer que à luz do disposto nos artigos 37, 50 e 51, inciso I, alínea “c”, conclui que: o disposto nessa alínea “c”, “não ampara as saídas com destino a microempresas inscritas no cadastro estadual, promovida por estabelecimento industrial quando estiver atuando como se comerciante atacadista fosse, assim como, pelo mesmo motivo, não se aplica o disposto na Instrução Normativa nº 38/94, oportunidade em que a tributação se dará à alíquota de 17%”.

Com a devida vénia, discordo desse entendimento acolhido pela Decisão Recorrida. Entendo que o dispositivo legal citado, o artigo 51, I, “c”, do RICMS/97, estabelece a aplicação da alíquota de 7%, nas operações realizadas por estabelecimento industrial com saídas de mercadorias destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, conforme a seguir transcreto:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

Saliento que o citado dispositivo do regulamento foi estabelecido pelo Art. 16, I, “c” da Lei 7.014, de 4 de dezembro de 1996, que determina a aplicação da alíquota de 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a microempresas industriais, microempresas comerciais varejistas ou microempresas ambulantes ...

Por outro lado, não encontro citado nem no Parecer GECOT nem na Decisão recorrida, o fundamento legal para justificar o entendimento de que, “embora as operações de saídas consignadas nos levantamentos da autuação tenham sido efetuadas para microempresas, sendo o autuado um estabelecimento industrial que atua como filial atacadista que comercializa mercadorias” não se aplica o disposto no Art. 51 do RICMS/97.

O que encontro é o inciso I, do § 1º do mesmo artigo, que em decorrência da Alteração nº 9, determinada pelo Decreto nº 7.466, de 17/11/98, veio a equiparar a estabelecimento industrial, a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa.

Considerando que essa alteração tem caráter interpretativo, aplico retroativamente essa norma.

Além disso, aplica-se a esse caso o princípio da razoabilidade, pois na interpretação da norma deve ser considerada uma solução que seja compatível com bom senso que deve nortear os atos da administração. Supondo que somente o estabelecimento que pratica atos de industrialização seria alcançado pela norma que garante a alíquota reduzida, estaria afastada a possibilidade do benefício ser realizado em sua completude, pois esse entendimento implicaria em obrigar o contribuinte a ter que operar somente com fábricas com todo território do Estado da Bahia. Portanto, essa solução atenta contra a razoabilidade, devendo dessa forma o benefício alcançar, também, os estabelecimentos da empresa que fazem a distribuição dos produtos por ela fabricados.

Assim entendo que razão assiste ao contribuinte que agiu de acordo com a legislação ao aplicar a alíquota de 7% nas saídas elencadas no Auto de Infração em lide, sendo, portanto, improcedentes as infrações 1 e 2.

Com relação ao item 6, acompanho o opinativo da Douta procuradora, uma vez que restou provado que o documento apresentado não faz prova do pagamento alegado, ficando, assim, mantida a exigência do imposto, com os acréscimos legais pertinentes à gravidade do fato, devendo, ainda ser cumprida a determinação de abertura do processo legal para a devida apuração dos fatos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto a infração 6 e, não unânime em relação às infrações 1 e 2, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 279468.0054/02-6, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S/A INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$512.470,62**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, homologando-se os valores efetivamente pagos.

VOTO VENCEDOR EM RELAÇÃO ÀS INFRAÇÕES 1 e 2: Conselheiros (as): José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco, Fauze Midlej. e José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTO VENCIDO EM RELAÇÃO ÀS INFRAÇÕES 1 e 2: Conselheiros (as): César Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS