

PROCESSO - A. I. Nº 269358.0009/17-2
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0001-05/20
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.J.F. Nº 0061-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS. ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DESTINADAS A EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL. AUSÊNCIA DE DESCONTO. Saída de mercadorias destinadas a contribuintes optantes do Simples Nacional, sem dedução do desconto concedido. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0001-05/20, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$ 219.634,11, em razão de dez infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 04 e 08, descritas da forma a seguir:

...

Infração 04. *Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que deu saída para contribuintes do Simples Nacional adotando alíquota de 7%, sem conceder o desconto regulamentar (2014/2015) - R\$130.188,61.*

...

Infração 08. *Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2014/2015) - R\$1.214,59.*

...

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/01/2020 (fls. 1000 a 1006) e julgou Procedente em Parte o Auto de Infração. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de dez infrações, sendo que a sociedade empresarial reconheceu e efetuou o pagamento relativo às infrações 1, 3, 5 e 7. Assim sendo, fica mantida a exigência fiscal integral relativa a estas infrações, devendo ser homologados os valores já pagos.

Passo a apreciar as razões de defesa, apresentadas quanto às infrações 2, 4, 6, 8, 9 e 10.

No tocante à infração 2 (alíquota 7% ao invés de 17%), o defendente alegou que foram desconsideradas operações destinadas a optantes do Simples Nacional, conforme documentos de fls. 360 a 363.

Os autuantes reconheceram que todos os destinatários apontados se enquadravam no Simples Nacional no período fiscalizado, conforme listados às fls. 431/432: Luciano Pereira Carvalho – CNPJ 20.673.175/0001-77; Antônio Silveira Maia & Cia Ltda. – CNPJ 00.095.131/0001-08; João Márcio Costa Silva – CNPJ 14.791.179/0001-57; Adelfo Bonfim Correia – CNPJ 13701.093/0001-23 e Ederlândia Marinho Batista – CNPJ 21.500.652/0001-65.

Pelo exposto, acato o demonstrativo refeito, de fls. 432/433, ficando o débito original reduzido de R\$41.036,20 para R\$40.254,95. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 4 (não concedeu o desconto de 10,7527% aos optantes do Simples Nacional), o defendente

alegou que o Decreto nº 7.799/00 prevê RBC em 41,176% para operações internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS, porém, a fiscalização desqualificou o tratamento dado para as empresas optantes do Simples Nacional, conforme extratos de fls. 365 a 370.

Os autuantes contestaram, afirmando que a carga tributária de 10%, instituída pelo Dec. 7.799/2000, aplica-se a operações tributadas à alíquota de 17% ou 18%, porém, para as operações destinadas a contribuintes inscritos como EPP e ME, a alíquota é 7%, e que se deveria proceder o desconto no valor das mercadorias, com aplicação da alíquota prevista no art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

A) O sujeito passivo juntou cópia de consultas efetuada no dia 23/11/2017 (fls. 365/370), indicando contribuintes como “Não optantes do Simples Nacional”;

B) A fiscalização relacionou os mesmos contribuintes, às fls. 436/437, e juntou extratos, às fls. 714 a 734, para comprovar que, no período fiscalizado, eram optantes do Simples Nacional.

Pelo confronto dos documentos juntados ao processo, verifico que, tomando por exemplo do contribuinte Thiago Celes Barbosa – IE 104.215.863, o extrato apresentado pelo autuado, à fl. 365, indica que, em 23/11/17, não era optante do Simples Nacional. Já o extrato do histórico da condição do mesmo contribuinte, acostado à fl. 714, indica que, desde 26/09/12, enquadrava-se como microempresa.

O mesmo ocorre com a Comercial Couto Ltda. – IE 063.490.722 (fl. 365), que permaneceu como ME de 06/04/04 a 01/09/05, passando para EPP a partir de 01/08/06 até 26/04/14, que engloba o período fiscalizado.

Cientificado da informação fiscal, o defendente apenas reiterou os argumentos da defesa.

Como os documentos juntados pela fiscalização ao processo fazem prova de que, no período fiscalizado, os destinatários das mercadorias enquadravam-se como Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, considero correto o procedimento fiscal em exigir o ICMS relativo a operações praticadas com previsão da aplicação da alíquota de 7%, sem conceder o desconto previsto no documento fiscal para as ME e EPP (art. 16, I, “c” da Lei nº 7.014/96).

Fica mantida a procedência da infração 4.

Relativamente à infração 6 (DIFAL/uso), o defendente alegou que foi cobrado DIFAL relativo a operações tomando como base a alíquota interestadual de 4% para produtos importados, mas se trata de produtos de origem nacional.

Os autuantes reconheceram o equívoco e refizeram os demonstrativos originais.

Constato que as notas fiscais acostadas à defesa (fls. 372 a 387) indicam Código de Situação Tributária (“CST”) CST 400, o que comprova ser a mercadoria de origem nacional, com destaque da alíquota de 7%.

Pelo exposto, assiste razão ao estabelecimento autuado quanto à alegação de que, em parte das operações autuadas, foi considerado equivocadamente crédito fiscal de 4%, ao invés de 7%. Por isso, acato o demonstrativo refeito pela fiscalização, juntado à fl. 736, que implicou na redução do débito de R\$5.114,12 para R\$4.000,43.

No que se refere à infração 8 (falta de retenção do ICMS-ST), o defendente alegou que foi exigido imposto de forma indevida de operações destinadas a consumidor final e pessoa física não contribuintes do ICMS.

Os autuantes, na informação fiscal prestada, contra-argumentaram, indicando relação de contribuintes às fls. 439 a 441, e reconhecendo apenas a Associação Comunitária dos Amigos da Lagoa das Flores, cujos valores foram excluídos.

Cientificado da informação fiscal, o defendente limitou-se a reiterar a defesa inicial.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

A) Foi juntada, às fls. 774 a 801, a situação cadastral dos destinatários das mercadorias que, no período fiscalizado, eram inscritos como contribuintes do ICMS;

B) À fl. 773, foi juntada cópia do CNPJ 10.953.441/0001-61 da Associação Comunitária dos Amigos da Lagoa das Flores, que exerce atividade de defesa de direitos sociais.

Tomando por exemplo os dados cadastrais de Luciano Pereira Carvalho (fl. 774), demonstra que tem IE 118.224.949 e exerce atividade de comércio varejista de alimentos.

Dessa forma, não tendo o defendente apresentado outras provas para desconstituir as apresentadas pela fiscalização, considero que as operações objeto da autuação foram destinadas a contribuintes do ICMS e correta a exigência do ICMS-ST, exceto do CNPJ 10.953.441/0001-61.

Acato os demonstrativos refeitos com valor devido em 2014, de R\$3,70 (fl. 761); em 2015, de R\$1,87 (fl. 764) e

em 2016, de R\$892,27 (fl. 767), o que implica na redução total do débito original da infração 8, de R\$1.214,59 para R\$897,84. Infração procedente em parte.

Quanto às infrações 9 e 10 (multa de 1% sobre entradas não registradas), o sujeito passivo alegou, na sua impugnação, que o demonstrativo de notas fiscais não escrituradas apresentavam inconsistências, a exemplo da indicação de CNPJ da empresa, mas razão social e endereço diferentes, bem como a aquisição de produtos que não comercializa.

Alega ainda que verificou que parte dos fornecedores sequer constam em seus cadastros, tanto que os produtos não são adquiridos para o seu consumo e muito menos por ela comercializados, o que revela a necessidade de cancelar a penalidade imposta.

Conclui, requerendo que seja reconhecida a improcedência das infrações 2, 4, 6, 8, 9 e 10, extinção do crédito tributário das infrações 1, 3, 5 e 7, pelo pagamento, e indica endereço para onde deve ser encaminhadas as intimações relativas a este processo administrativo (fl. 315).

Os autuantes acataram todos os documentos apresentados com a impugnação e fizeram o expurgo dos valores correspondentes.

Observe que assiste razão ao defendente, tomando por exemplo a NFe 454.117 (fl. 312), que indica o CNPJ do estabelecimento autuado (60.409.075/0130-50), porém, indica a razão social de outra empresa com endereço diferente.

Pelo exposto, acato o demonstrativo refeito pela fiscalização, acostado às fls. 833, 844, 852, 862, 878 e 895, abaixo consolidados, reduzindo o débito da infração 9 de R\$2.376,65 para R\$2.336,75 e da infração 10, de R\$1.855,59 para R\$1.421,14. Infrações 9 e 10 procedentes em parte.

Infração 9				Infração 10			
Ano	Valor autuado	Valor devido	Fl	Ano	Valor autuado	Valor devido	Fl
2014		94,89	833	2014		155,04	862
2015		1.819,39	844	2015		309,07	878
2016		422,47	852	2016		957,03	895
Total	2.376,65	2.336,75		Total	1.855,59	1.421,14	

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, devendo-se homologar os valores reconhecidos. Assim, o montante do débito fica conforme abaixo:

INF	VLR HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	525,23	525,23	60%	RECONHECIDA
02	41.036,20	40.254,95	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	37.212,10	37.212,10	60%	RECONHECIDA
04	130.188,61	130.188,61	60%	PROCEDENTE
05	64,27	64,27	60%	RECONHECIDA
06	5.114,12	4.000,43	60%	PROCEDENTE EM PARTE
07	46,75	46,75	60%	RECONHECIDA
08	1.214,59	897,84	60%	PROCEDENTE EM PARTE
09	2.376,65	2.336,75	-----	PROCEDENTE EM PARTE
10	1.855,59	1.421,14	-----	PROCEDENTE EM PARTE
Total	219.634,11	216.948,07		

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1018 a 1031, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Quanto à Infração 04, informa que a 5ª Junta Julgamento Fiscal manteve a cobrança ao argumento de que as empresas destinatárias das mercadorias comercializadas pela Recorrente eram optantes do Simples Nacional no período autuado. Transcreve trecho do acórdão recorrido para, a seguir, afirmar que esse entendimento não merece prevalecer.

Frisa que a própria Fiscalização reconheceu que as destinatárias das mercadorias comercializadas pela Recorrente não eram optantes do Simples Nacional, tendo sustentado a manutenção deste item do Auto de Infração tão somente com base na premissa de que tais empresas eram, no período autuado, Empresas de Pequeno Porte (“EPPs”) ou Microempresas (“MES”). Transcreve trecho da informação fiscal para ilustrar a sua narrativa.

Explica que, aos olhos da Fiscalização, a mera condição de EPP ou ME das destinatárias das mercadorias comercializadas pela Recorrente, bastaria para aplicação do tratamento fiscal previsto no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.094 de, 4.12.1996. Argumenta que esse racional,

contudo, igualmente não merece acolhida, pois, a despeito de o dispositivo em questão, à época da ocorrência dos fatos geradores, não dispor expressamente que a aplicação da alíquota de 7% se aplicaria somente às empresas optantes do Simples Nacional, não há outra conclusão possível a partir de sua interpretação teleológica/finalística. Afinal, como se sabe, alínea “c” do Inciso I do artigo 16 objetiva justamente beneficiar as empresas submetidas à sistemática do Simples Nacional com a aplicação de alíquota reduzida de 7%, em consonância com a Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006 (“LC 123/06”) que, ao instituir esse regime, criou diversos benefícios aos optantes, tais como, **(a)** tributação reduzida (se comparada a outros regimes), **(b)** método simplificado de apuração dos tributos, **(c)** custos trabalhistas reduzidos, **(d)** menor burocracia para manter a regularidade nos órgãos estatais, dentre outros.

Frisa que, ao contrário do que pressupõe o racional da Decisão recorrida, não é toda ME e EPP que pode ser optante do Simples Nacional. Nos termos da LC 123/2006, verifica-se que, no período autuado, já havia uma série de restrições para o enquadramento destas empresas no referido regime. Transcreve o teor do art. 17 da LC 123/06 em apoio aos seus argumentos.

Alega que é justamente por isso que acolher o entendimento da Fiscalização no sentido de que a mera condição de ME e EPP bastaria para que fosse aplicada a alíquota de 7% prevista no artigo 16, Inciso I, alínea “c”, viola o real animus deste dispositivo, uma vez que viabiliza o beneficiamento de pessoas jurídicas que, de acordo com a própria LC 123/06, não poderiam fruir das benesses do Simples Nacional.

Ensina que o artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.094/96 foi alterado pela Lei nº 13.816, de 21.12.17 (“Lei nº 13.816/17”), fazendo constar de forma expressa o enquadramento no Simples Nacional como condição para a aplicação da alíquota de 7%. Transcreve o teor do artigo citado. Argumenta que este Conselho de Fazenda tem posicionamento sedimentado de que as normas tributárias devem ser interpretadas de forma teleológica/finalística, sob pena de inadequação ao caso concreto. Nesse sentido transcreve trecho de decisão administrativa.

Diante de todo o exposto, aduz ser imperativa a reforma da Decisão recorrida, para que seja cancelada integralmente a Infração 04 veiculada no Auto de Infração.

Quanto à Infração 08, explica que a Decisão recorrida, em consonância com a Manifestação Fiscal, consignou que somente a pessoa jurídica Associação Comunitária da Lagoa das Flores seria consumidora final dos produtos comercializados pela Recorrente, de modo que a exigência de ICMS-ST deveria prevalecer nas remessas para os demais adquirentes.

Transcreve trecho do acórdão recorrido para, a seguir, concluir que a Decisão recorrida estabeleceu como critério para a manutenção da exigência de ICMS-ST referente às notas fiscais emitidas contra: **(a)** pessoas físicas/jurídicas que tinham cadastro de contribuinte de ICMS na SEFAZ/BA e **(b)** que exerciam atividades relacionadas ao comércio varejista de alimentos.

Argumenta, todavia, que, partindo justamente daí, é possível observar que também deveriam ser excluídas da autuação as notas fiscais emitidas em face das pessoas jurídicas “**(a)** R Rocha de Almeida & Cia, **(b)** José Carlos de Assunção, **(c)** Carla Chirleny Caldas de Souza e **(d)** Joaquim Fernandes Santana Junior”.

Informa que a pessoa jurídica R Rocha de Almeida & Cia exercia a atividade de comércio varejista de tecidos, como é possível verificar do cadastro da própria SEFAZ/BA, não havendo, portanto, de se cogitar que tal adquirente tenha revendido os produtos comercializados pela Recorrente. Acosta imagem da situação cadastral da empresa citada.

Já as pessoas físicas Joaquim Fernandes Santana Junior e Carla Chirleny Caldas de Souza, alega que, como ratificado pela própria Fiscalização, sequer tinham cadastro de contribuinte na SEFAZ/BA no período autuado, sendo inviável presumir, pela simples ausência de cadastro, que não sejam consumidores finais dos produtos comercializados pela Recorrente.

Argumenta que, como ratificado pela própria Fiscalização, a condição de contribuinte não é

determinada somente pela ausência de cadastro na SEFAZ/BA, sendo necessário que seja atestada “pela existência de volume ou habitualidade na prática de operações sujeitas ao ICMS”, nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.014/96. Alega que, não demonstrados tais elementos pela Fiscalização, não se pode admitir a autuação fundada em mera presunção fiscal da condição de contribuinte dessas pessoas físicas, ainda mais quando não lastreada em qualquer outro elemento indiciário que não a mera ausência de cadastro na SEFAZ/BA.

Além disso, argumenta, verifica-se que a inscrição estadual da pessoa física José Carlos de Assunção já havia sido baixada em 25.11.2009 (i.e., período anterior à ocorrência dos fatos geradores), sem mencionar que, mesmo quando ativa, estava vinculada à atividade de “comércio varejista de artigos de armarinho”, não podendo se cogitar (por qualquer um dos motivos expostos acima), que tenha ocorrido revenda dos produtos comercializados pela Recorrente

Diante de todo o exposto, entende ser imperativa a reforma da Decisão recorrida, de forma que seja cancelada integralmente a Infração 08 veiculada no Auto de Infração.

Como conclusão do exposto, a Recorrente pleiteia seja dado integral provimento a este Recurso Voluntário, para que o acórdão recorrido seja parcialmente reformado e, conseqüentemente, a parcela mantida do Auto de Infração nº 269358.0009/17-2 seja julgada improcedente, com a conseqüente extinção do crédito tributário correlato.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Considerando que não foram aduzidas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da autuação, conforme adiante.

Quanto à Infração 04, a conduta autuada foi descrita como “Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. Consta na descrição dos fatos, que a autuada deu saída de mercadorias para contribuintes do Simples Nacional adotando alíquota de 7%, sem conceder o desconto regulamentar.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que algumas empresas destinatárias não eram optantes pelo Simples Nacional, o que afastaria a aplicação do art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96. Argumenta que em que pese a legislação não fizesse menção à condição de “optantes pelo Simples Nacional”, a outra conclusão não se pode chegar, dada a finalidade da norma.

A questão, como se vê, se resume à interpretação do art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, cuja redação então vigente (jan/14-mar/15) reproduzo abaixo:

“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;

...

§ 1º A aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal (grifo acrescido).”

Como se depreende da leitura do dispositivo legal, a única condição para fixação da alíquota de 7% era o enquadramento do destinatário como “empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual”, conforme alínea “c” acima. Mesmo sem se enquadrarem no

Simples Nacional, a Recorrente praticou corretamente a alíquota de 7%, sem, contudo, atender à condição fixada no § 1º, traduzida como o repasse do desconto para o adquirente.

Ora, como o Sujeito Passivo não negou o fato, limitando-se a discorrer acerca da condição do adquirente, entendo que restou caracterizada a presente infração.

Mantida, portanto, a Decisão recorrida.

Quanto à Infração 08, a conduta autuada foi descrita como “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado ...*”. O Sujeito Passivo se opõe ao lançamento, alegando que os destinatários são consumidores finais. Transcreve a atividade econômica de alguns dos contribuintes, tais como R Rocha de Almeida & Cia, José Carlos de Assunção, Carla Chirleny Caldas de Souza e Joaquim Fernandes Santana Junior.

Embora tenha nominado os destinatários, o Sujeito Passivo não informou quais as notas fiscais que se enquadram na situação narrada, de forma a possibilitar a exclusão de tais documentos do levantamento fiscal. Não tendo especificado as operações em relação às quais se opõe, impossibilita a esse relator avaliar a pertinência de suas alegações, bem como promover as exclusões solicitadas.

Assim, entendo que o Sujeito Passivo não se desincumbiu do ônus processual de especificação dos elementos desconstitutivos alegados, o que impõe o julgamento em seu desfavor.

Entendo, portanto, que sucumbiu as provas acostadas ao PAF.

Mantida a Decisão recorrida no que se refere à Infração 08.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0009/17-2**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 213.190,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas fixas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 3.757,89**, prevista nos incisos IX (com reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 do CTN), e XI da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS