

PROCESSO	- A. I. N° 206837.0020/07-3
RECORRENTE	- E.D.A. INFORMÁTICA E TECNOLOGIA LTDA. (E.D.A. TECNOLOGIA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0065-04/08
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 04/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0217-12/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES INTERNAS DESTINADAS A ÓRGÃOS PÚBLICOS. ISENÇÃO. Após saneamento do processo ficou comprovado de que a empresa não incluiu no preço praticado com a administração direta e órgão públicos deste Estado o ICMS. O fato da não existência de ato conjunto dos secretários de Administração e da Fazendo fixando condições para fruição do benefício fiscal não é óbice, no presente caso, para que não seja conhecido o benefício fiscal determinado na legislação tributária do Estado da Bahia. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a Decisão de 1º Grau, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, exige ICMS no valor de R\$ 18.757,08 mais multas por descumprimento de obrigações assessorias no valor de R\$4.442,90, sob a acusação do cometimento, pelo contribuinte, de seis infrações à legislação tributária. Entretanto, somente faz parte do Recurso Voluntário interposto a infração apontada como 1 que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais. Consta que a empresa deixou de destacar nas notas fiscais de saídas, com a consequente não escrituração, valores relativos ao imposto. ICMS no valor de R\$ 11.930,44, acrescido da multa de 50%.

A 4ª JJF, após análise das peças processuais, prolatou a seguinte Decisão quanto ao mérito da questão da presente lide.

O que objetivou a autuação foi o fato da empresa autuado ter realizado vendas de mercadorias a órgãos da administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, como por exemplo: Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Secretaria de Segurança Pública, Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola S. A., sem destacar o ICMS nas notas fiscais correspondentes.

O autuante por sua vez informou que o ponto central que sustentou a autuação decorreu do fato de que o mencionado dispositivo do regulamento do ICMS (Art. 32-B) não chegou a ter plena vigência em razão da ausência de ato que disciplinasse a isenção por parte das Secretarias de Fazenda e da Administração do Estado.

Vejo que o referido dispositivo regulamentar diz o seguinte: “art. 32-B. São isentas do ICMS as operações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, observadas as condições fixadas em ato conjunto dos secretários da Fazenda e da Administração e desde que (Conv. ICMS 26/03):

I – o valor da oferta do produto apresente desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, corresponda ao de oferta sem imposto, salvo alterações relativas a reajustes de preço autorizados pela legislação pertinente e previstos em contratos;

II – haja indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

III – inexiste similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior, conforme atestado fornecido por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo da mercadoria ou do bem com abrangência em todo o território nacional”.

Examinando as notas fiscais nºs 075, 080, 083, 091, 093, 098, 099, 100, 163, 172, 179, 185, 186 e 242, juntadas ao processo (fls. 08 a 21), constatei que as mesmas referem-se a vendas de aparelhos e equipamentos de processamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, sendo que não consta destaque de ICMS no campo próprio, em nenhuma delas, assim como não constam dos autos qualquer prova de recolhimento do imposto relacionado com as referidas operações.

Constatei também, que o sujeito passivo não registrou nas notas fiscais a quantia da mercadoria ofertada deduzindo desta o valor do imposto dispensado, em forma de desconto, deixando claro e transparente na nota fiscal o seu valor líquido para pagamento.

Vejo ainda que, para usufruir do benefício da isenção, além do registro na própria nota fiscal do valor do imposto dispensado, sob a forma de desconto, dependia de condições fixadas em ato específico conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração.

Analizando os referidos documentos fiscais, verifiquei que algumas mercadorias são tributadas integralmente e outras com redução da base de cálculo, não existe isenção para as mesmas, em caráter geral, quando da sua saída, onde o valor do produto é registrado no documento fiscal sem o imposto correspondente, de forma incondicional, logo, está evidente que no fato em comento, o ICMS integra a sua própria base de cálculo. Neste caso específico está evidenciado que o imposto faz parte do valor da oferta do produto, se registrasse o seu valor na nota fiscal em forma de desconto, teria como resultado o valor líquido para pagamento, demonstrando no campo “valor total da nota” de cada documento fiscal um valor menor que o da oferta. O que não ocorreu.

A regra no regulamento do ICMS é que o desconto deverá estar indicado no corpo da Nota, logo após o valor da mercadoria vendida, para que o valor total da mesma seja a diferença entre o valor bruto da venda e o desconto concedido.

Ademais, a concessão de desconto sobre vendas se constitui numa redução de lucro. Se não fosse o desconto sobre vendas considerado dedução da receita bruta, que precisa ser demonstrada para efeito de contabilização, o seu lançamento poderia ser dispensado. Neste caso especificamente existe ainda, uma exigência expressa da norma que o concede sob condição, que esteja indicado na Nota Fiscal, como elemento dedutível do valor da oferta do produto, consignando, com efeito, o valor líquido para pagamento.

As planilhas acostadas (fls. 135 a 146), não materializam as exigências do regulamento.

O autuado não colacionou ao processo cópia do ato conjunto dos secretários da Fazenda e da Administração, assim como não trouxe elementos demonstrando os procedimentos adotados para o cumprimento das condições para gozar da isenção nele fixada, consoante previsão da norma.

Está correto o procedimento do autuante em lançar o imposto sobre os valores constantes das notas fiscais juntadas às fls. 08 a 21, reduzindo a base de cálculo em 58,825%, na forma demonstrada na memória de cálculos fl. 07 dos autos.

Em respeito ao princípio da não-cumulatividade, poderá fazer uso do crédito do imposto destacado na nota fiscal de aquisição originária das mercadorias vendidas, caso ainda não tenha feito, na proporção da redução da base de cálculo de suas saídas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Ao tomar conhecimento da Decisão da JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls.169/170) objetivando a desconstituição da Decisão recorrida.

Entende que a JJF apenas apreciou as razões legais de forma restrita sem buscar a verdade dos fatos. Afirma que o voto “foi simples” e somente baseado na legislação e no não cumprimento, pela empresa, de formalidades exigidas pela legislação, falha esta confessada na sua defesa inicial. Para corroborar o que alega, cita trecho do voto onde o relator aponta que o autuado não havia trazido aos autos elementos, demonstrando os procedimentos adotados para o cumprimento das condições a fruição do benefício.

Ratificando a falha cometida no preenchimento dos documentos, ressalta que esse não foi o foco da defesa e sim, que estava provando a não inclusão do ICMS na base de cálculo do imposto quando de suas vendas. Para tal comprovação havia apresentado planilhas onde demonstrava de que o imposto não estava incluso no preço da mercadoria, e assim, comprovando a exigência de repasse para o adquirente do desconto exigido na legislação.

Diz restar provado que o relator *sequer verificou o conteúdo das planilhas e que não entendeu o seu propósito que era de demonstrar que o imposto não estava incluso na base de cálculo e não materializar exigências do regulamento*, como afirmou.

Em seguida, passa a contestar os argumentos emitidos pela JJF.

Quanto ao argumento de que “*a concessão de descontos sobre vendas se constitui numa redução de lucro ... que precisaria ser demonstrada para fins de contabilização...*”, ressalta que aqui não se está a falar em redução de lucro. Que a palavra “lucro” não consta na legislação, na autuação, na defesa ou na informação fiscal, nem análise da contabilização. Entende que o relator ao trazer assuntos não relacionados à lide, demonstrava a fragilidade do julgamento.

Em seguida, afirma que gostaria que fossem analisadas as alegações contidas na sua defesa inicial:

- 1) *Que as operações estavam amparadas pelo instituto da ISENÇÃO, ao teor do artigo 32-B, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, benefício este que vigeu desde 29/09/2003, sendo revogado a partir de 15/08/2006.*
- 2) *Que nos documentos fiscais emitidos no intervalo de tempo da vigência do referido dispositivo legal, foi registrado, nos campos próprios dos mesmos, o dispositivo legal que concedia a isenção.*
- 3) *O dispositivo regulamentar estava válido, pois amparado no Convênio ICMS 26/03, do qual o Estado da Bahia era signatário.*
- 4) *Que as planilhas de apuração do preço de venda, anexas, relativas a cada uma das notas fiscais emitidas, indicam que, no preço, não havia a inclusão do ICMS. Assim, o valor das mercadorias, que foram efetivamente pagos pelos adquirentes, representa o preço sem o imposto incluso, o que atendia ao objetivo (espírito) da legislação mencionada.*

Por fim, afirma reconhecer que descumpriu uma obrigação acessória, mas cumpriu com a exigência da legislação, repassou o valor do imposto para o adquirente.

A PGE/PROFIS ao ser chamada para emitir seu Parecer opinativo entendem ser conveniente que este Colegiado encaminhasse os autos à Assessoria Técnica da PROFIS para serem dirimidas dúvidas ainda existentes nos autos, em atenção aos princípios da ampla defesa e da verdade material. Afirma que, por se tratar de matéria que requer conhecimento técnico de contabilidade fiscal era imperioso este exame técnico (fl. 178).

Os autos foram encaminhados ao CONSEF (fl. 178 verso).

Esta 2ª CJF após análise da solicitação da PGE/Profis, bem como na busca da verdade material, acatou a sugestão de encaminhar o presente Auto de Infração em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências (fls. 181/182):

1. Solicitasse à SAT/DITRI cópia do ato conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração, conforme determinações do art. 32-B, do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores;
2. Analisasse as planilhas acostadas pelo recorrente aos autos (fls. 121/146) para verificar se, de fato e embora não demonstrado nos documentos fiscais, houve o desconto determinado no art. 32-B, do RICMS/BA. Solicitasse, ao recorrente, documentos que comprovassem a veracidade das informações nas planilhas expressas (ex: aquisição do material, frete, comissão de vendas).

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 008/2010 (fls. 200/203), fiscal estranho ao feito prestou os seguintes esclarecimentos:

1. Em relação à existência de Ato conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração, a resposta da SAT/DITRI (fls. 207/208) foi que o art. 32-B do RICMS/BA foi revogado pela alteração nº 80, através do Decreto nº 10.072/06, sem que o ato conjunto para fixar as condições a serem observadas para fruição do benefício tivesse sido editado.
2. Quanto à segunda indagação, intimou o recorrente (fls. 204/205) para apresentar documentos que comprovassem a veracidade das informações transcritas nas planilhas e a origem dessas planilhas para comprovação do alegado. Ainda solicitou a apresentação de notas fiscais de

saídas com mercadorias similares com as operações objeto da presente diligência para outros clientes não relacionados com órgãos da Administração Pública Estadual e no período objeto da autuação. A empresa apresentou correspondência (fls. 209/238) acostando algumas documentações, com argumentações relativas ao feito.

3. Ao analisar a documentação verificou:

- a) as planilhas de formação de preço de venda das mercadorias (fls.135/146) são todas elaboradas pela empresa no sentido de tornar mais transparente a negociação de vendas com órgãos públicos. As formações dos campos dessas planilhas são originárias de outra planilha denominada “planilha de composição de preço de venda” (fl. 210) de uso interno da empresa onde toda a origem dos campos demonstram, efetivamente, de que nos valores das notas fiscais objeto da autuação não havia a inclusão do ICMS.
- b) O exame desta planilha associada aos documentos apresentados, como recibo de entrega da declaração de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica (fls. 211/212) e notas fiscais de aquisições (fls. 213/217) o levava a atestar os campos “VALOR DE COMPRA MERCADO” e IMPOSTOS / IR, CSL, PIS, COFINS” como consignado nas planilhas acostadas aos autos.
- c) Para os campos das planilhas “FRETE”, “CUSTO FINANCEIRO” “COMISSÃO SOBRE VENDAS”, “CUSTO ADMINISTRATIVO” e “RENTABILIDADE” não foram apresentados documentos tácitos que o levasse a atestar os números apresentados. No entanto, os percentuais praticados pela empresa estão dentro da normalidade para o segmento de sua atividade.
- d) Com as notas fiscais de saídas apresentadas pelo recorrente e emitidas para clientes não relacionados com órgãos da Administração Pública Estadual do Governo da Bahia elaborou demonstrativo (Quadro 01 –fl. 202) comparando seus preços com as vendas realizadas aos órgãos públicos do Estado. Ao analisá-la, restou claramente demonstrada a prática de preços menores aos Órgãos Públicos deste Estado no período objeto da autuação. Ressalta que embora as datas de ocorrência dos fatos geradores não sejam coincidentes, existe uma relativa proximidade, o que o conduzia a relacionar para o objeto da autuação. Ainda observou que existiram produtos (HITACHI CP S210, Tela de Projeção IEC VISOGRAF, Videoconferência VPOVS7800, Vídeo SPLITTER, Monitor Projetor Multimídia Marca PROXIMA) que não foram identificados como vendas a clientes não relacionados com Órgão Público do Governo do Estado da Bahia, o que o levou a não efetuar seus comparativos de preços. Entretanto, tal fato não invalidava a sua percepção de que, efetivamente, nos valores das notas fiscais objeto da autuação não foi uncluído o ICMS.

Como conclusão afirma textualmente: *Pela nossa constatação de tudo até aqui exposto, salvo melhor juízo, somos de opinião de que as planilhas acostadas aos autos às fls. 135/146 demonstram que o ICMS não integrou a base de cálculo do preço de venda das mercadorias objeto dessa diligência e embora não demonstrado nos documentos fiscais, houve o desconto determinado no art. 32-B do RICMS/97.*

O recorrente e o autuante tomaram ciência da diligência levada a efeito, mas não se pronunciaram (fls. 240/242).

A PGE/PROFIS exara Parecer da lavra da procuradora Sylvia Amoêdo (fl. 244). Neste, entende que embora à época da lavratura do Auto de Infração ainda vigorasse a exigência do Ato conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração, o qual nunca foi publicado, o recorrente encontrava-se desonerado dessa exigência, ante a retroatividade benigna da legislação que dispensa a existência deste ato.

Analizando as conclusões a que chegou o fiscal estranho ao feito, através do Parecer ASTEC/CONSEF, ou seja, que embora não demonstrado nos documentos fiscais, o ICMS não integrou a base de cálculo do preço das mercadorias vendidas, entende que a isenção em questão atingiu seu objetivo, que foi desoneras o adquirente nestas operações.

Opina pelo provimento do Recurso Voluntário para ser decretada a improcedência da infração 1.

Os autos foram encaminhados à procuradora Aline Solano Casali Bahia que o encaminhou ao procurador José Augusto Martins Junior para revisão do opinativo anteriormente exarado. (fls. 245/246).

O nobre procurador (fls. 246/249), após analisar todos os procedimentos e decisões contidas na presente lide, discorda do posicionamento externado pela anterior procuradora nos seguintes termos:

No que tange a alegação da retroação da norma mais benigna ao autuado, discordo, com a devida vênia, da Parecerista, uma vez que o princípio da retroatividade benigna diz respeito tão-somente às normas de selo sancionatório, não normas enunciativas de condições, cuja regra a ser aplicada é a do tempus regit actum, sob pena de violação clara ao princípio da isonomia. Portanto, não comungo da mesma opinião do Parecer em testilha.

Por fim, no que toca a suposta não inclusão do ICMS na base de cálculo das operações objeto do lançamento, novamente, uso discordar do opinativo em revisão, por duas razões claras. A um, conforme exposto pelo fiscal diligente, as conclusões tracejadas no Parecer Astec sedimentaram-se em meras conjecturas derivadas de planilhas produzidas unilateralmente pelo autuado, não possuindo qualquer amparo documental. A dois, não se poderia falar em qualquer hipótese em isenção, porquanto não editado ato ad substantian para deferimento da norma isentiva, conforme dispunha à época o art. 32-B do RICMS/BA.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto e encaminha os autos à procuradora assistente da PGE/PROFIS para conhecimento e deliberação.

Em despacho a procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia (fl.250) acompanha integralmente o Parecer do Dr. José Augusto Martins Junior, que após analisar o processo, concluiu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, contrariamente a manifestação de fls. 244 dos autos.

Encaminha os autos a este CONSEF para julgamento.

VOTO

O item 1 do presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$11.930,44 sob a acusação de que o contribuinte não recolheu o ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais no período de outubro a dezembro de 2004, junho a agosto de 2005 e novembro de 2005. Continuando a descrever a infração, o autuante afirma que a empresa deixou de destacar o imposto nas notas fiscais de saídas, com a consequente não escrituração dos valores relativos ao imposto.

A empresa, tanto na sua defesa inicial como no Recurso Voluntário ora em análise, afirma que se encontrava isenta do ICMS relativo às operações comerciais realizadas e autuadas com base no art. 32-B, do RICMS/BA. Confessa que descumpriu uma obrigação acessória ao não indicar nos documentos fiscais autuados o valor do desconto concedido.

Por seu turno, o autuante quando prestou sua informação, afirma, textualmente, que a autuação se originou pelo fato da inexistência do Ato conjunto dos Secretários de Administração e da Fazenda. Assim, por entender que o art. 32-B, do RICMS/BA “não chegou a ter plena vigência em razão da ausência que disciplinasse a isenção” lavrou o Auto de Infração. Prosseguindo com sua informação, a completa com as seguintes considerações: *Tal entendimento é estritamente norteado pelo teor do artigo, não considerando o fato, conforme expressa as planilhas constantes nas pags. 135 a 146 que demonstram a concessão de descontos no preço final dos produtos em razão da mencionada isenção, portanto, o preço final dos produtos foi afetado com benefício aos adquirentes. Cabe considerar que algumas das notas fiscais objeto da autuação decorrem de vendas para a Secretaria da Fazenda do Estado que aceitou as referidas notas e o mencionado dispositivo* (fls. 132/133).

Ao analisar os documentos fiscais autuados (fls. 8/21) de fato não constam os valores dos descontos concedidos, porém no campo de “observação” foi consignado que se tratavam de operações com isenção do ICMS conforme art. 32-B do RICMS/BA.

Isto posto, o Convênio ICMS 26/03 autoriza os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Na sua Cláusula primeira, à época dos fatos geradores, assim determinava.

Cláusula primeira *Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.*

§ 1º A isenção de que trata o “caput” fica condicionada:

I - ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;

II - à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

III - à comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior.

§ 2º A inexistência de similar produzido no país será atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo da mercadoria ou do bem com abrangência em todo o território nacional.

§ 3º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a dispensar o estorno do crédito fiscal a que se refere o artigo 21 da Lei Complementar nº 87, de 13 setembro de 1996.

§ 4º No caso de mercadorias ou serviços sujeitos ao regime de substituição tributária, os Estados podem autorizar a transferência do valor do ICMS retido por antecipação, a crédito do contribuinte substituído que realizou operação ou prestação subsequente isenta, conforme dispuser a legislação estadual.

Cláusula segunda

Cláusula terceira *Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional.*

Tal Convênio foi ratificado nacionalmente pelo Ato Declaratório 05/03 no DOU de 28/04/03 sem qualquer denúncia até hoje pelo Estado da Bahia.

Ao ratificá-lo, o Estado da Bahia, como não poderia deixar de ser, através do Decreto nº 8.665 de 26/09/03, DOE de 27 e 28/09/03 (Alteração nº 46) acrescentou ao RICMS/BA o Art. 32-A, que, posteriormente, foi renomeado para art. 32-B (Alteração nº 47 – Decreto nº 8.666 de 29/09/03, DOE de 30/09/03), tendo a seguinte redação:

Art. 32-B São isentas do ICMS as operações internas relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, observadas as condições fixadas em ato conjunto dos secretários da Fazenda e da Administração e desde que: (Conv. ICMS 26/03)

I - o valor de oferta do produto apresente desconto no preço equivalente ao imposto dispensado e o valor líquido para pagamento, a ser indicado na nota fiscal, corresponda ao de oferta sem imposto, salvo alterações relativas a reajustes de preço autorizados pela legislação pertinente e previstos em contratos;

II - haja indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

III - inexistir similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior, conforme atestado fornecido por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo da mercadoria ou do bem com abrangência em todo o território nacional.

Este dispositivo regulamentar restou expresso na norma regulamentar até 15/08/06 quando foi revogado pelo Decreto nº 10.072, de 15/08/06 (Alteração nº 80 do RICMS/BA), DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06.

O art. 32-B do RICMS/BA foi revigorado pelo Decreto nº 11.470, de 18/03/09, DOE de 19/03/09, efeitos a partir de 19/03/09 para conceder, diante das determinações emanadas do Convênio ICMS 26/03, a mesma isenção, porém para operações internas com tubos e conexões de PVC – NCM 3917.23.00, 3917.40.90 e 8424.81.29 e, no caso, já sem a condição da existência de Ato conjunto dos Secretários de Administração e da Fazenda. Observo que tais mercadorias não dizem respeito ao presente PAF, que trata de produtos de informática.

Diante da análise das peças processuais e do tudo ora exposto, discordo, data vénia, tanto da Decisão prolatada pela JJF, quanto do Parecer da douta PGE/PROFIS.

Em primeiro, entendo equivocado o argumento da JJF quando enveredou pela análise de que no caso em lide como algumas mercadorias são tributadas integralmente e outras com redução da base de cálculo, não existe isenção para as mesmas, em caráter geral, quando da sua saída. Aqui se estar a falar em uma operação comercial quando a legislação tributária, em obediência um convênio firmado, isentou esta operação e não as mercadorias em si.

Em segundo, o que se deve analisar é se houve, na operação em comento, desobediência a norma tributária (Convênio ICMS 26/03 e art. 32-B, do RICMS/BA).

Nesta esteira de raciocínio, esta 2º CJF encaminhou os autos em diligência para que fosse verificada a existência, ou não, de ato conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração fixando condições para obtenção do benefício.

A resposta do Departamento de Tributação desta Secretaria de Fazenda foi de que jamais houve a edição deste ato administrativo.

Ora, preliminarmente deve-se observar que o Convênio ICMS 26/03, em qualquer momento, estabeleceu que os Estados restringissem as suas determinações. À época, a única restrição se concretizou para as importações ao Estado do Paraná (Cláusula segunda). Em segundo, mesmo permitido ao Estado estabelecer novas restrições, não se pode esquecer que um ato dos Secretários de Administração e da Fazenda é ato administrativo (rege atos procedimentais) e não de cunho tributário, que somente a norma legal pode fixar. Em terceiro, o próprio Estado, incluindo no caso a Secretaria de Fazenda, ignorando completamente tal determinação, operacionalizou as aquisições, as recebendo e quitando a dívida. Em quarto, embora a empresa possa utilizar os créditos fiscais, também o beneficiário das operações foi o próprio Estado. Em quinto, não pode o sujeito ativo tributário utilizar-se de um benefício fiscal e, em seguida, transferir ao sujeito passivo tributário o ônus da quitação do imposto. A responsabilidade, por dever, da existência no mundo jurídico do ato administrativo é do próprio Estado e não do contribuinte. Aquele não praticou o seu dever. Em sexto, ao revigorar as determinações do art. 32-B, do RICMS/BA, com base no Convênio ICMS 26/03 e para outro tipo de aquisições de mercadorias, o próprio legislador o retirou da legislação.

Entendo que aceitando o argumento de que a isenção fiscal não poderia ser dada no presente caso por tal motivo é ir de encontro aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade. Assim, a falta do ato conjunto dos Secretários de Administração e da Fazenda não é óbice e, por consequência, motivar a autuação, como entendeu o autuante, a JJF e a PGE/Profis.

Entretanto, outra questão se apresenta. Ao não indicar o valor do desconto concedido nas notas fiscais, conforme determinações legais, pela não inclusão do ICMS na base de cálculo do valor das mercadorias, o contribuinte deve provar que assim agiu.

Apresentou ele diversas planilhas sobre a composição de preço das mercadorias que não foram aceitas pela JJF sob o argumento de elas *não materializavam as exigências do regulamento,... não sendo demonstrando os procedimentos adotados para o cumprimento das condições para gozar da isenção nele fixada, consoante previsão da norma*.

Os mesmos argumentos apresentados pela empresa na sua inicial foram ratificados na sua peça recursal. Esta 2ª CJF, e aqui deve ser incluída a PGE/PROFIS, na busca da verdade material, encaminhou os autos em diligência à fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC deste Colegiado para que fossem analisadas as planilhas acostadas pelo recorrente aos autos (fls. 121/146) objetivando verificar se houve o desconto determinado no art. 32-B, do RICMS/BA. Solicitasse, ao recorrente, documentos que comprovassem a veracidade das informações nas planilhas expressas (ex: aquisição do material, frete, comissão de vendas).

Ressalto, neste momento, que caso não fosse confirmado ter havido o desconto, a autuação deveria prevalecer, pois em assim sendo, a empresa estaria de locupletando de receita do Estado, já que não havia repassado o benefício fiscal ao adquirente, ou seja, ao próprio Estado.

Mas, a conclusão a que chegou o fiscal diligente foi de outra ordem. Com toda a documentação apresentada pela empresa, inclusive com comparativo de preços praticados à época dos fatos

ocorridos, e conforme já relatado no Relatório deste Acórdão, o diligente fiscal concluiu que as planilhas acostadas aos autos às fls. 135/146 demonstram que o ICMS não integrou a base de cálculo do preço de venda das mercadorias. Que embora não demonstrado nos documentos fiscais, houve o desconto determinado no art. 32-B do RICMS/BA. E aqui ouso discordar do opinativo exarado pela PGE/PROFIS quando afirma que as conclusões do Parecer Astec foram sedimentadas “*em meras conjecturas derivadas de planilhas produzidas unilateralmente pelo autuado, não possuindo qualquer amparo documental*”. A uma, elas somente poderiam ser demonstradas por planilhas internas da empresa. A dois, houve comprovação das informações nas planilhas expressas (ex: aquisição do material, frete, comissão de vendas). A três, de igual forma, houve a comprovação de que os preços praticados nas operações com o Estado foram menores do que aqueles praticados com outro cliente. A quatro, mesmo que não tenha sido checado, por comparação entre preços de venda ao Estado e a outro contribuinte, todas as mercadorias, este fato não inviabiliza as conclusões a que chegou o diligente fiscal. Por quinto, não se pode esquecer que tais aquisições foram precedidas de uma concorrência pública onde a composição de preço é item imprescindível.

Em assim sendo, as determinações do art. 32-B, inciso I, do RICMS/BA foram obedecidas pelo recorrente.

Quanto às determinações do inciso III da citada norma, esta não tem cabimento na presente lide, pois aqui não se discute aquisições de mercadorias importadas.

E, quanto às determinações do inciso II da norma, estas, de fato não foram obedecidas, inclusive a empresa nunca negou que não havia consignado nas notas fiscais os valores dos descontos concedidos para demonstrar que a cobrança se referia ao valor líquido sem inclusão do ICMS. No entanto esta determinação se reveste de obrigação acessória. Caso ela fosse impedimento para que se pudesse verificar que os valores consignados nos documentos fiscais eram valores líquidos, não tenho dúvida de que este fato inviabilizaria a prova e, consequentemente, a desconstituição do lançamento fiscal. Mas, a verdade material foi trazida aos autos. Neste caso, ela tem importância secundária, não podendo ser alegada como fato imprescindível para que o Estado usufruisse do benefício fiscal concedido, nem, tampouco, que o recorrente recolha imposto não devido.

Por tudo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para declarar IMPROCEDENTE a infração 1 do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206837.0020/07-3, lavrado contra **E.D.A. INFORMÁTICA E TECNOLOGIA LTDA. (E.D.A. TECNOLOGIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.826,64**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.381,29 e 70% sobre R\$1.445,35, previstas no art. 42, incisos II, alínea “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.442,90**, previstas nos incisos IX e XI dos referidos artigo e lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS