

PROCESSO - A. I. Nº 148714.0009/04-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BETUMAT QUÍMICA LTDA.
RECORRIDOS - BETUMAT QUÍMICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0044-02/05
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 07/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0155-12/05

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. **a)** VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO INCORRETA DA ALÍQUOTA. Modificada a Decisão. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é condicionada a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. Caracterizada a concessão do benefício em obediência à legislação específica. Infração insubsistente. **b)** OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL QUE, APESAR DE TEREM INSCRIÇÃO ESTADUAL, NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS. O que identifica se determinada empresa é ou não contribuinte do ICMS não é o fato de ele estar ou não inscrito no cadastro estadual, mas sim a efetiva natureza de seus negócios, atendido o critério da habitualidade. Fato reconhecido em parte pelo sujeito passivo. Refeitos os cálculos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, impetrados contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que cuida dos seguintes fatos:

1. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração do imposto, pois, na condição de empresa industrial, ao efetuar vendas a microempresas, adotando a alíquota de 7%, incorreu em erros de cálculo, sendo lançado imposto no valor de R\$1.572,85, com multa de 60%;
2. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota de 12%, nas “saídas externas” [operações interestaduais] de mercadorias destinadas a empresas de construção civil que, apesar de terem inscrição estadual, não são contribuintes do ICMS (CFOP 6.11), bem como nas saídas, também de para empresas de construção civil, de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, sobre o ICMS retido e pertencente ao Estado da Bahia (CFOP 6.72), sendo lançado imposto no valor de R\$41.703,11, com multa de 60%.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente diz, inicialmente, que, reconhecendo a improcedência parcial da infração 2, procedeu ao recolhimento da parcela que entendia ser devida, aquela relativa às vendas interestaduais a empresas não contribuintes de ICMS, conforme DAE anexo.

Com relação às demais parcelas esclarece que em sua defesa apresentou os seguintes argumentos que militam em desfavor da cobrança efetuada: (I) em caráter preliminar, a decadência das parcelas do imposto cujos fatos geradores ocorreram no exercício de 1999; (II) em relação às vendas internas realizadas para microempresas, ao contrário do quanto alegado, não houve erro no cálculo do imposto; (III) e, quanto às vendas efetuadas a empresas de construção civil estabelecidas nos Estados de Alagoas, Pernambuco, Ceará, Piauí, Paraíba e Sergipe, elas são contribuintes do ICMS, uma vez que as legislações daqueles Estados assim as enquadram.

Acrescenta que a JJF rejeitando a preliminar de decadência, julgou parcialmente procedente a autuação, mantendo o lançamento correspondente ao item 01 e excluindo os valores referentes ao item 02, com exceção da parcela reconhecida, por entender que caberia à fiscalização o ônus da prova da condição de contribuinte das empresas de construção civil.

Passa a apresentar sua argumentação buscando demonstrar a alegada decadência do crédito tributário referente ao exercício de 1999, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, conforme art. 150, § 4º do CTN.

Assinala que o CTN veicula dois tipos de prazos decadenciais: os prazos relativos aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício (art. 173) e os prazos atinentes aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (art. 150, § 4º).

Conclui que, nos termos do art. 156, VII, do CTN, extingue-se o crédito tributário desde que o fisco se abstenha de lançar ao longo do lapso temporal de 5 anos de que cuida o § 4º do art. 150. No caso em tela, quando foi dada ciência da autuação ao contribuinte – 8/10/04 –, já haviam sido homologados tacitamente os pagamentos relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e setembro de 1999, de modo que o fisco estadual perdeu o direito de exigir o complemento do imposto supostamente recolhido a menos naquele período. Transcreve ementa de acórdão do STJ.

Com referência ao item 1 da autuação, afirma que seguiu a orientação constante do inciso I, alínea “c”, combinado com o inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS, que transcreve, para concluir que ‘conforme ficou amplamente demonstrado, o recorrente recolheu acertadamente o imposto e repassou o benefício obtido com a redução de alíquota para a microempresa com quem negociou. Apresenta como exemplo, a análise da Nota Fiscal nº 4145, na qual consta o débito de R\$103, 23, em que pese ao valor total da operação corresponder a R\$960, 00, o valor cobrado na nota foi de R\$910,39, sendo esta quantia correspondente ao valor total da operação com o referido abatimento, mais o valor do IPI e do ICMS retido por substituição tributária. Ora, acrescenta, se o recorrente não houvesse dado o desconto em questão, o valor cobrado na nota, após o acréscimo dos valores do IPI e ICMS seria de R\$1.013.62, como demonstra em quadro anexo, concluindo por afirmar que o mesmo procedimento foi adotado em todas as operações abarcadas pela fiscalização.

Quanto à infração 2 diz que a Decisão exarada em nada merece ser reformada, mas, mesmo assim estende-se em considerações para concluir que nas operações que destinam mercadorias a empresas de construção civil situadas em Alagoas, Pernambuco e Ceará, deve ser aplicada a alíquota interestadual, pois tais empresas são tratadas como contribuintes normais do ICMS pelo fisco de cada uma daquelas localidades.

Requer, finalmente, que seja reconhecida a decadência dos débitos de ICMS relativos ao exercício de 1999, como a inteira improcedência da infração descrita no item 1.

A PGE/PROFIS em seu Parecer opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário nos seguintes termos:

1. “.....
2. *O Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão de 1ª Instância refere-se unicamente a infração 1, embora o recorrente também tenha se referido ao julgamento do item 2, pelo qual requer seja mantido pela ilustre CJF, o mesmo entendimento da 1ª Instância, para se insurgir contra o julgamento do item 01 traz os mesmos argumentos apresentados em sua manifestação inicial, esses argumentos foram já analisados e rebatidos um a um pelo julgamento realizado, senão vejamos:*

Preliminarmente alega o recorrente a decadência do exercício de 1999, e se fundamenta na tese de que sendo o ICMS imposto sujeito à homologação se aplica o termo a quo, ou inicial para a contagem do quinquêdeo legal, com sendo o determinado pelo art. 150 § 4º do CTN.

Embora entenda incompleto o argumento da ilustre JJF, concordamos com sua conclusão e aplicação, para o caso, do prazo e seu início de contagem, daquele determinado pelo art. 173 do CTN, pelo fato de se tratar de imposto a ser lançado de ofício pela administração fazendária, por seus prepostos e não se reportar à homologação de imposto porventura recolhido a menor pelo contribuinte, não compartilhamos do entendimento de que nesse caso é porque a lei ordinária do ICMS prevê prazo diverso do CTN, para seu lançamento.

Assim, pelos fundamentos aqui esposados é que reafirmamos a possibilidade de lançamento do crédito tributário cujo fato gerador ocorreu no exercício de 1999, pois sua decadência só ocorre após 31.12.2004.

Alega o recorrente em relação ao mérito do Recurso que efetivamente realizou com correção o cálculo do imposto para que fosse dado ao adquirente o desconto previsto em lei e nesse desiderato elabora minuciosamente a forma como calcula o imposto e dá como exemplo uma das notas fiscais objeto da autuação.

3. *Analisando os argumentos recursais, observa-se que em relação à preliminar de decadência, esta encontra-se afastada, e em relação ao cálculo do imposto incidente na operação, em que pese todo o esforço do recorrente em demonstrar aritmeticamente como calcula o desconto, da análise das provas dos autos, inclusive da própria nota fiscal que ela utiliza para demonstração, conclui-se que as vendas foram feitas a contribuintes microempresas, a empresas de pequeno porte e a ambulantes mas não foi alterado o preço da operação, para que esse benefício os atingisse, muito embora conste, de fato, no corpo da nota fiscal o valor do desconto.*
4. *Ante o exposto, entendemos que os argumentos recursais foram tratados e analisados neste Parecer, pelo que concluímos que a intenção do legislador ao conceder este desconto não foi atendida, pelo que o preço praticado não observou esse benefício, o qual só deveria existir se repassado aos adquirentes em situação de maior fragilidade econômica. Assim, entendemos que a Decisão guerreada não deve ser alterada pois, em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente não podem modificar o julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser Provido o Recurso Voluntário.”*

VOTO

Inicialmente, com referência à arguição de decadência do direito de ser lançado o imposto relativo aos fatos geradores ocorridos no período janeiro/setembro de 1999, o CTN ressalva (art.

150, §4º) que a legislação estadual pode fixar outro prazo, como no caso do COTEB, que estabeleceu o primeiro dia do exercício seguinte para o início da contagem do prazo decadencial. Não prospera, portanto, a pretensão do recorrente. Rejeito a preliminar.

Com referência ao item 1, examinando a Nota Fiscal nº 4145, fl. 830, verifiquei que consta realmente na mesma a redução do valor total dos produtos, de R\$960,00, para R\$910,39, demonstrando a existência de uma diferença que o recorrente afirma ser o desconto concedido a título de benefício. Por entender que o julgador de Primeira Instância não se aprofundou na demonstração de sua contestação, diferentemente do recorrente que fez uma análise aritmética indicando uma diferença entre o valor total dos produtos e o valor da nota fiscal, fica caracterizada a concessão de um desconto sobre o valor da nota fiscal, em obediência à legislação específica, e o seu correto procedimento.

Quanto ao item 2, o contribuinte recolheu a parte por ele reconhecida como devida e a JFJ entendeu, corretamente, que o recorrente comprovou que os demais destinatários das mercadorias são inscritos em seus estados como contribuintes do ICMS, tratando-se, no caso, de autuação por presunção infundada.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgar IMPROCEDENTE o item 1 e PARCIALMENTE PROCEDENTE o item 2, nos termos da Decisão de Primeira Instância, com homologação das importâncias reconhecidas e recolhidas pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 148714.0009/04-0, lavrado contra **BETUMAT QUÍMICA LTDA.**, devendo o recorrente ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.072,02**, sendo R\$3.031,94, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$40,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

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