

**PROCESSO** - A. I. Nº 206847.0011/04-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - V. I. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0407-01/05  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 10/02/2006

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0028-12/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. É vedado o destaque do imposto em operação não tributada, possibilitando ao adquirente a utilização de crédito fiscal. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A aplicação da alíquota de 7% prevista no art. 51, I, “c” do RICMS/97, é extensiva à filial atacadista de estabelecimento industrial. Infração descaracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 1ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0407-01/05, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.2000.

O presente Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de ICMS correspondente ao imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando aos adquirentes a utilização do crédito, nos meses de janeiro a agosto e dezembro de 2002, exigindo ICMS no valor de R\$142.676,79, acrescido da multa de 60%;
2. Recolhimento a menor de ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, aplicando indevidamente a alíquota de 7% em vez de utilizar a alíquota interna de 17%, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro e fevereiro de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$186.961,78, acrescido da multa de 60%.

O autuado, em sua impugnação, requereu a anulação da autuação, alegando que fugiu aos princípios legais da clareza e correta tipificação dos fatos e que teve sua defesa dificultada, por ter o autuante incluído penalidade da segunda infração na primeira, referente ao mês de dezembro de 2002.

No mérito, quanto à primeira infração, afirmou que estava, à época, enquadrado como empresa de pequeno porte, tendo efetuado o pagamento dos impostos devidos como tal. Aduziu que a autuação surgiu da presunção de que os adquirentes se creditaram dos valores destacados nas notas fiscais, sendo que o autuante poderia ter verificado que os destinatários das mercadorias são microempresas, empresas de pequeno porte, contribuintes especiais ou isentos de inscrição (prestadores de serviço) que, por não serem contribuintes normais, têm o direito ao crédito vedado. Além disso, argumentou que estaria sendo duplamente penalizado, caso fosse verdadeiro o aludido pelo autuante e não fosse reconhecido o seu direito ao crédito, de acordo com o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Em relação à Infração 2, relatou que todas as vendas levantadas pelo autuante se referem a operações com microempresas e empresas de pequeno porte, cuja alíquota efetiva é 7%, e anexou

cópia do Parecer GECOT 775/2003 (fls. 2226 e 2227), em resposta a consulta que formulou, com o seguinte texto:

*“A empresa V. I. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA formula Consulta via Internet buscando esclarecimentos para as questões a seguir transcritas.*

*‘Assunto: Venda de estabelecimento industrial p/ microempresa e empresa de pequeno porte.*

- 1. A empresa filial estabelecida neste estado e com sede em outro estado está habilitada a usufruir da alíquota de 7%?*
- 2. Além de vender produtos por ela industrializados, vende também produtos p/ comercialização de produtos ligados aos industrializados a alíquota pode ser 7%?*
- 3. Como proceder na emissão da nota fiscal para contemplar os itens as operações acima?*

*O Sistema INC – Informações do Contribuinte da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia informa que a consulente exerce a atividade 2499600 – fabricação de outros produtos químicos não especificados. A categoria é filial com matriz fora do estado.*

*O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia assim dispõe no art. 51, inciso I, alínea ‘c’:*

*‘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);’*

*Conforme o disposto na norma transcrita, nas operações de saída de mercadoria de estabelecimento industrial localizado no Estado da Bahia destinadas à microempresa e empresa de pequeno porte incidirá a alíquota de 7%.*

*Os dados do INC acima mencionados demonstram que a Consulente é um estabelecimento industrial situado no Estado da Bahia, e, portanto, poderá vender para microempresas e empresas de pequeno porte à alíquota de 7%.*

*Quanto à segunda pergunta, vê-se que a alínea ‘c’ supra, estatui que a alíquota de 7% será utilizada nas operações de saída de mercadorias de estabelecimentos industriais localizados no Estado, não havendo exigências que as mercadorias sejam fabricadas por este.*

*A emissão das notas fiscais se dará normalmente, nos moldes estatuídos no art. 219 do RICMS-BA.*

*É o Parecer.”*

Ao final, solicitou a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal, frisou que o autuado não desenvolve atividade industrial, apenas comercializa os produtos prontos, recebidos em transferência, industrializados por sua matriz situada no Estado de São Paulo. Afirmou que o autuado já havia sido intimado para regularizar a sua situação cadastral, a fim de excluir a sua condição de indústria, e, mesmo sem desenvolver atividade industrial no Estado da Bahia, formalizou consulta à DITRI, informando indevidamente que era indústria, para obter benefício que só é deferido a estabelecimento exclusivamente industrial, não se aplicando os efeitos da consulta ao autuado, por este motivo.

Relatou que solicitou ao autuado que apresentasse suas instalações fabris e o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, no que o autuado respondeu que não era indústria, até porque a prefeitura proíbe a instalação de indústria na zona urbana.

Em relação à Infração 1, ressaltou que o art. 408-D do RICMS/97 só admite o destaque do imposto nos documentos fiscais emitidos por microempresas e empresas de pequeno porte que se dediquem exclusivamente à atividade industrial e, como o autuado desenvolve somente atividade comercial, o mesmo foi indevido, devendo ser recolhido o imposto, independentemente de quem seja o destinatário da mercadoria.

Quanto à segunda infração, disse que o autuado estava inscrito na condição de normal no período e mais uma vez se comportou como se fosse indústria, emitindo notas fiscais com destaque de ICMS à alíquota de 7%, quando a correta seria 17%, por desenvolver meramente a atividade comercial.

Solicitou que o valor de R\$1.483,36, de 31/12/2002, constante da Infração 1, fosse considerado como pertencente à Infração 2, conforme indicado pelo autuado, o que entende que não prejudica o resultado final da autuação, mesmo porque as multas previstas têm o mesmo percentual de 60%.

Ao final, o autuante requereu a procedência da autuação.

Na assentada do julgamento, a 1ª JF deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC do CONSEF, para que quantificasse mensalmente, em relação à Infração 1, o total dos valores de ICMS destacados nas notas fiscais emitidas para contribuintes enquadrados no regime normal de apuração do imposto, acostadas ao processo, no período de janeiro a agosto de 2002.

Em seguida, que o processo fosse encaminhado à INFAZ SIMÕES FILHO, para que intimasse o autuado, entregando-lhe, mediante recibo, cópia dos demonstrativos e levantamentos realizados pelo revisor fiscal. Na oportunidade, pugnou que fosse informado ao autuado do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da revisão fiscal e, após manifestação do autuado, fosse dada ciência ao autuante.

A diligente, no Parecer ASTEC nº 0016/2005 (fls. 2238 e 2239), relacionou os contribuintes enquadrados no regime normal de apuração do imposto para os quais as notas fiscais acostadas ao processo foram emitidas e concluiu pela apuração do valor de R\$ 11.171,20 na Infração 1, que originalmente era de R\$ 142.676,79, conforme os demonstrativos que anexou (fls. 2240 e 2241).

Cientificados autuado e autuante (fls. 2306 a 2313), somente este último se manifestou (fl. 2314), opinando pela manutenção do entendimento prolatado na sua informação fiscal.

Em pauta suplementar e considerando que a diligência não incluiu o mês de agosto de 2002 em seu demonstrativo em relação à Infração 1, a 1ª JF deliberou que o PAF fosse encaminhado novamente à ASTEC do CONSEF, para que fosse quantificado o total de valores de ICMS destacados nas notas fiscais emitidas para contribuintes enquadrados no regime normal de apuração do imposto, no mês de agosto de 2002.

Em seguida, que o processo fosse encaminhado novamente à INFAZ SIMÕES FILHO, para que intimasse o autuado, entregando-lhe, mediante recibo, cópia dos demonstrativos e levantamentos realizados pelo revisor fiscal. Naquela oportunidade, que também fosse informado ao autuado do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da revisão fiscal e, após manifestação do autuado, fosse dada ciência ao autuante.

A diligência, em Parecer ASTEC nº 0134/2005 (fls. 2321 e 2322), conclui que o imposto destacado nos documentos fiscais destinados a contribuintes inscritos na condição de normais, referentes ao mês de agosto de 2002 totalizou o montante de R\$ 3.041,67. Dessa forma, após incluir o valor apurado do mês de agosto ao montante apurado na diligência anterior, o imposto destacado nas notas fiscais emitidas para contribuintes enquadrados no regime de apuração normal no período de janeiro a agosto de 2002 passou a ser de R\$ 14.212,87.

Cientificados autuado e autuante (fls. 2325 a 2327), nenhum se manifestou.

Através do Acórdão JF nº 0407-01/05, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do presente Auto de Infração, em razão do seguinte entendimento:

- a) quanto à arguição de nulidade da autuação, por ter o autuante incluído um item da segunda infração na primeira, concernente ao mês de dezembro de 2002, entendeu o *a quo* que a

preliminar de nulidade deve ser parcialmente acolhida, apenas para tornar nulo o item referente ao mês de dezembro de 2002;

- b) no que tange à infração 1, consignou o *decisum* de Primeira Instância que, após realização de diligência pela ASTEC, foi elaborado demonstrativo apontando as notas fiscais emitidas para contribuintes enquadrados no regime normal de apuração do imposto no período, os quais poderiam utilizar o crédito fiscal correspondente, tendo sido demonstrado que este valor corresponde a R\$14.212,87, conforme demonstrativo constante do voto, razão pela qual manteve-se, parcialmente, a infração 1;
- c) outrossim, no que se refere à infração 2, decidiu a primeira instância que a mesma não é subsistente, à luz do RICMS/97, em seu art. 51, § 1º, do inciso I; desta forma, “*descabe a exigência do imposto correspondente à infração, haja vista que o contribuinte exerce a atividade de filial atacadista da indústria, fazendo jus ao mesmo tratamento tributário dispensado à matriz industrial*”, observando, ainda, que “*o item indicado erroneamente na infração 1, que seria nulo, torna-se da mesma forma improcedente*”;

## VOTO

Reparo algum merece o *decisum* prolatado em Primeira Instância. Senão, vejamos.

Produzida a prova técnica, através da ASTEC, no que se refere à infração 1, restou demonstrado, efetivamente, que o autuado emitiu notas fiscais, em sua grande maioria, para contribuintes enquadrados no regime simplificado de apuração, razão pela qual fora o débito, acertadamente, reduzido na Decisão ora recorrida, em relação à qual manifesto a minha aquiescência.

Outrossim, com relação à infração 2, de igual modo, há que ser mantida a Decisão recorrida, em face da sua manifesta insubsistência. Isso porque, como brilhantemente decidido, preceitua o RICMS/97, no seu art. 51, § 1º, I, que “*equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa*”, motivo pelo qual lícita se apresenta a utilização, por parte do autuado, da alíquota de 7%, como ocorreu no caso vertente.

Evidente, pois, a inexigibilidade do imposto quanto à referida infração, visto que o autuado exerce a atividade de filial atacadista da indústria, fazendo jus ao mesmo tratamento tributário dispensado à matriz industrial.

*Ex positis*, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo-se *in totum* a referida Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0011/04-1, lavrado contra **V. I. INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.212,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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