

A. I. N° - 232884.0013/18-3
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S.A.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU SANTANA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2019

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0037-01/19

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPRESAS NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. No período objeto da autuação, a legislação não estabelecia que a aplicação da alíquota de 7% estava adstrita às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, mas sim, alcançava todas as empresas que se enquadravam na condição de pequeno porte ou microempresa. Infração insubstancial. Indeferido o pedido de diligência. Auto de infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$47.121,17, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado: *Referente às sucessivas saídas no Estado com utilização da alíquota de 7%, prevista no Artigo 16, Inciso I, Alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, nas saídas destinadas a contribuinte não optantes pelo Simples Nacional, conforme Anexo 7, parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao Contribuinte.*

Período de ocorrência: abril, junho a agosto e outubro de 2015, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2016.

O autuado apresentou defesa (fls. 17 a 24). Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Sustenta que a exigência fiscal carece de qualquer substrato jurídico que pudesse lhe conferir fundamento.

Alega ilegalidade do lançamento, em vista da normatização de regência à época dos fatos geradores objetos da autuação.

Observa que segundo a autuação, não se tratando os destinatários optantes pelo Simples Nacional, haveria de ser utilizada, na espécie, a alíquota padrão de 17%, conforme diretrizes genéricas à época contempladas no art. 15, I, daquele mesmo diploma.

Assevera, contudo, que a legislação de regência, nos moldes em que vigente ao longo do período autuado, longe de amparar malfadada exação, presta-se, isto sim, a infirmá-la por completo.

Neste sentido, diz que o mencionado art. 16, I, alínea ‘c’, da Lei nº 7.014/96, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.207/14, em produção de efeitos a partir de 23 de março de 2015, que haveria de ser adotado o índice de 7% para fins de cômputo do ICMS incidente sobre saídas de mercadorias *diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo.*

Salienta que a previsão legal acima destacada não estabelecia qualquer ressalva no sentido de que a utilização da alíquota reduzida ali prevista somente seria aplicada caso os destinatários fossem optantes pelo Simples Nacional, apenas exigindo, para utilização da alíquota reduzida, fossem os destinatários empresas de pequeno porte e microempresas, regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Assegura que desse modo, é possível afirmar que, enquanto a redação do art. 16, I, alínea “c” permaneceu vigendo, não se fazia necessária a opção em comento pelos adquirentes como forma de viabilizar a tributação nos moldes ali previstos.

Aduz que condicionante dessa natureza apenas veio a ser positivado por obra do advento da Lei nº 13.816/17, em vigor a partir de 22 de dezembro de 2017, que alterou a norma em voga, passando a prever que a adoção da alíquota de 7% ficaria adstrita às operações com *mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, optantes do Simples Nacional, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo*.

Afirma que dessa forma, resta claro que não prospera a imposição do requisito em voga a qualquer operação ocorrida em data anterior a 22 de dezembro de 2017, tanto assim que se fez necessário alterar o texto legal para que pudesse ser aplicado, a partir de então.

Diz que trazendo tais considerações para o caso em questão, é possível concluir que a tributação das saídas fiscalizadas à alíquota de 7% não estava condicionada ao fato de os destinatários serem ou não optantes pelo Simples Nacional.

Salienta que em se tratando de operações ocorridas no período compreendido entre os meses de abril de 2015 a dezembro de 2016, portanto, sujeitas aos ditames do art. 16, I, alínea ‘c’ da Lei nº 7.014/96, tal como em produção de efeitos entre 23/03/2015 e 21/12/2017 os únicos requisitos necessários para legitimar a modalidade de tributação em foco, precisamente no que concerne aos destinatários são os seguintes:

- serem empresas de pequeno porte ou microempresas; e
- serem regularmente inscritas no cadastro da SEFAZ/BA.

Assinala que no intuito de afastar qualquer questionamento em torno da lisura dos procedimentos versados, elaborou o demonstrativo colacionado, a partir do próprio Anexo 7 elaborado pelo autuante, especificando a qualificação dos destinatários das aquisições amparadas pelas Notas Fiscais arroladas na autuação, bem como correlato número de inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia (doc. 04), devidamente acompanhada das *Consultas Básicas ao Cadastro do ICMS da Bahia* extraídas do sítio eletrônico da SEFAZ/BA, atualmente e em diversas competências do intervalo autuado, atestando suas condições de ME ou EPP, bem como a regularidade de suas inscrições (doc. 05). Neste sentido, apresenta um quadro com a síntese da situação das empresas.

Afirma que adimplidos tais pressupostos, não há como prosperar, na espécie, a imposição de qualquer outro requisito para o fim de legitimar a utilização da alíquota reduzida em abordagem, por absoluta inexisteência de respaldo normativo para tanto.

Consigna que nesse diapasão, impede seja vergastado lançamento prontamente desconstituído por este órgão julgador, sob pena de restar chancelada inadmissível afronta ao preceito da legalidade, ao qual se encontram irremediavelmente adstritas as autoridades fiscais no exercício da atividade vinculada do lançamento tributário.

Tece amplas considerações sobre o princípio da legalidade consagrado no art. 5º, II da Lei Maior, em conformidade com o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Invoca também o art. 37 da CF. Destaca o conteúdo do art. 150, I, integrante da Seção DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR do texto constitucional.

Diz que incumbe à norma jurídico-tributária a rigorosa descrição do fato concreto apto a ensejar a incidência da exação, caracterizando cada um dos elementos que conformam a regra-matriz de incidência tributária (RMIT), dentre os quais a alíquota.

Acrescenta que se trata da chamada tipicidade tributária, observada por Sacha Calmon, ao asseverar que *tipicidade ou precisão contratual é o outro nome do princípio da legalidade material*.

Salienta que cabe à lei dotada de vigência, e somente a esta, a definição clara e precisa de todos os aspectos que conformam a subsunção do fato à norma impositiva, a exemplo do elemento quantitativo, não se admitindo que tal encargo seja delegado aos agentes administrativos.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, em atenção ao primado da eventualidade, a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário esta Junta de Julgamento Fiscal.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 65 a 70). Registra que no trabalho fiscal constatou as saídas realizadas pelo autuado tributadas à alíquota de 7%, prevista no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, destinadas para contribuintes não inscritos na condição de apuração do imposto pelo Simples Nacional, excluídos nas datas das operações, razão pela qual é exigido o ICMS devido no valor de R\$ 47.121,17, mais acréscimos moratórios e multa.

Observa que as alegações defensivas prendem-se, exclusivamente, ao texto do art. 16, inc. I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, que no seu entendimento *não estabelecia qualquer ressalva no sentido de que as entidades destinatárias fosse optantes pelo SIMPLES NACIONAL, apenas exigindo, para usufruto da alíquota reduzida, fossem os destinatários empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual baiano*. Isto se reportando à data dos fatos geradores uma vez que faz alusão à Lei nº 13.816/17, de 21/12/17.

Consigna o autuante que a Lei Complementar nº 123/2006 instituiu o Simples Nacional tratamento tributário simplificado para micro e pequenas empresas.

Observa que o Simples Nacional estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Invoca e reproduz enunciado da Lei Complementar nº 123/2006, no tocante ao que esta especifica e define como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (art.1º).

No sentido de enquadramento do contribuinte como microempresa ou empresa de pequeno porte dado pela Lei Complementar n. 123/2016 invoca e reproduz o seu art. 3º.

Afirma que desse modo, respeitada a hierarquia das leis, não coube mais ao Estado da Bahia definir “microempresa” ou “empresa de pequeno porte”.

Diz que não existe mais a definição de microempresa e empresa de pequeno porte municipal, estadual ou federal. A definição está expressa no artigo 3º e seguintes da Lei Complementar n. 123/2006.

Aduz que assim sendo, o enquadramento e desenquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte passou a obedecer as definições da LC nº 123/2006.

Alega que a Lei nº 13.816/17 apenas atualizou o dispositivo citado, alínea “c” do inciso I do artigo 16 da Lei nº 7.014/96, haja vista que a definição e enquadramento já cabiam à LC nº 123/2006.

Sustenta que dessa forma, na data de ocorrência dos fatos geradores vigia a norma expressa na LC nº 123/2006 e, com base nesta Lei, os contribuintes relacionados no demonstrativo de fls.11/12 haviam sido desenquadradados da condição de microempresa e empresa de pequeno porte com base no artigo 3º da referida Lei Complementar nº 123/2006.

Diz que desse modo, a exclusão do regime de apuração do Simples Nacional é, em síntese, a

exclusão da empresa da condição de “microempresa” ou “empresa de pequeno porte” da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município, ficando isto bem claro na Lei nº 10.646/2007, cujo teor reproduz.

Finaliza a peça informativa dizendo que resta comprovado que as operações relacionadas no demonstrativo de fls. 11/12 não são beneficiadas pela alíquota de 7%, prevista no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96.

VOTO

A acusação fiscal se refere a recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Inicialmente, cabe consignar que o pedido de realização diligência formulado pelo impugnante resta indeferido, com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, haja vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para decisão da lide.

Conforme consignado no Auto de Infração, a conduta infracional imputada ao autuado decorre de realização de operações sucessivas de saídas de mercadorias no Estado da Bahia com utilização da alíquota de 7%, prevista no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, destinadas a contribuintes não optantes pelo Simples Nacional. O período de ocorrência abrange os meses de abril, junho a agosto e outubro de 2015, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2016.

O autuado alega que o mencionado art. 16, I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 13.207/14, com efeitos a partir de 23/03/2015, dispunha que haveria de ser adotada a alíquota de 7% para fins de cômputo do ICMS incidente sobre saídas de mercadorias *diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo.*

Sustenta que a previsão legal acima referida, não estabelecia qualquer ressalva no sentido de que a utilização da alíquota de 7%, somente seria aplicada caso os destinatários fossem optantes pelo Simples Nacional, apenas exigindo, para utilização da alíquota reduzida, fossem os destinatários empresas de pequeno porte e microempresas, regularmente inscritas no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Efetivamente, assiste razão ao autuado quando afirma que a aplicação da alíquota de 7%, prevista na alínea “c”, do inciso I, do art. 16 da Lei nº 7.014/96, alcançava a empresa de pequeno porte e microempresa, independentemente de ser ou não optante do Simples Nacional.

Verifica-se que no período objeto da autuação, o referido dispositivo legal não estabelecia que a aplicação da alíquota de 7% estaria adstrita aos optantes do Simples Nacional, mas sim alcançava todas as empresas que se enquadravam na condição de pequeno porte ou microempresa.

Na realidade, apenas com o advento da Lei nº 13.816/17, em vigor a partir de 22/12/2017, que alterou a alínea “c”, do inciso I, do art. 16 da Lei nº 7.014/96, é que a norma passou a prever que a adoção da alíquota de 7%, ficaria adstrita às operações de saídas de mercadorias diretamente do estabelecimento fabricante, situado neste Estado, com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, optantes do Simples Nacional.

Assim sendo, descabe qualquer exigência quanto às operações de saídas com aplicação da alíquota de 7%, em data anterior a 22/12/2017. Considerando que o período objeto da autuação abrange os meses de abril, junho a agosto e outubro de 2015, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2016, a infração é insubsistente.

Relevante destacar a existência de decisão deste CONSEF no sentido acima referido, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0325-12/17, cujo excerto da ementa é reproduzido abaixo:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0325-12/17

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Uso indevido da alíquota de 7%, prevista na alínea “c” do inciso I do art. 16 da Lei nº 7.014/96, em saídas destinadas a contribuinte que não se enquadravam como microempresa ou empresa de pequeno porte. Retirada da exigência fiscal cobrança em relação a destinatários que não eram optantes do simples nacional, mas ainda se enquadravam como microempresa ou empresa de pequeno porte. Infração subsistente em parte. [...].

Na referida Decisão, foi consignado o seguinte no voto do ilustre Conselheiro/Relator:

Quanto à Infração 2, a conduta autuada foi descrita como “*recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias*”. Consta do Auto de Infração que o sujeito passivo vendeu para empresa normal, aplicando alíquota de microempresa. Em sua impugnação, o sujeito passivo contesta parte do lançamento sob a alegação de que as Inscrições Estaduais nºs 62.976.275, 80.787.938 e 73.731.192, se referem a empresas que possuíam, à época da venda, a condição de ME/EPP.

Em que pese a autuante não tenha acolhido as alegações defensivas, a 1ª JJF julgou parcialmente procedente o lançamento, entendendo que o benefício fiscal da alíquota reduzida (previsto na alínea “c”, do inciso I, do art. 16 da Lei nº 7.014/96) não exige que a microempresa ou EPP seja optante pelo simples nacional, ao contrário do que entendeu a fiscal autuante.

A questão cinde-se à interpretação do texto do art. 16, inciso I, alínea “c”, abaixo reproduzido.

“Art. 16. 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% (sete por cento) nas operações com:

...

*c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado **com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual** (grifo acrescido), exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;*

...

Como se depreende da leitura do dispositivo legal acima reproduzido, a aplicação da alíquota reduzida de 7%, aplica-se a todas as saídas destinadas a microempresas e a EPP's, não se exigindo que sejam optantes pelo Simples Nacional. A decisão de piso não merece reparo neste ponto.

Diante do exposto, resta evidente a insubsistência da autuação.

Voto pela IMROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232884.0013/18-3, lavrado contra ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S.A.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR