

A. I. N° - 299334.0401/08-5
AUTUADO - FAVAB S/A
AUTUANTE - CLAUDIO ANTÔNIO BARRETO MARTINELLI BRAGA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 16/07/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0169-03/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. b) MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 2. ALÍQUOTA. a) ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infrações não impugnadas. b) VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMBAHIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7% EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. A adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual, é condicionada, dentre outras coisas, a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal (RICMS, art. 51, § 1º, II). O contribuinte não provou que tivesse concedido o desconto na forma prevista no Regulamento. Infração comprovada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado não contestou. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2008, refere-se à exigência de R\$227.549,06 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de maio e novembro de 2004; abril, maio, setembro e novembro de 2005. Valor do débito: R\$2.176,35.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, no mês de maio de 2004. Valor do débito: R\$9,75.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias para consumidor final em outra unidade da Federação com a alíquota de 12%. Valor do débito: R\$545,93.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias com a alíquota de 7% para contribuinte normal. Valor do débito: R\$1.423,84.

Infração 05: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor do débito: R\$4.115,07.

Infração 06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias para microempresas sem comprovação de desconto, no período de janeiro de 2003 a outubro de 2005. Valor do débito: R\$219.278,22.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 239, apresentou impugnação (fls. 230 a 238), informando inicialmente que os valores apurados nas infrações 01, 02, 03, 04 e 05 serão recolhidos. Quanto à infração 06, diz que a fiscalização reconhece que todas as vendas foram realizadas para contribuintes do SIMBAHIA, e ainda assim, foi desconsiderada a alíquota de 7%, prevista no art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS/BA. Diz que somente a parte final da descrição da infração esclarece a aparente contradição na medida em que a fiscalização afirmou que o autuado não repassou ao adquirente o valor do benefício previsto na legislação. Diz que a prova de que não foi repassado o desconto aos adquirentes não foi mencionada e sequer anexada aos autos, oportunizando o contraditório, e essa omissão reveste de nulidade o Auto de Infração. Diz que em sentido oposto, o defendente colaciona à impugnação provas de que repassou o desconto aos adquirentes do SIMBAHIA. Cuidou de separar mês a mês, durante todo o período autuado, notas fiscais de venda a cliente do SIMBAHIA e a cliente do regime normal, podendo ser visualizado que o preço praticado de um mesmo produto para o primeiro cliente sempre foi inferior ao do segundo. Informa que elaborou um demonstrativo para comparar os preços praticados para clientes SIMBAHIA, em que se aplicou a alíquota de ICMS de 7%, e clientes do regime normal de apuração do ICMS, onde foi aplicada a alíquota de 17%, e a referida planilha se faz acompanhar das correspondentes notas fiscais. Cita exemplos e diz que a juntada do mencionado demonstrativo e das notas fiscais comprovam a redução do preço da mercadoria, revelando o tratamento diferenciado para clientes de situação tributária distinta, e isso ocorre sucessivamente em todas as operações analisadas, havendo uma redução em torno de 10% para os clientes do SIMBAHIA, em razão da redução da alíquota.

Quanto à falta de destaque do desconto, o defendente alega que está sendo exigido imposto em duplicidade, tendo em vista que pela falta de destaque do imposto até concorda com a aplicação de uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Diz que uma autuação similar (Auto de Infração nº 206925.0051/04-2) foi julgada por este CONSEF, e no curso do processo ficou evidenciado que houve tão somente o descumprimento do art. 824-E, § 3º do RICMS/BA. Como não foi feito o destaque na documentação fiscal, na forma determinada no mencionado artigo do RICMS, restou apenas penalizado com aplicação da multa prevista no art. 42, XXII, da Lei 7.014/96. O autuado entende que neste PAF se repete fato similar, já que houve apenas ausência de destaque. O defendente alega, também, que a mesma infração lhe foi imputada no Auto de Infração de nº 087461.0004/05-5, só que referente aos exercícios de 2001 e 2002, tendo sido proferido o voto no Acórdão CJF Nº 0229-11/06. Entende que não há dúvida de que a presente autuação é uma fiel reprodução da citada anteriormente, diferenciando-se apenas por possuírem períodos diferentes. Reproduz o voto do relator no mencionado Acórdão, e finaliza pedindo a improcedência do presente lançamento, e em caso de controvérsia com a informação fiscal, pede que seja realizada diligência fiscal pela ASTEC.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 333 a 336 dos autos, diz que o contribuinte cometeu uma série de equívocos em sua impugnação, tendo em vista que o os elementos necessários a sua existência e não pode ser cons trabalho de fiscalização é iniciado a partir do Termo de Início

quando o contribuinte toma conhecimento que está sendo fiscalizado. Diz que o Auto de Infração inclui todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Indaga, se o auto de infração fosse nulo, porque o contribuinte estaria disposto a recolher os valores apurados nas infrações 01 a 05? Salienta que o defendente descumpriu o previsto no art. 51, § 1º, inciso II do RICMS/BA e as tabelas de preços apresentadas pelo autuado não asseguram que de fato, os adquirentes do SIMBAHIA foram beneficiados nas aquisições de produtos fabricados pelo autuado. Diz que a partir das planilhas elaboradas pela fiscalização se comprova que em vários meses o autuado praticou preços a adquirentes do SIMBAHIA com desconto inferior ao determinado pela legislação, que seria 10%. Informa que ao elaborar a planilha, teve o cuidado de adotar como referência o preço máximo no mês/período utilizado pelo defendente para realizar suas vendas a contribuinte normal. Esclarece que a coluna da planilha BC com Desconto (SIMBAHIA) trás valores que deveriam ser praticados para os contribuintes do SIMBAHIA. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 459 a 461, aduzindo que na impugnação inicial apresentou demonstrativo para comprovar que nos preços praticados a clientes do SIMBAHIA foi aplicada a alíquota de 7%, conforme determina a legislação. Para clientes normais, foi aplicada a alíquota de 17%, revelando o repasse do benefício fiscal e o tratamento diferenciado para clientes de situação tributária distinta. Assegura que isso ocorreu em todas as operações realizadas, havendo uma redução em torno de 10% para clientes do SIMBAHIA. Repete a alegação de que o fato de não ter sido assinalado no corpo das notas fiscais o desconto repassado para o cliente, na forma regulamentar, não é suficiente para legitimar a cobrança do imposto, na forma realizada, especialmente pela possibilidade de se apurar na contabilidade o desconto concedido. Renova o pedido para que seja realizada revisão fiscal, no sentido de se comprovar o repasse dos descontos para todos os clientes do SIMBAHIA. Salienta que a mesma infração foi imputada no Auto de Infração de nº 087461.0004/05-5, só que referente aos exercícios de 2001 e 2002, conforme já alegou na impugnação inicial. O defendente informa que em nenhum momento suscitou a nulidade das infrações 01 a 05, e que juntará aos autos o DAE de pagamento relativo aos valores lançados nestas infrações. Assim, busca a nulidade apenas da infração 06. Por fim, o autuado requer a nulidade ou improcedência da infração 06, substituindo-se a cobrança de imposto pela aplicação da multa no valor de R\$50,00. Reitera o pedido de diligência à ASTEC.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 464 dos autos, dizendo que o defendente não apresentou nenhuma novidade, e que mantém a ação fiscal que resultou no presente lançamento, pedindo que seja julgado pela sua procedência.

Consta à fl. 466/470 extrato SIGAT comprovando o pagamento do valor total de R\$14.953,70, relativo a uma parte do débito apurado no presente Auto de Infração.

À fl. 475, esta Junta de Julgamento fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC, para o diligente intimar o autuado a apresentar as notas fiscais originais correspondentes às operações relacionadas na infração 06, realizando o confronto entre as notas fiscais de vendas a clientes do SIMBAHIA e a clientes do regime normal de apuração do imposto, apurando se o preço praticado de um mesmo produto e na mesma época, para o cliente do SIMBAHIA (com alíquota de 7%) foi inferior ao do cliente do regime normal (com alíquota de 17%), e em que percentual, juntando aos autos a comprovação, por amostragem.

No PARECER ASTEC Nº 053/2010 (fls. 476/478), o diligente informa que foram analisadas notas fiscais de produtos idênticos, quantidades idênticas e em datas próximas, de modo a estabelecer um comparativo de preços praticados com as empresas do SIMBAHIA e de regime normal. Elabora planilha comparativa de preço unitário, e informa que as três primeiras notas fiscais apresentam três preços diferentes para o mesmo produto e quantidade não há tratamento tributário uniforme, tendo em vista que a vez normal teve preço tanto superior como inferior ao contribuinte do

Fiscais 13150 e 13211 apresentam valores idênticos e são destinadas a contribuintes do regime normal e SIMBAHIA, respectivamente. Informa que também constatou duas notas fiscais (12197 e 12294) com preço para contribuinte do regime normal superior em 9% ao praticado com a empresa do SIMBAHIA. As NFs 13268 e 13260 apresentam diferença de 15% entre o contribuinte normal e do SIMBAHIA, se enquadrando na justificativa do autuado. Já as NFs 13243, 13261, 15001 e 14905 apresentam o preço cobrado ao contribuinte do SIMBAHIA, apenas 3% inferior ao contribuinte do regime normal. As NFs 13858 e 13883 apresentam situação inversa, porque o preço praticado com o contribuinte do SIMBAHIA é 12% superior ao da empresa do regime normal. As NFs 13848 e 13906 também apresentam o contribuinte do SIMBAHIA com preço superior em 04% ao regime normal para o produto Vaselina Premium 500 ml e 7% superior ao contribuinte do SIMBAHIA para o produto Vaselina Pote 450 gr. Por fim, informa que em relação às NFs 14639 e 14620 apresentam preço de venda ao contribuinte do regime normal 9% superior ao preço do SIMBAHIA. Portanto, o diligente conclui que não há um padrão de preços que comprove que nas operações realizadas pelo autuado, os preços praticados em relação aos contribuintes do SIMBAHIA tenham sido, em média, 10% inferiores aos do regime normal, haja vista que, embora existam caso que comprovem tal diferença em favor do contribuinte do SIMBAHIA, há casos em que os preços são idênticos e em outros a situação se inverte completamente.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 053/2010, o defendente se manifestou às fls. 563 a 567, aduzindo que embora as conclusões do mencionado parecer possam indicar que a prova pretendida pelo impugnante não restou acolhida, as informações que lhe antecederam revelam o contrário, pois foi confirmado que os preços praticados não eram uniformes para todo e qualquer cliente. Portanto, inexistente preço linear, hipótese que poderia confirmar que o autuado repassou ou não o benefício fiscal de 7% do ICMS para os clientes do SIMBAHIA. Salienta que foi alvo da revisão fiscal um número pequeno de notas fiscais emitidas pelo autuado em comparação com o universo de operações diariamente realizadas, comprometendo, em razão disso, a segurança do resultado. Diz que a diligência fiscal foi realizada com base em preços unitários das vendas de mercadorias idênticas, sem que tenha sido levado em consideração a existência de outros fatores que de igual forma influenciam na composição dos preços de venda das mercadorias, a exemplo do frete. Informa que uma empresa que usualmente necessita de transporte para fazer a entrega de suas mercadorias, como é o caso do autuado, usa duas modalidades de frete. O CIF e o FOB. Neste caso, algumas vendas realizadas pelo autuado para seus parceiros comerciais, o valor do frete foi incluído no preço de venda, o que resulta aumento significativo do valor final da operação. Outro exemplo são os encargos financeiros embutidos nos preços de vendas das mercadorias. Assim, em relação a um mesmo produto, um cliente que realiza o pagamento à vista, certamente terá seu preço inferior ao que realizou o pagamento a prazo. O defendente também cita o caso de parceiros comerciais, que em face de um número elevado de operações com o estabelecimento autuado poderá ser agraciado com um abatimento do preço. Desta forma, os fatores citados podem alterar de forma significativa o preço cobrado, existindo outros exemplos que não foram citados, que também deveriam ser levados em consideração pelo preposto da ASTEC. O autuado assegura que realizou o repasse dos descontos para os clientes do SIMBAHIA, com aplicação da alíquota reduzida de ICMS para 7%, na forma do inciso II, do art. 51 do RICMS, e isso foi comprovado através da revisão fiscal realizada. Destaca que a mesma infração foi imputada no Auto de Infração nº 087461.0004/05-5, referente aos exercícios de 2001 e 2002, e a Câmara julgadora entendeu que o autuado descumpriu uma formalidade inserta no § 1º, II do art. 51 do RICMS/97. Assim, o autuado entende que a falta de destaque na documentação fiscal, na forma determinada, importa no pagamento de penalidade no valor de R\$50,00. Finaliza, pedindo a improcedência da infração 06.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 569, dizendo que no PARECER ASTEC Nº 053/2010, o diligente conclui claramente que não há um padrão de preços que realizadas, os preços praticados em relação aos contribuintes de

média 10% inferiores ao do regime normal. Assim, o autuante mantém a exigência fiscal e pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa quanto à infração 06, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado impugnou somente a infração 06, tendo informado nas razões de defesa que efetuou o recolhimento do imposto apurado nas infrações 01 a 05. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Infração 06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas de mercadorias para microempresas sem comprovação de desconto, no período de janeiro de 2003 a outubro de 2005.

O autuado alega que repassou sob a forma de desconto a redução de 17% para 7% para a microempresa adquirente de seus produtos em observância ao disposto no art. 51, § 1º, II, do RICMS/BA, salientando que o fato de não ter sido assinalado no corpo das notas fiscais o desconto repassado para o cliente, na forma regulamentar, não é suficiente para legitimar a cobrança do imposto, na forma realizada.

Para melhor entendimento da matéria em análise, transcrevo abaixo o dispositivo do RICMS/97, que estabeleceu o benefício e a condição para a sua utilização:

***Art. 51.** 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% nas operações com:

c) 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 (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

***§ 1º** Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:*

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente valor aproximadamente correspondente ao benefício alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redu

respectivo documento fiscal.

O dispositivo regulamentar acima reproduzido prevê que ao aplicar a alíquota de 7%, o estabelecimento vendedor deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da redução, não estando comprovado pelas cópias das notas fiscais acostadas aos autos que foi considerado o mencionado desconto na forma prevista na legislação.

Observo que foi realizada diligência por preposto da ASTEC, e de acordo com o PARECER ASTEC Nº 053/2010, foram analisadas notas fiscais de produtos idênticos, quantidades idênticas e em datas próximas, de modo a estabelecer um comparativo de preços praticados com as empresas do SIMBAHIA e do regime normal. Após analisar estas notas fiscais, o diligente chegou à conclusão de que não há um padrão de preços que comprove que nas operações realizadas pelo autuado, os preços praticados em relação aos contribuintes do SIMBAHIA tenham sido em média, 10% inferiores aos do regime normal, haja vista que, embora existam casos que comprovem tal diferença em favor do contribuinte do SIMBAHIA, há casos em que os preços são idênticos e em outros a situação se inverte completamente.

Em sua manifestação, o autuado alegou a existência de fatores que influenciam na composição dos preços de venda das mercadorias, a exemplo do frete, encargos financeiros embutidos nos preços; o caso de parceiros comerciais, que em face de um número elevado de operações com o estabelecimento autuado poderá ser agraciado com um abatimento do preço, existindo outros exemplos que não foram citados, e que também deveriam ser levados em consideração pelo preposto da ASTEC. Assegura que realizou o repasse dos descontos para os clientes do SIMBAHIA, com aplicação da alíquota reduzida de ICMS para 7%, na forma do inciso II, do art. 51 do RICMS, e isso foi comprovado através da revisão fiscal realizada.

Vale salientar, que independente das questões levantadas pelo defendente o benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido. Portanto, se o contribuinte não comprovou que foi concedido o desconto na forma prevista no Regulamento, não acato as alegações defensivas, inclusive, de que o desconto estaria embutido no preço da mercadoria comercializada pelo sujeito passivo, e concluo pela subsistência desta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299334.0401/08-5, lavrado contra FAVAB S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$227.549,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a”, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA