

A. I. Nº - 180573.0001/07-2
AUTUADO - REICHHOLD DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 06/08/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0245-03/07

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Infração reconhecida pelo autuado. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA. a) VENDAS DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. A adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. No valor da operação já está incluído o imposto, uma vez que o cálculo deste é “por dentro”. Ficou evidenciado que o preço da mercadoria cobrado nas vendas às microempresas eram superiores as de outra condição cadastral. Infração caracterizada. b) VENDAS E TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Infração reconhecida pelo autuado. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGENCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2007 e exige ICMS no valor de R\$696.828,89, acrescido da multa no percentual de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Consta, na descrição dos fatos, que a empresa, na qualidade de beneficiária do Programa Desenvolve, incluiu no cálculo da apuração do ICMS, para efeito do desconto relativo à dilação de prazo prevista no regulamento do Programa, valores referentes a operações de mercadorias adquiridas para revenda, contrariando, assim, o artigo 3º do mesmo regulamento e artigo 1º, inciso II, da Resolução nº 11/2005. Período de 02/2005 a 12/2006. ICMS no valor de R\$304.228,95.

Infração 02 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, na condição de industrial, emitiu notas fiscais para empresas enquadradas no regime SimBahia, com alíquota interna de 7%, presumivelmente amparando-se no artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/BA, que facilita o benefício da redução da alíquota correspondente a desconto. No entanto, conforme estabelece o parágrafo 1º, inciso II, do mesmo RICMS/BA, o estabelecimento industrial, ou a este equiparado, na forma do artigo anterior, obriga-se 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 de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal, procedimento este que não ocorreu pelos seguintes motivos: 1 – como se pode observar pela emissão das notas fiscais, não há menção clara e expressa do respectivo desconto, uma vez que não são demonstrados o preço e o valor normal da mercadoria, com a posterior discriminação do desconto, com citação do dispositivo regulamentar e, por fim, seja apresentado o valor líquido resultante; 2 – como se pode observar pelas notas fiscais cujas cópias encontram-se apensas ao PAF (a título de amostragem), quando é feita menção ao desconto no corpo da nota fiscal, este vem sob a forma de “Desconto Programa SIMBAHIA”, no entanto, o valor lançado apresenta-se isolado e, portanto, não é relacionado com o valor normal do produto, que é resultante da quantidade (X) valor unitário, na forma de abatimento; 3 – o valor total da nota (valor contábil) consignado no campo referente à descrição dos produtos é repetido embaixo como “Base de Cálculo do ICMS”; 4 – os preços unitários dos produtos praticados com alíquota de 7% são equivalentes aos preços normais praticados com a alíquota de 17% e em muitos casos são superiores conforme pode-se perceber pelas cópias de notas fiscais anexas (7% X 17%) para efeitos comparativos e através das Planilhas Auxiliares A e B do Anexo II que demonstram todas as saídas com 7% e 17%, com análise dos preços praticados. Período de 02/2005 a 12/2006. ICMS no valor de R\$380.680,65.

Infração 03 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que a empresa aplicou incorretamente a alíquota de 7% em saídas para fora do Estado, relativas a operações de transferência (CFOP 6151 e 6152) e de vendas (CFOP 6101), conforme cópias anexas das notas fiscais e do livro Registro de Saídas. Período de 04/2006 a 12/2006. ICMS no valor de R\$11.075,42.

Infração 04 – Falta de recolhimento de ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Período de 04/2005 a 12/2006. ICMS no valor de R\$843,87.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos por meio de Procuração à fl. 453, ingressa com impugnação ao lançamento fiscal às fls. 428 a 438, na qual afirma que reconhece a procedência das infrações 01, 03 e 04, e que procedeu ao parcelamento dos valores ali reclamados.

Porém, quanto à infração 02, afirma que o autuado não infringiu os artigos 50, 51 e 124, I, do RICMS/BA, citados no enquadramento da imputação, no Auto de Infração. Transcreve o teor dos artigos 50 e 51, I, parágrafo 1º, I e II, e reafirma não tê-los transgredido. Aduz que nas notas fiscais emitidas aos clientes optantes do SimBahia foi concedido o desconto previsto no artigo 51, mediante a redução da alíquota de 17% para 7%, e que esta redução consta expressamente nos documentos fiscais, mas que o Fisco alega que nessas vendas “houve a majoração de preço para que fosse concedido o desconto, fato este apurado na comparação com os preços normalmente praticados”. Diz que a Fiscalização alega, ainda, que as notas fiscais estão com o valor líquido, não tendo sido aplicado o desconto pelo valor bruto, alegações que o defendant contesta. Afirma que, na descrição da infração, o fiscal “presumiu” que o impugnante “tenha emitido notas fiscais para empresas enquadradas no regime SIMBAHIA, com alíquota interna de 7%, amparando-se no artigo 51, inciso I – “c” do RICMS o qual facilita o benefício da redução de alíquota como um desconto.” Passa a falar sobre o instituto da presunção, transcrevendo o teor do artigo 148 do CTN, afirmando que a Fazenda Pública está obrigada a exaurir todos os recursos objetivos de interpretação para a conclusão do lançamento, empregando todos os meios colocados ao seu alcance.

Assevera que, “enquanto não esgotados todos os demais meios facultados à autoridade, para proceder ao cálculo do tributo, estará ela impedida de aplicar o recurso do lançamento arbitral”.

Repete que o autuado emitiu a nota fiscal dentro do previsto no RICMS/BA, uma vez que o desconto ao SimBahia, previsto no artigo 51, II, do mesmo Regulamento, foi devidamente destacado “naquele documento”. Cita, a título de exemplo, a Nota Fiscal fatura nº 002.580, emitida em 28/12/2006, na venda efetuada à Indústria de Artefatos de Fibra Barreto LTDA, na qual consta como valor total das mercadorias R\$60.231,60, com o destaque de R\$6.692,40, a título de desconto ao Programa SimBahia. Afirma que se o valor bruto da referida venda fosse de R\$60.231,60, o desconto não poderia ser de R\$6.692,40, sob pena deste ser maior do que aquele previsto na legislação baiana. Afirma que, fazendo a operação inversa, considerando o desconto de R\$6.692,40, equivalente a 10% do valor total da mercadoria, ter-se-ia o preço total de R\$66.924,00, e que, se concedido o desconto previsto na legislação, chegar-se-ia ao valor de R\$60.231,60, descrito na nota fiscal em análise. Conclui o raciocínio perguntando onde está a ilegalidade cometida pelo sujeito passivo.

Prossegue dizendo que a autoridade fiscal poderia ter alegado que tal descrição não expressa a realidade, mas jamais deduzir, ou presumir, que houve majoração do valor das mercadorias para que fosse concedido o desconto de 10%, resultante da aplicação da alíquota de 17%.

Aduz que não haveria interesse do comprador em adquirir uma mercadoria acima do valor praticado no mercado, sem o desconto a que faz jus, por ser optante do SimBahia, indo à concorrência, em busca de melhor preço.

Alega que, se erro existiu, teria sido um erro formal, no tocante à forma de declaração das informações no documento fiscal, o qual não teria resultado em falta de recolhimento do imposto. Mas que o RICMS/BA não descreveria a forma como deve ser emitida a nota fiscal aos optantes do SimBahia, e que o seu artigo 51, no inciso II, dispõe que a redução deve estar mencionada no documento fiscal, e que isto foi feito no corpo de todas as notas fiscais em que as operações se deram com microempresas.

Quanto à informação, constante da descrição dos fatos do Auto de Infração, de que houve majoração de preços, afirma que na deve prosperar, porque os produtos que comercializa não fazem parte da pauta fiscal, “o que significa que a fixação de seus preços se dá de acordo com a lei da oferta e procura e conforme as leis do mercado.” Afirma que o papel do governo, no caso em discussão, “é apenas garantir a competição, mas os preços devem sempre ser livres.” Diz que o objetivo final de qualquer empresa é o lucro, e que a formação do preço leva em conta vários critérios, e que qualquer presunção da prática de majoração de preços pelo impugnante, nas vendas realizadas para microempresas, tendente a buscar uma uniformização, interfere no mecanismo de formação do preço e, por conseguinte, feriria o princípio da livre concorrência previsto no artigo 170 da Constituição da República, ao versar sobre os princípios gerais da atividade econômica. Conclui pedindo o cancelamento da infração 02.

O autuante presta informação fiscal às fl. 455 a 457, na qual afirma que, enquanto o caput do artigo 50 do RICMS/BA determina a regra geral da aplicação da alíquota interna de 17%, a de 7%, prevista no artigo 51 do mesmo regulamento, refere-se a exceções, tais como um benefício destinado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos no cadastro estadual regularmente. Que, conforme estabelece o parágrafo 1º, do mesmo artigo 51, tal benefício é equivalente a um desconto condicionado a que seja repassado, por parte da empresa industrial, para o cliente microempresa.

Assevera que, à “vista dos argumentos da autuação e de documentos que comprovam a prática da não concessão de descontos nas suas vendas a microempresas”, o autuado estaria tentando argumentar de maneira descabida, utilizando-se do pretexto da “Presunção” e do “Arbitramento”, quando tais procedimentos não foram aplicados na caracterização da infração. Diz que, apesar da alegação do autuado acerca de o desconto ter sido devidamente destacado nas cópias de notas fiscais de fls. 345 a 415, o valor mencionado como “desconto” não tem efeito sobre o valor da nota (resultado da quantidade do produto multiplicado pelo seu preço unitário), uma vez que o “valor total” é repetido no campo “base de cálculo do ICMS”. Que, além do mais,

ao ser feita a comparação entre os preços constantes das notas fiscais respectivamente com alíquota de 17% e 7%, constata-se que ambos são equivalentes e, em muitos casos, os preços constantes nas notas fiscais com alíquota de 7% são até mais altos do que os preços das notas fiscais de 17% e que, na realidade, se o desconto houvesse sido aplicado corretamente, as vendas com alíquota de 7%, destinadas a microempresas, teriam os preços reduzidos na ordem de 10% em relação à alíquota cheia.

A título de exemplo, traz valores de dez das notas fiscais acostadas às fls. 345, 356, 359, 377 e 409, incluídas no grupo de notas fiscais de fls. 345 a 415, em que constam produtos com nomenclatura e código idênticos, cinco destes documentos fiscais tendo sido utilizados em vendas a empresas sob regime normal de apuração de imposto, e cinco destinadas a microempresas, com preços iguais, ou maiores, do que os praticados nas vendas para as empresas sob regime normal de apuração do imposto. Quanto aos valores da nota fiscal citada como exemplo na impugnação, de nº 002.580, de 28/12/2006, ressalta que o desconto mencionado não foi abatido do total, sendo tal procedimento conflitante com o disposto no artigo 51, II, do RICMS/BA, e que o valor que o autuado alega ser resultante de operação inversa é ficção, porque o mesmo não aparece na citada nota fiscal.

No que tange à alegação do impugnante quanto a ter ocorrido apenas erro formal no que concerne ao preenchimento da nota fiscal, que não acarretou falta do recolhimento do imposto, afirma que não condiz com a verdade, porque: a) “os preços efetivamente praticados na comercialização dos produtos a microempresas estão no mesmo patamar daqueles praticados na venda a empresas normais e mais, em vários casos como aqueles demonstrados acima na forma de exemplos, os preços para microempresas estão acima dos demais; b) a empresa se apropriou em proveito próprio, de um benefício que se destinava a incentivar o incremento da produção das microempresas no sentido de estimular o incremento do nível de emprego e renda.” Cita o Acórdão CJF nº 0526-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (fls. 339 a 344), no qual afirma ter sido julgada procedente infração semelhante, no sentido de que foi usado o mesmo precedente da legislação, mas que no caso presente há mais evidências e provas de fraude do imposto, fato que afirma comprovado através da emissão das notas fiscais e da comparação dos preços praticados na comercialização para microempresa e empresas normais.

Aduz que, contrariamente à afirmação do defendant quanto a que a ação fiscal ter-se-ia baseado em “Presunção” para reclamar o imposto, a caracterização da infração 02 “está respaldada no fato de o autuado ter simulado um desconto que não influenciou no preço cobrado do cliente, tendo apenas se beneficiado da redução da alíquota de 17% para 7%.”

Conclui pedindo a manutenção da autuação.

Às fls. 459 e 461 a 464, constam extratos do Sistema SIGAT/SEFAZ informando o pagamento parcial do Auto de Infração, referente às infrações 01, 03 e 04.

VOTO

O Auto de Infração em análise cobra ICMS no valor de R\$696.828,89, acrescido da multa no percentual de 60%, conforme descrito no Relatório.

O contribuinte reconhece a procedência das infrações 01, 03 e 04, e nega o cometimento da infração 02.

No que tange às infrações admitidas pelo sujeito passivo, lastreadas nos demonstrativos e documentos fiscais de fls. 17 a 29, e 62 a 318, considero-as procedentes, inexistindo controvérsia.

Quanto à infração impugnada, falece razão ao sujeito passivo, porque, apesar de sua argumentação quanto à ingerência do Estado na ordem econômica nacional, cabe ao poder público garantir a estabilidade e bem estar social e, para isto, promover a geração de empregos e o equilíbrio econômico. Nesse sentido, foi criado na Bahia o regime simplificado de apuração do

imposto, SimBahia, com características e regras tributárias específicas, que atingem não apenas os integrantes desse regime, mas aquelas empresas que com eles optam por comercializar. Conforme descrito na infração 02, o autuado não procedeu ao repasse determinado pelo inciso II do artigo 51 do RICMS/BA, pelo que, não fazendo jus ao benefício concedido, de redução da alíquota de 17% para 7%, na determinação da base de cálculo do seu imposto a recolher aos cofres públicos, beneficiou-se indevidamente da redução, acarretando a consequência de recolher a menos o valor do imposto devido.

Não é a situação, como quer fazer parecer o contribuinte, de mero erro formal no preenchimento dos documentos fiscais objeto da autuação, porque está provado, do exame dos mesmos, que não foi feito o desconto nas vendas para as empresas integrantes do SimBahia, mas o imposto foi calculado à alíquota de 7%. Caso se tratasse de mero erro de preenchimento das notas fiscais, o valor da operação na venda feita pelo autuado para empresas integrantes do SimBahia seria, necessariamente, inferior àquele praticado quando da venda, no mesmo período, da mesma mercadoria, para as empresas sob regime normal.

Confrontando as notas fiscais de nºs 1.296 (fl. 370) e 1.295 (fl. 371), emitidas em 17/01/2006, verifico que o sujeito passivo vendeu a mesma mercadoria a empresa integrante do SimBahia por valor superior àquele praticado quando da venda a empresa sob regime normal de apuração do ICMS. Por conseguinte, depreende-se que houve a tentativa de compensação do desconto que seria concedido à empresa inscrita sob o regime simplificado de apuração do imposto. Dessa forma, a autuação não foi feita por presunção, nem houve arbitramento da base de cálculo, tendo sido os débitos tributários lançados no Auto de Infração baseados nos valores constantes nas notas fiscais acostadas ao processo, e nos demonstrativos de fls. 30 a 61, dos quais o contribuinte recebeu cópia, conforme recibo nas mesmas aposto.

O autuado alega que o preço praticado deve ser sempre livre, mas a regra aqui em foco determina uma escolha, ou seja, se o estabelecimento industrial, ou a esse equiparado, decide beneficiar-se da redução de alíquota na venda às empresas, regularmente cadastradas neste Estado, integrantes do SimBahia e ambulantes, obriga-se a repassar-lhes, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, e não da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. O levantamento realizado pelo autuante, com a anexação das cópias das notas fiscais às fls. 345 a 415, demonstrou que esta regra foi desobedecida pelo sujeito passivo, e o mesmo não trouxe, ao processo, prova em contrário. A mera alegação do não cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da obrigação de comprovar o quanto assevera. Infração caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido, conforme demonstrativo do Sistema SIGAT/SEFAZ de fl. 459.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 180573.0001/07-2, lavrado contra **REICHHOLD DO BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$696.828,89** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR