

A. I. N° - 232845.2244/14-5
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP/SUL
INTERNET - 27.11.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0223-02/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Os itens de mercadorias inventariados desfrutam de tratamento tributário favorecido, por força da condição do sujeito passivo. Acatadas as razões defensivas na sua íntegra. Refeitos os cálculos e apresentado novo demonstrativo de débito. Infração parcialmente elidida. 2. BASE DE CÁLCULO. DECRETO 7799/00. CONTRIBUINTES INAPTO. O benefício fiscal previsto no art. 1º do Decreto 7.799/00 somente se aplica quando as saídas de mercadorias destinarem-se a contribuintes do imposto, não sendo possível estender o tratamento favorecido às saídas com destino aos inaptos ou baixados. Infração caracterizada; 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Mercadorias gozam de tratamento favorecido por força da alíquota de 7%. Acatadas as razões defensivas. Infração elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2014, exige ICMS no valor de R\$56.531,27, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 04.05.01 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no mês de dezembro de 2011. Valor da Infração: R\$45.743,44. Multa proposta de 100%;

Infração 02: 03.05.02 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Valor da Infração: R\$7.884,59. Multa proposta de 60%. Consta que “Operações com contribuintes inaptos etc. com redução da base de cálculo do ICMS”;

Infração 03: 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março a julho, setembro, novembro e dezembro de 2011. Valor da Infração: R\$2.903,24. Multa proposta de 60%.

Constam dos autos: Termo de Início de Fiscalização (folha 06); Protocolo Sintegra (folha 07); Anexo 1 - Demonstrativos do Levantamento Quantitativo de Estoques (folhas 09 a 82); Anexo 2 - Demonstrativo do Levantamento de Vendas Efetuadas para Contribuintes Não Habilitados (folhas 84 a 99); Extratos INC – Histórico de Situação (folhas 100 a 140); Anexo 3 - Demonstrativo do Erro na Determinação da Alíquota (folhas 142 a 143); CD com demonstrativos do Auto de Infração (folha 144); Termo de ciência do Auto de Infração e de entrega dos demonstrativos de débito (folha 145); Impugnação (folhas 156 a 208); informação fiscal (folhas 211 a 224); ciência da informação fiscal (folha 225); manifestação do contribuinte (folhas 227 a 285).

Às folhas 156 a 208, a autuada apresenta impugnação, deduzindo as razões que seguem.

Após transcrever toda a legislação referida no lançamento, afirma que não devem subsistir as acusações uma vez que totalmente infundadas, tendo sido o imposto relativo a cada uma das situações descritas no lançamento devidamente recolhido nas hipóteses e percentuais devidos, segundo garante.

Registra, de início, que os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos pela Autuada, não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo fisco mediante o lançamento de ofício formalizado. Argumenta que, para constatação, basta a leitura dos artigos apontados no AI e que foram inicialmente transcritos na peça impugnatória. Conclui, afirmando que, diante do vício de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma, o AI se apresenta nulo.

Passa a atacar o mérito, acaso seja superada esta preliminar de inépcia do lançamento de ofício.

Quanto à infração 01, alega que o montante a que chegou a fiscalização é totalmente indevido. Isto porque, explica, tomou o fisco apenas o valor base correspondente ao total das notas fiscais que não teriam sido emitidas e registradas e aplicou a alíquota genérica de 17% (dezessete por cento) para saídas internas. Argumenta, contudo, que as mercadorias elencadas na planilha “demonstrativo do levantamento quantitativo de estoque – omissão de saídas 2011” são todas beneficiadas com redução de alíquota nos moldes do RICMS/97.

Cita alguns casos, a título exemplificativo, conforme abaixo.

- achocolatado Itambinho 9x3 200ml = alíquota reduzida de 10%;
- alimento infantil baby Nestlé frutas sort. 1x6 120gr = alíquota reduzida de 10%;
- amido de milho da barra 1x25 200gr = alíquota reduzida de 10%;
- agrin marata bco 1x12 500ml = alíquota reduzida de 7%;
- vinagre muriongo álcool 1x12 500ml = alíquota reduzida de 7%;
- g.u.marg.soya/cremosy balde 6021 1x1 15kg = alíquota reduzida de 7%;
- arroz camil parboilizado t.1 1x10 1kg = alíquota 0%;

Arremata, afirmando que o art. 51 do RICMS estabelece que tais produtos gozam do benefício da redução de alíquotas, nos percentuais lá previstos. Diante da condição de atacadista da empresa Autuada (Decreto 7.799/00), conclui que indevida se apresenta a glosa nos moldes em que foi formalizada.

Quanto à infração 02, transcreve o texto dos artigos 78-A, 87, incisos XXI, XXX, XXXI, e XXXV do RICMS/97, além do art. 1º do Decreto 7.799/00, para, a seguir, concluir que, conforme as previsões contidas tanto no RICMS/97 quanto no Decreto 7.799/00, em função da condição de atacadista da empresa Autuada, nas vendas que faz a contribuintes baianos (internas), de fato tem direito às reduções das bases de cálculos nos percentuais neles indicados.

Transcreve o art. 171 e incisos VI, VII e VIII do RICMS/97, apontados pela fiscalização, para, a seguir, concluir que a exigência fiscal não merece prevalecer, pois conforme se verifica da simples leitura dos incisos do artigo 171, transcritos, que seriam no entender do fisco motivo para decretação de inaptidão temporária das empresas destinatárias, não descharacteriza sua personalidade jurídica, nem sua existência de fato e nem de direito, tanto que remetem a supostos meros descumprimentos de obrigações acessórias.

Assim, entende que não pode o fisco de forma arbitrária descharacterizar benefício fiscal regularmente concedido pelo Estado quando faltante um dos elementos essenciais para tanto, qual seja a situação de não contribuinte do ICMS. Alega que o ato administrativo de decretação de inaptidão/baixa de uma empresa, para o fim a que pretende o fisco, deve decorrer de um processo administrativo precedente, o que no caso dos autos não se tem notícia tenha havido, mesmo porque as supostas irregularidades, repete, se circunscrevem a apenas irregularidades formais segundo os referidos documentos anexados aos autos.

Conclui que, a prevalecer a pretensão fiscal, violados se encontrariam os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e segurança jurídica. Argumenta que, se por mais não fosse, as normas eleitas como infringidas não abarcam a vedação justificada pelo fisco na suposta condição de inaptidão das empresas destinatárias, basta a leitura dos dispositivos eleitos como de sustentação à infração em comento.

Quanto à infração 03, cita que o fisco houve por bem aplicar a alíquota genérica de 17% para saídas internas nas operações ocorridas no período descrito no auto de infração, sob o fundamento de que não aplicável ao caso o benefício de redução de alíquota e/ou base de cálculo, previstas, respectivamente, nos artigos 51, inc. I, alínea “a” e 78-A, ambos do RICMS/97, com relação especificamente a mercadoria arroz.

Opõe, contudo, argumentando que o afastamento do benefício fiscal mencionado é indevido uma vez que, ainda que de arroz quebrado se trate, não cabe a fiscalização autuante restringir o alcance das normas citadas que simplesmente faz menção a arroz, independentemente de outras características que a ela se possa agregar (v.g. parboilizado, arbóreo, longo, quebrado etc).

Alega que a pretensão fiscal configura indevida inovação e imposição extra legis, o que não pode prevalecer sob pena de arbítrio. Ademais, afirma que a própria TIPI elenca como não tributado o arroz quebrado, de forma que também sob esse aspecto, não há que se falar em recolhimento a menor do imposto.

Por todo o exposto, pede a decretação de improcedência da autuação.

O autuante presta informação fiscal às folhas 211 a 224, tecendo as considerações a seguir.

Informa que, em abril do ano em curso, o contribuinte tomou ciência do referido A.I., tendo apresentado, tempestivamente, defesa onde, relativamente à infração 1, reconhece a Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas no levantamento quantitativo de estoque, contesta, no entanto, as alíquotas utilizadas nos levantamentos apresentados. Prossegue o seu relato, afirmado que, em relação a infração 02, a autuada contesta alegando que, conforme art 78-A do RICMS, a legislação reduz em 100% a 'base de calculo nas operações internas de feijão e arroz. Quanto a infração 03, relata que a autuada contesta a aplicação da alíquota de 17% sem a redução para as vendas a não contribuintes.

Alega que, quanto às infrações, a empresa autuada reconhece tacitamente a omissão de saídas de mercadorias, pois suas alegações, pertinentes em relação a essa infração 01, procede no que diz respeito à aplicação das alíquotas, nova planilha onde contempla o benefício a que os atacadistas têm, foi entregue a empresa autuada, o que implicou em uma redução do valor apurado de R\$ 45.743,44 para R\$ 24.666,95.

Quanto a infração 02, alega que não procedem as alegações de manutenção de benefício fiscal, pois não têm amparo no Decreto 7.799/00, em seu art. 1º, nem no art. 171 do RICMS. Ou seja, explica que a empresa autuada tem nas operações internas com contribuintes regularmente inscritos no CAD ICMS, a base de calculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, a determinados percentuais de faturamento.

Alega que a empresa quer manter um benefício, que é destinado às empresas regularmente-inscritas no CAD ICMS de forma regular e ativas, às inaptas.

Defende que o benefício só é aplicado às empresas regularmente inscritas e ativas no CAD ICMS não se aplicando as empresas com inscrição, baixada, canceladas, Inaptas e suspensas.

Quanto a infração 03, afirma que procede totalmente as alegações da empresa autuada, devendo, por isso, a referida infração ser desconsiderada.

Arremata a sua peça informativa, afirmando que a impugnante não contesta em nenhum momento as omissões apuradas, questionou apenas a, aplicação das alíquotas em determinados itens que foram aceitos, o que resultou em redução do valor lançado no Auto de Infração, em

relação às vendas a inaptos, entende que a alegação é improcedente conforme dispõe o Decreto 7799/00 e o questionamento da infração 03 procede totalmente e deve ser excluída.

Considerando as informações acima apresentadas, solicita o julgamento procedente (sic) do referido Auto de Infração.

À folha 225, a autuada foi cientificada do teor da informação fiscal produzida, refazendo o lançamento, mediante a qual foi alterado o demonstrativo de débito.

As folhas 227 a 285, a autuada manifestou-se, reiterando, simplesmente, as suas razões deduzidas na peça impugnatória, às folhas 156 a 208.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o imposto e sua base de cálculo foram explicitados de acordo com os demonstrativos de débito (folhas 09 a 82, 84 a 99, e 142 a 143). Houve, ademais, indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos, os quais guardam correspondência com os dispositivos regulamentares próprios. Entendo, assim, diferentemente do que argüí a defesa, que houve adequada demonstração da subsunção do fato à norma. Rejeito, em consequência, a argüição de nulidade suscitada.

No mérito, quanto à infração 01, a autuada não contestou a omissão de receita apurada, mas se opôs à forma como foi calculado o imposto, pois, alega, as mercadorias objetos da autuação gozam de redução de alíquotas, conforme trecho de sua impugnação, à folha 160, abaixo reproduzido.

“Ocorre, contudo, como se depreende da própria planilha elaborada pela fiscalização autuante denominada ‘demonstrativo do levantamento quantitativo de estoque – omissão de saídas 2011’ as mercadorias lá elencadas são todas beneficiadas com redução de alíquota (grifos acrescidos) nos moldes do RICMS/97.”

Em sua informação fiscal, o autuante acata as alegações defensivas, tendo refeito o demonstrativo de débito e excluído os itens de mercadoria listados pela impugnante, conforme consta de trecho de sua peça informativa, à folha 212, abaixo reproduzido.

“Quanto as infrações a empresa autuada reconhece tacitamente a omissão de saídas de' mercadorias, pois susas alegações, pertinentes (grifos acrescidos),² em relação a essa infração 01 procede no que diz respeito na aplicação das alíquotas, nova planilha onde contempla o benefício a que os atacadista tem, foi entregue a empresa autuada, o que implicou em uma redução do valor apurado de R\$ 45.743,44 (quarenta e cinco mil setecentos e quarenta e três reais e quarenta e quatro centavos), para R\$ 24.666,95 (vinte e quatro mil seiscentos e sessenta e seis reais e noventa e cinco centavos).”

Em sua manifestação, à folha 227, a empresa limita-se a reiterar os termos de sua defesa, nada mais acrescentando, de forma especificada, referente ao levantamento quantitativo de estoques.

Analizando os autos, constato que o autuante, ao refazer o levantamento quantitativo de estoques, promoveu a redução do valor cobrado relativo ao achocolatado itambinho, ao alimento infantil baby Nestlé, ao amido de milho da barra e ao agrin marata bco, ou seja, todas as mercadorias listadas na impugnação, de forma especificada. Não somente no que diz respeito a essas mercadorias, mas em relação a todas as demais, o autuante fez repercutir o efeito da alíquota reduzida (de 17% para 10%). Atendeu, por conseguinte, aquilo que foi alegado pela defesa, na sua integralidade.

Como a impugnante não deduziu outros argumentos capazes de infirmar o lançamento fiscal, mesmo tendo uma segunda oportunidade para manifestar-se, entendo que restou aceito, tacitamente, o novo demonstrativo de débito, no que pertine à infração 01.

Diante do exposto, julgo procedente em parte a infração 01, no montante de R\$ 24.666,95, em conformidade com o novo demonstrativo de débito apresentado pelo autuante, às folhas 214 a 223.

Quanto à infração 02, a autuada não aponta divergência em relação ao fato objeto da autuação, qual seja, a saída de mercadorias para contribuintes inaptos. Os extratos INC HISTÓRICO DA SITUAÇÃO (folhas 100 a 140) prestam-se, inclusive, a corroborar os fatos.

A própria empresa autuada não nega esse fato, mas discute a qualificação jurídica que a fiscalização lhe deu, pois entende que a inaptidão temporária das empresas destinatárias não seria motivo para desqualificar a sua personalidade jurídica, conforme se pode extrair de trecho de sua peça defensiva, à folha 162, abaixo reproduzido.

“Ocorre, contudo, que a exigência fiscal não merece prevalecer, pois conforme se verifica da simples leitura dos incisos do artigo 171, supra transcritos que seriam no entender do fisco motivo para decretação de inaptidão temporária das empresas destinatárias, não descaracteriza sua personalidade jurídica, nem sua existência de fato e nem de direito (grifos do original), tanto que remetem a supostos meros descumprimentos de obrigações acessórias.”

Assim, o deslinde da questão passa pela interpretação que venha a ser dada ao texto do art. 1º do Decreto 7.799/00, cujo teor vai reproduzido a seguir.

“Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS (grifos acrescidos) corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

...”

Como se pode depreender da leitura do dispositivo acima, somente goza da redução de base de cálculo as saídas destinadas a contribuintes do imposto. A norma tem por objetivo fomentar a atividade econômica interna dos pequenos contribuintes que experimentariam, assim, uma redução do preço de aquisição junto aos seus fornecedores atacadistas.

Não tem amparo a pretensão empresarial de dar uma interpretação extensiva ao dispositivo em comento, pois tal atitude não se compatibiliza com o propósito do legislador, nem tampouco com o disposto no art. 111, inciso II do CTN, o qual prevê que a interpretação de norma relativa a isenção há de ser feita de forma literal. O STJ tem decidido que a redução de base de cálculo nada mais é do que uma isenção parcial.

Esta corte tem uma jurisprudência já consolidada neste sentido, tendo tido oportunidade de apreciar a questão inúmeras vezes. A 1ª JJF enfrentou a questão no Acórdão JJF nº 0160-01/14, cuja ementa assim dispôs:

“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0160-01/14

EMENTA: ICMS. ... 2. BASE DE CÁLCULO. a) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00, NAS SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. Alegação defensiva de que parte dos destinatários se encontrava em situação cadastral regular, à época dos fatos, não restou comprovada. Infração subsistente. (grifos acrescidos)... PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.”

A 5ª JJF possui esse mesmo entendimento, conforme Acórdão nº 0162-05/14, cuja ementa é taxativa.

“5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0162-05/14

EMENTA: ICMS. 3 . BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA. As vendas a contribuintes na condição especial ou isentos não gozam da fruição do benefício do Dec. 7799/00 (grifos acrescidos), pelo que o imposto realmente devido foi calculado e recolhido a menos. Infração 2 procedente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão não unânime quanto à infração 2 e unânime quanto às demais. “

A segunda instância segue essa mesma linha de entendimento, tendo já enfrentado o tema no Acórdão CJF nº 0252-12/14, cuja ementa chancelou a conduta adotada pelo autuante.

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0252-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b) VENDAS PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. O impugnante, na defesa de mérito das infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 9, limitou-se a aduzir que efetua segregação de mercadorias adquiridas por alíquotas diferenciadas em controle físico de estoques, a fim de vinculá-las às vendas posteriores. Entretanto, não foi trazido ao processo qualquer elemento de prova. Agiu com acerto a autuante ao exigir as glosas, assim como o imposto decorrente da redução ilegal de base de cálculo nas vendas para contribuintes irregulares no Cadastro do ICMS (grifos acrescidos). Infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 9 caracterizadas. ... Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.”

Assim, tenho por procedente a infração 02.

Quanto à infração 03, a autuada alega que as mercadorias autuadas são arroz, devendo, portanto, gozar de tratamento tributário peculiar, o que implica em alíquota de 7% e não de 17% como fez incidir o autuante.

Em sua informação fiscal, o autuante acatou integralmente as razões defensivas, excluindo do lançamento os valores relativos à infração 03. Em consequência, julgo improcedente a infração 03.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração n° 232845.2244/14-5, lavrado contra ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., no valor de R\$32.551,54, acrescido das multas de 100% sobre R\$24.666,95 e de 60% sobre R\$7.884,59, previstas no art. 42, inciso II, alínea “a” e III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR