

A. I. Nº - 147323.0023/05-0
AUTUADO - INDÚSTRIAS REUNIDAS RAYMUNDO DA FONTE S.A.
AUTUANTES - ANSELMO LEITE BRUM e JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 21.02.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0031-02/06

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. 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 adquirente se encontre enquadrado no regime do SimBahia à data da operação, e este requisito não foi preenchido. Mantido o lançamento. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER RETIDO. O lançamento não foi impugnado quanto ao mérito. Não acatadas as preliminares de decadência e de ofensa ao princípio da publicidade dos atos administrativos. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 8/11/05, cuida dos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas operações internas com mercadorias como se fossem destinadas a contribuintes inscritos no SimBahia, não estando os mesmos, à época, enquadrados naquele regime, sendo lançado imposto no valor de R\$ 46.041,78, com multa de 60%;
2. falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas efetuadas a contribuintes em situação cadastral irregular, sendo lançado imposto no valor de R\$ 7.633,70, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa alegando que o lançamento objeto do item 1º é inconsistente, pois foi exigida dos destinatários das mercadorias a apresentação da inscrição estadual, e as operações estão devidamente escrituradas.

No que concerne ao 2º item, diz que, valendo-se do disposto nos arts. 90, 91 e 127, § 2º, do RPAF, realizou o pagamento dos débitos correspondentes ao período de novembro de 2000 a novembro de 2002, com o benefício da redução da multa previsto no art. 45, III, da Lei nº 7.014/96, impugnando os demais valores.

Quanto ao Direito aplicável, alega o autuado que parte dos valores lançados já teria sido alcançada pela decadência, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, segundo o qual o termo de início do prazo decadencial de 5 anos para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, não é o primeiro dia do exercício seguinte em que poderia ter sido cobrado, a que se refere o art. 173, I, e sim a data da ocorrência do fato gerador. Apega-se aos comentários, sobre o tema, de Leandro Paulsen, Francisco Alves dos Santos Júnior e José Souto Maior Borges. Transcreve ementa de acórdão da 1ª Seção do STJ, nos autos do ERESP 101407/SP. Reclama que o lançamento em discussão nestes autos foi efetuado em novembro de 2005, quando

já haviam transcorrido mais de 5 anos dos meses de janeiro a outubro de 2000, de modo que devem ser excluídas as parcelas referentes ao período assinalado, por se encontrarem atingidas pela decadência, nos termo do § 4º do art. 150 do CTN.

Em seguida, a defesa passa a abordar a questão sob o prisma do princípio da publicidade dos atos administrativos. Protesta que, no caso do item 1º, os fiscais, de posse dos dados constantes nas Notas Fiscais, submeteram esses dados a verificações nos controles próprios da SEFAZ, os quais não são disponibilizados aos contribuintes, não tendo estes como saber que as microempresas ou empresas de pequeno porte não continuavam sob este enquadramento fiscal para efeitos de apuração do ICMS. Explica que o referido item diz respeito a vendas realizadas à alíquota de ICMS de 7% a pessoas jurídicas que, à época da emissão das Notas Fiscais, tinham deixado de ser microempresas e empresas de pequeno porte. O autuado alega que todas as pessoas jurídicas destinatárias das mercadorias, sem exceção, eram microempresa ou empresas de pequeno porte quando iniciaram a relação comercial com a sua empresa, mas foram posteriormente reenquadradas no regime de tributação normal do ICMS. Protesta que o reenquadramento das pessoas jurídicas ao regime normal de tributação do ICMS não pode ser utilizado contra a sua empresa, pois não foi revestido de publicidade e não houve prejuízos ao erário estadual.

Segue-se a transcrição de parte do art. 16 da Lei nº 7.014/96 e do art. 142 do RICMS. Argumenta que, conjugando esses dois dispositivos, conclui-se que a comprovação do enquadramento fiscal dos destinatários das mercadorias como microempresa ou empresa de pequeno porte deve ser realizada pela exigência, às pessoas jurídicas adquirentes das mercadorias, do comprovante de sua inscrição estadual, e a sua empresa, no início da relação comercial com os destinatários das mercadorias, no caso do item 1º deste Auto, exigiu e obteve os comprovantes de suas inscrições estaduais, onde constava seu enquadramento fiscal como microempresas ou empresas de pequeno porte. O problema está em que os atos administrativos do fisco estadual, de reenquadramento do regime de tributação pelo ICMS, de microempresa ou empresa de pequeno porte para o regime normal de apuração, não foram revestidos de publicidade, ou seja, não foram publicados no Diário Oficial, o que, a seu ver, impede que sejam utilizados contra a sua empresa.

O autuado observa que, de acordo com os arts. 162, parágrafo único, e 397-A a 408-T, do RICMS, o enquadramento ou desenquadramento de contribuinte no regime do SimBahia é feito de ofício ou por iniciativa do próprio contribuinte beneficiado, sem a publicação do correspondente ato administrativo no Diário Oficial, processando-se mediante comunicação apenas entre o fisco e o contribuinte interessado.

Apela para o preceito do art. 37 da Constituição, que estabelece expressamente, dentre os princípios a serem observados pela administração pública, o princípio da publicidade. Reproduz palavras de Hely Lopes Meirelles acerca desse princípio.

O autuado insiste em que, por ausência de publicidade, tais atos não surtem efeitos para a sua empresa, ao determinaram a mudança de enquadramento de microempresa ou empresa de pequeno porte para o regime tributário normal do ICMS. Aduz que o próprio RICMS está em consonância com o ponto de vista sustentado, ao dispor que os efeitos do cancelamento da inscrição estadual apenas são produzidos após a publicação, no Diário Oficial, do correspondente ato administrativo (art. 172 do RICMS).

Segundo o autuado, tal entendimento é corroborado pela jurisprudência do STJ. Transcreve ementa de acórdão daquela corte, para demonstrar que é necessária a publicação dos atos administrativos para que seus efeitos possam ser impostos a terceiros de boa-fé.

O autuado alega que não houve nesse caso prejuízos ao erário estadual, pois, nos termos dos arts. 408-P e 408-S do RICMS, os contribuintes desenquadrados do SimBahia são obrigados a apurar o ICMS sob o regime de apuração normal, à alíquota de 17%. Com isso, face à não-cumulatividade inerente ao ICMS, o suposto recolhimento a menos de ICMS, pela utilização da alíquota de 7% nas

vendas que lhes são feitas, é todo recuperado pelo erário estadual quando da apuração do ICMS, à alíquota de 17%, nas saídas subsequentes efetuadas por aqueles contribuintes.

O autuado requer a realização de perícia técnica para comprovação do que foi alegado, haja vista que a obrigação objeto do presente Auto de Infração pode ser elidida por prova em contrário. Indicou assistente técnico. Formulou quatro quesitos: a) Todos os contribuintes de ICMS identificados como “Destinatários” no Anexo 1 da presente autuação eram microempresas ou empresas de pequeno porte quando iniciaram sua relação comercial com o defendente?; b) Os atos administrativos do fisco estadual que desenquadraram do SimBahia os contribuintes relacionados no Anexo 1 da presente autuação foram publicados no Diário Oficial?; c) Considerando toda a cadeia comercial existente desde a saída das mercadorias do defendente até a compra pelo consumidor final, houve prejuízo ao erário estadual pela suposta utilização indevida da alíquota de 7% pelo defendente?; e d) As pessoas jurídicas relacionadas no Anexo 1 da presente autuação, pela natureza de suas atividades, comercializaram novamente as respectivas mercadorias?

Conclui alegando que a multa punitiva de 60% foi aplicada incorretamente. Argumenta que, de acordo com art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, as multas punitivas podem ser canceladas caso fique configurada a boa-fé do contribuinte e não haja prejuízos ao erário, e foi isso o que ocorreu neste caso.

Além disso, segundo a defesa, está errada a multa aplicada, de 60%, uma vez que, teria ficado demonstrado que a empresa agiu de boa-fé, e isto evidencia a improcedência da aplicação de multa punitiva, de modo que, no máximo, seria o caso de se aplicar uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Pede que seja realizada a perícia solicitada e, ao final, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Um dos fiscais autuantes prestou informação observando que, no tocante à alegação de decadência, o CONSEF já tem posição firmada.

Com relação à alegação da defesa de que os controles internos da SEFAZ não são disponibilizados aos contribuintes, e de que, no início de cada relação comercial, foi exigida a identificação dos destinatários, sendo comprovada a condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, de modo que, sem publicidade dos atos administrativos pelos quais são reenquadrados os compradores em outros regimes, o contribuinte vendedor fica sem conhecimento da alteração, o fiscal contrapõe que o autuado interpretou o art. 142 do RICMS, mas esqueceu de invocar o art. 180, o qual esclarece que as informações contidas no Documento de Identificação Eletrônico (DIE) representam a situação cadastral do contribuinte no momento da impressão do referido documento. A seu ver, o art. 142 é bastante claro: deve ser exigido ou exibido o DIE a cada operação realizada, e não no início das relações comerciais, conforme quer o autuado. Aduz que, ao solicitar o DIE, o contribuinte tem conhecimento da situação cadastral, inclusive da condição de enquadramento do outro contribuinte com o qual esteja realizando operação ou prestação.

O fiscal considera não haver necessidade, neste caso, de discussão sobre o princípio da publicidade dos atos públicos. Quanto ao pedido de perícia, diz que essa questão compete ao órgão julgador decidir.

Com relação à multa, entende o fiscal que a penalidade estipulada é a legalmente prevista na legislação tributária baiana, e foge à sua competência analisá-la sob a ótica da defesa.

VOTO

A defesa suscitou, como preliminar, a decadência do direito de ser lançado o imposto relativamente aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e outubro de 2000.

Não acato os argumentos da defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao período assinalado. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em relação ao exercício de 2000, o primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2001. O lançamento poderia ser feito, por conseguinte, até 31/12/05. O presente Auto de Infração foi lavrado em 8/11/05. O § 4º do art. 150 do CTN a que se apegue a defesa aplica-se é quando a lei não fixar prazo à homologação. Ocorre que a legislação baiana prevê tal prazo: art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81).

Numa segunda preliminar, a defesa, com fundamento no princípio da publicidade dos atos administrativos – art. 37 da Constituição –, alega que, no caso do item 1º, os fiscais se valeram de controles internos da SEFAZ, controles esses que não são disponibilizados aos contribuintes. Argumenta que os compradores, sem exceção, quando iniciaram as relações comerciais com a sua empresa, fizeram prova de que eram microempresas ou empresas de pequeno porte. Reclama que, se houve mudança posterior, deveria o ato do reenquadramento ser publicado no Diário Oficial, para conhecimento dos interessados. Alega que procedeu como manda o art. 142 do RICMS, exigindo a exibição do comprovante da situação cadastral de seus clientes. Diz não ter culpa se depois é feita mudança de enquadramento sem a publicação do correspondente ato administrativo no Diário Oficial, processando-se mediante comunicação apenas entre o fisco e o contribuinte interessado. A defesa apontou decisão do STJ, demonstrando que aquela corte considera ser necessária a publicação dos atos administrativos para que seus efeitos possam ser impostos a terceiros de boa-fé.

Os argumentos da defesa são, sem dúvida, razoáveis. Imagine-se, por exemplo, uma empresa que tenha centenas de clientes, cada um deles fazendo uma compra por semana ou por mês, ter de, a cada operação, toda semana ou todo mês, exigir a exibição de um comprovante de sua situação cadastral. A rigor, o art. 142 do RICMS não prevê a obrigação de o vendedor exigir a exibição daquele comprovante “toda vez que efetuar uma operação”. O que ele prevê é que o vendedor exija de outro contribuinte a exibição do referido comprovante “nas operações que com ele realizar”. A interpretação que faço desse dispositivo é de que um contribuinte que se proponha realizar operações com outro exija deste a prova de sua situação cadastral. Isto, porém, não significa que tenha de exigir tal prova todo dia. Por esse prisma, tenho dúvida em concluir se o contribuinte incorreu na infração que lhe é imputada. O imposto é devido, restando, contudo, saber se é cabível a multa.

O autuado alega que não houve prejuízo para os cofres públicos, tendo em vista que, nos termos dos arts. 408-P e 408-S do RICMS, os contribuintes desenquadrados do SimBahia são obrigados a apurar o ICMS sob o regime de apuração normal, à alíquota de 17%. Com isso, face à não-cumulatividade inerente ao ICMS, o suposto recolhimento a menos de ICMS, pela utilização da alíquota de 7% nas vendas que lhes são feitas, é todo recuperado pelo erário estadual quando da apuração do ICMS, à alíquota de 17%, nas saídas subseqüentes efetuadas por aqueles contribuintes.

Para demonstrar isso, pediu a realização de perícia. Na mesma perícia, seria verificado se todos os contribuintes identificados como “destinatários” nas operações de que cuida o item 1º deste Auto eram microempresas ou empresas de pequeno porte quando iniciaram sua relação comercial com o defendente, se os atos administrativos do fisco estadual que desenquadraram do SimBahia os seus clientes foram publicados no Diário Oficial, se houve prejuízo para o Estado, considerando toda a cadeia comercial existente desde a saída das mercadorias do defendente até a compra pelo consumidor final, em virtude da alíquota de 7% aplicada, e se as pessoas jurídicas relacionadas no Anexo 1 da presente autuação, pela natureza de suas atividades, comercializaram novamente as respectivas mercadorias.

Deixo de atender ao pedido de perícia, porque as respostas a essas questões são perfeitamente óbvias. Uma coisa é certa: nas datas em que foram realizadas as operações, os adquirentes não estavam enquadrados no SimBahia. Tinham estado enquadrados nesse regime, porém não estavam mais. Isso não foi negado pela defesa. Sendo assim, deixou de ser preenchido um dos requisitos para aplicação da alíquota de 7%, em lugar da de 17%, previsto na alínea “c” do inciso I do art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao apelo da defesa para que se cancele a multa, com base no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, faço ver que a previsão constante nesse dispositivo diz respeito, unicamente, às multas por descumprimento de obrigações acessórias. Para estas, tanto as Juntas quanto as Câmaras deste Conselho são competentes para determinar a sua redução ou cancelamento.

No presente caso, as multas referem-se a infrações relacionadas com o descumprimento da chamada obrigação tributária principal. Para esta categoria de multas, a dispensa ou redução constitui matéria de competência da Câmara Superior.

Pela interpretação que fiz, acima, deixei patente a minha dúvida quanto a saber se o contribuinte incorreu na infração que lhe é imputada no caso do item 1º deste Auto. O imposto é devido, restando, contudo, verificar se é cabível a multa.

No entanto, esta Junta não tem competência legal para dispensar ou reduzir multa por descumprimento da obrigação principal, competência esta que, como já disse, é deferida pela legislação estadual à Câmara Superior deste Conselho.

Faço, contudo, o registro de que a empresa poderá valer-se da faculdade prevista no art. 159 do RPAF, que prevê a possibilidade de ser requerida à Câmara Superior a dispensa ou redução de multa, ao apelo da equidade, desde que atendidos os pressupostos do citado dispositivo regulamentar.

O lançamento do item 2º do Auto de Infração não foi impugnado quanto ao mérito, tendo sido apenas sido levantada a questão da decadência, já ultrapassada na preliminar.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147323.0023/05-0**, lavrado contra **INDÚSTRIAS REUNIDAS RAYMUNDO DA FONTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.675,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, **devendo ser homologada a quantia já paga.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR