

PROCESSO	- A. I. N° 281508.0001/18-1
RECORRENTE	- ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDA	- FZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0212-04/19
ORIGEM	- IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19/04/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0035-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA, DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS DESTINADAS À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO. FALTA DE INDICAÇÃO NOS DOCUMENTOS FISCAIS DO REPASSE AOS ADQUIRENTES NA FORMA DE DESCONTO DO IMPOSTO REDUZIDO NA OPERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte, é condicionada 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%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. O deficiente não comprovou que foi concedido o desconto na forma prevista na legislação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0212-04/19 da 4ª JJF deste CONSEF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 19/06/2018, com as seguintes características:

Período fiscalizado: 01/01/2014 a 31/12/2015

Infração 01 – 03.02.02 – 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.

Valor histórico: R\$315.961,21. Multa de 60%.

Enquadramento legal: arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/99.

Multa aplicada: art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96

Após a instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

“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 constitucionalidade”, 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.”

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, insurgindo-se contra a decisão de primeiro grau, da forma a seguir indicada.

Para a recorrente, segundo o entendimento do i. auditor fiscal, uma vez que o contribuinte supostamente deixou de cumprir a obrigação acessória acima citada e prevista na norma que instituiu o benefício fiscal em questão, seria possível concluir que a Recorrente deixou de repassar aos seus clientes ME ou EPP, na forma de desconto aplicado sobre o preço das operações autuadas, o valor equivalente à redução da alíquota de 17% para 10%.

Afirma ainda que, embora tenha apresentado exemplos amostrais que confirmariam o repasse do desconto, o acórdão recorrido também se apegou ao rigor estritamente formal da auditoria fiscal e, sob o argumento no sentido de que o contribuinte deixou de fazer constar nas notas fiscais auditadas a expressão que indicava o repasse do desconto, indeferiu o pedido de diligência formulado e sem se atentar para a materialidade das operações, entendeu por manter o lançamento nesse ponto.

Nesta linha, aponta que o acórdão, ao se apegar a questões estritamente formais e referentes a obrigações acessórias em detrimento da materialidade das operações, não conferiu à discussão o melhor entendimento jurídico e destoou, inclusive, do posicionamento desse E. CONSEF aplicado em demandas que envolviam assunto idêntico ao dos autos, merecendo, pois, a sua reforma nessa parcela.

Diz que a suposta exigência tida como descumprida pela Recorrente e que sustentaria o lançamento decorre da parte final do texto do citado §1º, do artigo 16 da Lei Estadual nº 7.014/96, o qual, ao regulamentar o benefício da redução da alíquota ora tratado, asseverou que a redução de que se valeu o contribuinte será repassada sob a forma de desconto e deve “o desconto constar expressamente no documento fiscal”.

Aponta que esta norma estabeleceu duas obrigações de naturezas distintas, quais sejam: (i) uma de conteúdo material e que se refere à obrigação de efetivo repasse do benefício correspondente à redução de alíquota sob a forma de desconto e (ii) uma segunda de origem formal, a saber a necessidade de o referido desconto constar expressamente no documento fiscal.

Explica que, enquanto o primeiro requisito supra destina-se diretamente à obrigação principal de destacar e recolher o ICMS sob a alíquota reduzida, exigindo que o contribuinte repasse esse benefício na formação do seu preço, o segundo consiste no estabelecimento de uma mera exigência formal destinada a auxiliar a fiscalização na conferência da razão que levou o contribuinte a se valer de uma alíquota reduzida.

Reforça que, o fato de o contribuinte fazer alguma referência ao repasse da redução da alíquota

sob a forma de desconto no documento fiscal não permite concluir que esse repasse foi efetivamente observado na prática, apenas contribui, insista-se, para que a Administração Fazendária possa compreender a origem da alíquota adotada pelo contribuinte e, se o caso, verificar, com base nas demais informações fiscais, se o requisito do repasse foi efetivamente observado.

Conclui, nesta linha, que resta nítida a característica de mera obrigação acessória desse último requisito apontado como descumprido pela Recorrente, qual seja não constar o desconto expressamente no documento fiscal.

Menciona que o artigo 113, §§ 1º a 3º do CTN é claro ao elucidar esta específica finalidade das obrigações acessórias, podendo dele se inferir que as obrigações acessórias não tem um fim em si mesmas, instituídas que são “no interesse da arrecadação”. Se esta (arrecadação) pode ser desempenhada, a despeito de equívocos ou falhas formais, a consequência destes não pode ultrapassar a mera conversão da obrigação em pena pecuniária (§ 3º), muito menos afetar o direito à utilização da alíquota reduzida, que se relaciona à quantificação da obrigação principal. E o supracitado artigo 113 e seus parágrafos, a rigor, consagram a independência entre ambas (obrigações principal e acessória)

Transcreve a ementa do REsp 1.148.444, para demonstrar que o próprio STJ referendou a função ‘ad probatione’ - e não ‘ad substancia’ - dos elementos formais previstos como obrigações acessórias, quando afastou a exigência da idoneidade da documentação fiscal, assegurando o direito de crédito ao contribuinte ante a demonstração da materialidade das operações de circulação da qual este se originou.

Aponta ainda que o Professor Roque Carrazza tratou do tema quando analisou a ilegitimidade da vedação imposta, pela Administração, ao direito de crédito do ICMS, em havendo irregularidade na sua escrituração, ponderando que estes elementos formais “... tem função ‘ad probatione’ e não ‘ad substancia’, do ato. Embora seja necessária, as falhas ou omissões nele contidas não tem o condão de impossibilitar o exercício do direito constitucional à compensação” (ICMS, 6a Ed., Malheiros, São Paulo, p.174).

Sustenta, então, que, inexistindo prejuízo à arrecadação tributária, o descumprimento de obrigações acessórias previstas na legislação não pode justificar, por si só, a cobrança do tributo correspondente à obrigação principal. No caso em tela, desde que comprovado o efetivo repasse do montante equivalente à redução da alíquota, sob a forma de desconto no preço, e demonstrada a integral quitação da carga tributária devida sob a alíquota de 7%, não poderia a ausência de referência ao desconto no documento fiscal – obrigação acessória – autorizar a presunção de que o contribuinte deixou de observar a obrigação relativa ao repasse do benefício e recolheu o imposto em carga inferior à que efetivamente devida.

Invoca, em seu favor, o princípio da verdade material, um dos garantidores da tributação adequada, pois é o mesmo que garante que a Administração Pública “(...) deve tomar decisões com base nos fatos como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos” (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 04ª ed. RT, São Paulo, 2000).

Advoga que tal princípio impede a Administração Tributária, na situação ora versada, de adotar única e exclusivamente as informações lançadas em uma nota fiscal, sem observância aos demais documentos fiscais, dentre outros indícios, com vistas a aferir se o dever de arrecadação tributária foi, ou não, efetivamente observado pelo contribuinte.

Exemplifica com uma situação hipotética em que o contribuinte, quando da saída de mercadorias destinadas à microempresas e empresas de pequeno porte, utilizasse o benefício da alíquota reduzida, porém não efetuasse o repasse financeiro do valor correspondente à redução em forma de desconto, apenas informando, para tanto, que assim o fez no documento fiscal, o que, na sua ótica, joga por terra o entendimento sustentado pelo decisum, visto que o mero cumprimento de uma obrigação acessória daria por satisfeita uma obrigação principal, o que, como sabemos, não possui o menor embasamento jurídico e contraria o princípio da verdade material, que se

encontra positivado no ordenamento jurídico baiano, notadamente no citado artigo 2º da Lei nº 7.629/1999.

Enfatiza que, em consonância com a argumentação desenvolvida pela Recorrente e em sentido diametralmente oposto ao do acórdão recorrido, ao analisar autuações análogas a essa ora tratada, notadamente aquela representada pelo Auto de Infração nº 2815080002/18-8, que também envolveu a ora Requerente, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal desse E. CONSEF, decidiu por converter o feito em diligência, justamente como requerido pelo contribuinte, a fim de que fosse averiguada se a redução da alíquota foi, ou não, repassada sob a forma de desconto, consoante parâmetro de amostragem por ela definido.

Reproduz parte da decisão mencionada para demonstrar que os julgadores, naquele caso, se valeram do princípio da verdade material para determinar a diligência.

Reforça que o cerne da Decisão recorrida no sentido de que a Recorrente não teria feito prova do repasse da redução de alíquota sob a forma de desconto, com base única e exclusivamente por não fazer constar o desconto no documento, não resiste ao entendimento firmado sobre o assunto por esse próprio CONSEF, o que espera a Recorrente seja acolhido quando da apreciação do presente recurso.

Insiste que, superada a questão formal, a Recorrente repassou, sim, sob a forma de desconto, o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias, conforme se constata, a partir de todas as informações e documentações levantadas antes do julgamento de 1ª instância, por meio dos quais teria comprovado, com base em telas extraídas do seu sistema SAP, que praticou o desconto legal (correspondente ao repasse ao cliente do benefício em tela), quando aplicável, ao lado do desconto comercial.

Com o intuito de comprovar o repasse, reproduz as telas do seu sistema SAP referentes ao material Código nº 157524, esclarecendo que na linha “PR00 PREÇO”, COLUNA “Montante”, encontra-se o preço inicial da quantidade de 1.000 Kg da mercadoria (R\$2.390,33), passível de incidência dos tributos aplicáveis, inclusive o ICMS, que, no presente caso, consoante verificado na linha “ICVA ICMS Tax rate”, foi calculado à alíquota reduzida de 07%.

Na tela seguinte, ainda correspondente à operação acima, na linha “Preço MKP c/ZSET” é extraído o valor da mercadoria após a incidência dos tributos e demais ajustes – R\$2.867,45, anteriormente à aplicação de qualquer desconto negocial, que observa inúmeros fatores relacionados à especificidade de cada operação e condições do cliente, mas, conforme observado na linha “Max Desconto Comerc”, limitado ao percentual de 20,5%.

Afirma que os valores lançados nas telas acima são os mesmos que constaram na nota fiscal relativa à operação (NF nº 20852) que acompanhou a autuação.

Seguindo no intuito de esclarecer o repasse do desconto referente à redução da alíquota, além dos descontos negociais aplicáveis à operação, reproduz telas também extraídas do sistema SAP e que contemplam operação referente ao mesmíssimo material em questão, desta feita em operação com cliente em geral, sujeita à alíquota de 17%.

Salienta que, adotando-se a mesma sistemática, na primeira imagem, verifica-se o valor inicial da mercadoria (também R\$2.390,33), passível de incidência dos tributos, inclusive o ICMS, nesta oportunidade calculado à alíquota de 17%, conforme linha “ICVA ICMS Tax rate”. Em seguida, após a incidência dos tributos e demais ajustes no preço, também ainda sem os descontos comerciais, o valor total da operação de 1.000 Kg da mercadoria foi calculado em R\$3.294,22 – vide linha “Preço MKP c/ZSET”. Valor este que, consoante linha “Preço Negociado”, ainda foi objeto de desconto comercial limitado ao mesmo percentual aplicável para cliente micro empresa, ou seja, 20,05%.

Sustenta que, analisando-se as telas reproduzidas, sobretudo, as linhas “Preço MKP c/ZSET”, na qual indicado 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 a argumentação da recorrente 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 pela Recorrente. Ou seja, quando se aproveita da alíquota reduzida de 07%, as mercadorias negociadas pela Recorrente com os seus clientes micro empresas 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);

(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.

Ratifica que, no caso em tela, 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, o percentual exigido pela legislação, de modo que não há qualquer dúvida, se analisados os dados acima, que a Recorrente cumpriu, rigorosamente, com o requisito previsto na legislação – a saber, repasse da redução da alíquota (10%) sob forma de desconto aos seus clientes.

Apresenta mais dois exemplos, com telas do seu sistema SAP, informando que em razão do volume de informações a serem analisadas, não foi possível trazer aos autos todos os elementos probatórios, operação por operação.

Formula requerimento de prova pericial, em atendimento ao princípio da verdade material, bem como ao disposto nos artigos 123, §3º, e 145, do Decreto Lei nº 7.629/1999, que disciplina o processo tributário administrativo no Estado (RPAF).

Justifica o requerimento afirmando que o deferimento da prova técnica faz-se ainda mais relevante num contexto em que o i. fiscal considerou para o lançamento tão somente a ausência de informação na nota fiscal sobre o desconto legal e, em contrapartida, a Recorrente demonstrou, à guisa de exemplo, que praticou o aludido desconto, devendo a realidade prevalecer sobre o descumprimento de uma obrigação acessória, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Indica assistente técnica e informa os seguintes quesitos para perícia pretendida:

QUESITO Nº 1: Pede-se 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: Pede-se 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, pedia-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;

QUESITO Nº 04: Pede-se ao Sr. Perito que verifique se houve o repasse do benefício da alíquota reduzida, em forma de desconto, aos adquirentes das mercadorias, cotejando, por amostragem, ou 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 a proximidade das variáveis que influenciam na formação do preço (como habitualidade do cliente, quantidade, tipo de frete etc.). Em caso negativo, pede-se que o Perito justifique sua resposta.

Em seguida, questiona a multa de 60% que lhe foi aplicada, em razão do seu caráter confiscatório. Diz que a CF/88 assegura o direito de propriedade, cujo qual, na seara tributária estaria protegido pela proibição de tributar com o fim de destituir o contribuinte dos seus bens.

Afirma que o poder de tributar deve ser compatível com a conservação da atividade econômica e que neste caso restaria evidente o caráter confiscatório da penalidade exigida, por representar praticamente um novo pagamento do tributo, o que seria excessivo, sobretudo diante da ausência de outros elementos como o evidente intuito de fraude.

Transcreve a ementa do RE 523471, julgado pelo STF, para sustentar a possibilidade de redução da multa, por desrespeito ao princípio do não confisco.

Conclui requerendo a baixa dos autos em diligência para que possa demonstrar a aplicação do desconto legal ou para realização de prova pericial contábil, pedindo ao final, independentemente da produção de prova pericial, o cancelamento da autuação. Sucessivamente, requer a redução das penalidades.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação do Recurso Voluntário.

VOTO

Visto, relatado e analisado o processo, passo a proferir o voto, por entender que se encontra apto para julgamento.

Inicialmente, embora a recorrente não tenha arguido expressamente preliminares ou prejudiciais de mérito, entendo que o pedido de baixa dos autos em diligência e/ou prova pericial deve ser logo apreciado, pois, o avanço ao mérito neste instante só se justificaria com o seu indeferimento.

A recorrente fundamenta seu pedido de diligência/prova pericial sob o argumento de que o autuante, ao lavrar o Auto de Infração, somente levou em conta a ausência de informação sobre o desconto legal nas notas fiscais, tendo esta se desincumbido de demonstrar exemplificativamente a prática do desconto.

Entretanto, no presente caso, a indicação no documento fiscal é condição imprescindível para fruição da redução prevista na legislação, conforme dispõe o inciso II, do § 1º, do art. 16 da Lei nº 7/014/96. Sendo assim, não há como ignorar que o meio de prova do seu cumprimento foi eleito pelo próprio legislador.

Consequentemente, cabia à recorrente comprovar suas alegações, trazendo aos autos os documentos necessários para demonstrar o cumprimento da legislação tributária, na forma do inciso IV do art. 8º c.c. § 5º do art. 123 do RPAF, de maneira que não cabe a realização de diligência para verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos (art. 147, I, alínea “b” do RPAF).

Também não cabe perícia fiscal quando a prova não depender de conhecimento especial de técnicos ou for desnecessária em razão de outras provas produzidas (art. 147, II, alíneas “a” e “b”, do RPAF), como as notas fiscais que acompanharam o auto de infração, neste caso.

Assim, por estes motivos e também por considerar que os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento, fica indeferido o pedido de diligência/perícia fiscal formulado pela recorrente.

Quanto ao mérito, entendo que não merece reparos a decisão da 4ª JJF.

Da análise dos autos é possível perceber que não há inovação em sede recursal quanto aos argumentos levantados na impugnação do Auto de Infração.

A recorrente insiste na pretensão de afastar a obrigação de informar em seus documentos fiscais a concessão do desconto como condição à utilização da redução de alíquotas para operações de

venda de mercadorias para microempresas e empresas de pequeno porte.

A Lei nº 7.014/96, no período fiscalizado, dispunha:

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 diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual, 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; (Redação vigente a partir de 22/03/2015)

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas “a” a “j” do inciso II; (Redação vigente até 22/03/2015)

[...]

§ 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. (Redação vigente a partir de 22/03/2015)

§ 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:

[...]

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. (Redação vigente até 22/03/2015) (g. n.)

De acordo com o referido dispositivo, em quaisquer das redações vigentes durante o período fiscalizado, o legislador estabeleceu que a redução da alíquota seria repassada ao adquirente na forma de desconto. Porém, também estabeleceu a condição de que este desconto deve constar de forma inequívoca no documento fiscal. E a recorrente em nenhum momento comprovou a realização do destaque do desconto nas notas fiscais, a fim de legitimar a aplicação da alíquota reduzida.

A recorrente limita-se a sugerir que o confronto dos valores de saída de alguns produtos, escolhidos por amostragem e referentes a notas fiscais autuadas, por meio de suas telas do sistema SAP, com outras operações realizadas com o mesmo produto, porém, sem a redução, permite a identificação do repasse do desconto, ou seja, o preço unitário de cada produto, nas saídas submetidas à alíquota de 7% teria sido menor do que aquele praticado no caso de saídas submetidas à alíquota de 17%. Aliás, em alguns casos, a diferença seria até superior ao percentual de 10,75269% que corresponde à redução efetiva permitida pela legislação, de modo a deixar claro o repasse do desconto.

Todavia, entendo que tais alegações são insuficientes para comprovar a legitimidade das operações com alíquota reduzida, pois, os exemplos trazidos pela recorrente somente permitem identificar a prática de diferentes preços finais para determinado produto, sem condições de afirmar, **de forma inequívoca**, que esta diferença decorre do repasse do desconto previsto na legislação ou de outros aspectos negociais concernentes à sua metodologia de formação de preços.

Perceba, por exemplo, que nas situações em que a recorrente afirma ter concedido desconto ainda maior do que o previsto para a hipótese de redução de alíquota, não especifica de maneira segregada o que compõe o percentual de desconto efetivamente concedido de modo a demonstrar que dentro daquele montante está o valor correspondente ao desconto em discussão. Assim, tais alegações são insuficientes para afastar a higidez da autuação uma vez que a condição prevista

na legislação não poderia ficar atrelada ao prévio conhecimento da Administração da sistemática de formação de preços das pessoas jurídicas beneficiárias.

As notas fiscais que acompanharam autuação, por sua vez, não possuem qualquer informação de aplicação do desconto especial para ME e EPP, nem trazem qualquer desconto destacado.

Cabe ressaltar que a conversão em diligência de outro feito, com matéria semelhante, para atender o quanto solicitado pela recorrente, não vincula esta Câmara, tampouco serve de prova em favor do sujeito passivo, posto que os Autos de Infração se referem a períodos distintos, com notas fiscais e produtos diferentes, bem como não há elementos nestes autos suficientes para indicar a necessidade de realização de diligência e/ou prova pericial.

Registre-se ainda que a matéria também já foi objeto de outras decisões desta Câmara, no mesmo sentido, inclusive contra a própria recorrente, dentre as quais destacamos o Acórdão CJF N° 0242-11/19, relatado pela Conselheira Laís de Carvalho Silva.

Ademais, não é possível ignorar que a declaração de inconstitucionalidade refoge à competência deste Conselho (art. 167, I do RPAF), logo, não nos cabe aqui afastar a aplicação da multa aplicada ao recorrente.

Consequentemente, não havendo comprovação de cumprimento da legislação tributária estadual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com a manutenção da exigência do crédito tributário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281508.0001/18-1, lavrado contra ARCELORMITTAL BRASIL S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$279.172,99, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS