

A. I. Nº - 281508.0001/18-1
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTE - DILSON OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/01/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-04/19

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA, DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS DESTINADAS À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. FALTA DE INDICAÇÃO NOS DOCUMENTOS FISCAIS DO REPASSE AOS ADQUIRENTES NA FORMA DE DESCONTO DO IMPOSTO REDUZIDO NA OPERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação prevê que a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do Art. 16 da Lei nº 7.014/96 fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal. Fato não comprovado pelo autuado. Argumentos apresentados na peça defensiva foram insuficientes para afastar a exigência tributária. Diligências fiscais realizadas para efeito de adequação do lançamento às normas do Convênio ICMS nº 33/96 e Art. 266 do RICMS/12, bem como para efeito de adequação dos produtos cuja NCM possui permissão normativa para cálculo do imposto com redução da base de cálculo, possibilitaram a redução do valor do débito originalmente exigido. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a multa aplicada por absoluta previsão legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente de Auto de Infração, expedido em 19/06/2018, objetivando reclamar crédito tributário no valor histórico de R\$315.961,21, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se vendas de mercadorias a empresas de pequeno porte e microempresas, com adoção da alíquota de 7% ao invés de 17%, sem que conste dos documentos fiscais o repasse para o adquirente, em forma de desconto, do imposto reduzido na operação, contrariando o disposto no parágrafo 1º, do artigo 16, da Lei nº 7.014/96”*.

Notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação, de fls. 24 a 46, onde, na descrição dos fatos, pontuou que anteriormente à fiscalização revisou as operações praticadas sob a alíquota reduzida e acabou por exercer a denúncia espontânea das operações em que o imposto foi de fato recolhido a menos, por não se aplicar o aludido benefício, promovendo o recolhimento da diferença devida, entretanto, o autuante, ao tomar conhecimento do ocorrido, ao invés de excluir da autuação as notas cujas diferenças de imposto devida já fora recolhida, optou por mantê-las no auto e reduzir o valor pago do valor que, inicialmente havia apurado como saldo devedor.

Diante disto, diz que com o fito de delimitar a discussão, facilitando o exame da lide, segregou aquelas notas fiscais que remanesceram, após a denúncia espontânea (aba da planilha “o que resta”, em mídia eletrônica).

Ao ingressar nas razões do Direito, destacou que especificamente quanto à comercialização de produtos industrializados por outro estabelecimento com o mesmo “CNPJ base” do estabelecimento autuado, está sendo exigido diferenças a título de ICMS, em razão da adoção nessas operações, da alíquota de 7% prevista no já mencionado artigo 16, inciso I, “c” da Lei nº 7.014/1996 e não da alíquota comum de 17%, ao fundamento de que não teria atendido requisito para utilizar a alíquota reduzida, estabelecido pelo §1º, do aludido dispositivo, consistente no repasse do benefício ao adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto no preço.

Ao discordar do posicionamento acima, menciona o Art. 142 do Código Tributário Nacional que reza que a atividade de lançamento é vinculada (“a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória”), o que significa dizer que o Fisco está obrigado a efetuar o lançamento nas estritas hipóteses definidas em lei, e nos seus exatos termos.

Após citar doutrina, assevera que especificamente *in casu*, caberia ao autuante 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.

Sustenta 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, repisa, compete ao próprio Fisco, pois tal circunstância – ausência de desconto – é o pressuposto lógico para a incidência da alíquota regular (“cheia”) e, pois, da matéria tributável a que alude o artigo 142 do CTN, permissivo este que impõe ao Fisco o ônus da prova quanto aos elementos formadores daquela (matéria tributável), de forma que, não se desincumbindo dele, padece o lançamento de legitimidade.

Acrescenta que a legislação tributária interpreta-se favoravelmente ao contribuinte em caso de dúvida quanto “à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos” (art. 112, inciso II, CTN), razão pela qual a inexistência de prova efetiva da ausência de repasse do benefício - o que se daria pelo método comparativo já referido -, enseja de pronto à insubsistência da exigência fiscal, ante ao menos de dúvida objetiva no tocante a circunstância de fato que justificou a cobrança.

Com o intuito de comprovar que repassou, sob a forma de desconto, o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias, conforme se constata a partir de informações acerca dos preços de operações praticadas sob as alíquotas de 7% e de 17%, apresentou com base em telas extraídas do seu sistema SAP, o que denomina de exata composição do preço de uma mesma mercadoria envolvida na autuação em duas situações distintas: (i) uma em comercialização com cliente microempresa, e (ii) outra para clientes em geral, conforme imagens das ordens de venda colacionadas aos autos.

Sustenta que, analisando-se as telas mencionadas, sobretudo, as linhas “Preço MKP c/ZSET”, na qual está indicado o valor das mercadorias, em ambas as operações (cliente microempresa e cliente em geral), já com a incidência dos tributos, mas, antes da aplicação dos descontos negociais, podem ser extraídas duas importantes assertivas e que corroboram com sua argumentação e afastam o raciocínio do lançamento, quais sejam: (i) 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*, ou seja, quando se aproveita da alíquota reduzida de 07%, as mercadorias negociadas com os seus clientes microempresas ou empresas de pequeno porte sofreram dois tipos de descontos distintos e inconfundíveis, a saber:

(i.a) um decorrente e correspondente ao impacto da própria redução da carga tributária

equivalente a 10% (que pode ser evidenciado pela comparação entre os campos “Preço MKP c/ZSET” das imagens 2 e 4 constantes na peça defensiva);

(i.b) outro, que decorre da aplicação dos descontos negociais que atendem às especificidades e peculiaridades de cada operação (vide campos Preço Negociado e Pr. após negociado);

(ii) 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, 12,95% *menor* do que aquele praticado nas operações com cliente em geral, sujeitas à alíquota de 17%. Para tanto, faz-se necessário analisar tão somente as linhas “Preço MKP c/ZSET” das imagens 2 e 4 acima citadas, conforme a seguir sumarizado:

PREÇO COM TRIBUTOS E ANTERIOR À INCIDÊNCIA DE DESCONTOS COMERCIAIS (LINHA Preço MKP c/ZSET) - R\$	
OPERAÇÃO COM MICRO EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE (ALÍQUOTA 07%)	2.867,45
OPERAÇÃO COM CLIENTES EM GERAL (ALÍQUOTA 17%)	3.294,22
DIFERENÇA (EM %) ENTRE OS PREÇOS PRATICADOS NAS OPERAÇÕES, CONSIDERANDO-SE APENAS OS IMPACTOS DA REDUÇÃO DE ALÍQUOTA E EXCLUÍDOS OS DESCONTOS COMERCIAIS	12,95%

À luz do quadro acima, sustenta que, no caso em tela, o desconto concedido em razão do impacto da redução de alíquota e *que não guarda qualquer relação com os descontos comerciais*, superou, por si só, o percentual exigido pela legislação, de modo que não há qualquer dúvida, se analisados os dados acima, que cumpriu, rigorosamente, com o requisito previsto na legislação – *a saber, repasse da redução da alíquota (10%) sob forma de desconto aos seus clientes*. Após apresentar outros exemplos com o fito de demonstrar que efetuou o repasse a título de desconto aos seus clientes, pontuou que em razão do volume de informações a ser analisadas, diz que não foi possível trazer aos autos todos os elementos probatórios operação por operação, entretanto, em atendimento ao princípio da verdade material, bem como ao disposto nos artigos 123, § 3º, e 145 do Decreto nº 7.629/1999, que disciplina, o processo tributário administrativo no Estado (RPAF), requer, desde já, seja deferida a realização da prova pericial formulada abaixo, bem como protesta pela juntada de novos elementos oportunamente.

Registra, ainda, que a amostragem como meio para a comprovação de um fato é perfeitamente admitida por este CONSEF, sobremaneira para não tornar inviável, ou excessivamente onerosa, a produção da prova, tal como *in casu* onde está em questão um número enorme de operações. Cita excerto a este respeito extraído do voto prolatado no julgamento de Recurso Voluntário no A.I. nº 280080.0067/05-5, havido em 11.03.2009, citando, também, Parecer da lavra da ASTEC/CONSEF nos autos do processo nº 269199.0001/14-0, que trata de igual matéria, a qual ao ser incumbida por este CONSEF de intimar a empresa para demonstrar, nota a nota, que existiu o desconto e, posteriormente, conferir a resposta, consignou que os elementos do processo (amostragem) já eram suficientes para o seu parecer, corroborando as razões da empresa em quase sua totalidade.

Dessa forma, sustenta que, por haver cumprido o requisito legal de repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, valor igual e, por vezes, até superior ao benefício resultante da redução da alíquota do ICMS, resta demonstrada a insubsistência da autuação combatida.

Pondera que, caso este órgão julgador não se convença exclusivamente com base nas razões que expôs, requer a produção de prova pericial, para demonstrar que o benefício fiscal oriundo da redução da alíquota do imposto foi repassado, em forma de desconto, para os adquirentes das mercadorias, declinando, no tópico seguinte, os quesitos a serem respondidos, acrescentando que ainda que eventualmente se verifique a existência de irregularidades no cumprimento de obrigações acessórias, como a ausência de menção ao desconto na Nota Fiscal, tal fato não legitima o lançamento, citando em seu socorro lição da lavra de eminente Mestre do Direito.

Em seguida, passou a discorrer a respeito de cumprimento de obrigação acessória, citando, dentre

outros o Art. 113, §§ 1º a 3º, do CTN, que sustenta ser claro ao elucidar esta específica finalidade das obrigações acessórias (divisando-as da obrigação fiscal quanto à *natureza e consequências* do respectivo inadimplemento, o qual transcreveu, bem como Decisão do STJ relacionada ao Resp. 1.148.444, 1ª Seção, DJ-e de 27.03.2010).

No tópico seguinte, sustenta que houve, por parte do autuante, desconsideração do benefício da redução da base de cálculo aplicável a determinados produtos, citando que este se equivocou ao realizar o cálculo da diferença de ICMS, sem levar em consideração que as saídas das mercadorias se encontravam abarcadas por benefício da redução da base de cálculo, superestimando, assim, o valor do imposto efetivamente devido em cada operação.

Observa que enquanto o autuante adotou, como alíquota interna sobre a base de cálculo, o percentual de 17%, a incidência do imposto deveria resultar numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação, nos termos do Convênio ICMS nº 33/96, incorporado à legislação do Estado da Bahia pelo Art. 266 do RICMS/2012, os quais reproduziu conforme abaixo:

CONVÊNIO ICMS 33/96

“Cláusula primeira Ficam os Estados da Bahia, Rio de Janeiro, Paraná, São Paulo, Pernambuco, Minas Gerais, Santa Catarina, Espírito Santo e Rio Grande do Sul, autorizados a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos, classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, abaixo indicados, de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de, no mínimo, 12% (doze por cento) sobre o valor da operação”.

RICMS

“Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação”.

A este respeito, cita os produtos que deveriam ter sido tributados na forma acima citada, os quais seriam: 7213.10.00, 7213.20.00, 7214.20.00, 7214.99.10, 7214.91.00, 72.14.99.00, 72.16.21.00, 7216.31.00, 7216.32.00, 7217, 7213, 7314.31, 73.14.4, 7326.2 e 7317, isto é, estes produtos se encontram abarcados pelas aludidas normas e devem se submeter, nas respectivas operações internas, a uma carga tributária equivalente à aplicação do percentual de 12% e não 17%, conforme originariamente previsto, o que não foi observado pelo autuante, colacionando planilha em mídia eletrônica que demonstra operação por operação, através da coluna “Redução da Base de Cálculo”, há que se considerar a redução e, se for o caso, qual a diferença do imposto de fato seria devida.

Após citar exemplo, afirma que o procedimento adotado pelo autuante acabou majorando o montante do imposto devido, o que deve ser reconhecido pela autoridade julgadora para que seja, pelo menos nesta parte, cancelada a autuação.

Ao se referir ao pedido de prova pericial acima requerida, cuja produção considera imprescindível para a elucidação da questão, tendo em vista o extenso período autuado, somado às centenas de operações que foram objeto do auto, tornando necessário o exame da documentação aplicável por profissional especializado, apresenta, para tanto, os seguintes quesitos:

QUESITO Nº 1: Pedese ao Sr. Perito, que esclareça quais as variáveis que a ora Impugnante considera para formar o preço de seus produtos, sobretudo se dentre as mesmas é levado em conta o ICMS.

QUESITO Nº 2: Pedese ao Sr. Perito que verifique se houve o repasse do benefício da alíquota reduzida, em forma de desconto, aos adquirentes das mercadorias, cotejando cada operação abrangida pelo auto com outra, envolvendo o mesmo produto, submetida à alíquota comum, considerada aquela cuja data de saída estiver mais próxima da primeira e as variáveis que

influenciam na formação do preço coincidam. Em caso negativo, pede-se que o Perito justifique sua resposta.

QUESITO Nº 3: requer-se seja verificado se em relação aos itens identificados nas planilhas que embasam a autuação e que se encontram sujeitos à redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS nº 36/96 e no artigo 266, II, do RICMS/2012/2012, o referido benefício fiscal foi levado em consideração pela auditoria fiscal no cálculo do imposto devido, refazendo, se o caso, a apuração do tributo efetivamente devido, em obediência aos contornos legais;

Nesse sentido, nomeia como sua assistente técnica a Sra. Nathália Mantese Rheinheimer, advogada, OAB/RS 76.199, com endereço profissional na Av. Fernandes da Cunha, 633, Mares, CEP 40445-200, Salvador/BA e telefones de contato 71 4009 8516/71 98398 9111, indicando, ainda, para tanto e atendimento às normas de regência do procedimento administrativo o seu endereço eletrônico: nathalia.rheinheimer@arcelormittal.com.br.

No tópico seguinte, passou a questionar a multa de 60% aplicada, prevista no Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, a qual considera que não merece prevalecer, haja vista o seu caráter confiscatório, reportando-se ao Art. 5º, XXII, da C.R./88, que é expresso ao assegurar a todos o direito de propriedade, princípio no qual está fundada a ordem econômica (artigo 170, inciso II, da CR/88). Na seara tributária, a proteção ao Direito de Propriedade, que é cláusula pétrea da Constituição resume-se na proibição de tributar com o fim de destituir o contribuinte de seus bens.

Tece outras considerações jurídicas a respeito desta questão, onde cita inclusive decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal a este respeito, para concluir que a multa aplicada agride violentamente o seu patrimônio do contribuinte, caracterizando-se como confisco indireto e, por isso, deve ser declarada ilegal.

Em conclusão, requer que seja julgada procedente a Defesa apresentada e cancelada a autuação, ou, sucessivamente, seja reduzido o valor exigido para patamares razoáveis e que respeitem a vedação ao efeito de confisco, nos termos do argumento desenvolvido nos itens acima.

Requer ainda, que lhe seja franqueada a oportunidade de apresentar, ao menos até o julgamento em primeira instância, documentação complementar que possa corroborar com os seus argumentos, a fim de evidenciar outros equívocos que considera cometidos pela Fiscalização, o que, inclusive, coaduna-se com o princípio da verdade material, o qual rege o contencioso administrativo, requerendo, finalmente, que as intimações postais do presente processo sejam encaminhadas ao Jurídico da Empresa, no seguinte endereço: Av. Carandaí, 1115 - 25º andar|30130-915 - Belo Horizonte/MG – Brasil, sob pena de nulidade.

O autuante apresentou Informação Fiscal, em conformidade com as fls. 108 a 118, onde, inicialmente, reproduziu os fatos e efetuou uma síntese os argumentos defensivos, e, após, iniciou seus contra-argumentos transcrevendo a norma insculpida pelo Art. 16, inciso I, da Lei nº 7.014/96, assim transcrito:

“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:

a) ...

b) ...

c) mercadorias saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, optantes do Simples Nacional, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo.”

Observa, entretanto, que, para usufruir do benefício da redução da alíquota de 17% para 7%, foi estabelecida condição essencial, no parágrafo 1º do aludido artigo, assim expresso:

“§ 1º A aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal”.

Ao ingressar no mérito da autuação, sustenta que ao teor do dispositivo legal acima reproduzido o legislador autorizou a redução da alíquota nas operações que descreve, condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal, *ressaltando que* ao conceder o benefício da redução de alíquota, o Estado estabeleceu uma condição, e prescreveu a forma de atendimento da mesma, isto é, o repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal, significando dizer, que não concedeu ao industrial, a opção pela forma do repasse do benefício fiscal, pois a legislação é clara, cristalina, não deixa qualquer margem à interpretação diversa do quanto ali expôs, de que o benefício fiscal em comento, deve contemplar o adquirente das mercadorias, e que o valor correspondente ao benefício fiscal, na forma de desconto, deve constar expressamente no documento fiscal.

Ao se reportar ao argumento defensivo de que o único meio de verificar a ausência deste desconto seria mediante um método comparativo de preço, aponta que de acordo com o que consta no parágrafo 1º, do artigo 16, da Lei 7.014/96, o único meio a se verificar o cumprimento da obrigação imposta, é através das notas fiscais de vendas com alíquota 7%, pois foi este o único método eleito pelo legislador para tal fim, método este, que o autuado teima, reiteradamente em desrespeitar, como se pode observar no acervo de acórdãos do CONSEF, com vários autos com esta mesma infração.

Diante disto, impugna os demonstrativos de “supostos preços praticados” pelo autuado, através de documentos de controle interno, pois a única forma de aferição do cumprimento da condição imposta para utilização do benefício em comento é a existência do desconto na nota fiscal que é o método eleito pelo legislador para tal finalidade, podendo se verificar nas notas fiscais que residem às folhas 15/17 (e em todas as que estão relacionados nas planilhas constantes da mídia eletrônica de fl. 27), cujas vendas foram efetivadas com a utilização da alíquota de 7%, mas não consta o repasse para o adquirente, sobre a forma de desconto, do valor do benefício fiscal decorrente da redução da alíquota.

Neste passo, pontua que, diversamente do alegado pelo autuado, o Auto de Infração foi lavrado na estrita observância da legislação, preenchendo todos os requisitos legais, inclusive a estrita vinculação à Lei nº 7.014/96, o que não contraria o disposto nos artigos 37, 150 da CF, bem como, o artigo 142 do CTN, acrescentado que a interpretação de benefício fiscal há de ser restrita, nos termos do artigo 111 do CTN.

Quanto à alegação defensiva de que efetuou pagamentos através de denúncia espontânea, sem que tenham sido excluídas as notas fiscais correspondentes, mas *“optou por mantê-las e reduzir o valor pago do valor que, inicialmente, havia apurado como saldo devedor”*, sustenta que dita alegação não indica a existência de qualquer prejuízo ao autuado, o que só poderia ocorrer, se ele pagou o valor referente à denúncia espontânea, menor que o devido, pois o método adotado não causa qualquer prejuízo, pois é sabido em lição elementar de aritmética, que a ordem dos fatores não altera o produto, e, como dito pelo próprio autuado, foi deduzido do valor do ICMS apurado como devido em cada mês, o valor pago através da denúncia espontânea.

Diz que também não socorre ao autuado a alegação de ausência de prova, querendo se beneficiar de uma suposta dúvida, na medida em que, as notas fiscais de folhas 15/17, do PAF, provam de forma robusta e inequívoca, ainda que por amostragem, que a empresa não repassou para o adquirente, na forma de desconto, o valor do benefício fiscal, considerando ainda, a este respeito, comentar que o autuado (e demais empresas franqueadas), mantém a prática de não repassar o desconto nos moldes previstos em Lei 7.014/96, transcrevendo excerto do acórdão que julgou o AI 2173593004/16-0, lavrado contra um estabelecimento da mesma franquia:

“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 Acórdão 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...”

Adiante, menciona que o autuado também alega que ainda que se verificasse eventual existência de irregularidade no cumprimento da obrigação acessória, como ausência de menção ao desconto na nota fiscal, tal não legitima o lançamento, arguindo a seu favor, que ultrapassada esta premissa, restaria o princípio da estrita legalidade em matéria tributária (Arts. 150, I, CR/88 e 97 do CTN), pois o direito à alíquota reduzida é matéria exclusivamente regulada em Lei.

A este respeito, aponta que a infração em discussão está sustentada pelo Art. 16, da Lei nº 7.014/96, de modo que as suas arguições defensivas não prosperam, mesmo porque, a prática infratora do autuado anulou a pretensão do Estado da Bahia, de favorecer as micros e pequenas empresas, além do que, a infração cometida resultou em recolhimento a menos do ICMS, estando, na situação em apreço, a obrigação acessória umbilicalmente vinculada à obrigação principal.

No que se relaciona a alegação defensiva de que as saídas de mercadorias com alíquota de 7% estariam amparadas com redução na base do cálculo do ICMS, por força do Convênio ICMS 36/96, mas que o autuante utilizou alíquota de 17% e de 18%, cita que não houve da sua parte uma única operação com alíquota de 18%, utilizou apenas a alíquota de 17%, registrando que significativo número de operações de vendas realizadas com alíquota de 7%, não está sujeita à redução da base de cálculo arguida pelo contribuinte.

A este respeito, esclarece que adotou, em cada operação de venda objeto do Auto de Infração, a mesma base de cálculo que consta no livro Registro de Saídas do autuado, por ele confeccionado e disponibilizado no SPED, arguindo que no caso em apreço, em razão da forma como agiu o autuado, não cabe a aplicação da redução da base de cálculo, pois o valor do imposto pago a menos, foi apropriado indevidamente pelo autuado (não repassando para o contribuinte), correspondendo a aproximadamente 10% do valor de cada operação objeto da ação fiscal, e, como não foi para o micro ou pequeno empresário, este valor compôs o custo de aquisição dos aludidos micros e pequenos empresários, não podendo o autuado se beneficiar, duplamente, por descumprir a legislação.

Nesse sentido, observa que, em uma venda com base de cálculo de R\$100.000,00, na forma das operações comentadas, o autuado deixou de repassar R\$10.000,00 ao adquirente da mercadoria, conseqüentemente, para o adquirente, o custo desta mercadoria excluiu o ICMS (7%), foi de aproximadamente R\$93.000,00, ao passo que, caso o vendedor tivesse feito o desconto na nota fiscal, na forma exigida no Art. 16, da Lei 7.014/96, o custo das mesmas mercadorias excluindo o ICMS destacado (R\$7.000,00 e o desconto concedido R\$10.000,00), seria de aproximadamente R\$83.000,00.

Sustenta que entende descaber o acolhimento do pedido de produção de prova pericial requerida, pois se trata de acusação simples e que o teor do parágrafo 1º do Art. 16 da Lei nº 7.014/96 tem clareza solar, não ensejando dúvidas no seu aplicar, enquanto que os arquivos do SIAF contêm as notas fiscais objeto da ação fiscal, consoante amostragem de folhas 15/17.

Quanto à questão da multa aplicada no percentual de 60%, cujo autuado alega possuir caráter confiscatório, sustenta que tal argumento não merece prosperar, pois a atividade de fiscalização é plenamente vinculada e o percentual aplicado à infração cometida, está na conformidade da Lei nº 7.014/96.

Mantém a autuação na íntegra e pugna que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

Em 20 de dezembro de 2018, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, em sessão de pauta suplementar realizada nessa data, pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem/autuante, nos seguintes termos:

Um dos argumentos trazidos pelo autuado em relação ao lançamento abarcado pelo presente Auto de Infração é no sentido de que houve por parte do autuante desconconsideração do benefício da redução da base de cálculo aplicável a determinados produtos, citando que este se equivocou ao realizar o cálculo da diferença de ICMS, sem levar em consideração que as saídas destas mercadorias se encontravam abarcadas pelo benefício da redução da base de cálculo, superestimando, assim, o valor do imposto efetivamente devido em cada operação.

Neste sentido observa que enquanto o autuante adotou, como alíquota interna sobre a base de cálculo, o percentual de 17%, a incidência do imposto deveria resultar numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação, nos termos do Convênio ICMS nº 33/96, incorporado à legislação do Estado da Bahia pelo Art. 266 do RICMS/2012, citando, a este respeito, os códigos dos produtos que deveriam ter sido tributados na forma acima citada, os quais seriam: 7213.10.00, 7213.20.00, 7214.20.00, 7214.99.10, 7214.91.00, 72.14.99.00, 72.16.21.00, 7216.31.00, 7216.32.00, 7217, 7213, 7314.31, 73.14.4, 7326.2 e 7317, colacionando planilha em mídia eletrônica que demonstra, operação por operação, através da coluna “Redução da Base de Cálculo”, onde, ao seu argumento, há que se considerar a redução e, se for o caso, qual a diferença do imposto de fato seria devida.

Considerando que o argumento supra não foi acolhido pelo autuante, o presente PAF foi submetido em discussão em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, tendo esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberado por sua conversão em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante, após os devidos e necessários exames, considerando os levantamentos iniciais, comparativamente com o apresentado pelo autuado na mídia eletrônica trazida aos autos, efetue novos cálculos abarcando os benefícios contidos no Convênio ICMS nº 33/96 e no Art. 266 do RICMS/2012, elaborando, em consequência, novos demonstrativos do débito apurado.

Em seguida deverá ser cientificado o autuado do resultado da diligência, oportunidade em que deverá ser-lhe entregue cópia da mesma e desta solicitação de diligência, devendo ainda ser concedido o prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do recebimento da intimação, para que o mesmo se manifeste sobre o mencionado resultado da diligência, se assim o desejar.

Depois de conclusos, o PAF deverá retornar ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento.

Em atendimento, o autuante se pronunciou em 29/01/2019, conforme consta à fl. 125, destacando que o autuado alegou que não foi observada a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 33/96 e no art. 296 do RICMS, cujo imposto deveria resultar numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação, nos termos do Convênio ICMS nº 33/96, citando a este respeito às NCMs 7213.10.00, 7213.20.00, 7214.20.00, 7214.99.10, 7214.91.00, 72.14.99.00, 72.16.21.00, 7216.31.00, 7216.32.00, 7217, 7213, 7314.31, 73.14.4, 7326.2 e 7317, pontuando que cumpriu a diligência e elaborou novos cálculos reduzindo a base de cálculo observando as mencionadas NCMs, fazendo juntada de um CD contendo duas planilhas com as operações objeto da ação fiscal, inclusive aquelas sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS, esta em coluna específica, denominada “BC Reduzida”, além de um demonstrativo de débito contendo o valor histórico do débito que foi reduzido de R\$315.961,21 para R\$279.544,47.

De acordo com o documento seguinte, fl. 127, consta recibo onde o autuado declara que recebeu em 14/02/2019 da IFEP Norte “Cópia da Diligência Fiscal e CD (gravado), referente ao Auto de Infração nº 281508.0001/18-1”.

Nos docs. de fls. 131 a 133, consta despacho do CONSEF, datado de 22/01/2019, determinando que seja juntado aos autos o Processo SIPRO de nº 030396/2019-8, protocolado pela autuado também em 22/01/2019, no qual este requer, em caráter de urgência, que qualquer intimação ou comunicação proferida pelo CONSEF em relação ao presente Auto de Infração sejam remetidas e direcionadas exclusivamente em nome da Companhia, Departamento Jurídico, no endereço que indicou, situado na cidade de Belo Horizonte - MG.

Às fls. 137/138, foi anexado aos autos o Processo SIPRO nº 087281/2019-4, datado de 25/02/2019, onde o autuado requereu a prorrogação do prazo de 10 (dez) dias que lhe fora concedido para se manifestar sobre o resultado da diligência fiscal, por mais 20 (vinte) dias para que seja possível apurar as informações da auditoria fiscal, visando o esclarecimento dos fatos, em atenção aos princípios da verdade material.

Em 15/05/2019, foi encaminhado para fim de juntada ao PAF da petição protocolizada pelo autuado em 08/03/2019, Processo SIPRO nº 128746/2019-8, que trata da manifestação pelo mesmo acerca do resultado da diligência fiscal que foi realizada pelo autuante, observando que em suas razões de defesa iniciais sustentou/demonstrou, em primeiro lugar, que fez jus à utilização da alíquota reduzida, posto que repassou tal benefício, em forma de desconto no preço, para os seus clientes, e que sucessivamente argumentou/demonstrou que o autuante não tomou em conta, no cálculo da diferença de ICMS, que as operações promovidas pelo estabelecimento autuado estavam sujeitas à incidência do imposto sob base de cálculo reduzida, de tal modo que a carga tributária fosse de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação, nos termos do Convênio ICMS nº 33/96, incorporado à legislação do Estado da Bahia pelo artigo 266 do RICMS/2012.

Após a contextualização dos fatos, observou que esta 4ª JJF, ao determinar a sobredita diligência, inclinou-se a acolher seu pedido sucessivo, externando, *prima facie*, por outro lado, que entendeu insuficiente a amostragem carreada, para demonstrar o repasse do benefício da alíquota reduzida, em forma de desconto no preço praticado em suas operações, o que resultaria no cancelamento do lançamento.

Destacou que, se for esta a hipótese, há que se sopesar que o auto de infração envolve um enorme número de operações, o que torna excessivamente onerosa a demonstração do desconto, operação por operação, sendo que, foi nesse contexto que o Conselho de Fazenda, homenageando o princípio da verdade material, baixou o Processo nº 278868.3009/16-7 em diligência, para fixar um parâmetro de amostragem e oportunizar a empresa segui-lo, a fim de corroborar as suas razões, o que também poderia ser adotado ao caso sob exame.

Com relação à diligência em si, cita que constatou que, em sua conclusão, o autuante consignou o seguinte a respeito dos cálculos realizados:

“(…)

*O autuante cumpriu a diligência determinada, elaborando novos cálculos, reduzindo a base de cálculo, observando as NCM's acima citadas, juntando CD a este PAF, contendo duas planilhas com as operações objeto da ação fiscal, inclusiva (sic) aquelas sujeitas à Redução da Base de Cálculo do ICMS, estas **em coluna específica**, denominada “**BC Reduzida**”, além de um demonstrativo de débito, contendo as datas das ocorrências, do vencimento da obrigação, da Base de Cálculo do ICMS, alíquota, do percentual da multa a ser aplicada, além dos valores históricos da autuação, resultando que, o valor histórico do débito apurado de R\$ 315.961,21, foi reduzido para R\$ 279.544,47.”.*

Contudo, observou que, ao realizar a análise das planilhas elaboradas pelo autuante, mais precisamente àqueles itens cuja NCM possui permissão normativa para cálculo do imposto com redução da base de cálculo, constatou que, no cálculo dessa redução, o mesmo considerou o percentual de 0,70885 nas operações objeto da autuação, e não o percentual de 0,70588, como deveria, equivalente ao quociente de 12% (carga tributária) e 17% (alíquota interna considerada), ou seja, $12/17 = 0,70588$ (…).

Com isso, apontou que há uma pequena redução no valor da diferença apurada do imposto para cada operação, o que, porém, alcança monta relevante do lançamento considerando um universo de 925 operações de vendas autuadas no exercício de 2014, e 292 (duzentos e noventa e duas) no decorrer do ano de 2015, apontando exemplos (fl. 144) em relação a uma operação em cada exercício, onde no primeiro, referente ao exercício de 2014, indicou uma diferença exigida a mais no valor de R\$0,38 e R\$0,72 para o exercício de 2015.

Em seguida, pontuou que, na hipótese desta Junta de Julgamento entender insuficiente a amostragem que corroboraria o desconto que praticou, requer seja fixado parâmetro para amostragem, a fim de demonstrá-lo, em homenagem ao princípio da verdade real, à semelhança do que adotado pelo Conselho no Processo nº 278868.3009/16-7.

Sucessivamente e almejando o esclarecimento dos fatos, em atenção ao princípio da verdade material previsto no RPAF/BA, requer sejam os autos devolvidos ao atuante para que os cálculos sejam realizados considerando o percentual correto para fins da redução da base de cálculo (0,70588).

Por fim, requereu que as intimações e comunicações dos atos processuais e decisões proferidas por este Conselho de Fazenda Estadual, bem como àqueles emitidos pelos órgãos que integram a Secretaria de Estado da Fazenda sejam realizadas, direcionadas e remetidas, exclusivamente, em nome da Companhia, ao departamento jurídico, no endereço da sua sede, situada na Avenida Carandaí, nº 1.115, 16º andar, CEP 30.130-915, Belo Horizonte/MG, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Em atendimento ao solicitado pelo autuado, esta 4ª JJF deliberou pela nova conversão do processo em diligência à Infaz de origem, fls. 149 e 150, conforme abaixo:

(...)

Entretanto, em 15/05/19, fl. 148, foi apensado ao PAF o Processo SIPRO nº 2815080001181, fls. 141 a 146, de 08/03/19, remetido ao CONSEF em 17/04/19, através do qual o autuado se pronunciou a respeito da intimação recebida em 14/02/19, onde pontua que ao realizar a análise das planilhas elaboradas pelo autuante, mais precisamente aqueles itens cuja NCM possui permissão normativa para cálculo do imposto com redução da base de cálculo, constatou que no cálculo da redução da base de cálculo o autuante considerou o percentual de 0,70885 nas operações objeto da autuação, e não o percentual de 0,70588 como deveria, equivalente ao quociente de 12% (carga tributária) e 17% (alíquota interna considerada), ou seja, $12/17 = 0,70588$. Desta forma sustenta que há uma pequena diferença apurada do imposto para cada operação, porém alcança monta relevante do lançamento, considerando o universo das operações autuadas nos exercícios de 2014 e 2015.

Em face do acima exposto e da expressa solicitação formulada pelo autuado, deliberou esta 4ª JJF por mais uma vez converter o PAF em diligência à Infaz de origem (IFEP Norte), para que o autuante analise as ponderações apresentadas pelo autuado em sua manifestação de fls. 142 a 145 e, se pertinentes, efetue revisão nos cálculos para efeito de depuração dos valores porventura exigidos a mais.

Caso não haja pertinência nos argumentos do autuado, tal fato deverá ser enfrentado e justificado pelo autuante.

Após o autuado deverá ser cientificado do resultado da diligência, nos termos do Art. 108 do RPAF/BA, (A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem), inclusive com a entrega de cópia desta solicitação de diligência, oportunidade que lhe deverá ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para manifestação, se assim o desejar.

Havendo manifestação pelo autuado, no novo prazo concedido, o autuante deverá se pronunciar a respeito da mesma. Em seguida o PAF deverá retornar ao CONSEF para efeito de conclusão da instrução e julgamento.

Em atendimento, o autuante apresentou o pronunciamento de fl. 154, verbis:

“Cumprindo a diligência determinada às folhas 149/150, deste PAF, informo que o contribuinte tem razão, quando afirma que o fator (percentual) a ser utilizado para apurar a base de cálculo reduzida das operações objeto da ação fiscal, é 0,070588 e não 0,70885 utilizada pelo autuante.

*Em razão do acima exposto, o autuante retificou as planilhas relativas às operações sujeitas à ação fiscal, aplicando o fator de multiplicação (ou porcentagem) de 0,070588, encontrando como valor histórico da infração **R\$279.172,99**, ao invés de R\$279.544,09 anteriormente apurado.*

Informo ainda, que o autuado deve ser cientificado do resultado da diligência, oportunidade que deverá ser entregue ao mesmo, cópia do inteiro teor da diligência fiscal (fls. 149/150), CD com as planilhas retificadas, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para querendo se manifestar.

Caso haja manifestação do autuado, o autuante deve ser notificado para se pronunciar à cerca da mesma.

Juntamos ao PAF 1 CD contendo o inteiro teor da diligência realizada”.

Foram também apresentadas, pelo mesmo, as planilhas com o valor do débito remanescente, abaixo reproduzidas:

MÊS ANO	SAÍDAS COM ALÍQUOTA INFERIOR À DEVIDA 7%	PAGTO FEITO DEN. ESPONTANEA	ICMS PAGO A MENOR
jan/14	16.208,59	6.678,51	9.530,08
fev/14	33.456,31	11.626,14	21.830,17
mar/14	17.959,84	6.797,03	11.162,81
abr/14	25.201,50	13.634,87	11.566,63
mai/14	22.932,25	8.535,94	14.396,31

jun/14	16.743,32	6.228,43	10.514,89
jul/14	28.315,94	19.920,19	8.395,75
ago/14	31.019,63	11.822,60	19.197,03
set/14	32.660,03	14.059,28	18.600,75
out/14	28.977,94	13.042,27	15.935,67
nov/14	22.968,41	178,41	22.790,00
dez/14	36.803,32	-	36.803,32
	313.247,07	112.523,67	200.723,40
jan/15	38.965,06	17.795,78	21.169,28
fev/15	50.142,46	21.999,50	28.142,96
mar/15	39.800,35	10.663,00	29.137,35
TOTAIS	128.907,87	50.458,28	78.449,59
GERAL	442.154,94	162.981,95	279.172,99

DATA DA OCORRENCIA	DATA DO VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA %	MULTA	DÉBITO ICMS VALOR HISTÓRICO
31/01/2014	09/02/2014	56.059,28	17	60,00	9.530,08
28/02/2014	09/03/2014	128.412,79	17	60,00	21.830,17
31/03/2014	09/04/2014	65.663,61	17	60,00	11.162,81
30/04/2014	09/05/2014	68.039,00	17	60,00	11.566,63
31/05/2014	09/06/2014	84.684,15	17	60,00	14.396,31
30/06/2014	09/07/2014	61.852,28	17	60,00	10.514,89
31/07/2014	09/08/2014	49.386,74	17	60,00	8.395,75
31/08/2014	09/09/2014	112.923,72	17	60,00	19.197,03
30/09/2014	09/10/2014	109.416,17	17	60,00	18.600,75
31/10/2014	09/11/2014	93.739,21	17	60,00	15.935,67
30/11/2014	09/12/2014	134.058,80	17	60,00	22.790,00
31/12/2014	09/01/2015	216.490,11	17	60,00	36.803,32
Sub total					200.723,40
31/12/2015	09/02/2015	124.525,19	17	60,00	21.169,28
28/02/2015	09/03/2015	165.546,84	17	60,00	28.142,96
31/03/2015	09/04/2015	171.396,15	17	60,00	29.137,35
TOTAIS					78.449,59
GERAL					279.172,99

Cientificado do resultado da diligência efetuada, o autuado se pronunciou, conforme doc. fl. 261, pontuando que “a despeito da revisão fiscal levada a efeito com o escopo de tomar em conta a redução da base de cálculo a que estavam sujeitas as operações autuadas, **subsistem as razões de impugnação, que conduzem à integral impropriedade do lançamento** e que não foram desconstituídas pelo i. auditor, conforme Manifestação/Réplica já apresentada, o que espera seja reconhecido por estes doutos Julgadores”.

VOTO

A exigência tributária constante no Auto de Infração sob análise, objetivando reclamar crédito tributário no valor histórico de R\$315.961,21, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, está posta nos seguintes termos: “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se vendas de mercadorias a empresas de pequeno porte e microempresas, com adoção da alíquota de 7% ao invés de 17%, sem que conste dos documentos fiscais o repasse para o adquirente, em forma de desconto, do imposto reduzido na operação, contrariando o disposto no parágrafo 1º, do artigo 16, da Lei nº 7.014/96”.

Ao iniciar sua defesa, o autuado ponderou que anteriormente à fiscalização, revisou as operações que praticou sob a alíquota reduzida e efetuou denúncia espontânea das operações referentes aquelas que entendeu que o imposto fora recolhido a menos por não se aplicar o benefício citado

pela peça acusatória, e efetuou o respectivo pagamento, entretanto o autuante optou por manter tais operações em seu levantamento, porém considerando de forma dedutível o valor pago.

Esta questão não produz qualquer repercussão no lançamento já que o valor anteriormente denunciado como devido pelo autuado foi considerado pelo autuante, portanto, a sistemática adotada pelo mesmo não causou qualquer prejuízo ao autuado e tampouco onerou o lançamento.

Quanto ao argumento de que à luz do Art. 142 do CTN, que reza que a atividade vinculada do lançamento é, situação esta que obriga o Fisco a efetuar o lançamento nas estritas hipóteses definidas em lei, vejo que esta condição se encontra plenamente atendida nestes autos já que as planilhas elaboradas pelo autuante e entregues ao autuado sob recibo, indicam cada documento fiscal emitido pela mesmo cuja alíquota foi aplicada incorretamente, e sobre o qual recaiu a exigência do tributo.

A este respeito, temos que a norma legal (art. 16, § 1º da Lei nº 7.014/96) prevê que *“a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, fica condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal”*, enquanto que o autuado asseverou que repassou, sob forma de desconto, o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias e, para efeito de comprovação, apresentou três exemplos com a seguinte configuração:

O primeiro, aponta uma operação antes da aplicação dos descontos negociais, quando destinada para microempresas ou EPP, à alíquota de 07%, o valor da venda é de R\$2.867,45, enquanto esta mesma operação, quando destinada à clientes sob a alíquota de 17%, seu valor passa a ser de R\$3.294,22 o que representa uma diferença na ordem de 12,95%.

Situação idêntica ocorreu no segundo exemplo apresentado, uma operação com microempresa ou EPP à alíquota de 07% representa o valor de R\$4.145,61 enquanto esta mesma operação quando submetida à alíquota de 17% atinge o valor de R\$4.867,41, denotando uma diferença de 14,82%.

E como terceiro exemplo, indicou uma operação destinada a microempresa ou EPP, submetida à alíquota de 07% que apresenta o valor de venda na ordem de R\$37,10 enquanto submetida à alíquota de 17% representa R\$42,13 significando uma diferença na ordem de 11,93%. Em todos os casos, frise-se, se referem a situação anterior à incidência de descontos comerciais.

Ora, do exame efetuado nos exemplos acima, os quais apesar de serem por amostragem, representam o universo destas operações praticadas pelo autuado, chega-se a uma conclusão, sem maiores dificuldades, que o procedimento adotado pelo mesmo se encontra à margem do quanto estabelecido pela referida norma legal, vez que tais exemplos remetem a uma situação que reflete uma política interna de venda praticada pela empresa, as quais serão submetidas ainda aos ditos descontos comerciais, enquanto que a norma legal reza que o desconto deve constar expressamente no documento fiscal, configurando no mesmo o repasse para o adquirente sob forma de desconto, fato este que, ao meu entender, não foi atendido pelo autuado, ao desprezar ou ignorar uma determinação legal, a qual não se reveste apenas de descumprimento de uma obrigação acessória, e sim, de uma obrigação principal, na medida em que não comprovou, via documento fiscal, o repasse do desconto ao adquirente.

Esta é uma situação recorrente em relação a este mesmo contribuinte, consoante se constata, por exemplo, através do Acórdão nº 0073-03/17, contra o mesmo autuado, que em situação idêntica, repito, foi julgado procedente o Auto de Infração.

Isto posto, com base no Art. 147, incisos “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPFA/BA, nego o pedido de realização da prova pericial requerida, na medida que a questão envolvida nos autos não requerer tal condição, bastando para se chegar a uma conclusão lógica examinar os documentos fiscais cujas cópias foram juntadas aos autos pelo autuante, fls. 15 a 17, as quais comprovam o procedimento irregular do autuado.

Por outro ângulo, assiste razão ao autuado no tocante a argumentação de que o autuante não considerou o benefício da redução da base de cálculo aplicável a determinados produtos, abarcando os benefícios contidos no Convênio ICMS 33/96 e no Art. 266 do RICMS/BA. Este fato resultou em conversão do PAF em diligência nos termos constantes à fl. 122, situação esta que foi atendida pelo autuante ao elaborar novas planilhas de cálculos considerando tal benefício fiscal, o que resultou na redução do débito originalmente lançado na ordem de R\$315.961,21 para o valor de R\$279.544,47.

Por igual, também assiste razão ao autuado em relação ao seu argumento de que em alguns itens da autuação onde os produtos cuja NCM possuem permissão normativa para cálculo do imposto com redução da base de cálculo, onde, nestes casos, o autuante considerou o percentual de redução na ordem de 0,70885 e não o percentual correto de 0,70588, situação esta que motivou a remessa dos autos para realização de uma segunda diligência, a qual foi atendida pelo autuante, que concordou com o argumento defensivo e elaborou nova planilha de débito, reduzindo desta vez o valor devido para R\$279.172,99 consoante está expresso na planilha que antecede este voto, a qual acolho.

Quanto à alegação do autuado de ilegitimidade da multa indicada, a qual possui caráter confiscatório, não pode ser acolhido tal argumento visto que de acordo com o Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, “*Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade*”, razão pela qual tal argumento não pode ser aqui analisado, valendo, por igual, tal entendimento em relação ao julgado trazido pelo autuado originado do e. STF.

Desta maneira, e considerando que a multa aplicada no patamar de 60% tem amparo na legislação tributária estadual vigente, a mesma fica mantida.

Finalmente, quanto ao pedido do autuado no sentido de que as intimações postais do presente processo sejam encaminhadas ao seu Departamento Jurídico localizado na cidade de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, cujo endereço indicou, observo que nada obsta este órgão julgador em atender a tal pedido, entretanto, ressalto que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal obedecem ao quanto disposto pelo Art. 108 do RPAF/BA, razão pela qual, o eventual não atendimento ao aludido pedido do autuado não acarreta em nulidade.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$279.172,99 de acordo com os valores constantes na planilha elaborada pelo autuante quando da realização da segunda diligência, cujo inteiro teor foi dado ciência ao autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281508.0001/18-1**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$279.172,99**, 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, 03 de dezembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR