

-21A. I. Nº - 269278.0005/14-8
AUTUADO - COMOLIMPA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA.
AUTUANTE - SILVIO CHIAROT DE SOUZA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.06.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0093-04/16

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS DESTINADAS À MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTO E AMBULANTES. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Caracterizado que o autuado descumpriu a determinação do Art. 16, inciso I, "c" e parágrafo único da Lei nº 7.014/96, ao deixar de repassar para os adquirentes, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez da de 17%, desconto este que não consta expressamente nos respectivos documento fiscais. Diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF não comprovou os repasses aos destinatários. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a exigência fiscal e a penalidade aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 22/09/2014 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$137.696,38 sob a acusação de que o autuado, durante o exercício de 2009, *"Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas"*. Na descrição dos fatos consta que *"o contribuinte se utilizou indevidamente do benefício previsto no artigo 16, alínea "c" da Lei nº 7.014/96, cuja destinatária é a microempresa, ao não repassar para esta, nos termos do parágrafo 1º, do inciso II, do mesmo artigo, o desconto no preço do produto vendido. Desta forma, apropria-se de benefício da microempresa"*. Foi aplicada multa de 60% prevista no Art. 42, incs. II, "a" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 455 a 476, aduzindo o que segue:

Incialmente argui a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que sua lavratura ocorreu quando já revogado o Decreto Estadual nº 6.284/97, ou seja, que o auto de infração foi lavrado em 22 de setembro de 2014, quando já em vigor o novo RICMS/BA, instituído pelo Decreto Estadual nº 13.780/12 que no seu Art. 494, revogou expressamente o Decreto nº 6.284/97.

Sustenta que tendo sido expressamente revogado, significa dizer que o Decreto nº 6.284/97 deixou de existir no mundo jurídico, não mais gerando qualquer efeito ou consequência. Em seu socorro cita e transcreve as disposições das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II do artigo 106 do CTN, as quais, ao seu argumento, esclarecem hipóteses em que a Lei tem efeito retroativo em relação a ato não definitivamente julgado, quando a Lei não mais o define como infração ou deixe de tratá-lo como algo contrário a exigência de ação ou omissão, ou lhe comine penalidade menos severa, acrescentando que a Lei tributária que prevê sanções fiscais mais graves não se aplica a infrações ocorridas antes de sua vigência, vale dizer, não retroage. Todavia, tratando-se de norma mais favorável ao Contribuinte no tocante à definição da infração tributária, bem como à cominação

da respectiva penalidade pecuniária, nos expressos termos do art. 106, II, a retroatividade é a regra.

Cita ensinamento da lavra de eminente Mestre do Direito e Decisões de Tribunais Superiores, para concluir que, sobrevindo o Decreto Estadual nº 13.780/12 que expressamente revogou o RICMS/97 e deixou de fazer a exigência contida no mencionado art. 51, § 1º, II da norma revogada, emerge a patente nulidade do auto de infração, vez que o novo Regulamento trouxe situação mais benéfica à Contribuinte, na esteira do art. 106, II, “a” do CTN.

Pugna pelo acolhimento da preliminar aduzida, com o reconhecimento da nulidade do Auto impugnado, exonerando-lhe do pagamento da exação e penalidade cobradas.

Adentra ao mérito da autuação, onde após uma breve síntese da autuação, menciona que o fundamento para a autuação imposta teria sido o alegado descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada pela alegada não inserção no corpo das Notas Fiscais de venda de mercadorias, da informação alusiva ao desconto do ICMS de que a Autora é beneficiária ao efetuar vendas de sua produção a empresas enquadradas na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, por integrar o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Registre-se que ao contrário do quanto afirmado pelo autuante, consta no corpo das Notas Fiscais não apenas a informação de que estariam usufruindo do desconto, como, também, este proveito econômico foi efetivamente destinado aos adquirentes (microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes), sendo de todo injusta e descabida a pesada penalidade que lhe foi pespegada juntamente com a exação supostamente omitida.

Realça o princípio administrativo da verdade material, que orienta e autoriza a Administração Pública a aceitar e buscar as provas voltadas para o esclarecimento dos fatos, não sendo aceitável a recusa das Notas Fiscais com a informação sobre o desconto, por meras conjecturas da Autoridade fiscalizadora, que destoam da verdade real.

Diz que não é demais relembrar que “*não há, no Estado de Direito, culpados por presunção*”, e que não se pode concluir pura e simplesmente pela existência de dolo ou de enriquecimento sem causa por parte do Contribuinte, sendo de todo incabível a punição imposta apenas com base em eventual falha procedural no preenchimento das Notas Fiscais, mormente porque na Administração Tributária, prima-se pela verdade material dos fatos, sustentando em seguida que trata-se de obrigação acessória de absoluta desvalia, já que o que importa, de fato, é a concessão/repasse do desconto na alíquota e não a mera e singela indicação no corpo da Nota Fiscal, e que o próprio Fisco, em orientações voltadas para outros contribuintes em situação idêntica, jamais exigiu a inserção da informação relacionada ao benefício fiscal, como se verifica pelo Parecer Nº 12317/2009 da (Anexo), onde não se indica a necessidade, tampouco exigida no atual RICMS, de que se faça constar no corpo da Nota Fiscal sobre o desconto concedido.

Após pontuar outras considerações acerca da questão aqui debatida, cita ensinamento do eminente Mestre Roque Antonio Gavazza e relembra que não há como assegurar que o benefício deixou de ser concedido por uma eventual falta de aposição no corpo do documento fiscal de que foi formalizado desconto do ICMS, afirmando que, neste caso a lei deve ser interpretada em favor do contribuinte, e menciona que o art. 112 do CTN, fixa como premissa o benefício da dúvida em proveito do contribuinte, aplicando a regra mais favorável de interpretação nas seguintes hipóteses previstas em seus incisos I a IV.

Destaca que considerando que a eventual não inserção nas Notas Fiscais acerca da informação de que os produtos vendidos gozariam do desconto/bonificação, para assim aplicar a base de cálculo do ICMS, não gerou qualquer prejuízo ao estado, vez que houve o efetivo repasse do benefício em proveito do adquirente, inexistindo a infração, sendo nula a penalidade que lhe foi aplicada, citando, ainda, Decisão do STJ em seu socorro.

Por outro lado, sustenta que a autuação não se sustenta, também, pelo aspecto de que a Fiscalização despreza a metodologia de cálculo do preço dos produtos vendidos e tenta igualar os desiguais, ao tempo em que observa-se dos documentos que serviram de meio de prova para o lançamento a informação de que houve o desconto e que, por consequência, a alíquota foi reduzida de 17% para 7%, dando, assim, conhecimento aos seus clientes de que eles obtiveram o benefício da redução de alíquota do ICMS nas aquisições de mercadorias produzidas pela Recorrente.

Sustenta que os modelos de cálculos apresentados pelo autuante são insustentáveis já que não encontram embasamento na legislação do ICMS existente à época, e que "*resulta absolutamente descabida a ilação constante da autuação, no sentido de que a singela comparação entre CLIENTES da Impugnante, poderia derivar para a demonstração da alegada – e não provada – omissão no recolhimento da exação*", acrescentando que o lançamento desconsidera variáveis importantíssimas na composição do preço e da margem de lucro das operações negociais, sendo de todo desvaliosa e despida de subsídios fático-jurídicos, a conclusão posta no auto.

Passa a explicar o significado do *Mark Up* e sua aplicação sobre o custo de um bem ou serviço para a formação do preço de venda; apresenta exemplo de uma venda hipotética de produtos no valor de R\$ 100,00 para um cliente dito "normal" e uma ME ou EPP, com apuração do ICMS pelo DESENVOLVE, afirmando adiante que a tese sustentada pelo Fisco apenas teria cabimento se ainda vigorasse o Decreto Estadual nº 2.729 que por sua vez, foi interpretado pela Instrução Normativa nº 38/94, da Diretoria do Departamento de Administração Tributária, a qual transcreveu, afirmado ainda que apenas na vigência da mencionada instrução e do Decreto revogado é que se previa expressamente e de forma didática, o modo como deveria constar no documento Fiscal, o desconto concedido, que, vale dizer, não se aplica ao momento atual.

Passa a mencionar orientação advinda da DITRI, em particular o Parecer nº 12.317/2009, o qual transcreveu um trecho, asseverando que, no caso em discussão, "*trata-se de obrigação acessória de absoluta desvalia, já que o que importa, de fato, é a concessão/repasso do desconto na alíquota e não a mera e singela indicação no corpo da Nota Fiscal*", situação esta que se pode observar claramente que a inserção da observação supramencionada é condição secundária, sem que interfira na concessão do benefício, já que as principais condições estão delineadas no contexto do parecer, as quais, assevera, atende integralmente.

Diante disto, cita que observada a natureza da obrigação e a inexistência de penalidade expressa na Lei 7.014/96 para o seu descumprimento, apenas no valor de R\$50,00, vez que esta é exatamente a circunstância, pois não há previsão expressa na lei acerca do descumprimento da obrigação acessória tida por não satisfeita pela Impugnante, o que atrai a penalidade inserta no inciso XXII do mencionado art. 42 da Lei 7.014/96, citando ainda, em seu socorro o Acórdão nº 0229-11/06, cujo teor transcreveu.

Em conclusão requer que :

- a) Seja acolhida a prefacial suscitada, extinguindo o Auto de Infração, pela retroação da norma mais benéfica, o que resulta em sua nulidade por ter sido lavrado com fundamento em norma revogada;
- b) Acaso seja ultrapassada a preliminar levantada, que seja julgada totalmente procedente a presente impugnação, reconhecendo-se a perfeição dos lançamentos e anotações postas no corpo das Notas Fiscais pela Impugnante, na forma preconizada pelo art. 51, § 1º, II do RICMS/97, eximindo-a do pagamento da exação e penalidades cobradas, ou ao menos seja reduzida a multa, aplicando-se a regra do Art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.
- c) Protesta e requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito permitidos, especialmente a prova documental e pericial.

O autuante, por sua vez, prestou informação fiscal, fls. 481 a 484, destacando que o Impugnante recorre ao artigo 106, Inciso II, alínea "c", do CTN, que determina que deve ser aplicada

retroativamente a lei nova quando mais favorável ao contribuinte, ao tempo em que o entendimento do autuado é no sentido de que a partir da data em que passou a vigorar o Decreto 13.780/12, que revogou o Decreto 6.284/97, tornaria o crédito reclamado inexistente à luz desta nova legislação e, desta forma, pede a nulidade do procedimento.

Diz que está equivocado o argumento defensivo pois o novo decreto não alterou o dispositivo em comento. Este foi reformulado, entre outros motivos, para evitar repetir dispositivos já regulados em lei, ao tempo em que a lei regula benefícios e, não, o decreto, este apenas repetia a previsão legal do artigo 16, da Lei 7.014/96, sendo que, com a nova sistemática apenas se evitou repetir o texto da lei, nada se alterando, portanto, o pedido inicial de nulidade deve ser desconsiderado.

No mérito, observa que a defesa afirma que ocorreu o desconto e que este se deu em proveito da beneficiária, a microempresa, e que, segundo a autuada, basta uma simples observação dos documentos fiscais anexos para se chegar a esta conclusão. Diz que *"neste ponto fica a dúvida se estes documentos seriam anexados, ou se trata de documentos já anexados aos autos. Se a hipótese é a primeira, a defesa esqueceu-se de juntá-las aos autos; se a segunda, basta a simples observação" para se verificar não ter sido concedido o desconto no documento fiscal"*

Afirma que a autuada não apresentou uma única nota com a transferência do benefício a quem de direito, e que apensou ao processo uma grande quantidade de notas fiscais e nenhum deles traz o desconto no corpo da nota e que, no preço final não aparece o desconto a que a microempresa tem direito, destacando que em meados de 2009 a autuada passou a emitir notas fiscais eletrônicas, as quais foram anexadas em mídia na folha 449 e em nenhuma delas foi destacado o desconto e transferido o benefício, não havendo apenas erro de natureza procedural, porquanto, ao não conceder o referido desconto, deixou de repassar no preço do produto o direito da microempresa que pagou mais caro pelas mercadorias, havendo, de fato, uma apropriação de benefício de outrem.

Contesta o argumento defensivo de que não há necessidade do destaque do imposto, por considerá-lo meramente formal, citando o Parecer 12317/2009 da DITRI nesse sentido. Sustenta que este parecer em nada se refere a uma possível característica meramente formal do desconto destacado na nota na venda a microempresa, o qual trata de questão envolvendo filial atacadista da indústria como detentora do mesmo direito da indústria matriz nas vendas internas à microempresa, e que, ao contrário do quanto afirmado pelo autuado, não houve a anexação do referido parecer.

Sustenta que a autuada ao deixar de repassar para a microempresa o benefício a ela concedido pelo Estado, desfigurou e descaracterizou completamente o objetivo da Lei de conceder um benefício à microempresa e, não ao industrial que já possui o benefício Desenvolve. Assim, transfigurou a lei, tirando-lhe os efeitos por ela desejados.

Afirma que contra todas as evidências a defesa insiste que transferiu para as microempresas o benefício pela redução da alíquota de 17% para 7%, sendo que, de fato, esta redução não traz qualquer alteração no preço pago pelo adquirente, apenas embute um imposto a recolher pela indústria menor do que o que seria devido. Não há outra conclusão para o exemplo.

Adentrando ao tópico intitulado "Impossibilidade de Tabelamento de Preço pelo Fisco", com o fito de contrapor os argumentos da autuada, apresenta a situação espelhada por duas notas fiscais abaixo discriminadas:

Folha	N.Fiscal	Produto	Vlr. Unit	Vlr.Total	Aliq.
205	3586	Gel Pinho MultiUso 1000MI C/12 Un	21,00	63,00	7%
206	3587	Gel Pinho MultiUso 1000MI C/12 Un	21,00	63,00	17%

Observa que nestas duas notas de venda do mesmo produto para um contribuinte normal e uma microempresa, se verifica que sem o desconto o preço total cobrado do adquirente é exatamente o mesmo, havendo apenas uma redução do imposto a recolher na venda para a microempresa, e

que, tal como este exemplo, encontra-se uma infinidade tanto nas cópias de notas juntadas aos autos como nas NFs colacionadas através da mídia. Diz que diante deste simples fato, todo o argumento apresentado se esvazia.

Por outro lado, destaca a total falta de relação com o Acórdão citado à fl. 474, posto não haver a tal prática de preços diferenciados como demonstrado e pela falta de exemplo concreto produzido pela defesa neste sentido, que apenas recorre a aspectos teóricos.

Mantém na íntegra a autuação.

Em 30/04/2015, o processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, nos seguintes termos:

O presente Auto de Infração exige ICMS na quantia de R\$137.696,38 ao argumento de que a autuada efetuou vendas para estabelecimentos inscritos na condição de microempresa sem haver repassado o desconto de 10,75269%, concernente ao benefício previsto no Art. 16, inciso I, alínea "c" da Lei nº 7.014/96, conforme consta do demonstrativo à fl. 6.

O autuado, dentre outros argumentos, sustenta que nos documentos que embasaram o lançamento consta a informação de que houve o desconto e que, por consequência, a alíquota foi reduzida de 17% para 7%, dando assim, conhecimento aos seus clientes de que eles obtiveram o benefício da redução de alíquota do ICMS nas aquisições de mercadorias por ela produzidas.

O autuante, em sua informação fiscal, contesta os argumentos da autuada e cita o exemplo de duas notas fiscais, fl. 483, onde indica venda, em período próximo, do mesmo produto, para contribuinte normal, alíquota de 17%, e para microempresa, alíquota de 7%, onde foi considerado o mesmo preço em ambas as operações. Com isso, sustenta seu posicionamento de que não houve o repasse do benefício à microempresa.

Dante da situação acima, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, que o presente processo seja convertido em diligência à ASTEC / CONSEF para que sejam adotadas as seguintes providências:

1 - Intimar o autuado para que apresente documentação comprovando que para o período autuado, efetivamente houve o repasse do benefício fiscal previsto pelo art. 51, I, "c" do RICMS/97 para os estabelecimentos que deram causa à autuação, correspondente a diferença entre a alíquota de 17% para 7%.

2 - Após analisar a documentação apresentada pela autuada, anexando aos autos exemplos por amostragem, informar se de fato houve o repasse na forma assegurada pela Defesa.

3 - Concluída a diligência, fazer entrega ao autuado do resultado, bem como de cópia desta solicitação, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, caso queira. Em seguida, o autuante também deverá se pronunciar.

A ASTEC emitiu o Parecer nº 0089/2015. fls. 493 e 494, no qual o seu executor, assim se posicionou:

"Devidamente intimado conf. fl. 496, o autuado apresentou os documentos de fls. 497 a 611, sendo os mesmos examinados pelo diligente, tendo constatado que a redução da alíquota consta, expressamente, em diversos documentos constantes da relação do autuante, conforme exige o § 1º do art. 51 do RICMS/97;

Quanto à comprovação do repasse do benefício fiscal previsto no artigo 51, I, "c" do RICMS/97, apesar de intimado, o autuado não fez a comprovação, alegando que descumpriu apenas uma formalidade exigida pela norma de regência".

Intimada para se manifestar acerca da diligência fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF, o autuado se pronunciou, fls. 619 e 620, onde, após reproduzir os termos da conclusão contida no parecer ASTEC, afirma que a planilha anexa, fls. 621 a 624, demonstra o efetivo repasse do benefício aos clientes ME, EPP e AMBULANTES, sendo inegável a sua diferenciação (até pela disparidade do poder de compra e negociação) com os clientes de grande porte.

Volta a lembrar que possui o incentivo financeiro (DESENVOLVE), que permite o recolhimento de 19% do ICMS a recolher e que, diante desta situação, quando se destaca 17% para os clientes normais, passa a ter direito de ficar com 81% do ICMS a ser recolhido aos cofres públicos, enquanto que, para as ME, EPP e AMBULANTES, em que se concede 10,75269% referente ao

repasse de ICMS, é destacada uma alíquota de 7%, sendo obtido um incentivo de 81% somente sobre 7%, afirmando que, com esta situação, pode-se observar que o benefício concedido as ME, EPP e AMBULANTES reduziu drasticamente a margem de lucro da empresa em aproximadamente 8,1%.

Conclui afirmando que além do requisito formal - que considera como a única exigência contida na norma de regência - da indicação na Nota Fiscal acerca do benefício, constata-se, de fato, que este foi concedido, o que atesta o descabimento da autuação.

O autuante apresentou manifestação às fls. 736 e 737, aduzindo que a ASTEC constatou que a alíquota foi reduzida na forma do artigo 51, do RICMS/BA, entretanto, não foi atendida a exigência da comprovação da transferência do benefício sob a alegação da autuada desta representar mera formalidade. Esta é a conclusão da diligência.

Após pontuar uma crítica ao conteúdo da solicitação de diligência, destaca que o fato essencial é que não foi demonstrado o desconto no documento fiscal exigido pela legislação. Desta forma, admitir-se o argumento da autuada é tornar a exigência legal letra morta, abrindo espaço para a expropriação do verdadeiro beneficiário.

Contesta o demonstrativo apresentado pela autuada, o qual considera ser seletivo de produtos destinados a microempresas com preços inferiores aqueles cobrados de empresa normal, o que não significa ter sido dado o desconto do imposto pela lei, e que são contingências de mercado. Acrescenta que poder-se-ia montar, do universo de notas emitidas, outro demonstrativo com finalidade completamente diversa.

Destaca que cabem ainda as seguintes observações sobre as conclusões tiradas pela defesa na folha 620, ainda não discutidas acima, ao interpretar a manifestação da ASTEC no que se refere ao benefício Desenvolve, a defesa apresenta um argumento insólito: que o referido benefício reduz o imposto a recolher em 81% e quando a alíquota é de 17% e que sua redução atinge determinado montante, mas quando a venda é destinada a microempresas este mesmo incentivo incide sobre o montante obtido pela aplicação da alíquota de 7%, ou seja, a empresa, ao pagar menos imposto devido à alíquota menor, perde benefício. Nesta ótica, pontua que evidentemente se o imposto a recolher é menor, o benefício também o é, o que não implica qualquer prejuízo evidente para o contribuinte. Ainda assim, em função deste fato, conclui que sua margem de lucro estranhamente calculado sofreu uma redução.

Em conclusão diz que são juntados aos autos quatro ementas sobre a mesma infração já definitivamente julgadas procedentes na esfera administrativa pelo CONSEF sempre fundamentadas na falta de comprovação da transferência do benefício à legítima destinatária: a microempresa.

VOTO

Os fatos narrados no presente Auto de Infração relacionam-se ao exercício de 2009, ocasião em que se encontrava em pleno vigor o RICMS/BA aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, cujas regras nele inseridas são aplicáveis aos fatos ocorridos durante sua vigência.

Na descrição dos fatos contida no Auto de Infração o autuante faz clara menção ao Art. 16, inciso I alínea "c" da Lei nº 7.014/96, que continua em pleno vigor:

Art. 16. 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% (sete por cento) nas operações com:

Redação anterior dada à alínea "c", do inciso I do art. 16 dada pela Lei 7.357, de 04/11/98, DOE de 05/11/98, efeitos a partir de 01/01/99 a 22/03/15:

"c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em

se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas "a" a "j" do inciso II;

Redação anterior dada ao § 1º do art. 16 pela Lei 7.357, de 04/11/98, DOE de 05/11/98, efeitos de 01/01/99 a 30/03/10, tendo sido renumerado de parágrafo único para § 1º pela Lei nº 8.257, de 20/05/02, DOE de 21/05/02:

"Parágrafo único. Como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c", do inciso I, deste artigo, o estabelecimento industrial remetente 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."

Portanto, o fato do atual Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 ter revogado expressamente o Regulamento anterior, não significa que a exigência contida no presente Auto de Infração deixou de existir no mundo jurídico vez que sempre possuiu e ainda possui previsão legal, conforme se verifica acima.

Desta forma, por não se tratar de situação que deve ser aplicada a norma prevista pelo Art. 106, II do CTN, não acolho a preliminar de nulidade arguída na defesa, e passo ao exame do mérito.

A questão em discussão diz respeito a acusação de que nas operações de vendas efetuadas pelo autuado destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, não foram repassadas às mesmas o desconto nos preços dos produtos vendidos, na forma acima prevista.

Alega o autuado que consta no corpo das notas fiscais não apenas a informação de que estariam usufruindo do desconto, como, também, este proveito econômico foi efetivamente destinado aos adquirentes (microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes), sendo de todo injusta e descabida a penalidade que lhe foi imposta juntamente com a exação "supostamente" omitida.

O autuante, por sua vez, sustentou a acusação ao argumento de que o autuado, em nenhum instante fez prova de que efetivamente tenha repassado o benefício às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, tendo colacionado aos autos farta documentação a este respeito, ou sejam, cópias de notas fiscais.

Do exame destas notas, verifiquei que no corpo das mesmas não consta expressamente o desconto no valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez da de 17%, conforme determina a legislação pertinente.

Objetivando a formação do meu convencimento e, sobretudo na busca da verdade material, foi decidido por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF, visando, basicamente, que o autuado fosse intimado para apresentar documentação comprovando que para o período autuado, efetivamente houve o repasse do benefício fiscal previsto pelo art. 51, I, "c" do RICMS/97 para os estabelecimentos destinatários, correspondente a diferença entre a alíquota de 17% para 7%, e que, após a apresentação da documentação porventura apresentada, fosse informado se de fato ocorreram os repasses na forma arguída pela Defesa.

Em atendimento, a ASTEC/CONSEF emitiu o Parecer de fls. 493 e 494, onde o autor da diligência assim se posiciona:

"Devidamente intimado conf. fl. 496, o autuado apresentou os documentos de fls. 497 a 611, sendo os mesmos examinados pelo diligente, tendo constatado que a redução da alíquota consta, expressamente, em diversos documentos constantes da relação do autuante, conforme exige o § 1º do art. 51 do RICMS/97;

Quanto à comprovação do repasse do benefício fiscal previsto no artigo 51, I, "c" do RICMS/97, apesar de intimado, o autuado não fez a comprovação, alegando que descumpriu apenas uma formalidade exigida pela norma de regência". (grifos não originais).

Ora, o que se buscou através da diligência foi a comprovação de que houve o repasse aos destinatários dos benefícios constantes no art. 16 da Lei 7.014/96, cujo texto, foi repetido pelo

RICMS/97, então em vigor, já que, nas notas fiscais consta apenas um carimbo de que a alíquota foi reduzida conforme alínea "c", inciso I, Art. 51 do RICMS/BA sem que haja a demonstração, pelo autuado do repasse em forma de desconto no preço conforme determinação legal, plenamente em vigor, determinação esta que, em nenhum instante, deixou de existir, sendo tal procedimento obrigatório.

Não obstante o pedido que foi feito, a autuada não se desincumbiu do ônus de trazer aos autos elementos probatórios suficientes à comprovar suas alegações defensivas, e, este fato, foi confirmado pelo autor da diligência, ao citar que o autuado, apesar de intimado, não fez a mencionada comprovação de que houve o repasse ao destinatário. Aliás, não vejo nos exemplos apresentados pelo autuado, inclusive quando se refere a redução da sua margem de lucro por ser beneficiária do programa DESENVOLVE, tampouco nas tabelas de fls. 621 a 624 elaboradas pelo mesmo, elementos que comprovem o cumprimento da norma contida no Art. 16, I, "c" da Lei nº 7.014/96, que é o fato concreto e motivador da autuação.

Quanto ao Acórdão nº 0229-11/06 trazido pelo autuado em seu benefício, vejo que em nada lhe socorre, já que ali se trata de uma situação em que restou comprovada através de diligência, também realizada pela ASTEC/CONSEF, que houve a clara existência de preços diferenciados entre as operações destinadas às microempresas, EPP e ambulantes, e aquelas destinadas à contribuintes inscritos na condição "normal", situação esta que levou a Câmara de Julgamento em converter a exigência do imposto em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, o que não é o presente caso, em que não houve a comprovação necessária do repasse em forma de desconto aos destinatários.

No mais, considero relevante a juntada feita pelo autuante das ementas e resoluções relacionadas aos Acórdãos nº 386-12/15, 316-11/11, 347-11/14 e 390-12/15, todos da 2ª Instância de Julgamento deste CONSEF, fls. 738 a 741, confirmando autuações absolutamente idênticas a que ora se examina, contra o mesmo estabelecimento autuado, fato este que denota a condição de reincidência por parte do autuado.

Em conclusão, não acolho o pedido do autuado para redução ou transformação da multa em penalidade por mero descumprimento de obrigação acessória e voto pela Procedência integral do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269278.0005/14-8** lavrado contra **COMOLIMPA INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$137.696,38** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA