

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0007/11-2
RECORRENTE - COOPERATIVA AGROPECUÁRIA VALE DO RIO DOCE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0036-01/13
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 21/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0338-11/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. JULGAMENTO FUNDAMENTADO EM ASPECTOS NÃO CONSTANTES DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. A validade de qualquer ato administrativo, inclusive e principalmente os decisórios, se vincula aos motivos (de fato e de direito) indicados como fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou inquinados de mácula insanável, implicam a sua nulidade. Há vício não passível de correção, nos termos do art. 18, II e III, do RPAF/1999. O processo deverá retornar à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0036-01/13), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2011 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$420.299,86, sob a acusação do cometimento de oito irregularidades, das quais as de nºs 1, 4, 6 e 7, abaixo transcritas, foram objeto do mérito do apelo, as demais de prejudicial de decadência e a 2 de pedido de nulidade.

INFRAÇÃO 1 – Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas escrituradas. Consta que o sujeito passivo efetuou vendas para microempresas e empresas de pequeno porte com o benefício do art. 51, I, “c” e § 1º, I do RICMS/1997, sem, no entanto, comprovar a concessão do desconto previsto no inciso II do mesmo parágrafo. R\$ 327.223,53 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento, constatado pela apuração de omissão de entradas e saídas, sendo exigido o tributo tomando-se aquela de maior expressão monetária, a das entradas, com base na presunção legal de que o contribuinte, ao não contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos com receitas de saídas igualmente omitidas, verificadas no mesmo exercício. R\$ 6.196,77 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas escrituradas. Está dito que o contribuinte realizou vendas para pessoas inscritas no Cadastro do ICMS na condição “NORMAL” e para não contribuintes, com o uso do benefício do art. 51, I, “c” do RICMS/1997. R\$ 12.204,63 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 6 – Falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do imposto referente às operações internas subsequentes com contribuintes localizados neste Estado, cujas inscrições encontravam-se canceladas ou baixadas. R\$ 540,56 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 7 – Recolhimento a menor, em virtude de utilização indevida da redução de base de cálculo. Trata-se de vendas para pessoas com inscrições baixadas ou canceladas, com a

utilização do benefício do Decreto 7.799/2000. R\$ 395,04 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

A 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide na pauta de 21/02/2013 (fls. 22.064 a 22.074), tendo o ilustre relator proferido o voto abaixo transcrito, unanimemente acatado pelos demais membros.

“Este Auto de Infração compõe-se de 8 lançamentos.

O autuado suscitou duas preliminares. Na primeira, sustenta a decadência dos créditos tributários relativos a fatos geradores anteriores a julho de 2006, com base no art. 150, § 4º, do CTN, segundo o qual o prazo para a constituição do crédito tributário é de 5 anos, contados da data do fato gerador. Frisa que a ciência do Auto foi dada em 11.7.11.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela 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 aos fatos anteriores a julho de 2006. 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. Os valores relativos ao exercício de 2006 já poderiam ter sido lançados pelo fisco no exercício de 2006. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2007. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2011. O procedimento fiscal foi formalizado em 30.6.11, e o sujeito passivo foi intimado no dia 11.7.11. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegue a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

Na segunda preliminar, o autuado alega erro na indicação da alíquota nas infrações 1ª, 2ª e 4ª, em que foi aplicada a alíquota de 17%, dizendo que a empresa destacou e recolheu o imposto pela alíquota de 7%. Isso não constitui questão preliminar, e sim de mérito, e como tal será considerada.

O lançamento do item 1º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota, por ter o autuado efetuado vendas a microempresas e empresas de pequeno porte com o benefício do art. 51, I, “c”, c/c o § 1º, I, do RICMS, sem comprovar o desconto previsto no inciso II do aludido § 1º.

Apesar de o contribuinte não ter podido apresentar as Notas Fiscais, para provar que concedeu o desconto referente ao benefício às micro e pequenas empresas adquirentes das mercadorias, foram anexados os “espelhos” das Notas, os quais foram emitidos simultaneamente com as Notas Fiscais correspondentes, tendo ainda juntado, por amostragem, cópias das Notas Fiscais provando que os referidos “espelhos” correspondem exatamente aos documentos fiscais emitidos. Examinando esses elementos, estou plenamente convencido de que a empresa realmente concedeu os descontos aos seus clientes, e estes eram de fato micro e pequenas empresas, fato que não está em discussão neste item 1º. Sob esse aspecto, estaria preenchido o requisito previsto no inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97, segundo o qual o estabelecimento industrial ou a este equiparado deveria repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Há, contudo, outra questão a ser trazida a lume neste caso. Trata-se de aspecto não suscitado na acusação, e naturalmente não abordado também pela defesa. Tanto o autuante quanto o autuado foram induzidos a erro pela redação dada ao referido § 1º do art. 51 do RICMS/97 pela alteração nº 9 (Decreto nº 7.466/98). Ao ser efetuada essa alteração do Regulamento, o novo texto prescreve que, para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea “c” do inciso I do referido art. 51, “equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa” (inciso I do § 1º), e que “o estabelecimento industrial ou a este equiparado” se obrigava a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal (inciso II do § 1º).

Como o § 1º, ao fazer a equiparação ali explicitada, se refere simplesmente a “estabelecimento industrial” (ao qual se equipara a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa – inciso I) e “estabelecimento industrial ou a este equiparado” (inciso II), uma leitura aligeirada desse dispositivo leva o intérprete a supor que o benefício se aplicaria, de fato, ao que ali está dito literalmente: estabelecimento industrial ou a este equiparado.

Porém esse § 1º deve ser interpretado tomando por referência a alínea “c” do inciso I do “caput” do art. 51, segundo o qual a alíquota de 7% é aplicável às operações com mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais “situados neste Estado”, nas situações ali contempladas.

Por conseguinte, a equiparação de que cuidam os incisos I e II do § 1º não se aplica a qualquer “filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa”, mas unicamente à filial atacadista que comercialize produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa “situado neste Estado”.

No caso em exame, trata-se de filial atacadista de estabelecimento industrial situado em Minas Gerais (Governador Valadares), onde as mercadorias são produzidas. Não se aplica, por conseguinte, a alíquota de 7%. De acordo com o instrumento à fl. 14, o autuado é inscrito no ramo de comércio atacadista de leite e laticínios”.

Mantenho o lançamento do item 1º.

Os itens 2º e 3º foram impugnados em conjunto. Cuidam de falta de pagamento de ICMS apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados. O autuado na defesa limitou-se a requerer a produção de prova a fim de instruir o processo e demonstrar a inexistência da diferença apurada pela fiscalização. Os fatos estão demonstrados nos autos. Mantenho os lançamentos.

O item 4º refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota, nas vendas de mercadorias a contribuintes do regime “normal” e a “não contribuintes” com o benefício do art. 51, I, “c”, do RICMS.

Note-se que este item 4º guarda semelhança com o item 1º. A diferença é que, no item 1º, a fiscalização considerou que o autuado não teria provado que concedeu os descontos aos adquirentes, ao passo que neste item 4º o que a fiscalização acusa é que os compradores não seriam micro ou pequenas empresas, e sim contribuintes do regime normal e não contribuintes do imposto. Ao prestarem a informação, os autuantes acataram em parte as provas feitas pelo autuado, reconhecendo que alguns clientes eram realmente microempresas ou empresas de pequeno porte e sugeriram a exclusão do valor de R\$ 2.555,52 desse item 4º, porém propondo que esse mesmo valor fosse remanejado para o item 1º.

Deixo de acatar a sugestão dos autuantes, pelas razões expostas na abordagem do item 1º, haja vista que o autuado, sendo filial atacadista de estabelecimento industrial situado em outro Estado, não faz jus à alíquota diferenciada de 7%. Mantenho o lançamento.

O item 5º não foi impugnado.

Os itens 6º e 7º foram impugnados em conjunto, alegando o autuado que, com base nas inscrições apontadas como baixadas ou canceladas, fez consulta ao cadastro de contribuintes e constatou a condição de “habilitadas” das referidas inscrições à época da ocorrência dos fatos. Note-se que o item 6º diz respeito a falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas a contribuintes com inscrições canceladas ou baixadas, e o item 7º, a recolhimento do imposto a menos em razão de utilização indevida de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, nas vendas a contribuintes com inscrições baixadas ou canceladas. Os fiscais na informação observaram que o contribuinte juntou à defesa extratos do Sintegra “atuais” de seus clientes, sendo que na época dos fatos os clientes se encontravam em situação irregular. Mantenho os lançamentos, pois o que importa é a situação dos clientes à época dos fatos.

No item 8º, a imputação fiscal diz respeito a utilização de crédito fiscal de ICMS efetuada a mais referente a antecipação parcial. O autuado na defesa limitou-se a requerer a produção de prova, a fim de instruir o processo e comprovar o recolhimento. Os fiscais assinalaram na informação que o autuado se creditou no mês de julho de 2008 de uma suposta antecipação parcial de R\$ 60.084,05, sem que houvesse tal recolhimento ao erário estadual. Mantenho o lançamento.

O autuado requer à fl. 21853 que as intimações relativas a este feito sejam encaminhadas para o seguinte endereço: Rua João Dias Duarte, 1371/1395, bairro São Paulo, Governador Valadares, MG, CEP 35030-220. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 22.087 a 22.104, com amparo no que dispõem os arts. 169, I, “b” e 171 do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/1999), no qual sustenta prejudicial de decadência do direito do Estado de constituir os créditos referentes aos fatos ocorridos até julho de 2006 (art. 150, § 4º, CTN).

Em preliminar, insurge-se contra a aplicação da alíquota de 17% nas infrações 1, 2 e 4, por ter sido desconsiderado, a seu ver, o tributo recolhido por si sob a de 7%.

No mérito, aduz que a infração 1 teve como fundamento a ausência de comprovação de descontos a clientes, consoante descrição de fls. 22.093/22.094. Para comprovar a concessão dos mesmos, requereu em primeira instância a conversão do feito em diligência, o que foi deferido.

No corpo do Auto de Infração, o autuante consignou que o sujeito passivo efetuou vendas para microempresas e empresas de pequeno porte com o benefício do art. 51, I, “c” e § 1º, I do RICMS/1997, sem, contudo, comprovar a concessão do desconto previsto no inciso II do mesmo parágrafo.

A JJF, apesar de reconhecer que as deduções foram efetuadas, alterou a fundamentação e decidiu que o recorrente não fazia jus ao benefício por ser a indústria localizada em outro Estado (fls. 22.094/22.095), do que resulta, segundo alega, a improcedência da acusação (item 28, fl. 22.098).

Com respeito à infração 4, pleiteando nulidade (em razão da idêntica mudança no fulcro da Decisão, ocorrida na infração 1), registra a diligência efetuada, que alterou o valor; argumenta que o Fisco não colacionou as notas fiscais das operações e não comprovou a condição dos destinatários das mercadorias com documentos idôneos; e que realizou consulta ao Cadastro do ICMS, através da qual percebeu que a maioria destes são microempresas ou empresas de pequeno porte. Nos seus dizeres, foi juntado *“o resultado do levantamento da situação desses mesmos estabelecimentos junto ao SEFAZ que demonstram diversos momentos em que os clientes estavam na condição ou não de receber o desconto, o que não se mostra capaz de sustentar o lançamento”*.

Diz ter constatado que no período autuado alguns dos compradores estavam em condições distintas da apontada pela fiscalização, a exemplo daquele de inscrição estadual 043.129.308: empresa de pequeno porte desde 01/04/2003.

Quanto às imputações 6 e 7, afirma ter juntado, quando da impugnação, inúmeros documentos comprovantes das situações regulares dos clientes quando da ocorrência dos fatos geradores, todos desconsiderados na Decisão recorrida.

Fornece endereço para intimações e conclui pedindo o acolhimento da prejudicial de decadência, das nulidades ou das razões improcedência acima expostas.

A Procuradoria do Estado, no Parecer de fls. 22.108 a 22.110, assim como no despacho de fl. 22.111, destaca ter havido cerceamento de direito de defesa no julgamento de piso, o que macula o mesmo de vício insanável (nulidade), pois o fundamento tomado para julgar procedente a infração 1 foi diverso do consignado na peça inicial.

VOTO

A validade de qualquer ato administrativo, inclusive e principalmente os decisórios, se vincula aos motivos (de fato e de direito) indicados como fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou inquinados de mácula insanável, implicam a sua nulidade (Teoria dos Motivos Determinantes).

A primeira imputação foi fundamentada em vendas para microempresas e empresas de pequeno porte com o benefício do art. 51, I, “c” e § 1º, I do RICMS/1997, sem que o sujeito passivo tivesse comprovado a concessão do desconto previsto no inciso II do mesmo parágrafo.

Já a quarta teve como base vendas para pessoas inscritas no Cadastro do ICMS na condição “NORMAL” e para não contribuintes, com o uso do benefício do art. 51, I, “c” do RICMS/1997.

Muito bem, sem efetuar juízo de valor sobre o mérito da Decisão atinente a tais acusações (1 e 4), o que somente pode ser feito se não forem tidas como nulas, cabe destacar alguns trechos do voto do eminente relator.

Infração 1.

“(…) estou plenamente convencido de que a empresa realmente concedeu os descontos aos seus clientes, e estes eram de fato micro e pequenas empresas, fato que não está em discussão neste item 1º.

(…)

Há, contudo, outra questão a ser trazida a lume neste caso. Trata-se de aspecto não suscitado na acusação, e naturalmente não abordado também pela defesa. Tanto o autuante quanto o autuado foram induzidos a erro pela redação dada ao referido § 1º do art. 51 do RICMS/97 pela alteração nº 9 (Decreto nº 7.466/98).

(…)

No caso em exame, trata-se de filial atacadista de estabelecimento industrial situado em Minas Gerais (Governador Valadares), onde as mercadorias são produzidas. Não se aplica, por conseguinte, a alíquota de 7%”.

Infração 4, na qual houve revisão fiscal, com a retirada dos valores concernentes a algumas operações.

“Note-se que este item 4º guarda semelhança com o item 1º. A diferença é que, no item 1º, a fiscalização considerou que o autuado não teria provado que concedeu os descontos aos adquirentes, ao passo que neste item 4º o que a fiscalização acusa é que os compradores não seriam micro ou pequenas empresas, e sim contribuintes do regime normal e não contribuintes do imposto. Ao prestarem a informação, os autuantes acataram em parte as provas feitas pelo autuado, reconhecendo que alguns clientes eram realmente microempresas ou empresas de pequeno porte e sugeriram a exclusão do valor de R\$ 2.555,52 desse item 4º, porém propondo que esse mesmo valor fosse remanejado para o item 1º.

Deixo de acatar a sugestão dos autuantes, pelas razões expostas na abordagem do item 1º, haja vista que o autuado, sendo filial atacadista de estabelecimento industrial situado em outro Estado, não faz jus à alíquota diferenciada de 7%”.

Claro está, portanto, que a JJF utilizou fundamentos não constantes da peça vestibular, o que caracteriza supressão de instância e cerceamento de defesa, pelo que acompanho sem ressalvas o Parecer da PGE/PROFIS.

Não é aplicável ao caso concreto o parágrafo único do art. 155 do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/BA), uma vez que na infração 4 há valores possivelmente procedentes, o que não pode ser decidido por este órgão antes de ultrapassada a preliminar. Ainda que assim o fizesse a CJF, incorreria em supressão de instância. É que após a diligência, restou comprovado que uma parcela dos destinatários era constituída de contribuintes “*normais*”, do que possivelmente resultará a procedência parcial da acusação nº 04, com fundamento de fato não apreciado na Junta de Julgamento, ou seja, o de serem os referidos clientes pessoas jurídicas inscritas no Cadastro do ICMS na condição acima mencionada.

O processo deverá retornar à primeira instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 299430.0007/11-2, lavrado contra **COOPERATIVA AGROPECUÁRIA VALE DO RIO DOCE LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS