

A. I. N° - 2691320001/12-4
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ F. DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET -- 27.12.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0298-02/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Ficou demonstrado que parte da exigência se deveu a erro na descrição do produto. Infração parcialmente mantida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Ficou demonstrado que parte da exigência se deveu a erro na descrição do produto. Infração parcialmente mantida. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou demonstrado que parte da exigência se deveu a erro na descrição do produto. Infração parcialmente mantida. 4. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado pelo autuado que não foi computada a parcela do Fazcultura. Reduzida a exigência. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/05/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$673.122,32 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01–Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS com valor de R\$ 43.998,60. Multa de 60%;

Infração 02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras da Federação adquiridas com fins de comercialização. ICMS com valor de R\$ 701,93. Multa de 60%;

Infração 03 – Recolheu a menor ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre o valor recolhido e o lançado no livro Registro de Apuração de ICMS. O ICMS com valor de R\$ 6.127,21. Multa de 60%;

Infração 04 – Recolheu a menor o 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. O ICMS com valor de R\$ 176.788,82. Multa de 60%;

Infração 05 – Recolheu a menor ICMS e razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS com valor de R\$ 445.505,76. Multa de 60%.

A defesa argumenta, às fls. 156 e 166, preliminarmente, que ao discorrer da leitura do Anexo VI alegando o cerceamento ao direito de defesa ficando caracterizada pela falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo e invoca a Sumula nº 1, do CONSEF, que assim resume as reiteradas decisões daquela corte.

“SÚMULA CONSEF Nº 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo

Sendo assim, requer a declaração de nulidade do auto e acolhimento da preliminar suscitada por ser questão de justiça.

Inicialmente, aduz que o prazo decadencial tem início a partir do momento em que o direito a que se refere já pode ser exercitado. “Só existe o crédito tributário quando o acertamento é feito pela autoridade administrativa” Portanto, o lançamento constitui o crédito tributário.

Entende que no caso do ICMS o pagamento do tributo é antecipado. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Para a hipótese, salienta que o Auto de Infração se refere a lançamentos fulminados pela decadência visto que tendo sido lavrado em 31.05.2012 as imputações referentes ao período compreendido entre 30/01/2007 à 30/04/2007 decaíram. Portanto, no período apontado, pode observar de forma clara que o Estado decaiu em seu direito de constituir o crédito tributário com fundamento no art. 150, §4º, do CTN.

Coaduna que em face do princípio da eventualidade e caso este órgão não acolha as preliminares suscitadas passa discorrer sobre o mérito.

Consiste o demonstrativo Anexo I, que relaciona diversas notas fiscais relativas a entradas de mercadorias, que não se referem a aquisições para uso/consumo e, consequentemente, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas.

Isto posto, afirma que nesta oportunidade a empresa impugnante apresenta novos cálculos expurgando os valores indevidos onde informa, outrossim, na coluna “Descrição do Produto” o motivo da exclusão. Saliente-se que os documentos comprobatórios foram anexados a presente peça de defesa tornando irrefutável a argumentação defensiva.

Assinala que a diferença imputada decorre da inclusão indevida no demonstrativo Anexo II, das notas fiscais a seguir identificadas, que não se referem à aquisição interestadual de mercadorias para comercialização.

Assegura que o fato gerador para a exigência do tributo seria aquisição interestadual de mercadorias para comercialização, entretanto os documentos fiscais listados na tabela abaixo referem-se a outro tipo de operação que não se enquadra nesta definição. Portanto, conforme tabela abaixo transcrita esta infração subsiste apenas no valor de R\$17,00 (dezessete reais) tão somente porque a NF de nº 15968 não foi localizada na contabilidade da empresa dificultando a avaliação de seu conteúdo e sua impertinência face ao caso em tela.

| MÊS/ANO | Nº NF | CNPJ EMITENTE | V. PROD. | V.COBRADO | NOTAS |
|---------|--------|------------------|----------|-----------|-------------------|
| 01/07 | 289298 | 02292656/0002-31 | 3.800,00 | 380,00 | A. Imobilizado |
| 03/07 | 71414 | 61074506/0001-30 | 1.481,04 | 148,10 | R. Vasilhame |
| 03/07 | 71754 | 61074506/0001-30 | 261,36 | 26,14 | R. Vasilhame |
| 03/07 | 71756 | 61074506/0001-30 | 130,68 | 13,07 | R. Vasilhame |
| 03/07 | 71758 | 61074506/0001-30 | 348,48 | 34,85 | R. Vasilhame |
| 03/07 | 71760 | 61074506/0001-30 | 479,16 | 47,92 | R. Vasilhame |
| 04/07 | 94430 | 61074506/0001-30 | 348,48 | 34,85 | R. Vasilhame |
| 08/07 | 15968 | 12303616/0004-63 | 340,00 | 17,00 | D. não localizado |

Consigna que a infração 03 foi irregularmente imposta, pois tem como referência o recolhimento a menor do ICMS relativo à comercialização de refeições. Contudo, a empresa impugnante não comercializa este tipo de mercadoria nem tampouco esta ocupação faz parte da atividade econômica descrita em seus estatutos constitutivos.

Afirma que, da leitura do Auto de infração em tela assim como de seus anexos especialmente o enunciado do demonstrativo Anexo III, pode-se depreender que a aludida infração se reporta a falta de recolhimento do ICMS deferido, relativamente à aquisição de refeições para os seus empregados.

Ademais, ressalta que a infração também não merece acolhida porque, novamente, a diferença imputada ao autuado decorre da inclusão indevida no demonstrativo Anexo III de notas fiscais, que não se referem à aquisição de refeição sujeita ao deferimento do imposto, conforme abaixo se discrimina:

| MÊS/ANO | Nº NFs | CNPJ EMITENTE | V.COBRADO | NOTAS |
|---------|--------|------------------|-----------|--|
| 02/07 | 2647 | 08100974/0001-59 | 229,90 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 03/07 | 2650 | 08100974/0001-59 | 23,41 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 03/07 | 2960 | 08100974/0001-59 | 234,90 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/07 | 3161 | 08100974/0001-59 | 40,04 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/07 | 3427 | 08100974/0001-59 | 207,90 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/07 | 3422 | 08100974/0001-59 | 20,41 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/07 | 3484 | 08100974/0001-59 | 40,07 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 07/07 | 4536 | 08100974/0001-59 | 227,53 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 07/07 | 4537 | 08100974/0001-59 | 26,53 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 10/07 | 5737 | 08100974/0001-59 | 25,79 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 11/07 | 6526 | 08100974/0001-59 | 335,50 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 11/07 | 6522 | 08100974/0001-59 | 35,91 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 11/07 | 202269 | 15178551/0002-06 | 98,20 | Aquisição Panetone – Obras Ass Irmã Dulce |
| 03/08 | 5816 | 00658059/0001-71 | 78,77 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 03/08 | 5817 | 00658059/0001-71 | 201,71 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 03/08 | 5818 | 00658059/0001-71 | 91,66 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 03/08 | 5819 | 00658059/0001-71 | 28,67 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 03/08 | 5820 | 00658059/0001-71 | 9,37 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/08 | 6135 | 00658059/0001-71 | 71,93 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/08 | 6136 | 00658059/0001-71 | 24,87 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 04/08 | 6137 | 00658059/0001-71 | 8,50 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 05/08 | 3405 | 03315303/0001-28 | 396,14 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 08/08 | 7406 | 00658059/0001-71 | 328,52 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 08/08 | 7407 | 00658059/0001-71 | 97,79 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 08/08 | 7410 | 00658059/0001-71 | 30,96 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 08/08 | 7411 | 00658059/0001-71 | 9,22 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 09/08 | 14782 | 09278910/0001-05 | 423,36 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 09/08 | 14822 | 09278910/0001-05 | 43,68 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |
| 12/08 | 8963 | 00658059/0001-71 | 386,12 | Aquisição gêneros alimentícios a empresa comercial |

Frisa, ainda, que a aquisição de gêneros alimentícios não se enquadra na hipótese de deferimento prevista no art. 343, Inc XVIII do RICMS vigente a época dos fatos.

Argumenta, ainda, quanto aos demais valores cobrados em relação ao CNPJ 02.195.552/0001-28, as Notas Fiscais foram emitidas pela empresa Luzia Almeida Leal, fornecedora de alimentação, nos meses e valores abaixo indicados, contudo a exação está fulminada pela Decadência.

| MÊS/ANO | Nº NFs | V. COBRADO |
|---------|--------|------------|
| 02/07 | 19 | 258,12 |
| 03/07 | 22 | 599,94 |
| 03/07 | 24 | 868,32 |
| 04/07 | 28 | 683,46 |

Salienta que referente à infração 04, quanto ao cálculo do valor dilatado do Desenvolve a empresa autuada concorda com os demonstrativos elaborados pelos auditores fiscais, exceto em relação ao lançamento relativo ao mês de FEVEREIRO/2007 visto que não foi abatido do saldo devedor apurado o valor de R\$ 7.200,00 relativo ao programa Fazcultura.

Portanto, entende que feito este ajuste, o valor a recolher neste mês é de R\$ 20.917,51. – Em Anexo cópia do Registro de Apuração comprovando o lançamento.

Aduz, em relação à infração 05, que este lançamento está fulminado pela decadência conforme argüido em preliminar de mérito. Afirma que a acusação é de venda para micro e pequenas empresas, com a aplicação da alíquota de 7% ao invés da de 17%, conforme faculta o Artigo 51, I, “c”, do RICMS vigente à época dos fatos, sem o cumprimento da exigência prevista no § 1º, deste mesmo artigo, que abaixo transcrevemos:

Art. 51,

...

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

...

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso 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 da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Argumenta que a autuação refere-se aos exercícios de 2007 e 2008, contudo, os demonstrativos Anexos VI-A, B e C, elaborados pelos autuantes, estão em desconformidade com a regra, são nulos de pleno direito visto que não contém elementos suficientes para demonstrar com segurança a motivação da infração em tela configurando um verdadeiro cerceamento de defesa.

Argüí que os aludidos anexos não se prestam ao caso em concreto, visto que ao compulsar, por amostragem (face ao grande volume de notas fiscais), as notas fiscais de venda da autuada, pode-se depreender que o seu *modus operandi* está totalmente em conformidade com as exigências contidas no dispositivo legal acima transrito.

Destaca que as notas fiscais colacionadas (retiradas aleatoriamente de três períodos de apuração de cada um dos exercícios), o preço unitário das mercadorias recebe o desconto que está consignado no campo de informações, correspondente a 10,7561%, ficando o valor total pelo preço líquido, conforme demonstrado em planilha anexa que comprova numericamente a concessão dos descontos. Diante dos fatos e documentos apresentados, entende restar patenteado que nada subsiste nesta infração.

Consigna que embora não esteja claro, que os autuantes estão questionando os preços praticados pela autuada, entretanto é de conhecimento público e notório que a forma de pagamento, o volume do pedido, o prazo de entrega entre outros fatores interferem na determinação do preço que é fruto de negociação entre as partes envolvidas.

Entende que, em um país, de livre economia de mercado e de livre negociação não se pode fazer vinculações de preços. Nestes termos afirma não merecer acolhida a presente infração.

Conclui, pedindo a improcedência parcial do Auto de Infração considerando as exclusões comprovadas indevidas nesta defesa.

O autuante, às fls. 367 a 373, apresenta a informação fiscal, aduzindo, (infração 05) quanto à alegação do sujeito passivo de cerceamento de direito de defesa por “falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo” “quando da leitura do Anexo VI”, destaca que, ao mencionar “Anexo VI”, inexistente no processo, a autuada esteja se referindo aos Anexos “VI-A” e “VI-B”.

Alude que os referidos Anexos VI-A e VI-B foram elaborados com criterioso cuidado didático, conforme detalhadamente explicado em cada cabeçalho de coluna. A base de cálculo é o valor da operação, não havendo lugar para dúvida. A razão da infração foi à aplicação de alíquota incorreta (de 7%) para valores excedentes aos que fazem jus a tal benefício. O que pode sim causar espécie à autuada, mas sobremaneira familiar para os julgadores, é que o sistema de lavratura de Auto de Infração – Seai, exige que informemos apenas o valor de ICMS devido a cada período, além da alíquota aplicável, e o mesmo calcula a base de cálculo “de trás para frente”, informando-a no demonstrativo principal do auto de infração.

Argumenta que em sua defesa, a Autuada, ao analisar as infrações que constituem o presente Auto de Infração, alegou decadência do direito de o Fisco Estadual constituir crédito tributário relativo ao período de 31/01/2007 a 30/04/2007, com base no CTN – Código Tributário Nacional, Artigo 173 (lançamento de Ofício) e Artigo 150, parágrafo 4º (Por Homologação). Argumenta que o preceito legal desse mesmo diploma legal que se aplica aos prazos de decadência para a Fazenda Pública Estadual é o artigo 173, inciso I que compõe a Seção IV – Demais modalidades de extinção – do Capítulo IV – Extinção do crédito tributário.

Desta forma, salienta que todos os débitos das infrações cujas datas de ocorrência estiverem compreendidas entre os meses de agosto a novembro de 2006 devem ser considerados perfeitamente válidos e eficazes, portanto procedentes.

Assegura que a autuada, ao apresentar as informações via Sintegra referentes ao Registro 54, no campo descrição dos produtos, informou equivocadamente todos os produtos como Consumo Diversos, Material de Escritório no caso do Uso/Consumo, Produtos Terceirizados para a Antecipação Parcial, e Gêneros Alimentícios para Diferido Alimentação. Ao solicitar uma amostragem dos documentos fiscais em questão, não foram detectadas as notas apresentadas pela impugnante na defesa, o que fez crer que todos os documentos faziam parte das respectivas operações. Entretanto, diante dos demonstrativos apresentados e cópias das notas fiscais pela autuada, acatou os valores apresentados como devidos, que a seguir transcreve:

Infração 01 - 08/2008 o valor de R\$ 886,49

Infração 02 – 08/2007 o valor de R\$ 17,00

Infração 03 – 02/2007 o valor de R\$ 258,12

03/2007 o valor de R\$ 1.468,26

04/2007 o valor de R\$ 683,46.

Argumenta que a impugnante reconhece os valores reclamados relativos aos meses de 10/2008 e 12/2008, quanto ao mês de Fev/2007, questiona parcialmente, onde reconhece somente o valor de R\$ 20.917,51 e alega que o restante R\$ 7.200,00 corresponde ao programa Fazcultura.

Afirma o autuante, que realmente não foi computada a parcela do Fazcultura, portanto concorda com argumentação apresentada. Ficando como valores já reconhecidos pela autuada, que a seguir transcreve como sendo:

02/2007 - o valor de R\$ 20.917,51

10/2008 – o valor de R\$ 6.748,34

12/2008 – o valor de R\$ 141.922,97.

Aduz que a infração 05 foi caracterizada pelo uso da alíquota de 7% quando a condição imposta pelo RICMS (a de repassar o benefício resultante para o cliente na forma de desconto) não foi respeitada.

Entende que, na omissão de orientação de procedimentos no dispositivo normativo, o benefício (da aplicação da alíquota de 7%) foi reconhecido pelos autuantes até os valores em que os clientes poderiam ter sido contemplados com o desconto de 10% sobre o preço normal praticado. Considerando que a autuada preferiu não conceder o desconto aos ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte (às vezes, vendendo ainda mais caro para tais clientes do que vendeu para contribuintes normais no mesmo dia – conforme comprovado no Anexo VI-C), então, somente o excedente aos valores pretendidos pelo RICMS (ou seja, preço normal praticado com o abatimento de 10%) é que foram considerados no cálculo para serem tributados à alíquota de 17%, sem se esquecer de conceder o crédito dos 7% já tributados, restando apenas complementar em 10% a alíquota que foi erroneamente aplicada a esses excedentes. Esse foi o cálculo feito.

Alude que, em relação à infração 05, o impugnante afirma que os demonstrativos da infração são nulos de pleno direito, mas tal alegação foi matéria das preliminares, já categoricamente combatida. Em seguida, afirma que “os aludidos anexos não se prestam ao caso concreto” por pensar, equivocadamente, que os demonstrativos se basearam em amostragem. Frisa que a totalidade das operações praticadas pela autuada a cada ano foi considerada no cálculo, de modo a se evitarem os erros e aproximações inerentes aos trabalhos por amostragem. Portanto, não se usou amostragem no levantamento.

Na sequência, entende que a autuada informa que “o preço unitário das mercadorias recebe o desconto que está consignado no campo de informações, correspondente a 10,7561%”, e que “resta patenteado que nada subsiste nesta infração”.

Afirmam os autuantes, que sempre reconheceram a aplicação de tal desconto sobre o preço unitário da nota, esclarecem, contudo que a autuada habitualmente majora bastante o preço unitário da mercadoria quando da venda para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte de modo que, mesmo aplicando o desconto alegado, ainda acaba vendendo para estes (que deveriam ser os verdadeiros contemplados pelo benefício) por um preço ainda maior do que vende, no mesmo dia, para contribuintes enquadrados na condição “Normal”. Para evidenciar a fraude na fruição do benefício, analisa alguns casos concretos já documentados na peça inicial (Anexo VI-C):

CASO 1: no dia 09-01-2007, o produto PHYSICAL D33 BORDADO 1,280x1,880x0,1700 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 68195843 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$160,34 (vide fl. 121 do processo). No mesmo dia (vide fl. 120 do processo), para vender à microempresa I.E. 58913491 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$187,95, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço final para 3 unidades do produto ficou em R\$503,22, ou seja, a autuada cobrou do contribuinte de menor capacidade econômica o preço unitário final de R\$503,22 ÷ 3 = R\$167,74.

CASO 2: no dia 25-05-2007, o produto PRO SAUDE D45 C/PILLOW 1,580x 1,980x 0,0200 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 54874895 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$575,94 (vide fl. 127 do processo). No mesmo dia (vide fl. 128 do processo), para vender à microempresa I.E. 68207541 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$659,87, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$588,92.

CASO 3: no dia 24-05-2008, o produto LIGHT 45 1,380x 1,880x 0,2000 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 52897928 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$233,00 (vide fl. 139 do processo). No mesmo dia (vide fl. 138 do processo), para vender à microempresa I.E. 73386501 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tão escandalosamente o preço unitário, fixando-o em R\$319,15, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$284,83.

Então questiona: “onde está o real desconto exigido pela legislação para a fruição do benefício?”

Mais adiante, assegura que a autuada acusa a Fiscalização de estar “questionando os preços praticados pela autuada”, e acrescenta que “vivemos num país de livre economia de mercado e de livre negociação”, concluindo que “não merece acolhida a presente infração”.

Informam os autuantes que consideram legal e constitucional o livre arbítrio da autuada na determinação do preço pelo qual ela faz vendas a quaisquer de seus clientes. Se a autuada opta

por vender para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte por valores superiores aos praticados nas vendas para contribuintes normais, ela tem todo o direito de fazê-lo, e a Fiscalização nunca poderá questionar tal ato volitivo. Só o que precisa ficar muito claro no presente processo é que, se ela opta em não repassar um desconto real ao contribuinte de menor capacidade econômica, ela não está satisfazendo a condição legal imposta para fruição do benefício (conforme caput e inciso II do parágrafo 1º do artigo 51 do RICMS), devendo, nesse caso, utilizar-se da alíquota regulamentar de 17%, o que não fez, incorrendo em infração à legislação.

Por fim, pede que o processo seja julgado procedente em parte, por terem os autuantes acatado parcialmente as argumentações apresentadas pela autuada referente às infrações 01, 02, 03 e 04, com manutenção na íntegra da infração 05 do presente processo fiscal.

O autuado, às fls. 378 a 381 dos autos, volta a se manifestar afirmando que o autuante não consegue elidir a preliminar de nulidade, bem como a de decadência.

Sobre a infração, alude que o autuante reconhece a argüição da defesa, assim como a infração 02, bem como a infração 03.

Sobre a infração 04 alude que foi reconhecido erro a serem abatidos na apuração da competência 02.2007. Alude que foram apresentados documentos importantes que provam serem indevidos os valores cobrados, que serem apresentados na assentada do julgamento.

No que alude a infração 05, discorda o autuante quanto a sua metodologia de argüir por amostragem. Reafirma que cumpriu a legislação com a concessão do desconto. Entende que as microempresas adquirentes não adquirem em quantidades suficientes para a redução do preço.

Cabe registrar que, na assentada do julgamento, em sua sustentação oral, o representante legal do sujeito passivo, solicita e protocola documentos fiscais através dos quais pretende demonstrar a improcedência da infração 04, tendo em vista erro na apuração imposto devido através DESENVOLVE.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 05 infração, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências, bem como consta de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo, o imposto devido e os cálculos efetuados, bem como o método aplicado para a apuração do tributo, conforme será, adiante, melhor alinhado.

Quanto à alegação do sujeito passivo de cerceamento de direito de defesa, infração 05, quanto os Anexos VI-A e VI-B, assim como os demais, constam informações detalhadas, base de cálculo, o imposto devido, alíquota e os cálculos efetuados, bem como o método aplicado para a apuração do tributo não havendo lugar para dúvida. Conforme alinha o autuante, a razão da infração 05 foi à aplicação de alíquota incorreta (de 7%) para valores excedentes aos que fazem jus a tal benefício. O sistema de lavratura de Auto de Infração – Seai, exige que informemos apenas o valor de ICMS devido a cada período, além da alíquota aplicável, e o mesmo calcula a base de cálculo “de trás para frente”, informando-a no demonstrativo principal do auto de infração.

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a autuação, deu-se em 31.05.2012, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos períodos de 31/01/2007 a 30/04/2007 foram alcançados pela decadência. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2013 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2012, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2007.

Ficou confirmado que o autuado, ao apresentar as informações via Sintegra referentes ao Registro 54, no campo descrição dos produtos, informou equivocadamente todos os produtos como Consumo Diversos, Material de Escritório no caso do Uso/Consumo, Produtos Terceirizados para a Antecipação Parcial, e Gêneros Alimentícios para Diferido Alimentação. Assim, diante dos demonstrativos, acima relatados, apresentados e cópias das notas fiscais pela autuada, o autuante acatou os valores apresentados como devidos, com os quais concordamos, a seguir transcritos:

| Infração 01 - | ICMS |
|---------------|-----------------|
| 08/2008 | 886,49 |
| | |
| Infração 02 | ICMS |
| 08/2007 | 17,00 |
| | |
| Infração 03 | ICMS |
| 02/2007 | 258,12 |
| 03/2007 | 1.468,26 |
| 04/2007 | 683,46 |
| Total | 2.409,84 |

Quanto à infração 04, verifico que o sujeito passivo reconhece os valores reclamados relativos aos meses de 10/2008 e 12/2008, quanto ao mês de 02/2007, questiona parcialmente, onde reconhece somente o valor de R\$ 20.917,51 e alega que o restante R\$ 7.200,00 corresponde ao programa Fazcultura. Reconhece, acertadamente, o autuante, que não foi computada a parcela do Fazcultura, portanto, concordo com os ajustes efetuados, ficando como valores já reconhecidos pela autuada, que a seguir transcritos como sendo:

| Infração 04 | ICMS |
|-------------|-------------------|
| | |
| 02/2007 | 20.917,51 |
| 10/2008 | 6.748,34 |
| 12/2008 | 141.922,97 |
| Total | 169.588,82 |

Quanto à análise da infração 05, foi apurada tendo em vista que a aplicação o benefício fiscal da alíquota de apenas 7% para ambulantes, microempresas e empresa de pequeno porte, tem como condição o desconto de 10,7561%”, sobre o preço normalmente praticado para as mercadorias,

Ocorre que os autuantes verificaram que a autuada preferiu não conceder os aludidos descontos: *(às vezes, vendendo ainda mais caro para tais clientes do que vendeu para contribuintes normais no mesmo dia – conforme comprovado no Anexo VI-C), então, somente o excedente aos valores pretendidos pelo RICMS (ou seja, preço normal praticado com o abatimento de 10%) é que foram considerados no cálculo para serem tributados à alíquota de 17%, sem se esquecer de conceder o crédito dos 7% já tributados, restando apenas complementar em 10% a alíquota que foi erroneamente aplicada a esses excedentes. Esse foi o cálculo feito.*

Quanto aos demonstrativos apresentados pelo autuante, conforme já aludido, estão claros, com a identificação de todos os elementos necessários para a compreensão dos cálculos efetuado. Os demonstrativos não se baseiam em amostragens, conforme alega o sujeito passivo e sim na totalidade das operações praticadas pela autuada a cada ano considerada no cálculo.

Não está aqui a se discutir se o sujeito passivo coloca ou não na nota fiscal o desconto previsto de R\$ 10,7561%. A questão é se efetivamente o desconto está sendo repassado, ou seja, não adianta vender produto para os demais clientes que não tem o benefício da alíquota de 7%, com um determinado preço e quando da venda para aqueles que cabe aplicar o benefício, o sujeito passivo eleve o preço de tal forma que anule o desconto previsto para esses.

Os autuantes esclarecem que: *a autuada habitualmente majora bastante o preço unitário da mercadoria quando da venda para ambulantes, microempresas e empresas de pequeno porte de modo que, mesmo aplicando o desconto alegado, ainda acaba vendendo para estes (que deveriam ser os verdadeiros contemplados pelo benefício) por um preço ainda maior do que vende, no mesmo dia, para contribuintes enquadrados na condição “Normal”. Para evidenciar a fraude na fruição do benefício, analisaram alguns casos concretos já documentados na peça inicial (Anexo VI-C):*

CASO 1: no dia 09-01-2007, o produto PHYSICAL D33 BORDADO 1,280x1,880x0,1700 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 68195843 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$160,34 (vide fl. 121 do processo). No mesmo dia (vide fl. 120 do processo), para vender à microempresa I.E. 58913491 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$187,95, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço final para 3 unidades do produto ficou em R\$503,22, ou seja, a autuada cobrou do contribuinte de menor capacidade econômica o preço unitário final de R\$503,22 ÷ 3 = R\$167,74.

CASO 2: no dia 25-05-2007, o produto PRO SAUDE D45 C/PILLOW 1,580x 1,980x 0,0200 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 54874895 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$575,94 (vide fl. 127 do processo). No mesmo dia (vide fl. 128 do processo), para vender à microempresa I.E. 68207541 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tanto o preço unitário, fixando-o em R\$659,87, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$588,92.

CASO 3: no dia 24-05-2008, o produto LIGHT 45 1,380x 1,880x 0,2000 foi vendido ao contribuinte normal I.E. 52897928 (com alíquota de 17%) ao preço unitário de R\$233,00 (vide fl. 139 do processo). No mesmo dia (vide fl. 138 do processo), para vender à microempresa I.E. 73386501 (usando alíquota de 7%), a autuada majorou tão escandalosamente o preço unitário, fixando-o em R\$319,15, que, mesmo após aplicar o alegado desconto, o preço unitário final na venda para o contribuinte de menor capacidade econômica ficou em R\$284,83.

Não se trata de questionar ou monitorar os preços praticados pela autuada ou violar a livre economia de mercado e de livre negociação, o fato é que o sujeito passivo aplicou um benefício condicionado e essa condição não foi atendida, uma vez que através do preço praticado para seus adquirentes de forma diferenciada anulou o benefício que o Estado pretende transferir para os contribuintes acima indicados. Se o sujeito passivo optou em não repassar um desconto real ao contribuinte de menor capacidade econômica, ela não está satisfazendo a condição legal imposta para fruição do benefício, violando o disposto no inciso II do parágrafo 1º do artigo 51 do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores. Quanto à argüição de que contribuintes beneficiários da redução de preço (por serem pequenas empresas), não adquirem em quantidade que permitam um preço menor, o sujeito passivo, apesar de arguir, não trouxe aos autos os elementos probatórios de que as diferença de preços são efetivamente decorrentes das razões arguidas.

Diante do exposto, considero mantida a infração 05.

Cabe alinhar que na assentada do julgamento, em sua sustentação oral, o representante legal do sujeito passivo, solicita e protocola documentos através dos quais pretende demonstrar a improcedência da infração 04, tendo em vista erro na apuração do benefício do DESENVOLVE. Acompanhando o mesmo entendimento, constante Acórdãos da 2ª JJF 0231-02/12, e nº 0184-02/12, a busca da verdade material é sem dúvida de essencial relevância por esse Contencioso Administrativo e para tanto o art. 123, § 5º do RPAF permite a flexibilidade necessária e razoável para o acolhimento das aludidas provas, contudo tal dispositivo não foi atendido, na medida em que os documentos não foram apresentados no momento previsto, que era o da impugnação ou mesmo, com a devida razoabilidade, na manifestação que teve oportunidade de fazer, após a informação fiscal, bem como não ficou demonstrada a impossibilidade da apresentação oportuna dos mesmos, pois não se trata de força maior, não se refere a fato ou a direito superveniente e não se destina a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, que justifiquem a apresentação de tais documentos, já previstos pelo impugnante em sua manifestação, na assentada do julgamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, uma vez que foram reduzidos os valores exigidos das infrações 01, 02, 03 e 04, com a manutenção da infração 05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2691320001/12-4**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$618.407,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2012

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOÃO VOICENTE COSTA NETO - JULGADOR