

A. I. Nº - 147323.0055/09-1  
AUTUADO - MADEPAR LAMINADOS S/A  
AUTUANTES - ANSELMO LEITE BRUM e JAYME GONÇALVES REIS  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
INTERNET - 22.04.10

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0091-04/10**

**EMENTA: ICMS.** 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA COMERCIALIZADA COM CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMBAHIA, SEM OBEDECER AO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO. Não comprovado nos autos que o benefício concedido da redução da alíquota tenha sido repassado ao destinatário. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. b) ENERGIA ELÉTRICA NÃO CONSUMIDA NO PROCESSO PRODUTIVO. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO IPI DA BASE DE CÁLCULO NAS VENDAS A CONSUMIDOR FINAL. Infrações 2, 3 e 4 reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 03/03/09, para exigir ICMS no valor de R\$100.042,72, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que efetuou vendas para Micro e Pequenas Empresas, com alíquota de 7% sem obedecer ao disposto no art. 51, II, §1º do RICMS/BA - R\$89.546,11.

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, referente a nota fiscal 338945 - R\$6.000,00.

03. Recolheu a menos o ICMS em razão da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final - R\$1.618,24.

04. Utilizou indevidamente crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica em proporção superior às saídas ou prestações destinadas ao exterior. Consta na descrição dos fatos que utilizou crédito total destacado nos documentos fiscais, sem abater a parcela não consumida no processo produtivo, conforme informação prestada pelo próprio contribuinte - R\$2.878,37.

O autuado, em sua defesa às fls. 58 a 70, inicialmente discorre sobre as infrações e alega que a fiscalização utilizou critérios subjetivos na apuração do imposto, especialmente a infração 1, sendo necessário ser submetido a uma apreciação pericial.

Em seguida transcreve texto de diversos autores (Paulo Celso Bonilha, Marcos Vinicius Neder, Maria Tereza Martinez Lopes) acerca de provas no processo administrativo, procedimentos fiscais, princípios tributários (legalidade, verdade material) para tentar justificar necessidade de prova pericial.

Preliminarmente afirma que a exigência fiscal vale-se de “argumentos equivocados e controvertidos, incompatíveis com a lei e a orientação pretoriana”. com levantamento fiscal baseado em presunções.

Transcreve textos de autoria de doutrinadores (Gerd Wili Rothman, Ives Gandra da Silva Martins, Ruy Barbosa Nogueira) acerca do princípio da legalidade tributária e decisões de Tribunais Superiores anulando exigências de imposto com base em presunções.

No mérito, com relação à infração 1, diz que a acusação se ampara no art. 51, II, § 1º do RICMS/BA, que prevê aplicação de alíquota de 7% ao invés de 17% nas saídas de mercadorias destinadas a micro e empresas de pequeno porte, desde que o estabelecimento industrial repasse ao destinatário o valor do imposto que implicou em redução.

Afirma que embora “os descontos não tenham constado no corpo das notas fiscais, os mesmos foram efetivamente concedidos no preço final, tratando-se de mero descumprimento de obrigação acessória”. Diz que se a fiscalização tivesse comparado o preço de venda das mercadorias com os estabelecimentos em questão (ME/EPP) com os demais estabelecimentos verificaria a existência dos descontos em conformidade com o disposto na legislação, cabendo apenas a aplicação de uma multa por descumprimento de obrigação acessória, por não ter destacado o desconto na nota fiscal.

Argumenta que ao contrário do procedimento adotado pela fiscalização, “o preço não pode ser apurado pela simples análise das notas fiscais, vez que o mesmo sofre alterações dependendo das condições de vendas”, exemplificando que um pallet com 500 chapas ter custo menor de embalagem e frete que um pallet com 200 chapas. Também há oscilação de preços em função de cores.

Ressalta que seus concorrentes têm preço competitivo, por faturarem com alíquotas de 7% (São Paulo) enquanto ele fatura com 17%, mesmo com adição de frete em torno de 2%, sem contar que em Pernambuco tem isenção total do ICMS. Salienta ainda sofrer concorrência com estabelecimento instalado em país vizinho (Argentina) cujos custos são menores em decorrência de benefícios fiscais e operacionaliza essa competição com repasse do desconto no preço unitário do produto.

Pondera que a fiscalização vem agindo com extremo **vigor** contra a única empresa de laminados instalada aqui, empregando mais de 150 pessoas diretamente e uma centena indiretamente, gerando divisas para o Estado através do recolhimento do ICMS. Requer o cancelamento da infração ou convertido a obrigação principal em descumprimento de obrigação acessória.

Com relação à multa de 60%, argumenta que não guarda proporcionalidade com a infração. Discorre sobre constitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro decidido pelo que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 551-1/RJ que estipulava multas absurdas.

Transcreve parte de texto publicado por doutrinadores acerca de multas abusivas, confiscatórias, decisões de julgados por Tribunais Superiores e requer, caso mantida a autuação, a redução da multa. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, perícia, juntada de documentos após revisão dos valores exigidos dado o prazo exígido para oferta de defesa.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 92/93), inicialmente resume as alegações defensivas e diz que em nenhum momento o autuado juntou ao processo qualquer prova de suas alegações. Ressalta que nem o preço diferenciado que poderia ser identificado pelos autuantes, consegue demonstrar.

Salienta que complica ainda mais a diferenciação de preços para comprovar os descontos no momento que admite ocorrer oscilações de preços em relação a quantidades comercializadas.

Questiona como identificar se foi dado o desconto previsto na legislação em relação às vendas realizadas para ME e EPP se a sua base de preço não é capaz de demonstrar tal situação.

Afirma que as informações sobre mercado, concorrentes, geração de empregos não guarda relação com a infração apontada na autuação e da mesma forma, a i estabelece relação com o fato que deseja contestar.

Conclui dizendo que pela falta de argumentos defensivos, requer a procedência do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 96 detalhe de pagamento de parte do débito.

## VOTO

O autuado na sua defesa requereu realização de perícia sob o argumento de que o imposto foi exigido a título de presunção (infração 1). Consoante o art. 147, inciso II, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntados ao processo demonstrativos nos quais foram relacionadas notas fiscais emitidas pelo próprio estabelecimento autuado e sendo ele detentor de tais documentos e escrituração, não há necessidade de requisitar laudo "por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada" para emitir opinião sobre possíveis irregularidades.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo a recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota e não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, bem como pela utilização indevida de crédito fiscal.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada o autuado alegou que embora "os descontos não tenham constado no corpo das notas fiscais, os mesmos foram efetivamente concedidos no preço final, tratando-se de mero descumprimento de obrigação acessória", o que foi contestado pelos autuantes na informação fiscal.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a fiscalização elaborou demonstrativo juntado às fls. 6/19, no qual relacionou as notas fiscais emitidas contra ME e EPP nas quais não foram indicados os valores dos descontos que deveriam ser repassados ao destinatário das mercadorias, cujas cópias das notas fiscais foram juntadas às fls. 20/42.

Conforme disposto no art. 51, I do RICMS/BA, incide alíquota de 7% nas operações com mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e de mercadorias consideradas supérfluas.

Com a edição do Dec. 7.466/98 que instituiu o inciso II, do § 1º do art. 51 com efeitos a partir de 01/01/99 o estabelecimento industrial ou a este equiparado ficou obrigado a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% ao invés de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. Este procedimento está contido na Instrução Normativa nº 38/94, mesmo que a referida IN seja anterior ao atual Regulamento, que é de 1997.

Como o ICMS integra a própria base de cálculo, o valor do desconto que deve ser repassado às ME, EPP não pode ser simplesmente a diferença do percentual de 17% para 7%, e neste caso é correta a utilização do percentual do fator fixo de 10,75269% previsto na citada IN.

Pelo exposto, verifico que a exemplo da Nota Fiscal 49680 (fl. 20), o autuado indicou valor da venda de R\$1.591,20 e aplicou alíquota de 7% destacando ICMS de R\$111,38. Logo, está comprovado que no valor total da nota fiscal não foi procedido o desconto do valor correspondente à redução da alíquota de 7% para 17%. A mesma análise é válida para as demais notas fiscais juntadas ao processo (fls. 21/42).

Quanto às alegações defensivas de que operacionalizou o desconto

ACORDÃO JJF N° 0091-04/10

não pode ser acatada, tendo em vista que a norma é impositiva “devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal”, fato que não foi comprovado. Observo que a intenção do legislador foi reduzir o ônus da carga tributária das empresas optantes do SimBahia (ME/EPP) e não tendo sido repassado ao destinatário o benefício fiscal instituído, deve ser exigido o pagamento do ICMS aplicando-se a alíquota de 17%. Por isso não pode ser acatada a tese defensiva de que houve apenas descumprimento de obrigação acessória.

Face ao exposto, considero correto o procedimento adotado pela fiscalização e procedente esta infração.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 5), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de a multa ter caráter confiscatório e ser constitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

No que se refere às infrações 2, 3 e 4, as mesmas foram reconhecidas na defesa apresentada e não havendo qualquer discordância, devem ser mantidas na sua integralidade.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n. **147323.0055/09-1** lavrado contra **MADEPAR LAMINADO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$100.042,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VI, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR