

PROCESSO - A. I. Nº 276473.0902/14-7
RECORRENTE - MAIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0088-05/15
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/08/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0212-11/17

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. DECRETO 7.799/00. Nova redação inserida no § 3º do art. 1º ampliou o alcance do benefício de redução da base de cálculo nas operações de atacadistas. Diligência solicitada pela Câmara reduziu o valor final da imputação. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nesta fase processual, tratam os autos de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2014 para exigir ICMS no valor de R\$88.569,46, acrescido das multas, em decorrência do cometimento de 7 infrações, sendo objeto do recurso somente a infração 2, descrita em termos de:

Infração 02 - 03.02.06: Recolher a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Valor da infração: R\$32.097,61. Multa de 60%;

Após a apresentação da Defesa (fls. 91/95), na qual foram reconhecidos os débitos em relação às infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7, a correlata Informação Fiscal de fls. 167/168 opinou pela procedência total da autuação, sendo concluída a instrução e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração, na seguinte literalidade:

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos objetos da autuação, tendo, inclusive, anexado demonstrativos de débito para cada uma das infrações detectadas, mediante os quais identifica o número de cada um dos documentos fiscais utilizados para apuração da base de cálculo do imposto, com as informações respectivas de data, CFOP, valor e outras, conforme folhas 11 a 72. Ademais, acostou cópias de livros e documentos fiscais comprobatórios do cometimento das infrações apontadas. Entendo, por isso, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Denego o pedido de diligência solicitada, por entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção, nos termos do art. 147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, a autoridade fiscal acusa o sujeito passivo da prática de sete infrações distintas. A autuada reconhece o cometimento das infrações 01, 03, 04, 05, 06 e 07, tendo, ato contínuo, promovido a sua confissão e o correspondente parcelamento dos valores exigidos, conforme folhas 163, 164 e 171 a 175 do processo.

Já no que se refere à infração 02, opôs-se ao lançamento, defendendo que parte das operações de saída encontrava-se beneficiada pela norma prevista no § 3º do art. 1º do Decreto 7.799/00, a qual teria estendido o benefício fiscal a todos os contribuintes, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 93, abaixo reproduzido.

“...a autuação decorreu em virtude do Contribuinte ter efetuado varias vendas a contribuintes não inscritos no cadastro do estado da Bahia com o benefício da redução da base de calculo de que trata o decreto 7.799/00, ocorre que o decreto 14.033/12 estende os benefícios de redução da base de cálculos a todos os contribuintes que possuem CNPJ (grifos acrescidos)...

...

Ô Digno Auditor em seus levantamentos laborou em equivoco ao incluir varias notas emitidas a contribuintes que fazem jus ao benefício da redução da base de calculo mesmo sem possuir inscrição estadual no estado da Bahia, conforme se pode verificar nos levantamentos que estamos anexando.”

Em sua informação fiscal, o autuante não acata as alegações defensivas, esclarecendo que a infração 02 refere-se às mesmas notas da infração 01, conforme trecho da sua peça informativa, à folha 167 do processo, abaixo transcrito.

“As planilhas, às folhas 12 a 24 do RPAF, são referentes às mesmas notas da infração 02, às folhas 26 a 37 do RPAF. Foi concedido crédito integral sem redução no cálculo do imposto por retenção, ou seja, o valor de venda sem redução.”

Alega que, diferentemente do que afirma a autuada, as operações autuadas foram destinadas a contribuintes não inscritos, os quais atuam em cidades pequenas do interior do Estado, conforme trecho extraído da folha 168 do processo.

“A empresa, em questão, é um estabelecimento atacadista e realiza vendas por todo o Estado da Bahia. Nestas viagens, pequenos contribuintes não inscritos (lanchonetes, padarias, etc) localizados em cidades menores compram suas mercadorias em uma quantidade significativa para revenda nestas localidades.

Ao efetuar estas vendas, a empresa não tem direito a redução do Decreto, pois tais contribuintes não se encontram inscritos no Estado da Bahia de acordo com o Art. 1º do Decreto.

O parágrafo 3 do Decreto, estende o tratamento a Pessoa Jurídica não contribuinte do ICMS, ou seja, empresas que não comercializam as mercadorias compradas.”

A questão cinde-se, portanto, ao alcance a ser conferido à norma contida no § 3º do art. 1º do Decreto 7.799/00 (cujo texto reproduzo abaixo), pois o autuante entende que tal regra não pode favorecer aos contribuintes não inscritos, enquanto que a autuada defende que se aplica a todos os contribuintes.

“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 (grifo acrescido), 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 corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

...

*§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único deste decreto, **destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS** (grifo acrescido), podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte.*

...

Como se pode depreender da leitura do trecho sublinhado do caput do art. 1º, acima reproduzido, o benefício fiscal de redução da base de cálculo foi direcionado, inicialmente, às operações destinadas a “contribuintes inscritos no cadastro do ICMS do Estado da Bahia”, opção feita pelo legislador que resultou em duas restrições, quais sejam, o destinatário deve ser contribuinte, bem como que esteja inscrito no cadastro.

A alteração legislativa consignada no § 3º promoveu, contudo, uma alteração da regra citada, pois estendeu o benefício fiscal previsto no caput do artigo para as operações destinadas a “pessoa jurídica não contribuinte”, acabando com uma das restrições referidas já que agora não se exige mais que o destinatário seja contribuinte do imposto, desde que seja pessoa jurídica, conforme se extrai do seu texto.

A partir da análise do texto legal, é possível, então, concluir-se que o benefício fiscal de redução da base de cálculo concedido pelo Decreto 7.799/00 requer que o destinatário seja inscrito, se for contribuinte, ou que se constitua como pessoa jurídica, se não for contribuinte do ICMS. Essa é a exegese do seu artigo 1º.

Isso quer significar que, diferentemente do que sustenta a autuada, não é possível reduzir a base de cálculo nas operações destinadas a contribuintes não inscritos, sem que disso não resulte em violação a norma insculpida no caput do artigo citado.

Ademais, a interpretação conferida pela autuada à norma contida no § 3º não se legitima na medida em que extrai um sentido do parágrafo que, se prevalecer, anularia por completo a eficácia do caput do artigo, o que é vedado ao operador do direito.

Assim, considerando que as operações autuadas na infração 02 são as mesmas consignadas na infração 01, conforme alega a autuante e se pode constatar pela confrontação dos demonstrativos de débito respectivos, bem como que se referem a destinatários não inscritos no Estado da Bahia, é forçoso concluir que a empresa Mais Comercial de Alimentos Ltda não poderia ter reduzido a base de cálculo do imposto apurado.

Tenho, portanto, como procedente a infração 02.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já pago.

Inconformado com o Julgamento proferido pela primeira instância, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 195 a 199), onde sustentou a necessidade de reforma da Decisão recorrida, repisando integralmente os argumentos apresentados na Defesa e refazendo todos os pedidos já postulados.

Após um breve resumo dos fatos e da análise da tempestividade recursal, passou a discorrer

acerca da infração 2, que se reporta ao recolhimento a menor do ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Asseverou que a autuação decorreu de ter efetuado várias vendas a Contribuintes não inscritos no Cadastro do Estado da Bahia com o benefício da redução da base de cálculo de que trata o Decreto nº 7.799/00.

Em seguida, afirmou ter o Decreto nº 14.033/12 estendido os benefícios de redução da base de cálculos a todos os contribuintes inscritos no CNPJ, conforme o texto legal que reproduziu:

Art. 10º. O § 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação, produzindo efeitos a partir de 01.07.2012:

...

"§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único deste decreto, destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte."

Sustentou ter a fiscalização, através do Auditor, em seus levantamentos, laborado em equívoco ao incluir várias notas emitidas a contribuintes que fazem *jus* ao benefício da redução da base de cálculo *"mesmo sem possuir inscrição estadual no estado da Bahia, conforme se pode verificar nos levantamentos que estamos anexando"*.

Nesse contexto, avaliou que parte da infração não deveria prevalecer, uma vez que, *"as notas emitidas que fazem jus a redução devem ser estornadas do levantamento e os novos valores apurados deverão ser apresentados para pagamento"*.

Assim, propalou que, em virtude dos equívocos cometidos pelo Autuante, tornava-se indispensável à realização tanto de diligência por fiscais estranhos ao feito, quanto de perícia para a constatação da veracidade do alegado pela empresa.

Ao final do seu arrazoado, pediu para que a infração fosse julgada improcedente em parte, em face da tese apresentada.

Dáí, os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 206 a 209, o Procurador Elder dos Santos Verçosa, após breve histórico dos fatos e da decisão objurgada, assegurou que a aplicação do benefício fiscal da redução da base de cálculo concedido pelo Decreto nº 7799/00 requeria que o destinatário fosse inscrito no CAD-ICMS, se contribuinte, ou que possuísse Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, se não fosse contribuinte do ICMS, sendo inadmissível se não tivesse a inscrição no CNPJ.

Nesse quadro circunstancial, entendeu que os argumentos recursais eram insuficientes para modificar a Decisão recorrida, motivo pelo qual opinava pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada de julgamento no dia 27/10/2015, esta 1ª CJF, considerando que o Decreto nº 14.033/12 alterou o § 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799/2000, estendendo o benefício de redução da base de cálculo (atacadista) para operações realizadas com pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, com efeito a partir 01/07/2012.

Em vistas de tal modificação legal, os Conselheiros desta Câmara entenderam que os requisitos legais para a fruição do benefício se alteraram e, visando a busca da verdade material, decidiram encaminhar o PAF à INFAZ DE ORIGEM, para que o fiscal autuante tomasse as seguintes providências:

- 1) Para o período posterior à vigência do Decreto nº 14.033/12, fizesse o cotejamento entre as notas fiscais coincidentes do Anexo 2 (fls. 26 a 36) e as constantes da listagem do contribuinte de fls. 103 a 160, para retirar da autuação aquelas destinadas a pessoas jurídicas, mesmo das empresas não inscritas no CAD-ICMS;
- 2) Para o período anterior a vigência do Decreto nº 14.033/12, observasse se as empresas destinatárias das mercadorias inscritas no CAD-ICMS se enquadravam nos códigos de atividades econômicas constantes dos itens 12-A, 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único do

Decreto nº 7.799/2000 então vigente, retirando-as da infração;

- 3) Caso fosse necessário, elaborar novo demonstrativo de débito da infração, nos moldes originalmente lançado, expurgando as operações, conforme as orientações antes descritas.

Após concluídas as providências, fosse intimado o contribuinte para tomar ciência do resultado da diligência, entregando todos os documentos produzidos e reabrindo prazo de 10 dias para que, querendo, se manifestasse.

Efetuada todas as providências, fossem os autos encaminhados à PGE/PROFIS para emissão de parecer conclusivo.

Às fls. 228 e 229, o autuante apresentou o resultado da diligência, informando que foi gerada nova planilha com relação à infração 02 e informando que, de 01/01/2012 a 30/06/2012, foram retiradas da planilha as notas fiscais referentes ao CNPJ 06.227.901/0001-05, inscrito como especial até 25/01/2012 e que, de 01/07/2012 a 31/12/2012 foram retiradas da planilha as notas fiscais referentes aos CNPJ da relação em anexo, de pessoa jurídica não contribuinte do ICMS.

Informou, ainda, que foi apurado um novo valor para a infração, reduzindo-a para R\$31.061,20.

O sujeito se manifestou às fls. 234/236, afirmando que o autuante *“em seus novos levantamentos simplesmente retirou de seus levantamentos originais algumas notas fiscais não dando a devida atenção aos levantamentos anexados pela empresa autuada as varias notas emitidas a contribuintes que fazem jus ao benefício da redução da base de calculo mesmo sem possuir inscrição estadual no Estado da Bahia. Portanto a infração em parte não deve prevalecer e as notas emitidas que fazem jus a redução devem ser estornadas do novo levantamento efetuado pelo Diligente e os novos valores apurados deverão ser apresentados para pagamento.”*.

Aduziu que em virtude dos equívocos cometidos pelo autuante, tanto nos levantamentos originais, como nas novas planilhas, tornava-se indispensável a realização de nova diligência por fiscais estranhos ao feito, o que requereu sob pena de cerceamento de defesa.

Por fim, reiterou os argumentos da impugnação.

A PGE/PROFIS apresentou o Parecer de fl. 239, opinando pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, entendendo que a diligência procedeu os expurgos na infração 02 do lançamento, com o devido corte temporal anterior e posterior ao Decreto nº 14.033/12, excluindo do período anterior a norma que estendeu o benefício de atacadista o CNPJ na condição de inscrito no CADICMS como especial (sic) e, outrossim, após a vigência do Decreto, o CNPJ da pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, cotejando as notas fiscais de fls. 26 a 36 e listagem de fls. 103 a 106.

A Procuradora Assistente, à fl. 240, acolheu o Parecer, encaminhando os autos ao CONSEF para conhecimento e deliberação.

Nesta assentada de julgamento, realizada em 25/07/2017, o i. Conselheiro Luiz Amaral deu-se como impedido por ter sido o relator do voto de primeiro grau.

VOTO

Ab initio, não acolho o pedido renovado de diligência, por entender que foram efetuadas todas as correções necessárias nas diligências já realizadas, estando o processo administrativo fiscal apto para julgamento, vez constarem todos os elementos necessários para sua elucidação, conforme art. 147, I, 'b' do RPAF c/c art. 150 do mesmo Regulamento.

Consoante minuciosamente relatado, encontra-se sob exame o Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 5ª JJF fiscal, a qual julgou Procedente o Auto de Infração lançado pelo descrito cometimento de 7 infrações, das quais somente faz parte da irresignação recursal a de nº 02, que versa acerca do recolhimento a menor de ICMS, em razão da utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, previsto no Decreto nº 7.799/00.

Em seu inconformismo, o Contribuinte assegurou ter a fiscalização laborado em erro, porquanto incluiu notas emitidas por empresas que faziam jus ao benefício da redução da base de cálculo, mesmo sem possuir inscrição estadual, consoante a nova dicção do § 3º do artigo 1º do aludido diploma legal.

Para facilitar a análise e entendimento, vale reproduzido o teor da indigitada norma, *in verbis*:

“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 (grifo acrescido), 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 corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), tratando-se de estabelecimento cuja receita bruta do exercício anterior seja igual ou inferior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais);

II – Revogado

III – Revogado

IV - 50% (cinquenta por cento), tratando-se de contribuinte cuja receita do exercício anterior seja superior a R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais)....

§1º Revogado

§2º Revogado

§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único deste decreto, destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS (grifo acrescido), podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte.

Considerando os argumentos suscitados pelo recorrente, bem como a nova redação do § 3º do art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, esta Câmara decidiu converter o processo em diligência para aplicação da nova norma, obedecidos os períodos temporais.

O autuante, atendendo ao quanto lhe foi solicitado, procedeu a revisão necessária no lançamento (fls. 228 e 229), apresentando o resultado com novo demonstrativo de débito para a infração 02, do que decorreu a diminuição do valor original para R\$31.061,20, revisão também acolhida pela PGE/PROFIS.

Ante o exposto, e evitando delongas desnecessárias, por se tratar de matéria eminentemente fática, acolho a conclusão da diligência, corroborada pelo Parecer da PGE/PROFIS, adotando como valor final para a imputação o importe de R\$31.061,20, disso resultando o PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0902/14-7**, lavrado contra **MAIS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$87.533,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e”, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS