

PROCESSO - A. I. N° 217359.3004/16-0
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0197-03/17
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2018

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0152-12/18

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** USO INDEVIDO DE BENEFÍCIO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO. O benefício da redução da alíquota de 17% para 7% prevista no art. 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, autoriza a aplicação da alíquota diferenciada nas vendas a empresas de pequeno porte, microempresa e ambulantes de produtos fabricados pelo remetente. Fato reconhecido. **b)** OPERAÇÕES COM MICROEMPRESAS. ALÍQUOTA DE 7%. FALTA DE REPASSE AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. Para adoção da alíquota de 7%, na situação em exame, é preciso, dentre outros aspectos, que seja repassado para o adquirente (microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, inscrita como tais no cadastro estadual), 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 (Lei nº 7.014/96, art. 16, inciso I, alínea “c”). O contribuinte não provou que tivesse concedido o desconto na forma prevista na lei. Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência ou perícia técnica. Não acolhido pedido de redução ou cancelamento da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2016, para exigir crédito tributário no valor de R\$2.347.529,35, em razão das irregularidades abaixo apuradas:

Infração 01 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a março de 2015. Exigido o valor de R\$1.073.973,17, acrescido da multa de 60%;

Consta em complemento que “*O contribuinte que utilizou indevidamente a alíquota de 7%, prevista no art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei 7.014/96. O texto legal autoriza a aplicação da alíquota diferenciada nas vendas de mercadorias a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes. A Arcelormittal Brasil S/A, CNPJ nº 17.469.701-05, Inscrição nº 78.982.696, efetuou vendas de produtos adquiridos de terceiros, (não fabricados pela mesma sociedade empresária), com alíquota de 7% para empresas de pequeno porte e microempresas. O dispositivo legal autoriza a redução da alíquota de 17% para 7% nas vendas para empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, nos casos em que os produtos tenham como origem outro estabelecimento que possua o mesmo CNPJ base da empresa fiscalizada, ou seja: 17.469.701, qualquer produto de outro CNPJ não faz jus ao benefício.*

Infração 02 - 03.02.02 - Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a março de

2015. Exigido o valor de R\$1.273.556,18, acrescido da multa de 60%.

Consta em complemento que “O contribuinte fez uso inapropriado, da alíquota de 7% prevista no art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei 7.014/96. A Empresa Auditada deixou de constar no documento fiscal que deveria ser concedido às Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, face à redução da alíquota de 17% para 7%, conforme preceitua categoricamente o § 1º do art. 16 de Lei 7.014/96. O Texto legal condiciona a aplicação da alíquota diferenciada nas vendas de mercadorias a microempresas ao destaque expresso do desconto no documento fiscal, condição imprescindível para que se constate que efetivamente a microempresário foi beneficiado com o imposto que o Erário Público abriu mão de arrecadar. Assim determina o §1º do art. 16 da Lei 7.014/96. “§1º -A aplicação da alíquota 7%, prevista na alínea “c” do inciso I, do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria sob a norma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal. Para corroborar o aqui citado, acostou mídia magnética (CD) contendo o arquivo vendas para microempresas e EPPs, com os valores arrolados nesse item do auto de infração; pastas: Produção própria 2014, Produção própria 2015, Produção de terceiros 2014 e Produção de terceiros de 2015, bem como a primeira e a última via de cada demonstrativo anexo.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em razão de duas infrações à legislação tributária, devidamente relatadas na inicial, impugnadas pelo autuado e que serão apreciadas conforme segue.

Compulsando os autos, constato que o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos previsto na legislação tributária, precípuamente os elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Em relação à solicitação de perícia fiscal ou diligência, cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. No presente caso, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência e perícia técnica, com fulcro no art. 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, do RPAF-BA/99.

Infração 01 - cuida do recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O sujeito passivo efetuou vendas de produtos adquiridos de terceiros, (não fabricados pela mesma sociedade empresária), com alíquota de 7% para empresas de pequeno porte e microempresas.

Em sede de defesa, o Impugnante aduziu que o lançamento teria sido consolidado em excesso, pelo fato de que no levantamento fiscal foi desconsiderado o valor do débito do imposto já apurado sob a alíquota de 7%. Informou que optou por realizar o pagamento parcial do valor exigido na Infração 01 para se beneficiar da redução da multa prevista no art. 45, inciso I, da Lei 7.014/99, pugnando pelo cancelamento da parcela exigida em excesso. Alegou também que ocorreu a cobrança de valores a título de diferença de ICMS resultante da aplicação da alíquota de 17%, sobre as operações arroladas no levantamento fiscal.

Ao prestar informação fiscal o Autuante manteve a autuação asseverando que, de acordo com o previsto no inciso I, do §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96, nas vendas de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, os produtos adquiridos de terceiros não gozarão do benefício em questão, ou seja, a redução da alíquota de 17%, para 7%.

No tocante a alegação da defesa de que na exigência fiscal apurada ocorreria cobrança indevida, por não ter sido considerado o débito de 7%, escriturado em sua escrita fiscal nas operações arroladas, o Autuante sustentou que não procede a reclamação. Explicou que no demonstrativo constante na mídia CD entregue ao Impugnante, fls. 56 a 60, resta demonstrado a aplicação correta do cálculo considerando, inclusive, o reconhecimento do crédito do imposto pago anteriormente.

Depois de compulsar as peças que compõem o contraditório em torno desse item da autuação, constato que assiste razão ao Autuante, haja vista, ao contrário do alegou a defesa, como se verifica claramente nos demonstrativos de apuração desse item da autuação, efetivamente, foi considerado o crédito do imposto pago anteriormente.

Saliente que, apesar de constar no Auto de Infração, fls. 01 e 02 a indicação de um valor da base cálculo sobre a qual se aplica a alíquota de 17%, em cada período de apuração, em face de impossibilidade do SEAI, não há dúvida de que a exigência decorre do valor efetivamente apurado no demonstrativo de apuração. A exemplo do valor apurado no mês de dezembro de 2015, no montante de R\$147.320,59, no demonstrativo de apuração, fl. 11, é exatamente o constante nos demonstrativos do Auto de Infração, fls. 02 e 04. Assim, resta patente ser inócuas a indicação da alíquota de 17% sobre uma base de cálculo que resulta no valor efetivamente apurado

efetuada pelo programa de emissão do Auto de Infração, Sistema Automatizado de Auto de Infração - SEAI da SEFAZ.

Logo, ante a clareza da regra estatuída expressamente no inciso I, do §1º, do art. 16, da Lei 7.014/96, in verbis:

“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.”

Resta claro que os produtos adquiridos de terceiros não gozam do benefício em questão, ou seja, a redução da alíquota de 17%, para 7%.

Concluo pela subsistência da Infração 01, devendo ser homologados os valores recolhidos

Infração 02 – trata de recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Consta da acusação fiscal que o contribuinte fez uso inapropriado, da alíquota de 7% prevista no art. 16, inciso I, alínea “c”, da Lei 7.014/96. O Impugnante deixou de constar no documento fiscal que deveria ser concedido às Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, face à redução da alíquota de 17% para 7%, conforme preceitua categoricamente o § 1º do art. 16 de Lei 7.014/96. Entretanto, o autuado fez uso equivocado do dispositivo, na medida em que não repassou para o adquirente, o desconto na nota fiscal, equivalente ao benefício fiscal concedido.

O Autuado contestou a autuação alegando que caberia à auditoria fiscal demonstrar a ausência de repasse do benefício da alíquota reduzida em forma de desconto aos adquirentes das mercadorias, mediante cotejo entre as operações autuadas e outras, com a mesma mercadoria, submetidas à alíquota comum, o que, no entanto, não se ocupou de fazer.

Acrescentou que o único meio de se verificar a ausência deste desconto, seria mediante um método comparativo entre os valores das operações autuadas e de outras operações não agraciadas pelo benefício em comento, envolvendo idênticas mercadorias, prova esta que compete ao Fisco e este não o fez, procedimento que teria dificultado a sua defesa.

Saliente que esta alegação não possui sustentação fática ou jurídica. No presente caso, a prova com que pretende desconstituir a acusação de que não teria cumprido norma expressa regulamentar e ao contrário, teria repassado benefício da alíquota reduzida em forma de desconto aos adquirentes das mercadorias, cabe ao próprio defensor. É ele que dispõe dos documentos e livros fiscais onde registrou tais operações. Dessa forma, entendo que não pode o defensor alegar cerceamento de defesa, quando o ônus da prova lhe incumbe e os respectivos documentos se encontram em seu poder.

O impugnante argumentou que teria repassado sob a forma de desconto, o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias. Disse que através da planilha que digitalizou, alimentada com informações colhidas, por amostragem, acerca dos preços médios de operações praticadas sob a alíquota de 7% e de 17%, teria demonstrado a redução, nos preços médios mensais praticados para diversos itens da autuação, tanto para a situação em que se beneficiou da alíquota reduzida, quanto para aquela situação submetida à alíquota comum. Acrescentou que a formação do preço, leva em conta diversos fatores, como a habitualidade do cliente e a quantidade comprada, o que explicaria a diferença de preço praticada entre as próprias operações submetidas à alíquota reduzida e as operações com alíquota cheia, desautorizando ao Fisco a comparação específica entre duas operações selecionadas aleatoriamente.

Da análise do dispositivo transcreto, verifica-se que o objetivo do legislador foi que o benefício fiscal fosse

repassado ao adquirente na forma de desconto, por isso encontra-se expresso na lei, que deveria constar o cálculo no documento fiscal, de forma a comprovar que o benefício fiscal foi concedido.

Ressalto ser evidente que o cumprimento da exigência estatuída no dispositivo acima aludido não se materializa unicamente pela aposição na nota fiscal da alíquota de 7% e muito menos, se restringe a indicação de que está sendo concedido o benefício fiscal ao adquirente, como aduziu o impugnante em sua peça defensiva. Ou seja, ao reduzir a alíquota de 17% para 7% nas operações de vendas internas de empresas industriais baianas para microempresas e empresas de pequeno porte, o benefício visa a efetiva diminuição da carga tributária nessas operações em 10,75269%.

Para se confirmar a ocorrência, ou não, de inequívoco cumprimento da concessão do desconto, sendo demonstrado pelo autuado ter adotado este procedimento, poderia se efetuar à comparação entre os preços unitários dos produtos em idênticas condições de quantidade e data da venda, praticados pelo impugnante nas operações com empresas normais e com microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, neste processo, o autuado não comprovou a adoção do citado procedimento em suas operações.

O defensor tentou comprovar que teria concedido o desconto ao adquirente, apenas não o fazendo constar nos documentos fiscais, pelo que teria ocorrido mero descumprimento de obrigação acessória. Contudo, não é isso o que dispõe a legislação mencionada, que estabelece a condição de que o desconto conste expressamente no documento fiscal.

O impugnante elaborou planilhas na tentativa de demonstrar que, embora o desconto aqui comentado, não constasse expressamente dos documentos fiscais, teria repassado o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias. Disse que a referida planilha, foi alimentada com informações colhidas, por amostragem, acerca dos preços médios de operações praticadas sob a alíquota de 7% e de 17%. Afirmou que esse demonstrativo relaciona diversos itens abrangidos pela autuação, tanto para a situação em que se beneficiou da alíquota reduzida, quanto para aquela situação submetida à alíquota comum, sendo possível verificar, a partir do cotejo entre uma situação e outra, que houve, sim, o repasse do benefício em forma de desconto aos adquirentes das mercadorias.

Em sede de informação fiscal, o Autuante observou, cujos descontos não correspondem ao benefício concedido pelo Estado às microempresas e empresas de pequeno porte, ou seja, na ordem de 10,75269%.

Da análise do referido demonstrativo, verifico assistir razão ao autuante. Observo que os exemplos trazidos pelo defensor demonstram que um determinado produto foi comercializado a diferentes preços, não sendo possível se determinar de forma inequívoca, se esta diferença se refere a fatores que interferem na formação de preços ou de fato, são operações submetidas à alíquota reduzida.

Saliento que o próprio autuado tem consciência da fragilidade de seus argumentos no que pertine a demonstração de que efetivou o repasse dos descontos previstos na lei. Assim afirmou o autuado em sua defesa: a formação do preço, por óbvio, leva em conta diversos fatores, como a habitualidade do cliente e a quantidade comprada, o que explica eventual diferença de preço praticada entre as próprias operações submetidas à alíquota reduzida e entre as próprias operações com alíquota cheia e desautoriza a comparação específica entre duas operações selecionadas aleatoriamente, de uma situação e outra (sem tomar em conta essas especificidades); porém, conforme acima elucidado, pelo preço médio praticado entre as operações submetidas à alíquota reduzida e comum, é possível constatar que, de fato, houve o desconto devido.

Ora, nessas circunstâncias, o próprio autuado confessa que só é possível aferir, se foi ou não, dado o desconto aqui discutido, através de um específico procedimento, que depende de conhecimento prévio da política de preços da empresa e da aplicação do preço médio praticado entre as operações submetidas à alíquota reduzida e a comum, a ser seguido pela Fiscalização na verificação de regularidade de suas operações.

Desta forma, entendo que foi exatamente por considerar a complexidade desta verificação, como quer o autuado, que o legislador estabeleceu que o desconto deveria vir expresso na nota fiscal.

No presente caso, é fundamental para o cumprimento do que determina o dispositivo legal em questão que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% do preço praticado pelo autuado nas mesmas operações com empresas normais.

Além disso, verifico no presente caso, que o conjunto das operações de saídas de mercadorias para microempresa e empresa de pequeno porte da impugnante, não tem uma variação padrão para que se possa afirmar de forma inequívoca, que seja o desconto obrigatório do benefício fiscal.

O defensor contestou a autuação, invocando um determinado parecer da Assessoria Técnica – ASTEC/CONSEF referente aos autos 269199.0001/14-0, que tratou de igual matéria. Disse que naquele processo, o preposto da ASTEC, através de amostragem, corroborou com as razões da empresa em quase sua totalidade. Afirmou que a ASTEC reputou inexistir o desconto somente com relação a dois produtos específicos, exatamente pelo fato de selecionar, aleatoriamente, para a comparação, as operações com esses produtos, sem tomar em conta, operações cujas variáveis para a formação do preço (por exemplo: cliente, quantidade) fossem

semelhantes.

No que pese a importância de um Parecer elaborado pela Assessoria Técnica do CONSEF, o referido documento não vincula a presente decisão, considerando tratar-se de outro processo, com produtos, exercícios e notas fiscais diferentes destes ora em análise. O deficiente não trouxe nestes autos, elementos que indicassem a necessidade de diligência conforme já apreciado nas preliminares.

O deficiente alegou que para o preço médio de venda das mercadorias comercializadas, tanto para clientes microempresas (ME) e clientes em geral, a auditoria fiscal considerou o preço médio anual. Acrescentou que ao considerar como parâmetro de cálculo da média dos preços um período tão extenso – anual – e não mensal, conforme considerado pelos cálculos da Impugnante, a auditoria fiscal, ignorou a oscilação dos preços natural e esperada em um período tão extenso em razão, especialmente, das leis do mercado.

O Autuante em informação fiscal esclareceu que analisou detidamente o demonstrativo elaborado pelo impugnante e que se confirmou que para vários produtos, a autuada praticou preços superiores quando da utilização da alíquota de 7%. Frisou que, contrariando a exigência legal, a autuada não aplica uma regra específica de descontos para nortear as vendas realizadas com a alíquota de 7%. Verificou que em nenhum dos documentos que acobertam as operações em comento, existe o registro indispensável de que estaria concedendo benefício da redução de base de cálculo aos adquirentes, via descontos.

Sobre os argumentos defensivos é importante ressaltar que o benefício aqui em discussão se encontra claramente detalhado pela Instrução Normativa 38/94, não deixando margem a qualquer dúvida interpretativa. É cediço que o benefício fiscal conforme previsto na legislação não permite discricionariedade. Ele é condicional. Não pode ser confundido com desconto comercial, que ocorre ao talante do comerciante. Conforme constatado pelo Autuante, o que se observa na prática da autuada, se revela um desconto comercial, totalmente desvinculado daquele previsto na Lei já mencionada, que autorizaria o emprego da alíquota de 7%.

Conforme se encontra devidamente registrado pelo Autuante, não se comprovou de forma inequívoca, que naquelas operações em que verificou preços inferiores (28%), se registrava o desconto legal aqui tratado, ou se referia a mero desconto comercial.

Por esse motivo é que, ainda que o contribuinte tivesse registrado no documento fiscal que estava concedendo o aludido desconto, o que no presente caso não fez, tal procedimento não bastaria para comprovar a aplicação da alíquota de 7% como entendeu o impugnante. O fundamental para o cumprimento do que determina o dispositivo legal em questão é que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% do preço praticado pelo autuado nas mesmas operações com empresas normais.

Conforme exposto, nas amostragens trazidas aos autos, ficou demonstrado que as diferenças de preço não corresponderam ao repasse do benefício concedido pelo Estado às microempresas, além das situações em que restou evidenciado, que o preço da mercadoria cobrado nas vendas às microempresas era superior ao valor destinado a contribuinte do ICMS não alcançado pelo benefício fiscal.

Saliento que este entendimento tem prevalecido em decisões deste CONSEF a exemplo dos seguintes acórdãos: 1ª Câmara de Julgamento Fiscal Acórdão CJF Nº 0347-11/14; 5ª Junta de Julgamento Fiscal Acórdão JJF Nº 0195-05/16; 2ª Câmara de Julgamento Fiscal Acórdão CJF Nº 0173-12/07; 4ª Junta De Julgamento Fiscal Acordão JJF Nº 0152-04/05.

Assim, ficando provado, que não houve o atendimento ao que dispõe o artigo acima indicado da norma legal, concluo pela manutenção da exigência do crédito tributário.

Mantida a Infração 02.

Em relação a alegação da defesa, de inconstitucionalidade do percentual da multa aplicada de 60%, visto que a mesma foi fixada em patamares que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação ao direito de propriedade, verifico que não pode ser acatada.

Saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada na alínea “a”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96. Quanto ao pedido do deficiente para a exclusão, ou, no mínimo, redução da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, conforme art. 159, do RPAF-BA/99.

Sobre à arguição de inconstitucionalidade da multa, por ofensa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, deixo de apreciá-la, em razão da vedação contida no art. 167, I, III do RPAF/99, que impede este Conselho de apreciar questões relativas à constitucionalidade das normas estaduais.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art.

169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Na peça recursal, após breve relato dos fatos, diz que não deve prevalecer a decisão da Junta de Julgamento Fiscal, aduzindo que a Fiscalização desconsiderou o imposto já recolhido sob a alíquota reduzida, exigindo valor equivalente à aplicação da alíquota de 17% sobre o valor das operações, indicando como exemplo a ocorrência de 31/01/2014. Pugna pela insubsistência da autuação na parcela referida, em face do pagamento já realizado.

Para a infração 2, diz que a Junta entendeu que não houve a concessão de desconto no preço, tal como previsto na legislação de regência, equivalente ao benefício fiscal, desqualificando os argumentos e provas produzidas.

Refere a ofensa aos primados da verdade material e da razoabilidade quando lhe foi negado o direito de realização de prova pericial, bem como teriam sido considerados insuficientes os elementos probatórios trazidos aos autos e que teriam o condão de legitimar os argumentos de defesa. Discursa na sustentação da sua tese e cita a doutrina, insistindo no fato de que para o caso dos Autos, é imperiosa uma análise complexa e minuciosa das operações praticadas pela Impugnante com clientes microempresas e clientes em geral.

Nessa linha, entende desprovida de razoabilidade a desconsideração dos complexos e detalhados levantamentos juntados aos autos pela Recorrente, sobretudo quando tal levantamento tem base no preço médio de cada uma das mercadorias auditadas, e considerando que o único meio de apuração dos fatos seria a “*comparação entre os preços unitários dos produtos em idênticas condições de quantidade e data de venda, praticados pelo impugnante nas operações com empresas normais e com microempresas e empresas de pequeno porte*”.

Reafirma a necessidade de perícia em face do universo de informações, da necessária análise de operação por operação e buscar similitude de quantidade, data e cliente, também, aduzindo que demonstrou o repasse do benefício fiscal em forma de desconto com base no preço médio praticado por cada mercadoria. Menciona Parecer da ASTEC do CONSEF no Processo nº 269199.0001/14-0.

Reitera seu pedido de produção de prova pericial ou que sejam acolhidos os demonstrativos anexados na fase instrutória - suficientes para evidenciar a necessidade de reforma do *decisum de primo grau* -, tudo com fundamento no fato de que “...não há como se exigir, para esta verificação, que o preço praticado seja igual para a mesma mercadoria, em todas as operações submetidas a uma mesma alíquota de ICMS e que os descontos sejam padronizados exatamente nos mesmos patamares da redução de alíquota aproveitada pela Recorrente – ou seja, observando o percentual de 10%, aproximadamente”, também entendido que na medida em que a legislação estabelece que o contribuinte repasse esse benefício em forma de desconto ao seu cliente, a mesma legislação não determina que tal desconto seja limitado ao percentual do benefício fiscal usufruído pela Recorrente.

Nessa linha, destaca que a intenção do legislador foi de que do preço habitualmente apurado pelo contribuinte, fosse descontado o percentual mínimo equivalente à redução da alíquota, em conjunto ou não com outros fatores econômicos que reduzam ainda mais o preço praticado. Cita trecho da decisão recorrida que diz: “*Para se confirmar a ocorrência, ou não, de inequívoco cumprimento da concessão do desconto, sendo demonstrado pelo autuado ter adotado este procedimento, poderia se proceder a comparação entre os preços unitários dos produtos em idênticas condições de quantidade e data da venda*”, o que seria demonstrado pelas telas extraídas do seu sistema SAP, nas quais se verifica a exata composição do preço de uma mesma mercadoria envolvida na autuação em duas situações distintas: (i) uma em comercialização com cliente micro empresa, e (ii) outra para clientes em geral.

Para corroborar a sua assertiva, cita o material de Código nº 16065 (TUBO) submetido à alíquota

reduzida em razão da saída do seu estabelecimento e destinado a microempresas e empresas de pequeno porte, tendo a referida operação alíquota de 7% e valores lançados na Nota Fiscal nº 62311.

Afirma que da análise das informações colhidas no Sistema SAP, se pode concluir que: a) “É possível verificar, com precisão e de forma separada, na linha “Preço Negociado” o exato montante dos descontos comerciais concedidos na operação, independentemente de qualquer impacto / redução advindo da redução de alíquota aproveitada pela Recorrente”; e b) É possível extrair, também com a máxima clareza e detalhamento possível, que o valor do preço calculado após a incidência dos tributos e anteriormente a qualquer aplicação de descontos comerciais, é, por si só, quando analisada a operação envolvendo clientes microempresa e sob a alíquota de 07%, no mínimo, 10,52% menor do que aquele praticado nas operações com cliente em geral, sujeitas à alíquota de 17%.

Asseverando que a sua conduta está em perfeito alinhamento com a legislação, reitera que o “... desconto concedido pela Recorrente em razão do impacto da redução de alíquota e que não guarda qualquer relação com os descontos comerciais, superou, por si só, os 10,52% exigidos pela legislação, de modo que não há qualquer dúvida, se analisados os dados acima, em conjunto com a planilha já anexada aos autos”.

Aventando a possibilidade de diante dos seus argumentos se cogitar eventual descumprimento de obrigação acessória, Conforme sustentado na impugnação, ainda que eventualmente se verifique a existência de eventuais irregularidades no cumprimento de obrigações acessórias, como a ausência de menção ao desconto na Nota Fiscal, entende que, ainda assim, não é de prosperar o lançamento que, *in casu*, atentaria contra o princípio da estrita legalidade em matéria tributária. Cita a doutrina e a jurisprudência e disserta sobre a natureza jurídica das obrigações acessórias.

Conclui dizendo que a “Fiscalização não poderia, sem ter o cuidado de examinar o caso concreto, partir da premissa de que não houve a concessão do desconto devido, pela Recorrente, desautorizando a utilização da alíquota reduzida e imputar-lhe, por conseguinte, valor complementar do imposto, o que fica ainda mais evidenciado sobremaneira no caso dos autos, em que ora se demonstra que o desconto foi, sim, praticado”.

Quanto à multa aplicada, diz do quanto decidido pela Junta, assinalando que tem caráter confiscatório, desproporcional e irrazoável. Cita a doutrina e julgados do STF sobre o tema.

Por derradeiro, Requer que seja recebido o seu Recurso Voluntário para que seja determinado o cancelamento da autuação e, alternativamente, a juízo dos membros da Câmara de Julgamento Fiscal, seja o feito convertido em diligência com vistas a confirmar o repasse da alíquota reduzida ao adquirente da mercadoria cujas operações foram objeto do lançamento.

Sucessivamente, requer que ao menos seja excluído do lançamento o valor atinente à infração 1, em razão do seu pagamento realizado pela Recorrente, além de requerer o cancelamento ou redução das penalidades lançadas em desacordo com a garantia constitucional do não-confisco.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Recurso tem como fulcro a apreciação das razões de insurgência em face da decisão de primeiro grau que julgou integralmente procedente o Auto de Infração, cujas acusações são de Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, de janeiro de 2014 a março de 2015.

A tese recursal, em essência, é de que a autuação decorre de suposta aplicação indevida da alíquota favorecida de 7%, que tem previsão legal no art. 16, inciso I, e §1º, incisos I e II, da Lei nº 7.014/97, e que contempla operações de venda de mercadorias destinadas a Microempresas/Empresas de Pequeno Porte/Ambulantes, entendido que as mercadorias em questão não seriam de sua fabricação e sim adquiridas de terceiros, o que afastaria a cobrança de ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas de 17% e 7%.

Cabe primeiramente denegar a realização de diligência tendo em vista constatar que os elementos existentes no presente processo são suficientes para julgar o feito. Portanto, fica indeferido o respectivo pedido do Recorrente, com fulcro no art. 147, incisos I, alínea “a” e II, do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito da autuação da análise e compulsão dos autos, pode-se verificar que não há que se dar guarida à tese recursal, tendo em vista as seguintes conclusões:

Primeiramente, em relação à suposta desconsideração de crédito de imposto anteriormente recolhido, verifico que, conforme já explicado na decisão de piso, os demonstrativos fiscais são claros e evidenciam a apropriação do referido crédito para a determinação do valor passível de exigência fiscal, pois apesar de constar nas fls. 1 e 2 a indicação, para cada período de apuração, o valor da base de cálculo sobre a qual se aplica a alíquota de 17%, esse valor é ajustado ao montante do imposto efetivamente apurado, em função da automatização do programa de emissão dos Autos de Infração.

Devo destacar que essa peculiaridade do Auto de Infração não impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da ora Recorrente.

Quanto à alegação de equívoco por parte do fiscal autuante em relação à aplicação do benefício da redução de alíquota de 17% para 7%, vejo que se trata de matéria fática cuja comprovação deveria, inexoravelmente, ser feita pelo Sujeito Passivo.

Em sua peça recursal o Recorrente apresenta o registro de uma operação cujo valor da mercadoria e do desconto concedido justificaria a redução da alíquota aplicada.

Ora, se não trazida ao feito pelo Contribuinte provas necessárias e suficientes, a análise toma o rumo da aplicação da legislação ao caso concreto, ou seja, há que se respaldar a conduta do Sujeito Passivo ao regramento disposto no inciso I, do §1º, do art. 16, da Lei nº 7.014/96, cujas condicionantes precisam ser observadas de maneira rigorosa, sobretudo no que pertine à destinação das mercadorias, ao destaque do benefício concedido e aos produtos objeto de comercialização que não podem ter sido adquiridos de terceiros..

Quanto à tese da Recorrente de que teria repassado benefício da alíquota reduzida em forma de desconto aos adquirentes das mercadorias, vejo que carece de demonstração de forma cabal, eis que em se tratando de benefício fiscal, é imperioso que o contribuinte tome os cuidados e precauções em relação aos procedimentos e formalidades que lhe possibilitaria o desfrute do benefício fiscal, pois, caso contrário, restaria possível o alargamento indiscriminado de tais benefícios que devem, por princípio, alcançar apenas e tão somente aquelas operações para as quais se pretende reduzir a carga tributária.

Nessa linha, destaco que, sendo matéria fática, cabe ao Contribuinte demonstrar que a sua conduta não estendeu benefício fiscal restrito a quem dele não fazia jus, merecendo destaque o fato de que é a Recorrente quem detém todas as informações, documentos e livros nos quais devem estar registradas todas as operações com as competentes anotações.

Há que se reiterar que especialmente quando se trata de benefício fiscal, a sua materialização, como dito alhures, requer estrita observação dos procedimentos formais, restando claro que no caso em comento, a mera aposição da alíquota de 7% na nota fiscal, não conduz à possibilidade de fruição do benefício.

Portanto, resta evidente que a concessão desse benefício fiscal requer a demonstração clara e

inequívoca do preenchimento e atendimento dos requisitos e condicionantes previstos na legislação.

Isto posto, no que pertine aos argumentos da Recorrente acima indicados, entendo que não há que se acolher a tese recursal, sobretudo porque o Sujeito Passivo não se desincumbiu de demonstrar tudo o quanto alega, merecendo relevante o fato de que a discussão trazida aos autos ocorre em derredor de matéria de fato que requer, dos argumentos, lastro documental.

Relativamente ao suposto caráter confiscatório, desproporcional e irrazoável atribuído pelo Sujeito Passivo à multa cominada às infrações, em que pese concordar com a tese de que referidas penalidades têm percentuais excessivamente altos, não cabe a este julgador, por força legal e regimental, discutir a meteria, pois, as multas em questão encontram previsão na legislação e é vedada aos julgadores deste Conselho de Fazenda a apreciação de questões que envolvam posicionamento em relação à aplicação de dispositivos constitucionais.

Quanto à possibilidade de redução da multa, sendo incidente sobre infração a obrigação principal, não cabe a esta Câmara apreciar tal pedido.

Por tudo o quanto exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto para manter a decisão recorrida tal como prolatada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217359.3004/16-0**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.347.529,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS