

PROCESSO	- A. I. N° 281390.0002/09-7
RECORRENTE	- COATLAND DO BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO e REPRESENTAÇÕES DE FIBRAS, RESINAS E TINTAS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0359-03/09
ORIGEM	- INFAS INDÚSTRIA
INTERNET	- 20/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0212-11/11

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é condicionada 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. A expressão “aproximadamente correspondente” (RICMS/97, art. 51, § 1º, II) é consentânea com o fato de o ICMS ser calculado por dentro, conforme prevê a legislação infraconstitucional. O benefício visa a favorecer o adquirente, e não o vendedor. Como não foi dado o desconto, não foi, consequentemente, repassado o benefício ao adquirente, e sendo assim, não foi cumprida a condição para aplicação do benefício. Mantido o lançamento. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/6/09, centrando-se a irresignação acerca da infração 1 abaixo transcrita, tendo por ele sido admitida a infração 2.

“Recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota – adoção da alíquota de 7% prevista no art. 51, I, “c”, c.c. seu § 1º [do RICMS], sem observar que o industrial, nas vendas a empresas do SimBahia, deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente à redução da alíquota, devendo a redução constar expressamente no documento fiscal –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 324.167,37, com multa de 60%”

A 3ª JJF, mediante o julgado a seguir transscrito, decidiu pela Procedência, assim deliberando:

“O autuado alega que a legislação diz que deve constar expressamente a redução na Nota Fiscal, mas não é dito que deveria ser um percentual de desconto ou um valor em moeda corrente, apenas sendo previsto que se conceda tal desconto e ele seja apontado em cada Nota Fiscal, exatamente como a empresa procedeu, destacando a alíquota reduzida de 7% e a informação referente ao artigo. Alega que se algum prejuízo houve foi para os clientes, não para o Estado. Juntou elementos visando demonstrar que os preços das mercadorias variam em função de uma série de fatores, tais como o custo de aquisição, volume das compras aos fornecedores e das vendas aos clientes, prazos de pagamento e valores do mercado concorrente. Alega que a empresa tem total liberdade de praticar seus preços, desde que sejam acima do seu custo de aquisição e com a margem necessária para poder honrar com seus compromissos.

Por sua vez, o fiscal autuante, a par de considerações acerca dos termos da legislação, rebate a assertiva da defesa acerca da liberdade na determinação dos preços dizendo que tal liberdade não se aplica às operações

com o benefício fiscal do art. 51, I, “c”, em que o Estado da Bahia abdica de parcela de sua receita de ICMS para que o preço unitário praticado nas vendas aos beneficiários seja menor que o praticado a contribuintes da condição normal.

Há equívocos no ponto de vista do autuado, quanto ao desconto previsto no art. 51, § 1º, II, do RICMS, como também há equívoco no ponto de vista do autuante, quando diz que o Estado abre mão de parcela da receita do ICMS para que o “preço unitário” praticado nas vendas aos beneficiários seja menor que o praticado a contribuintes da condição normal.

A previsão do art. 51, § 1º, II, do RICMS nada tem a ver com a formação dos preços, como alega o contribuinte, e tampouco com a fixação do preço unitário, como considera o fiscal autuante. Salvo casos excepcionais, cada empresa é livre para fixar seus preços, em função do custo de aquisição ou produção, volume das operações, prazos de pagamento e outros fatores do mercado, desde que se situem acima do seu custo de aquisição ou produção. A regra do art. 51, § 1º, II, não se intromete na composição dos preços, nem na fixação do preço unitário. O que esse dispositivo prevê é que, uma vez estabelecido o preço, seja ele qual for, quando o estabelecimento industrial efetuar vendas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, caso pretenda que a operação seja tributada à alíquota de 7% – que é opcional –, deverá, independentemente do critério adotado na formação de seu preço e não importando se na operação foram concedidos outros descontos de qualquer natureza, repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, fazendo constar em cada Nota Fiscal que efetivamente tal repasse foi feito. Não há como aceitar demonstrações hipotéticas como pretende a defesa.

Repito que a adoção da alíquota de 7% em lugar da de 17% é opcional. A empresa vendedora não é obrigada a aplicar a alíquota reduzida. Porém, caso pretenda adotá-la, é preciso ter em mente que se trata de um benefício que é dado sob condição: a adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é condicionada 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, de 17% para 7%. Note-se que o dispositivo se refere ao valor “aproximadamente correspondente” ao benefício. Por que “aproximadamente”? Resposta: porque o ICMS é calculado por dentro, de modo que 17% menos 7% não correspondem exatamente a 10%, haja vista que o imposto incide sobre ele próprio. O que o texto do inciso II do § 1º prevê é que o vendedor, ao aplicar a alíquota de 7%, repasse ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximado da redução da carga tributária. Isso porque a finalidade objetivada pelo legislador não foi beneficiar a indústria, mas sim o adquirente que se enquadre na categoria de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.

A defesa alegou que repassa o benefício para o adquirente mediante preços diferenciados. Só há uma forma eficaz para provar isso: dando o desconto de forma clara e expressa no corpo da Nota Fiscal, conforme prevê o art. 51, § 1º, II. Tal desconto não consta nas Notas Fiscais acostadas aos autos pelo autuante. Como não foi dado o desconto, não foi consequentemente repassado o benefício ao adquirente, e sendo assim não foi cumprida a condição para fruição do benefício.

Mantenho o lançamento do item 1º do Auto de Infração.”

O sujeito passivo, às fls. 399/408, por seu advogado, apresentou razões recursais arguindo, em síntese, como preliminar, que o lançamento é nulo, por ter expirado o prazo da Ordem de Serviço relativa à presente ação fiscal.

No mérito, alegou que, no que tange à infração 1, juntou documentação em sede recursal – notas fiscais e planilhas de formação de preço (fls. 411/649) – a fim de comprovar que a redução foi concedida aos adquirentes das mercadorias beneficiários da adoção de alíquota de 7%, à luz do art. 51, I, “c”, do Decreto nº 6284/97, o qual não estabelece que o desconto deva ser dado de forma expressa e clara no corpo da nota fiscal, limitando-se a determinar que haja a redução, o que, efetivamente, foi por ela cumprido, e que a lide em discussão adveio da interpretação equivocada e conflitante do fisco, passando a transcrever parte do voto.

Acrescentou que a vasta documentação ali acostada comprova cabalmente que a redução foi dada com a alíquota diferenciada de 7% e que não houve venda com preço inferior ao custo de aquisição ou produção da mercadoria, e que nessa documentação consta a expressão alíquota diferenciada, seguida em todos os casos do art. 51, I, “c” do dito decreto.

Invocou o princípio da isonomia tributária, transcrevendo a ementa do Acórdão CJF nº 0839/01, pugnando, por fim, pela improcedência do auto infracional.

A PGE/PROFIS em sucinto Parecer de fls. 656/658, rejeitou a preliminar de nulidade, afirmando que o esgotamento do prazo da Ordem de Serviço não gera a nulidade da autuação, apenas possibilita que o sujeito passivo exerça seu direito à denúncia espontânea.

Sobre o mérito, disse que não se sustenta a tese defendida pelo contribuinte, eis que da análise do PAF não restou comprovado que o recorrente tenha posto expressamente no documento fiscal que o desconto foi concedido, opinando pelo improviso.

Constam às fls. 668/673, documentos relativos ao pedido de parcelamento do débito da infração 2, cuja procedência foi admitida.

VOTO

O cerne da defesa manifestada em sede recursal às fls. 399/408 invoca a tese, à guisa de preliminar de nulidade, que a Ordem de Serviço nº 506740/09, iniciada em 06/04/09, deveria ter findado em 05/07/09 – que teria sido o seu prazo limite- e que, em respeito ao princípio da legalidade, a presente ação fiscal deveria ter sido concluída no prazo de 90 dias, prorrogável por igual período consecutivo, o que não ocorreu e, por isso, foi prejudicado o direito do sujeito passivo de proceder à denúncia espontânea.

Consoante foi elucidado pela PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 656/658, o fato de ter sido ultrapassado o prazo sem prorrogação ou lançamento de ofício não induz à nulidade do PAF nem retiraria do contribuinte o direito de exercer a denúncia espontânea, à vista do que dispõe o art. 26 do RPAF, sem que tenha havido ofensa ao devido processo legal, inocorrendo, no caso presente, as hipóteses previstas no art. 18 do RPAF.

Rejeito a preliminar.

No que tange ao mérito, o ponto nodal da defesa reside no argumento de que o recorrente cumpriu a legislação do ICMS acerca da concessão do benefício fiscal, especialmente o art. 51, I, “c”, do Decreto nº 6284/97, alegando que fez constar nas notas fiscais à redução da alíquota de 17% para 7%.

De fato, examinando cuidadosamente os autos, constatei diversas notas fiscais nas quais consta essa redução de alíquota, entretanto, esse aspecto, isoladamente, não tem força probatória suficiente para infirmar a pretensão do sujeito ativo.

Observo, assim, que, em parte, as operações apresentadas pelo recorrente são de revenda de mercadorias adquiridas de terceiros, hipótese que não se enquadra na regra de benefício do art. 51, do RICMS.

Ademais disto, com relação à venda de mercadorias produzidas pelo próprio estabelecimento, as quais, em tese, poderiam se enquadrar na regra do dito benefício, há, entretanto, duas questões que impedem o acatamento da tese recursal. Primeira, os cálculos do suposto custo exibido pelo recorrente em diversas laudas, em sua maior parte, não contemplam todas as despesas relativas a eventual transformação dos insumos adquiridos. Há, tão-somente, o cômputo de despesas de tributos e frete.

Ora, tal circunstância torna inverossímil a composição do custo do modo como foi apresentado, em nada socorrendo o sujeito passivo.

Segunda, o contribuinte não fez constar expressamente esse desconto na documentação fiscal, o que poderia ensejar em transgressão a esse dever instrumental, acrescido do fato de que também não apresentou um comparativo de vendas realizadas a micro e pequenas empresas para que fosse confrontado com as vendas realizadas para empresas normais, o que implica dizer que não há como saber se o desconto correspondeu à aplicação da alíquota de 7% e, se foi realmente repassado ao adquirente das mercadorias e, se, portanto, o recorrido tinha realmente direito a

fruir o benefício fiscal. Não tendo produzido prova nesse sentido, resulta na configuração da obrigação principal, de recolher aos cofres deste Estado o ICMS efetivamente devido.

Devo ressaltar que a intenção do legislador, como pontuado na Decisão recorrida, foi beneficiar não o industrial, mas tão-somente o adquirente enquadrado como microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Não há prova de que, ao praticar o preço diferenciado com a redução da alíquota de 17% para 7%, o benefício fiscal foi realmente repassado a esses adquirentes, o que resta, pois, não comprovado pelo sujeito passivo que atendeu à condição exigida para fruir o dito benefício, que não pode ser concedido irrestritamente.

De tudo isto, se infere que o contribuinte quedou-se inerte em produzir a prova de suas alegações, pois, embora alegue que agiu corretamente, todavia, não apresentou no curso deste processo a respectiva escrituração contábil-fiscal que teria o condão de elidir a pretensão do fisco.

Do exposto, à míngua de prova cujo ônus recaia sobre o recorrente, não há como acolher os seus fundamentos, pelo que voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, comungando do mesmo entendimento esposado pela Procuradoria e, deste modo, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281390.0002/09-7, lavrado contra COATLAND DO BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE FIBRAS, RESINAS E TINTAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$327.691,98, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS