

AI Nº - 279757.0066/14-8
AUTUADO - COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA.
AUTUANTE - ISRAEL CAETANO e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 05.06.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0083-04/17

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTAS. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritos como tais no cadastro estadual, é condicionada, dentre outras coisas, a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%. Submetido o lançamento fiscal a diligência fiscal realizada por fiscal estranho ao feito não restou comprovado que tenha sido repassado para os adquirentes o valor do desconto relativo à diferença da aplicação da alíquota de 7% em vez da de 17. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, exige ICMS no valor de R\$672.753,58 acrescido da multa de 60, em decorrência o recolhimento a menor do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período: junho de 2010 a dezembro de 2012.

Consta na descrição dos fatos: *“Referente às sucessivas saídas para Microempresas, estabelecidas no Estado da Bahia, aplicando a alíquota de 7%, prevista no Artigo 51, Inciso I, alínea C, do RICMS, aprovado pelo Decreto nr. 6.284/97, sem o repasse sob a forma de desconto, cláusula obrigatória para o benefício, previsto no Parágrafo 1º, inciso II, do citado RICMS, conforme Demonstrativo do ICMS Normal Recolhido a Menor Devido à Falta de Repasse sob a Forma de Desconto, Nas Saídas No Estado Para Microempresas e/ou Empresas de Pequeno Porte Beneficiadas com a Alíquota de 7% (sete por cento), parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao Contribuinte”*.

Contestando o lançamento fiscal (fls. 97/104), o impugnante diz ser pessoa jurídica de direito privado, tendo por atividade a industrialização e comercialização de condutores elétricos.

Entende que o lançamento não merece prosperar, uma vez que não encontra respaldo na respectiva legislação da matéria como passa a argumentar.

Afirma que o fiscal autuante limitou-se, apenas, a verificar se o referido desconto constava, expressamente, nas notas fiscais de saída de mercadorias destinadas às microempresas, uma vez que o art. 51, §1º, II, do RICMS/97 c/c o art. 16, § 1º, II, da Lei nº 7.014/1996 determinam.

No entanto, o benefício em questão exige do estabelecimento industrial ou equiparado o cumprimento de duas obrigações: uma de caráter material, e outra, de natureza acessória. A de caráter material diz respeito à obrigatoriedade de que a venda dos produtos para as micros e EPPs sejam efetuadas por um preço menor do que o praticado normalmente pelo estabelecimento, contemplando neste preço, a título de desconto, o valor equivalente ao benefício obtido pela tributação especial, na qual utiliza a alíquota de 7% ao invés da de 17%. Já a de caráter acessória foi instituída com o objetivo de facilitar o controle do Estado em relação às referidas operações.

Em assim sendo, quando de suas vendas dos condutores elétricos às micros empresas e EPPs, aplicou a alíquota de 7% e concedeu o desconto (benefício) a essas empresas, atendendo, portanto, a obrigação de caráter material. No entanto e por equívoco, não fez o expresso destaque do repasse do aludido desconto nos documentos fiscais emitidos, o que não representa, em qualquer hipótese, a conclusão de que efetuou qualquer recolhimento a menor do imposto devido. Diz que este fato pode ser facilmente constatado a partir da análise comparativa entre as notas fiscais emitidas para as microempresas e àquelas emitidas para os demais clientes na venda dos condutores elétricos, onde resta provado de que o preço praticado para elas foi menor do que nas demais vendas. Neste sentido, e a título exemplificativo, apresenta as variações de preço ocorridas no 2º semestre de 2010/2011/2012, relativas ao produto CABO MACKFLEX BWF 1x2,50 MM2 PRETO 450/750V (apresenta planilha), cuja análise comparativa em conjunto com o levantamento fiscal (doc. 04), permite avaliar a metodologia de fixação de preços praticados pela empresa.

Indica, ainda, uma avaliação comparativa do preço máximo fixado para as vendas normais em relação vendas para as micro e EPPs, como se segue.

CABO MACKFLEX BWF 1x2,50 MM2 PRETO 450/750V

. ME e EPP = R\$ 0,59

. Vendas normais = R\$ 0,73

CABO MACKFLEX BWF 1x2,50 MM2 VERMELHO 450/750V

. ME e EPP = R\$ 0,68

. Vendas normais = R\$ 0,73

CABO MACKFLEX BWF 1x4,00 MM2 PRETO 450/750V

. ME e EPP = R\$ 1,00

. Vendas normais = R\$ 1,18

CABO MACKFLEX BWF 1x25,00 MM2 PRETO 450/750V

. ME e EPP = R\$ 5,65

. Vendas normais = R\$ 8,50

. CORDÃO PARALELO MACKFLEX BWF 2x0,75 MM2 MARROM 300V

. ME e EPP = R\$ 0,38

. Vendas normais = R\$ 0,49

. CORDÃO TORCIDO MACKFLEX BWF 2x4,00 MM2 BRANCO 300V

. ME e EPP = R\$ 2,06

. Vendas normais = R\$ 2,37

. CABO MACKFLEX BWF 1x6,00 MM2 PRETO 450/750V

. ME e EPP = R\$ 1,70

. Vendas normais = R\$ 2,73

. CORDÃO TORCIDO MACKFLEX BWF 2x2,50 MM2 BRANCO 300V

. ME e EPP = R\$ 1,42

. Vendas normais = R\$ 1,58

Observa, em seguida, que em relação ao produto CABO MACKFLEX BWF 1x25,00 MM2 PRETO 450/750V, ao promover sua venda às microempresas, praticou um preço máximo de R\$5,65 por unidade comercializada e às aquelas consideradas normais o preço foi de R\$8,50. A diferença de R\$2,85 representa um desconto maior do que estaria obrigada a conceder em razão da utilização da alíquota especial prevista pelo legislador baiano.

Diante de tais comprovações, diz demonstrada a nítida variação de preço praticado para as microempresas. Em assim sendo, conclui que a mera imprecisão ou falha no preenchimento da

nota fiscal não inviabilizou o repasse do desconto e, conseqüentemente, o correto recolhimento do imposto.

Comenta, em seguida, ser a nota fiscal uma obrigação acessória e que a adoção da sistemática utilizada pela fiscalização foi, apenas, uma mera presunção de ausência de repasse do desconto às microempresas, em face do não cumprimento de uma obrigação de natureza meramente formal, fato este que pode ser afastado, como ora realizou, inclusive através dos levantamentos que apensou aos autos (docs. 04 e 05).

Fala a respeito da aplicação do princípio da verdade na análise do processo administrativo, e entende que a documentação apresentada comprova a verdade dos fatos e que deve ser analisada. Requer a improcedência da autuação e a juntada posterior de documentos, bem como, a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa JJF.

Os autuantes prestam informação fiscal (fls. 122/124). Após transcreverem a infração, bem como, o art. 111, do CTN e art. 51, I, e § 1º, do RICMS/97, afirmam que da análise das operações comerciais da empresa, restou comprovado que não foi repassado, efetivamente, o referido “desconto” para o adquirente/destinatário das mercadorias.

Ressalta que os exemplos que o impugnante trouxe para exame tratam de raríssimos casos observados ao longo de todas as operações e que demonstrou no processo, tão somente, 49 em um total de 13.089 operações (demonstrativo no PAF, cuja cópia foi entregue ao autuado, ou seja, 0,37%).

Chama atenção para o fato de que a autuação não se trata de “presunção”, mais sim da comprovação à luz das notas fiscais emitidas para outros contribuintes, não beneficiados pela alíquota de 7%, no mesmo dia da operação.

A respeito dos exemplos apresentados pelo contribuinte diz que ele somente apresentou “os que lhe interessam”. E textualmente afirmam: *“Um exemplo é a mercadoria CABO MACKFLEX BWF 1X2,50 MM2 PRETO 450/750V que informa as fls. 100. A comparação foi feita com a Nota Fiscal nº 353, emitida em 07/07/2010. Bastava ela verificar a Nota Fiscal nº 437, emitida em 19/07/2010, cuja alíquota aplicada é de 17% e confirmar o preço de venda de R\$0,39. Ou seja, o mesmo praticado na Nota Fiscal nº 446, emitida em 20/07/2010, para uma EPP/ME, com alíquota de 7%”. ... “Como se vê, a Autuada tenta ludibriar o Julgador confundindo datas e valores além de insignificante “comprovação” (estas são incabíveis por se tratar de comparação com datas distantes quando as próximas às operações demonstram o acerto da acusação fiscal)”*.

Pugnam pela manutenção total do Auto de Infração.

Esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 31/03/2015, decidiu encaminhar o presente processo à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências (fl. 184):

1. Intimasse o autuado a apresentar uma listagem comparativa entre os preços praticados de suas vendas à EPP/ME e empresas normais, acompanhada dos documentos fiscais que a geraram (notas fiscais de saídas para EPP/ME e empresas normais). Foi feita a observação de que esta listagem deveria ser realizada com as mercadorias autuadas.
2. Por ser listagem e documentos numerosos, deveria ser ela confeccionada açambarcando DOIS MESES POR CADA EXERCÍCIO, ou seja, 2010, 2011 e 2012.
3. De posse desta documentação, analisasse se existia a possibilidade de se provar que a empresa autuada, de fato, mesmo não seguindo rigorosamente as determinações legais, repassou, sob forma de desconto, às EPP/ME o benefício concedido pelo Estado, com fundamento no art. 16, I, “c” combinado com o § 1º, II, da Lei nº 7.014/96.

Foi reaberto prazo de dez dias para que o contribuinte pudesse se manifestasse, querendo, a respeito desta solicitação, devendo os autuantes prestar nova informação, caso ela fosse feita.

Fiscal estranho ao feito intimou o autuado a apresentar a documentação requerida por esta 4ª JJF (fl. 195). A empresa manifesta-se junto à ASTEC/CONSEF (fls. 197/200) e a entrega.

De posse da referida documentação, fiscal estranho ao feito presta a seguinte informação:

Para efetuar a diligência na forma pedida intimamos a empresa nos seguintes termos:

Apresentar uma listagem comparativa entre os preços praticados nas suas vendas à EPP/ME e a empresas normais, acompanhada dos documentos fiscais que a geraram (notas fiscais de saídas para EPP/ME e para empresas normais), observando o seguinte:

- a) A listagem deve relativa às mercadorias objeto da autuação;*
- b) A listagem deve abarcar DOIS MESES POR CADA EXERCÍCIO autuado (2010, 2011 e 2012)."*

Atendendo à Intimação, a Autuada apresentou em mídia digital (CD-R anexado à manifestação de atendimento à Intimação) a amostra comparativa pedida listando preços dos produtos autuados que praticou em vendas para EPP/ME e demais clientes no sentido de demonstrar que embora tenha deixado de expressamente destacar nas NFs, efetuou o repasse de valor aproximado ao benefício resultante da alíquota de 7% em vez de 17% nas vendas às EPP/ME, sob a forma de desconto. A listagem contempla os seguintes períodos: Exercícios: 2010 (agosto e outubro); 2011 (outubro e dezembro); 2012 (outubro e dezembro).

*Considerando que uma mesma metodologia serviu a todas as amostras, analisamos os arquivos apresentados pela Autuada e tomando como exemplo o mês de **outubro 2011**, colorindo colunas observamos o seguinte:*

- a) Colunas em amarelo: Contempla NFs de vendas a uma mesma EPP/ME contendo diversos produtos cujos preços correspondentes foram extraídos em distintas NFs de vendas a demais contribuintes;*
- b) Coluna verde: Contempla os valores unitários das vendas a EPP/ME;*
- c) Coluna abobora: Contempla os valores unitários dos mesmos produtos nas vendas aos demais clientes que a Autuada selecionou para amostra;*
- d) Coluna vermelha: Contempla os percentuais comparativos entre os valores unitários constam das vendas para EPP/ME e demais clientes. Nesta coluna se deve atentar para o seguinte:*

*d.1) O percentual constante de cada linha final de cada NF EPP/ME corresponde à média simples da variação entre os preços praticados nas vendas às EPP/ME e aos demais clientes selecionados pela Autuada (ex.: no comparativo da NF 3852, **6,86%** seria o percentual de desconto que alega ter concedido);*

*d.2) O percentual constante da última linha de cada período da amostra produzida corresponde à média simples das médias apuradas entre as variações de preços relativas a cada NF de venda às EPPs/Mês (no comparativo entre todas NFs de vendas a EPP/ME e as NFs de vendas aos demais clientes que a Autuada selecionou para a amostra, **8,52%** seria o percentual de desconto que alega ter concedido);*

d.3) Na coluna vermelha, os percentuais positivos indicam vendas a EPP/ME com preços menores que os das vendas aos demais clientes e os percentuais negativos indicam o inverso;

*d.4) Neste quesito, a listagem apresenta os seguintes percentuais gerais para os demais períodos: **45,73%** para agosto 2010; **17,07%** para outubro 2010; **32,83 %** para dezembro 2011; **8,19%** para outubro 2012 e **10,71%** para dezembro 2012. Tais percentuais é que a Autuada pretende demonstrar como comprovação do repasse do benefício relativo à redução da carga tributária;*

Tendo em vista que, como feita, a amostragem apresentada pela Autuada pode ou não refletir a verdade dos fatos, utilizando a mesma metodologia (média simples), computando todas as NFs de vendas do período autuado para EPP/ME e demais clientes (cerca de 13.100 NFs), elaboramos demonstrativo (CD anexo) apurando a variação de preços unitários dos produtos objeto da autuação.

Esta variação consta da última coluna do DEMONSTRATIVO DA COMPARAÇÃO DE PREÇOS ENTRE AS VENDAS PARA EPP/ME X DEMAIS CLIENTES e, nessa apuração, ao contrário da apresentada pela Autuada, os percentuais positivos indicam vendas com preços unitários maiores para EPP/ME e os negativos, o inverso.

Nesse trabalho, como se vê no demonstrativo, apenas no período novembro 2010 apuramos um percentual negativo de 0,5% indicando que no comparativo dos preços de todas as vendas desse período e considerando os preços unitários dos produtos, foram 0,5% menor nas vendas para EPP/ME que a média de preços dos mesmos produtos das vendas aos demais clientes. Por conseguinte, em todos os demais períodos da autuação os percentuais da variação de preços médios se apresentam positivos indicando medianamente que os preços praticados nas vendas para EPP/ME foram maiores que os praticados nas vendas para os demais clientes.

Por fim, para os períodos da amostra apresentada pela Autuada como prova de sua alegação, o comparativo entre os dados do seu demonstrativo e o nosso é o seguinte:

COMPARATIVO VENDAS EPP/ME X DEMAIS CLIENTES		
Período	Desconto indicado Demo Autuada	ASTEC: Acréscimo de preço vendas EPP/ME
ago/10	45,03%	8,47%
out/10	17,07%	4,05%
out/11	8,52%	2,69%
dez/11	32,83%	0,70%
out/12	8,19%	18,25%
dez/12	10,71%	17,71%

CONCLUSÃO

Estimando que as informações aportadas atendem ao solicitado no pedido da diligência, devolvemos o PAF para as demais providências, conforme expresso no pedido de diligência (fl. 512).

Diante do resultado da diligência o representante da empresa manifesta-se (fls. 206/211). Após sintetizar sua defesa inicial a respeito dos seus procedimentos em relação às vendas às micros e EPPs, assim como, a apresentação de demonstrativos onde realizou uma análise comparativa entre as notas fiscais emitidas para as microempresas e empresas de pequeno porte e aquelas emitidas para os demais clientes na venda dos condutores elétricos, para atestar a sua argumentação, pontua o pedido feito por esta 4ª JJF, a entrega, ao fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC/CONSEF, em mídia digital, uma listagem comparativa e as notas fiscais, tudo conforme solicitação desta Junta de Julgamento.

No entanto, restou surpreso com o resultado desta diligência, afirmando que a sua conclusão não pode se sustentar, *por ter decorrido exclusivamente da metodologia inadequada eleita pelo Fiscal diligente, ao promover o comparativo entre os preços praticados nas vendas às EPP/ME e a empresas normais com base na média do mês, a despeito de não existir qualquer disposição legal/normativa ou mesmo qualquer comando dessa d. JJF determinando que seja considerado como critério comparativo a média de preços, ao invés daquele efetiva e normalmente praticado pela empresa.*

Afirma que o procedimento adotado pelo diligente é incoerente e nitidamente falho, uma vez que dentro de um próprio mês, um mesmo produto pode sofrer as mais variadas oscilações de mercado, em decorrência de flutuações de preços, condições especiais de compra/pagamento, sem falar que sequer poderia conhecer a média de preços de um determinado mês antes mesmo do seu encerramento. Por tal fato, ao apresentar a listagem que lhe foi solicitada, promoveu o comparativo dos valores praticados nas vendas às EPP/ME com o preço inicial de tabela praticado, que, não se pode negar, comumente, sofre variações dentro do próprio mês, decorrentes (i) das particularidades das negociações com clientes que compravam uma gama variada e representativa dos seus produtos ou que ofertavam formas de pagamento mais vantajosas (atrativas, naturalmente, de descontos diferenciados), e (ii) das próprias flutuações de mercado, diante da dinâmica da oferta e da procura, cotação do dólar, aquecimento ou desaceleração de determinados setores da economia.

E, continua, não foi à toa que o próprio RICMS/97, e por analogia, ao dispor sobre as operações que não tenham base de cálculo pré-estabelecida, “*determinava a aplicação do preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento na operação mais recente (art. 56, III, “b” c/c o § 1º, I, do RICMS/97), confirmando, assim, que no contexto econômico em que inseridos, é patentemente descabida a adoção da média de preços como parâmetro para levantamentos fiscais*”.

Com tal argumento, afirma que o fiscal diligente, acabou por distorcer a sua conclusão na medida em que confrontou os preços efetivamente praticados nas vendas às EPP/ME, “*não com aqueles perpetrados nas suas operações comerciais normais do mês, mas sim, com base na média de preços praticados, cuja apuração resultou num comparativo eivado de distorções*”. Ou seja, tal critério, além de carecer de respaldo legal, acabou por distorcer os resultados do levantamento, que muito se afasta da verdade dos fatos.

Por tudo exposto, afirma que para se chegar à conclusão de que houve o repasse do devido desconto às EPP/ME, necessário que se compare os preços de vendas para tais empresas com aquele inicialmente fixado no mesmo período, como procedeu em seus demonstrativos apresentados à ASTEC, em 13/10/2016.

Pugna que seja realizada nova diligência, a fim de que seja revista a metodologia adotada na elaboração dos demonstrativos que embasaram as conclusões expostas no Parecer ASTEC nº 123/2016 e reitera todos os termos de suas razões de defesa.

Os autuantes em sua manifestação (fls. 214/217) indicam a infração ora em lide e pontuam que, como meio de prova da acusação, haviam elaborado uma amostra de preços médios praticados pela empresa (fls. 53/88) cujos valores são inferiores aos praticados nas citadas saídas para microempresas, objeto da exigência do demonstrativo de fls. 8/39.

Após sintetizarem as razões de defesa iniciais e a informação fiscal, passam a discorrer sobre o resultado da diligência, que dizem provar o acerto da autuação.

Em relação à última manifestação do defendente, diz não ter entendido a sua alegação contida à fls. 209 dos autos, quando diz ele que *"...sem falar que a Manifestante sequer poderia conhecer a média de preços de um determinado mês antes mesmo do seu encerramento"*, já que a infração foi a de não ter concedido o repasse do desconto do ICMS no preço das mercadorias nas operações realizadas com Micros e EPPs e, como prova, não ter feito constar expressamente no documento fiscal.

Em relação à média de preços mensais, dizem se tratar de um critério adotado pelo Auditor diligente para comprovar que a empresa praticou suas vendas para micros e EPPs com preço superior à média praticada para outras empresas não beneficiadas com a alíquota de 7%. Afora que se for comparado operação por operação, nota fiscal por nota fiscal, restará comprovado o que ora se discute. Em assim sendo, foi isto que a média apontou.

Dizem contraditória a afirmativa do impugnante de que *"dentro de um próprio mês, um mesmo produto pode sofrer as mais variadas oscilações de mercado, em decorrência de flutuações de preço, condições especiais de compra/pagamento..."* (fls. 209, segundo parágrafo) e, em seguida, afirma que *"deve-se considerar o preço inicialmente tabelado pela empresa para cada um dos seus produtos, jamais o preço médio unitário de vendas mensal, como adotado nos levantamentos colacionados ao Parecer ASTEC ora comentado, sob pena de estar a se comparar valores aferidos em situações díspares"* (fls. 210 - 4º parágrafo).

Ressaltam que todos os argumentos defensivos deveriam, no mínimo, apresentar provas, através de consistente demonstrativo, tal qual fez o diligente fiscal, o que não aconteceu. *"Por conseguinte, acaso, de fato, seja este o modus operandi da Autuada a única forma de prova concreta de que repassa o desconto para as Microempresas e EPP é o cumprimento do que dispõe o RICMS/97, em seu Inciso II, do § 1º, do Artigo 51"* (transcrito).

Mantém a ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, fica indeferido o pedido de diligência fiscal na forma solicitada pelo defendente em sua última manifestação, pois os elementos probatórios constantes dos autos são suficientes à formação da convicção desta JJF, com base no art. 147, I, do RPAF/BA. Ademais, a prova pretendida pelo sujeito passivo destina-se a que o fisco adote metodologia que ele entende a mais adequada, ou seja, adote critérios estatísticos como é o seu entendimento e não o que pode espelhar, da forma mais isenta, a verdade dos fatos.

O presente Auto de Infração versa sobre o recolhimento a menor do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata de sucessivas saídas para microempresas, estabelecidas no Estado da Bahia, quando foi aplicada a alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, alínea "c", do RICMS/97, sem o repasse sob a forma de desconto, previsto no § 1º, II, da referida norma regulamentar.

A lei nº 7014/96, à época dos fatos geradores ora guerreados, assim determinava:

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17% (dezessete por cento):

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:

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;"

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

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

*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% (sete por cento) em vez da de 17% (dezessete por cento), devendo a redução constar, expressamente, no respectivo documento fiscal."*

Estas determinações foram absorvidas pelo RICMS/97 nos seus arts. 50, I, 51, I, "c" e § 1º, I e II.

Diante da norma acima transcrita, o normativo baiano do ICMS não estipulou um percentual específico de desconto, Apenas estabeleceu que fosse repassado o desconto correspondente, aproximadamente, ao valor do benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%.

No entanto, estabeleceu que tal desconto deve constar, expressamente, no documento fiscal já que tal medida visa resguardar tanto o fisco como o contribuinte de problemas futuros, inclusive podendo desaguar em situação onde o sujeito passivo pode não ter condições de provar se obedeceu, ou não, a norma legal, principalmente pelo fato de que aqui se estar a falar em benefício fiscal, onde as regras do art. 111, do CTN devem ser observadas. Em assim sendo, embora concorde com o defendente de que aqui possa existir uma infração de natureza obrigacional principal e outra acessória, esta obrigação acessória, no caso presente, tem importância fundamental para resguardar e provar, inclusive, seus procedimentos.

Afora que não se pode perder de vista que a redução da carga tributária prevista no artigo 16 da Lei nº 7.014/96 tem por objetivo as destinatárias das mercadorias, ou seja, as microempresas e empresas de pequeno porte, sendo esta a razão da obrigatoriedade do repasse do benefício correspondente à redução em forma de desconto.

O impugnante afirma de que o lançamento não merece prosperar, uma vez que não encontra respaldo na respectiva legislação da matéria (sendo, apenas, uma presunção) já que o autuante limitou-se, tão somente, a verificar se o referido desconto constava, expressamente, nas notas fiscais de saídas de mercadorias destinadas às microempresas.

Esta é uma afirmativa que não espelha a realidade. O autuante apensou aos autos (em papel – fls. 53/88 e em mídia – fl. 90), levantamento denominado "Amostra de Preço Médio Praticado com Alíquota Cheia do ICMS", demonstrando assim que, antes mesmo do lançamento fiscal, perquiriu a verdade dos fatos, ou seja, se o valor do desconto foi, realmente, concedido. Portanto, o Auto de Infração tem total respaldo na legislação que rege a matéria, como acima transcrita e, em qualquer momento diz respeito a qualquer presunção.

O defendente confessa que não fez constar o valor do desconto nas notas fiscais, embora o tenha concedido quando das vendas realizadas e conforme expressa determinação da legislação tributária. Apresenta demonstrativo e análise comparativa para corroborar sua posição. Ou seja, apresenta preços diferenciados para vendas às microempresas e empresas de pequeno porte.

Os fiscais autuantes, por seu turno, advogam que o universo apresentado pela empresa é muito pequeno (0,37%) em relação às operações comerciais realizadas (inclusive escolhendo situações) e autuadas, não podendo ser base para desconstituir a infração. E nesta argumentação, cita exemplo (fl. 184) onde pode ser observado preço igual para vendas realizadas a EPP/ME e contribuintes fora deste universo.

Ressalto, neste momento, de que o direito tributário rege-se por provas, geralmente embasadas em documentos, bem como, a mera negativa do cometimento da infração não é suficiente para elidir o sujeito passivo quanto ao cumprimento do dever imposto na legislação, a teor do art. 143, do RPAF/BA. Ou seja, a atividade de constituição do crédito tributário é vinculada, tanto quanto a atividade dos contribuintes de registro das operações que realizam e que se submetem à incidência de tributos.

No entanto, pelo fato de que aqui somente se busca saber se existiu, ou não, os descontos estabelecidos na norma regulamentar (obrigação principal), esta 4ª CJF, perquiriu a verdade material dos fatos de forma isenta, muito embora o ônus da prova seja do contribuinte, que obrigado estava, mas não o fez, preferindo, neste momento, discutir o conceito de obrigação principal e acessória. Em assim sendo, encaminhou o processo à fiscal estranho ao feito, lotado na Assessoria Técnica deste CONSEF, admitindo, inclusive, que o seu parecer fosse realizado por amostragem de dois meses para cada ano, já que o volume de documentos era muito grande.

Fiscal estranho ao feito de posse da documentação apresentada pela empresa, na forma requerida, tomou as seguintes providências:

1. Elaborou demonstrativo (CD á fl. 196), intitulado NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS EXCETO AS RELACIONADAS NO DEMONSTRATIVO DE SAÍDAS PARA MICROEMPRESAS - 2010 A 2012, onde excluiu as operações realizadas com micros e EPPs e apurou o preço médio de todas as vendas mensais praticadas e por espécie de mercadoria no período auditado.
2. Transportou esses preços para uma nova coluna, “P.Médio/Mensal” do demonstrativo do Auto de Infração (fls. 8/39). Em seguida, o comparou com cada operação realizada, dentro do respectivo mês de competência, mercadoria por mercadoria, apurando, em uma coluna a variação dos preços praticados para as micros e EPPs e para os contribuintes não beneficiados com a alíquota de 7%.

Desta metodologia estatística aplicada (média simples mensal da variação), constatou que ao contrário do que advoga o defendente, houve acréscimo no preço praticado para as vendas realizadas às micros e EPPs, nos percentuais indicados no relatório deste Acórdão, ou seja, revelaram que os preços de vendas de mercadorias para microempresas e empresas de pequeno porte superaram os preços de vendas das mesmas mercadorias para empresas enquadradas como normais, sem qualquer desconto, a exceção de um ínfimo percentual no mês de novembro de 2010.

Diante desta constatação, insurge o defendente, afirmando que o diligente aplicou método incoerente e falho, uma vez que dentro de um próprio mês, um mesmo produto pode sofrer as mais variadas oscilações de mercado, em decorrência de flutuações de preços, condições especiais de compra/pagamento, sem falar que sequer poderia conhecer a média de preços de um determinado mês antes mesmo do seu encerramento. Por tais motivos foi que apresentou um comparativo dos valores praticados nas vendas às EPP/ME com o preço inicial de tabela que sofre variações dentro do próprio mês, pelos motivos exposto. Afora tal situação, e por analogia, ressalta que o RICMS/97 ao dispor sobre as operações que não tenham base de cálculo pré-estabelecida, *determinava a aplicação do preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento na operação mais recente, o que confirmava descabida a adoção da média de preços como parâmetro para levantamentos fiscais*. Com tais argumentos, diz que somente se pode chegar à conclusão de que houve, ou não, o repasse do devido desconto às EPP/ME, pela comparação dos preços de vendas para tais empresas com aqueles inicialmente fixados no mesmo período, como procedeu em seus demonstrativos apresentados à ASTEC, em 13/10/2016.

O contribuinte, em primeiro lugar e ao que tudo indica, pretende judicializar um simples método estatístico, o que, ao meu sentir, é argumento totalmente sem pertinência. Inclusive a seu desfavor, pois a norma por ele indicada, justamente, determinava a aplicação do preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento na operação mais recente (art. 56, III, “b” c/c o § 1º, I, do RICMS/97). Portanto, como tomado pelo fiscal estranho ao feito. No mais, aqui não se está a se adotar média de preços como parâmetro para levantamentos fiscais, mas sim, verificar, dentro de uma amostragem, se houve, ou não, e por um método estatístico, o repasse do benefício fiscal dado pelo Estado, não ao autuado, mas sim, às micros e EPPs, momento em que deveria ele seguir a norma legal, como obrigado, o que não o fez, inclusive confessado.

Em segundo, a forma como realizada a diligência açambarcou todas as variáveis indicadas pelo defendente, já que utilizou os preços efetivamente praticados de todas as vendas nos meses, inclusive o de sua tabela, já que base deste preço.

Em terceiro, aqui não se expôs, em qualquer momento, que a empresa conhecesse a sua média de preços de um determinado mês antes mesmo do seu encerramento, pois os dados apurados são de períodos anteriores. Precisamente, hoje se compara os preços efetivamente praticados em um tempo anterior e já passados.

Em quarto, para que no futuro não se alegasse qualquer motivo ou dúvida sobre a situação, esta 4ª JJF, diante dos seus argumentos perquiriu a verdade dos fatos. Foi utilizada a média simples mensal das vendas realizadas, única factível neste momento, já que a empresa, como dito, descumpriu uma obrigação acessória, para se tomar conhecimento da verdade material.

Neste momento, ressalto que um método estatístico encontra-se intimamente ligado aos dados que se pretende comparar. A depender deles, a informação poderá seguir vários caminhos. No caso, o autuado pretende com seu método, que o fisco, através dele e da forma que entende, adote a sua metodologia, a qual, entendo, a mais falha já que o preço praticado foi perquirido, um a um, mercadoria por mercadoria, nota fiscal por nota fiscal. E para concluir, a mesma metodologia estatística (média simples) foi utilizada pelo próprio impugnante para realizar seu comparativo que selecionou, a seu critério, vendas que realizou à contribuintes não incluídos no benefício fiscal. Em assim sendo é que a última diligência na forma solicitada foi indeferida.

Por tudo exposto, concluo que de acordo com os elementos constantes do processo, inclusive com a realização da diligência fiscal, não ficou provado que o autuado repassou o desconto que corresponde à diferença da carga tributária de 17% para 7%, como previsto na legislação, para os adquirentes das mercadorias - ME/EPP. Ressalto que esse posicionamento já foi adotado em diversas decisões proferidas por este Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0316-11/11, CJF Nº 0335-11/12, CJF Nº 0307-11/11, CJF Nº 0212-11/11, CJF Nº 0451-11/11, CJF Nº 0313-12/11, CJF Nº 0173-12/07 e CJF Nº 0313-12/11.

Voto pela Procedência do 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 **279757.0066/14-8**, lavrado contra a empresa **COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$672.753,58**, com multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR