

PROCESSO	- A. I. Nº 271148.0004/17-0
RECORRENTE	- COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0117-02/18
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 22/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0137-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA.

a) OPERAÇÃO SAÍDA INTERNA À EMPRESAS CADASTRADAS NA CONDIÇÃO NORMAL. Comprovada, em parte, a aplicação indevida da redução da base de cálculo nas operações de saída interna de mercadorias, já que não destinadas a empresa de pequeno porte, microempresa ou ambulante, conforme previsto na legislação do ICMS, à época. Infração elidida, em parte, após exclusão de destinatário habilitado. Razões recursais acolhidas. **b)** OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS DESTINADAS À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO. FALTA DE INDICAÇÃO NAS NOTAS FISCAIS DO REPASSE AOS ADQUIRENTES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte, é condicionada a que o estabelecimento vendedor repasse ao adquirente o valor correspondente da redução da carga tributária, devendo constar expressamente no respectivo documento fiscal, o que não ocorreu e, da análise dos documentos fiscais, **não** restou comprovado que foi concedido o repasse do aludido desconto, na forma prevista na legislação. Falta do requisito condição para fruição do benefício fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, através do Acórdão 0117-02/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$1.386.404,85, em razão da constatação de dez exações, sendo objeto recursal as infrações 5 e 6, a seguir descritas:

Infração 5 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$23.428,86, em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, destinadas para empresas na condição “Normal”, com alíquota de 7%, quando o correto seria 17%, nos meses de janeiro, março a julho, setembro a dezembro de 2013 e janeiro a março, maio e junho de 2014.

Infração 6 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$1.316.888,45, em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas sucessivas operações internas de saídas para microempresas, aplicando a alíquota de 7%, prevista no artigo 16, I, “c”, da Lei nº 7.014/96, sem o repasse sob forma de desconto, cláusula obrigatória para o benefício previsto no § 1º do citado artigo 16, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a outubro e dezembro de 2014.

A Decisão recorrida foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$1.379.814,58, após consignar que o sujeito passivo reconheceu e recolheu os valores relativos às infrações 1 a 4 e 7 a 10 e, no mérito, em relação às infrações 5 e 6, tecer as seguintes considerações:

VOTO

[...]

No mérito, as infrações 05 e 06 tratam do recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte fez uso inapropriado da alíquota de 7%, prevista no art. 16, inc. I, alínea “c” da Lei 7.014/96 (infração 05), cuja aplicação se restringe as 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 do citado artigo.

Em relação à infração 06, o sujeito passivo fez uso inapropriado à alíquota de 7%, previsto no inciso II do §1º do art. 16 da citada Lei na medida em que não repassou para o adquirente, o desconto na nota fiscal, equivalente ao benefício fiscal concedido.

Na defesa a Autuada alega que no levantamento que compõe a infração 05, foram incluídas empresas adquirentes de mercadorias que se emolduravam na regra do art. 16, inc. I, alínea “c” da Lei 7.014/96, ou seja, não eram empresas enquadradas na condição normal, portanto devem ser excluídas os respectivos valores a elas correspondentes. São as empresas: COMERCIAL ITALUIZA LTDA. (CNPJ Nº 00.857.017/0001-60); HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI – ME (CNPJ Nº 07.155.464/0001-16); MULTI CONSTRUÇÕES EIRELI – EPP (CNPJ Nº 11.862.351/0001-28) E TERRA FORTE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E AGRÍCOLA LTDA. – EPP (CNPJ Nº 13.681.748/0001-49).

O Autuante quando da informação fiscal, reconhece a procedência da defesa exclusivamente com referência a empresa COMERCIAL ITALUIZA LTDA. (CNPJ Nº 00.857.017/0001-60) promovendo a exclusão dos valores correspondentes a esta, reduzindo o valor da infração, que acolho.

Na manifestação (fls. 499 a 518) a Autuada reitera seus argumentos assinalando que a legislação vigente a época da ocorrência dos fatos geradores não exigia que o adquirente fosse optante pelo Simples Nacional, mas tão somente que estivesse enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Vejamos o texto legal vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

“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;” (Grifo nosso).

Redação da alínea “c”, do inciso I do caput do art. 16 pela Lei 7.357, de 04/11/98, DOE de 05/11/98, efeitos de 01/01/99 a 22/03/15.

Constato em consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte – INC, que as empresas citadas na defesa, efetivamente, à época da ocorrência dos fatos geradores, não se encontravam enquadradas na condição NORMAL.

Dessa forma, considerando a vigência da legislação conforme texto transcrito, acolho os argumentos, excluindo da infração 05 os valores correspondentes as empresas acima citadas inclusive a exclusão efetuada pelo Autuante. Dessa forma, a infração 05 reduz o valor cobrado de R\$23.428,86 para R\$16.838,99 conforme novo demonstrativo de débito.

[...]

A acusação fiscal que trata na infração 06 versa sobre o recolhimento a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em decorrência da falta de repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da alíquota de 17%, nas saídas internas para contribuintes inscritos na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

No que concerne ao mérito da infração 06, a Autuado na argumentação defensiva aduz que a exigência fiscal se reporta ao descumprimento da obrigação acessória de fazer constar na nota fiscal expressamente o benefício da adoção da alíquota de 7% em vez da alíquota de 17%, tese que fundamentou sua defesa e diz que teria repassado sob a forma de desconto, o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias.

Apresenta planilha com dados colhidos, por amostragem, acerca dos preços médios de produtos praticados sob a alíquota de 7% e de 17% afirmando que teria demonstrado a redução, nos preços médios 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.

Sobre a matéria, assim dispõe a legislação, no inciso II do §1º c/c alínea “c”, inciso I do art. 16 da Lei 7.014/96 vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

[...]

Conclui-se, portanto que o objetivo expresso na Lei é o repasse ao adquirente na forma de desconto do benefício fiscal que necessariamente deve constar no documento fiscal, o cálculo para fins de comprovação do benefício concedido.

É evidente que o cumprimento da exigência expressa no dispositivo acima não se materializa apenas na 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, restringindo a exigência regulamentar a uma simples obrigação acessória, como argumentou a defesa. 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 à efetiva diminuição da carga tributária nessas operações em exatos 10,75269%.

Para comprovar com certeza a ocorrência, ou não, do cumprimento da concessão do desconto há de se proceder à comparação entre os preços unitários dos produtos em idênticas condições de quantidade e data da venda, praticados pelo sujeito passivo nas operações com empresas normais e com microempresas e empresas de pequeno porte.

Não é bastante a indicação na nota fiscal de vendas a adoção da alíquota de 7% e a informação de que fora aplicado o desconto, visto que ao se reduzir a alíquota de 17% para 7% o contribuinte adquirente das mercadorias tem uma redução efetiva de imposto de R\$17,00 para R\$6,25, correspondendo a um desconto de R\$10,75 numa base de cálculo hipotética de R\$100,00 como veremos.

Na base de cálculo do ICMS está incluso o próprio imposto. Adotando uma venda hipotética com o preço de venda a R\$100,00 (base de cálculo do ICMS), equivale dizer que esta base cálculo é composta pelo custo de R\$83,00 e pelo imposto de R\$17,00. Para caracterizar o benefício, ora discutido, é indispensável a redução da alíquota de 17% para 7%, portanto, a base de cálculo passaria a R\$89,25, ou seja, R\$83,00 somado a R\$6,25 (7% sobre a base de cálculo de R\$89,25). Dessa forma a redução de alíquota para 7% equivale a um desconto de 10,75269% sobre a base de cálculo original.

Para caracterizar o cumprimento do que determina o dispositivo legal acima citado é imprescindível que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% do preço praticado pelo vendedor nas mesmas operações com empresas normais.

Dos documentos anexados pela defesa não há como comprovar o efetivo repasse do benefício fiscal às empresas adquirentes na forma descrita pela Lei, não ficou demonstrado que as diferenças de preço corresponderam ao repasse do benefício concedido às microempresas.

Ao examinar o Doc. 09, anexado aos autos às fls. 218 a 484, não constatei elementos que pudesse elidir a infração, visto que não existe nexo entre os dados apresentados e o que se pretende provar.

Tomo como exemplo, para não estender mais o meu voto, um dado do citado documento. Nas fls. 220 são demonstradas, para confrontação, duas notas fiscais: uma de venda de mercadorias a empresa na condição normal (alíquota de 17%) e outra para uma microempresa (alíquota de 7%) com o fito de demonstrar que a Autuada praticou preços unitários diferenciados e repassou o benefício da redução para a microempresa. Neste sentido foi escolhido um produto: CABO MACKCRIGIDO BFW 1x6,00 MM² VERDE 450/750V, constante nas notas fiscais eletrônicas: nº 1000012326 (venda para empresa Normal) e nº 10000121111 (venda para ME ou EPP) apontando uma diferença de preço unitário a favor da ME/EPP no percentual de 14,44%.

Analisando as citadas notas fiscais às fls. 222 e fls. 437, respectivamente, verifico que não existe nenhum produto coincidente discriminado nas duas NFE, tampouco, identifiquei os preços unitários citado na planilha. Ou seja, não podemos chegar a nenhuma conclusão probatória pretendida.

A atividade probatória tende à constituição ou desconstituição dos fatos, mediante convencimento do julgador e tem como objetivo convencer o destinatário sobre a verdade ou falsidade de um fato, o que se dá com o conhecimento dos elementos trazidos ao processo.

Volto a frisar que apenas a indicação no documento fiscal da concessão do desconto, na forma exigida pela Lei, é insuficiente para demonstrar que o valor do desconto foi repassado para o adquirente, consoante exige a legislação do ICMS.

Registro 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 e 3ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF Nº 0158-03/17.

Portanto fica mantida a infração 06.

Pelo exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.”

Irresignada com a Decisão de 1^a Instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 580 a 595 dos autos, onde alega que, em relação à infração 5, a despeito do acerto da decisão *a quo* no que tange a determinação da exclusão dos valores procedidos, equivocou-se o relator ao promover os cálculos do montante a ser excluído e, consequentemente, do saldo remanescente do débito nesta infração, eis que consignou uma redução do valor cobrado de R\$23.428,86 para R\$16.838,99, enquanto que o autuante, ao excluir as notas fiscais de uma só empresa (a Comercial Italuiza Ltda.), no levantamento anexado à sua informação fiscal, já havia apurado um saldo devedor de R\$12.152,99.

Diz que o referido equívoco decorreu de uma falha na elaboração do demonstrativo anexado ao Acórdão JJF que ao invés de apurar um saldo devedor de apenas R\$5.563,11, decorrente da exclusão das parcelas a seguir indicadas, por empresas devidamente enquadrada na condição de ME/EPP (Comercial Italuiza Ltda.; Hilário de Santana Moreira EIRELI – ME; Mult Construções EIRELI-EPP e Terra Forte Materiais de Construção e Agrícola Ltda. – EPP), chegou a um remanescente, de R\$16.838,99, maior, inclusive, do que aquele outrora apurado pelo autuante (R\$12.152,99), em que havia sido excluído o ICMS lançado nas operações realizadas com uma única empresa (a Comercial Italuiza Ltda.), com o total de ICMS a ser excluído de R\$17.895,44.

Concluiu que, tendo a JJF acolhido a redução do débito promovido pelo autuante, bem como tendo constatado que em relação às empresas citadas, restaram cumpridos os requisitos de microempresa ou empresa de pequeno porte e a inscrição dos destinatários no cadastro estadual, conforme exigido pela legislação vigente à época dos fatos geradores, confirmando, assim, a correção da aplicação da alíquota de 7% como destacado e recolhido, em relação a infração 5, impõe-se a reforma parcial do acórdão recorrido, apenas no que tange a redução do valor cobrado, que como demonstrado, foi de R\$23.428,86 para R\$5.563,11.

Quanto à exação 6, o recorrente alega que o fisco se limitou a verificar se o referido desconto constava expressamente nas notas fiscais de saída de mercadorias destinadas às microempresas. Porém, diz que o legislador objetivou fomentar a atividade industrial baiana através do aumento da capacidade de compra das microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, ao oportunizá-los adquirir junto aos estabelecimentos industriais produtos com preço reduzido.

Destaca que a aplicação da alíquota reduzida exige do estabelecimento industrial ou equiparado o cumprimento de duas obrigações: uma de caráter material e outra de natureza acessória, sendo a primeira no sentido de que a venda dos produtos seja efetuada por um preço menor do que o praticado normalmente, contemplando neste preço, a título de desconto, o valor equivalente ao benefício obtido pela tributação especial, na qual utiliza a alíquota de 7%, ao invés da de 17%. Já a segunda obrigação, de natureza acessória, foi instituída com o objeto de facilitar o controle do Estado em relação às referidas operações, se efetivando por meio da obrigatoriedade de fazer constar expressamente nos documentos fiscais de venda, a redução do preço concedida.

Diz ter aplicado a alíquota de 7% em tais operações e concedido o desconto, atendendo a obrigação de caráter material, mas, por equívoco procedural, não promoveu o expresso destaque do repasse do desconto no documento fiscal, fato que, todavia, não representa, em nenhuma hipótese, a conclusão de que o recorrente efetuou qualquer recolhimento a menor do imposto devido.

Ressalta que tal fato pode ser constatado a partir da análise comparativa entre as notas fiscais emitidas para as microempresas e àquelas emitidas para os demais clientes nas vendas dos condutores elétricos, do que apresenta planilha relacionando notas fiscais, produtos, com os valores unitários vinculados às operações destinadas às empresas na condição de normal e de beneficiada, de modo a evidenciar que, ao aplicar a alíquota de 7%, repassou, sob forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício decorrente da redução de alíquota, do que concluiu que a mera imprecisão ou falha no preenchimento da nota fiscal não inviabilizou o repasse do desconto e, consequentemente, o correto recolhimento do imposto,

tendo a fiscalização feito mera presunção da ausência de repasse do desconto às microempresas, em face do não cumprimento de uma obrigação de natureza meramente formal, cuja presunção pode ser seguramente afastada, como restou comprovada, razão de pugnar pela realização de diligência para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos.

Por fim, requer, em relação à infração 5, a reforma parcial do Acórdão recorrido, apenas quanto a redução do valor cobrado, que foi de R\$23.428,86 para R\$5.563,11 e, quanto à infração 6, a realização de diligência quanto ao repasse do desconto às ME/EPP decorrente da redução da alíquota do ICMS de 17% para 7%, conforme exigido na legislação estadual, e, ao final, julgar improcedente a exação.

Por decisão desta 1ª CJF o PAF foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF para intimar o sujeito passivo a apresentar as notas fiscais de saídas, nas quais se comprovem, por amostragem mensais, a diferenciação dos preços praticados entre as operações destinadas para contribuintes “normais” e às destinadas para contribuintes enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, cuja tributação diz ter ocorrido com redução da alíquota de 7%, em decorrência da concessão do desconto a essas empresas.

Às fls. 608 a 611 dos autos, consta Parecer ASTEC nº 0017/2020, no qual foram anexados diversos documentos fiscais, às fls. 623 a 846 dos autos, onde se concluiu que:

“Da análise comparativa entre as notas fiscais 8467 e 8739, observa-se que a operação de venda representou um abatimento médio de 10% em relação a cliente não enquadrado como EPP/ME, restando demonstrada a variação de preço praticado entre EPP/ME e clientes não enquadrados como EPP/ME.

Para as demais notas fiscais autuadas, o procedimento é idêntico e estão demonstrados nos demonstrativos de fls. 623/846.

Não foi elaborado demonstrativo de débito, por entender ser uma questão de mérito.

É a informação.”

Às fls. 850 a 853 dos autos, consta manifestação do sujeito passivo, na qual reitera suas alegações relativas à infração 5 e, quanto à infração 6, diz que a diligência confirmou o repasse às aludidas empresas do desconto decorrente da redução da alíquota do imposto, corroborando, portanto, toda a argumentação exposta no recurso. Assim, ratifica todos os termos da peça recursal.

Já às fls. 857 e 858 dos autos, preposto fiscal opina que a metodologia solicitada pelo relator não retrata a verdade dos fatos, do que defende que há meios de se confrontar todas as operações relacionadas e não simplesmente por amostragem, deixando a cargo do contribuinte a escolha das notas fiscais de saídas que lhe favoreçam para a comprovação.

Sugere que se segregue todas notas fiscais de saídas destinadas para contribuintes normais e, por código, calcule-se o preço médio mensal de venda das mercadorias. Em seguida, coteje esse preço médio mensal, praticado para contribuintes normais, com o preço praticado, no mesmo mês, com as operações relacionadas pelo autuante (saídas para ME e EPP), de forma a comparar o preço médio mensal de determinada mercadoria praticado para contribuintes “normais”, com o preço efetivo praticado para contribuintes ME e EPP, naquele mês.

Concluiu que, na forma realizada a diligência, facultou-se ao autuado selecionar o preço mais elevado praticado no mês para o contribuinte “normal” e comparar com as saídas relacionadas para contribuintes ME e EPP.

Na sessão de julgamento, ocorrida em 03 de maio de 2021, o Cons. José Roservaldo Evangelista Rios pediu vistas do Processo Administrativo Fiscal, como também foi dado ciência à advogada do recorrente sobre o conteúdo da informação fiscal, por preposto estranho ao feito, decorrente da ciência da diligência realizada pela ASTEC.

Posteriormente, o recorrente se manifesta, eletronicamente, aduzindo que carece de qualquer lastro empírico ou fundamento jurídico o juízo de valor emitido pelo Fiscal IFEP, tendo em vista que não foram apresentados, em sua manifestação, quaisquer elementos capazes de demonstrar

uma maior efetividade na metodologia sugerida se comparada com a implementada pela ASTEC, além do que inexiste qualquer disposição legal/normativa ou mesmo qualquer comando dessa CJF determinando a adoção da metodologia que seja considerado como critério comparativo a média de preços, ao invés daquele efetivamente praticado pela empresa e minunciosamente avaliado pela ASTEC.

Diz que o procedimento sugerido pelo Fiscal do IFEP afigura-se incoerente e nitidamente falho, pois, dentro de um próprio mês, um mesmo produto pode sofrer as mais variadas oscilações de mercado, em decorrência de flutuações de preços, condições especiais de compra/pagamento, sem falar que a recorrente sequer poderia conhecer a média de preços de um determinado mês antes mesmo do seu encerramento.

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

Sustenta que o novo critério sugerido pelo Fiscal, além de carecer de respaldo legal, acabaria por distorcer os resultados dos levantamentos, que muito se afastariam da verdade dos fatos; até porque como poderia a recorrente saber, no decorrer de terminado mês, qual o preço médio da venda dos produtos, se o mês ainda não terminou? Como poderia pautar-se nesse preço médio do mês, então desconhecido, para concessão de desconto às EPP/ME?

Assim, segundo a apelante, para efeitos de se cotejar o preço praticado nas vendas às EPP/ME, a fim de confirmar o repasse de desconto decorrente da redução da alíquota do ICMS, é preciso que se compare os preços de vendas para tais empresas com aquele praticado no mesmo período para as empresas “normais”, como brilhantemente procedeu o Fiscal estranho ao feito da ASTEC, eis que o método adotado, além de coerente, mostra-se confiável e plenamente compatível com a perseguida apuração dos fatos, na medida em que ao fazer o comparativo em notas fiscais emitidas em pelo menos dois meses de cada exercício autuado, considerando os preços praticados nas vendas destinadas a EPP/ME e os preços praticados com os seus demais clientes, permitiu a efetiva constatação de que o preço adotado para as microempresas foi menor do que aquele praticado nas demais vendas, representando um abatimento médio de 10% em relação a cliente não enquadrado como EPP/ME, confirmado, portanto, o repasse às aludidas empresas do desconto decorrente da redução da alíquota do imposto, de modo que carecem de qualquer juridicidade os argumentos aduzidos pelo Fiscal da IFEP em sua manifestação.

Em vista do quanto exposto, a recorrente ratifica em todos os seus termos sua peça recursal, na firme expectativa de que:

1. em relação à infração 5, haja o ajuste/reforma parcial do acórdão recorrido, apenas no que tange a redução do valor cobrado, que foi de R\$23.428,86 para R\$ R\$5.563,11; e
2. no que tange à infração 6, seja julgado IMPROCEDENTE o lançamento, haja vista que, conforme atestado pela diligência da ASTEC, restou comprovado o abatimento médio de 10% e consequente repasse do desconto às ME/EPP decorrente da redução da alíquota do ICMS de 17% para 7%, conforme exigido pela legislação estadual de regência.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a instância, ocorrida através do Acórdão JJF nº 0117-02/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, cujas alegações recursais, relativas às exações 5 e 6, passo a analisá-las.

Em relação à infração 5, pela qual se exige o ICMS no valor de R\$23.428,86 em razão de aplicação da alíquota de 7%, em vez de 17%, nas saídas de mercadorias destinadas para empresas na

condição “Normal” - como se fossem ME, EPP ou ambulantes -, nos meses de janeiro, março a julho, setembro a dezembro de 2013 e janeiro a março, maio e junho de 2014, alega o sujeito passivo, quando da sua impugnação ao Auto de Infração, que as empresas: Comercial Italuiza Ltda; Hilário de Santana Moreira EIRELI – ME; Mult Construções EIRELI-EPP e Terra Forte Materiais de Construção e Agrícola Ltda. – EPP, à época dos fatos, efetivamente, se encontravam enquadradas na condição exigida, fato este reconhecido pelo autuante, quando da informação fiscal, que apresentou novo demonstrativo (fls. 492/493) no valor remanescente de R\$12.152,99.

Diante de tais considerações, o recorrente concluiu que, tendo a JJF acolhido a redução do débito promovido pelo autuante, bem como tendo constatado que em relação às empresas citadas, restaram cumpridos os requisitos de microempresa ou empresa de pequeno porte e a inscrição dos destinatários no cadastro estadual, conforme exigido pela legislação vigente à época dos fatos geradores, confirmando, assim, a correção da aplicação da alíquota de 7% como destacado e recolhido, em relação a infração 5, impõe-se a reforma parcial do acórdão recorrido, apenas no que tange a redução do valor cobrado, que como demonstrado, foi de R\$23.428,86 para R\$5.563,11, não sendo pertinente o valor de R\$16.838,99, maior, inclusive, do que aquele apurado pelo autuante.

Da análise das razões recursais se faz necessária uma retrospectiva da infração a partir da sua constituição e, neste sentido, observa-se que a mesma compõe de operações de vendas para sete destinatários, dentre os quais quatro tiveram contestada sua condição de “normal”, atribuída pelo autuante, conforme já relatado, tendo o preposto fiscal, na informação fiscal, reconhecido que:

1. A autuada tem razão no que diz respeito à empresa Italuiza, CNPJ nº 00.857.017/0001-60, por ter sido desenquadrada do Simples Nacional em 31/12/2014, logo, após os exercícios fiscalizados de 2013 e 2014, devendo ter suas operações excluídas do levantamento fiscal;
2. Quanto aos demais destinatários, o autuante refez o levantamento fiscal adequando a exigência a partir das operações ocorridas após às datas do desenquadramento dos destinatários do Simples Nacional, conforme documentos e demonstrativo às fls. 487 a 492 dos autos.

Por sua vez, a Decisão recorrida, relativa à infração 5, consigna que as empresas citadas na defesa, efetivamente, à época da ocorrência dos fatos geradores, não se encontravam enquadradas na condição “NORMAL”, e considerando a vigência da legislação, a qual previa: “destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual”, a JJF acolheu os argumentos da defesa e excluiu os valores correspondentes, inclusive os efetuados pelos autuantes. Assim, neste contexto, não se explica a razão do agravamento do valor remanescente apurado pelo autuante de R\$12.152,99 para R\$16.838,99, objeto da irresignação recursal.

Considerando que os destinatários: Hilário Santana Moreira EIRELI – ME (CNPJ nº 07.155.464/0001-16); Mult Construções EIRELI-EPP (CNPJ nº 11.862.351/0001-28) e Terra Forte Materiais de Construção e Agrícola Ltda. – EPP (CNPJ nº 13.681.748/0001-49), constam dos valores remanescentes apurados pelo autuante de R\$12.152,99, como também que, à época dos fatos, os citados destinatários não se encontravam enquadrados na condição “NORMAL”, como consignado na Decisão recorrida e comprovado às fls. 164 a 166 dos autos, preenchendo assim os requisitos previstos no art. 16, I, “c”, da Lei nº 7.014/96, conforme redação vigente à época dos fatos, deve-se excluir as correspondentes quantias exigidas destes destinatários, ínsitas no levantamento fiscal de fls. 491 e 492 dos autos, o que resulta no valor de R\$5.563,12, conforme demonstrativo a seguir:

PERÍODO	ICMS EXIGIDO	ICMS A	ICMS DEVIDO	OBS.
MENSAL	FLS. 491/492	EXCLUIR	CJF	DESTINATÁRIO
31/01/13	3.364,05	-	3.364,05	
31/03/13	384,43	-	384,43	
30/04/13	792,14	-	792,14	
30/11/13	225,70	225,70	-	MULT (EPP)
31/12/13	661,43	661,43	-	HILÁRIO (ME)

31/01/14	1.077,43	596,72	480,71	HILÁRIO (ME)
28/02/14	1.693,23	1.151,44	541,79	HILÁRIO (ME)
31/03/14	616,82	616,82	-	HILÁRIO (ME)
31/05/14	1.969,30	1.969,30	-	HILÁRIO (ME) / TERRA FORTE(EPP)
30/06/14	1.368,46	1.368,46	-	HILÁRIO (ME)
TOTAIS:	12.152,99	6.589,87	5.563,12	-

Do exposto, sou pelo Provimento do Recurso Voluntário, quanto à infração 5, para reduzi-la ao valor de R\$5.563,12.

Inerente à infração 6, pela qual se exige o ICMS no valor de R\$1.316.888,45 em razão de aplicação da alíquota de 7% nas operações internas de saídas para microempresas, sem o repasse sob forma de desconto, como previsto no art. 16, I, “c”, e § 1º da Lei nº 7.014/96, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro a outubro e dezembro de 2014, o recorrente alega ter aplicado a alíquota de 7% em tais operações e concedido o desconto, atendendo a obrigação de caráter material, mas, por equívoco procedural, não promoveu o expresso destaque do repasse do desconto no documento fiscal, fato que, segundo o apelante, não representa, em nenhuma hipótese, a conclusão de que efetuou qualquer recolhimento a menor do imposto, do que apresenta exemplos de operações e requer diligência.

Como bem pontuou o recorrente em sua peça recursal, dentro de um próprio mês, um mesmo produto pode sofrer as mais variadas oscilações de preços, em decorrência de condições de compra, pagamento, das particularidades das negociações com clientes que compram uma gama variada e representativa de produtos, que ofertam formas de pagamento mais vantajosas e, naturalmente, com descontos diferenciado, além das próprias flutuações de mercado, diante da dinâmica da oferta e da procura, cotação do dólar, etc., cujo notório panorama negocial fez o legislador prever que o desconto deva constar no documento fiscal.

Sendo assim, o próprio contribuinte admite a dificuldade de se comprovar tal evento de repasse ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, razão da obrigatoriedade de tal redução constar, expressamente, no respectivo documento fiscal, como previsto, à época, no § 1º, II, do art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a princípio, tal indicação no documento fiscal é condição imprescindível para fruição da redução prevista na legislação, em que pese, uma vez *indubitavelmente* comprovado o efetivo desconto, não há de se penalizar o contribuinte com a exigência do imposto, mas, sim, com uma multa por descumprimento de obrigação acessória.

Saliente-se que, no caso de inconsistência da comprovação com oscilações entre o efetivo desconto, restará provada a favor do fisco a falta do requisito ou da condição para fruição do benefício fiscal, eis que, repise-se, o legislador estabeleceu a condição de que este desconto deve constar de forma inequívoca no documento fiscal e não se comprovou o *modus operandi* do contribuinte.

No caso concreto, em decorrência dos exemplos trazidos pelo sujeito passivo de que havia repassado o desconto aos adquirentes, o processo foi convertido em diligência para a devida análise, por amostragem, e, caso *indubitavelmente*, ficasse comprovado o alegado, caracterizaria apenas o descumprimento da obrigação acessória de não consignar o referido desconto no documento.

Válido registrar que o recorrente foi cientificado do resultado da diligência se manifestando favorável, por entender que a diligência confirmou o repasse às aludidas empresas do desconto decorrente da redução da alíquota do imposto, corroborando, portanto, toda a argumentação exposta no recurso. Já o preposto fiscal estranho se insurgiu à metodologia aplicada, opinando pela metodologia de comparar o preço médio mensal de determinada mercadoria praticado para contribuintes “normais”, com o preço efetivo praticado para contribuintes ME e EPP, naquele mês.

Válido ainda consignar que, em que pese também a ciência à advogada do recorrente sobre o

conteúdo da informação fiscal realizada pelo preposto estranho ao feito, decorrente da diligência da ASTEC, em tese, desnecessária tal ciência eis que o proposto pelo estranho ao feito sequer foi praticado ou usado como parâmetro para o deslinde da lide, razão de não se tornar necessária tal “ciência” ao sujeito passivo, sob pena de se tornar infundável o processo administrativo fiscal.

Portanto, inexistiu qualquer prejuízo ao contraditório, sendo inoperante tais razões recursais acerca do método sugerido pelo preposto fiscal, visto que, repise-se, para o deslinde da lide prevaleceu a análise às provas documentais anexas à própria diligência, conforme veremos.

Entretanto, apesar do diligente afirmar através da comparação entre as notas fiscais 8467 e 8739 que a operação de venda representou um abatimento médio de 10% em relação a cliente não enquadrado como EPP/ME, restando demonstrada a variação de preço praticado entre EPP/ME e clientes na condição cadastral de “normal”, coube-me analisar algumas das diversas notas fiscais, anexadas aos autos às fls. 623 a 846 dos autos, no sentido de comprovar, *indubitavelmente*, a consistência da conduta do contribuinte no que diz respeito ao repasse do desconto ao adquirente, restando comprovado que a conclusão da diligência de que “*a operação de venda representou um abatimento médio de 10%*” vai de encontro às provas documentais anexas à própria diligência, às fls. 623 a 846 dos autos, conforme a seguir relatado:

Do cotejo entre as Notas Fiscais de nº 8382 (fls. 631/633), emitida em 03/01/13 contra Reilux Comércio de Materiais de Construção Ltda. (Normal), e a de nº 8420 (fls. 629/630), emitida em 04/01/13 contra CMOS Comércio de Materiais de Construção Ltda. (Simples Nacional), verifica-se que os percentuais são além do que deveria se comprovar (10,75269%) e que não há como depurar a motivação *extra*:

Conta Corrente NF 8382		ME / EPP/ Ambulante NF 8420		Dif.	%
Cód. Prod.	Vlr. Um.	Cód. Prod.	Vlr. Um.	Vlr. Um.	Desc.
37.000.107	0,4017	37.000.107	0,3550	0,0467	11,625591
40.000.000	0,6293	40.000.000	0,5479	0,0814	12,935007
41.000.107	1,0457	41.000.107	0,9098	0,1359	12,996079
64.000.000	0,6293	64.000.000	0,5479	0,0814	12,935007
65.000.000	0,6293	65.000.000	0,5479	0,0814	12,935007
78.000.000	0,6293	78.000.000	0,5479	0,0814	12,935007

Já a comparação entre as Notas Fiscais de nº 8927 (fls. 641), emitida em 13/02/13 contra Comapel Com. Ind. e Agricultura Ltda. (Normal), e a de nº 8868 (fls. 642/643), emitida em 05/02/13 contra H N Comércio de Materiais Elétricos Ltda. - ME (Simples Nacional), verifica-se que os percentuais são aquém do desejado de 10,75269%, o que também depõe contra as razões recursais:

Conta Corrente NF 8927		ME / EPP/ Ambulante NF 8868		Dif.	%
Cód. Prod.	Vlr. Um.	Cód. Prod.	Vlr. Um.	Vlr. Um.	Desc.
50.000.000	3,013	50.000.000	2,7391	0,2739	9,0906074
117.000.000	3,013	117.000.000	2,7391	0,2739	9,0906074
130.000.000	4,933	130.000.000	4,4845	0,4485	9,0918305

Para piorar a situação, do confronto entre as Notas Fiscais de nº 9128 (fls. 645/646), emitida em 13/03/13 contra Mapron Materiais p/ Construção Ltda. (Normal), e a de nº 9080 (fls. 647/648), emitida em 04/03/13 contra Ipirá Materiais Elétricos Ltda. - EPP, verifica-se que os percentuais são bem aquém do desejado de 10,75269%, o que desqualifica as razões recursais:

Conta Corrente NF 9128		ME / EPP/ Ambulante NF 9080		Dif.	%
Cód. Prod.	Vlr. Um.	Cód. Prod.	Vlr. Um.	Vlr. Um.	Desc.
40.000.000	0,5949	40.000.000	0,5778	0,0171	2,8744327
41.000.000	0,9897	41.000.000	0,9602	0,0295	2,9807012
66.000.000	0,9897	66.000.000	0,9602	0,0295	2,9807012
780.000.000	0,6293	780.000.000	0,5479	0,0814	12,935007
78.000.000	0,5949	78.000.000	0,5778	0,0171	2,8744327

Pior o comparativo entre as notas fiscais de nº 18825 (fls. 838), emitida em 26/11/14 contra Mapron Materiais p/ Construção Ltda. (Normal), e a de nº 18876 (fls. 836/837), emitida em 24/11/14 contra

Reginaldo Alves da Silva - ME, onde verifica-se preços unitários praticados nas operações com a microempresa maiores do que os aplicados para o contribuinte normal superiores entre 10% e 14%, o que demonstra que o contribuinte não cumpriu o aludido repasse do desconto, pois, sequer houve qualquer desconto, mas, sim, preços majorados, em que pese a aplicação da alíquota de 7%:

Conta Corrente NF 18825		ME / EPP/ Ambulante NF 18776		Dif.	%
Cód. Prod.	Vlr. Um.	Cód. Prod.	Vlr. Um.	Vlr. Um.	Desc.
3.565	33,25	3.565	36,6700	-3,4200	-10,285714
4.307	126,76	4.307	144,45	-17,6900	-13,955506

Diante de tais considerações, não restou *indubitavelmente* comprovado o efetivo desconto nas operações de vendas internas do recorrente para as microempresas, como alega o recorrente, do que, para corroborar com tal conclusão, peço *venia* para transcrever decisão, por unanimidade, ocorrida em 18 de fevereiro de 2021, desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, relativo à mesma matéria, inerente ao Auto de Infração nº 281508.0001/18-1, de relatoria do ilustre Cons. Anderson Italo Pereira, nos termos a seguir:

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.

Diante de tais considerações, mantenho a Decisão recorrida, quanto à infração 6.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida apenas quanto à infração 5, para reduzi-la ao valor de R\$5.563,12.

VOTO DIVERGENTE

É princípio constitucional o tratamento diferenciado que deve ser dado aos contribuintes enquadrados na condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e, neste rastro, as legislações seguintes, em atendimento a este princípio, estabelecem-no em seus atos normativos.

Diferente não foi com o Estado da Bahia, que recepcionando o ditame constitucional, assim como o determinado na Lei Complementar 123 (Simples Nacional) destacou e determinou que o referido princípio fosse realmente aplicado, indo mais além, ao analisar o princípio da Lei de Mercado, determinou a ampliação dos benefícios àqueles contribuintes industriais de forma a alavancar seu parque industrial.

Como se vê, o objetivo do legislador foi promover o tratamento diferenciado às empresas enquadradas como Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, reduzindo os custos dos produtos que as mesmas comercializam, e, considerando que, em especial, as empresas enquadradas no Simples Nacional não absorvem créditos fiscais do ICMS, desproporcional seria a concorrência entre as indústrias sediadas neste Estado e aquelas sediadas em outros Estados.

As empresas industriais locais, sem a absorção desta extensão de benefícios, efetivariam fornecimentos aos contribuintes objeto da presente análise, sob a alíquota de 17%, quando as mesmas poderiam efetuar suas aquisições fora do Estado, sob as alíquotas de 7% ou 12%, determinando assim a impossibilidade de concorrência por parte das locais, repercutindo no mercado de trabalho pela não geração de empregos e renda.

Reconhece o nobre relator a ocorrência da concessão do desconto, por volta de 10% sobre parte das vendas efetuadas pela Recorrente, não acatando a generalidade ao confrontar vendas efetuadas à empresa Maprom Materiais p/ Construção Ltda., reconhecida como empresa, dentro do mercado, de grande porte no ramo a que se dedica, com pequenas empresas, que jamais teriam a mesma “condição de compra”, aliás, o que se confirma ao comparar as notas fiscais elencadas pelo ilustre relator.

Assim é que, comparando-se as Notas Fiscais nº 18825, emitidas contra a Maprom e a nº 18776, emitida contra Reginaldo Alves da Silva – ME, temos que a primeira tem o valor de R\$9.013,31, e a segunda, R\$1.385,00.

Da mesma forma os demais exemplos citados pelo ilustre relator, sempre utilizando a mesma empresa, Maprom, com microempresas ou empresas de pequeno porte, denota-se a disparidade de condições de compra entre elas, pois as microempresas citadas logicamente não têm poder de concorrência e competitividade.

Ao se analisar a política de mercado, considerando-se a logística e o atendimento aos clientes, impossível não se analisar os custos de vendas com diferenças significativas de preços, que refletem quando se efetua vendas em pequenas quantidades, em confronto com outras em grandes quantidades, logicamente, nos preços de comercialização.

Estriba-se o nobre relator no descumprimento de uma obrigação acessória determinada pela legislação, como abaixo se referência:

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:

[...]

H - 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*)

Analizando a prática exercida pela Recorrente que diz ter aplicado a alíquota de 7% em tais operações e concedido o desconto, atendendo a obrigação de caráter material, mas, por equívoco procedural, não promoveu o expresso destaque do repasse do desconto no documento fiscal, entendo que tal fato, todavia, não representa, em nenhuma hipótese, a conclusão de que o recorrente efetuou qualquer recolhimento a menor do imposto devido.

A prática da concessão do desconto previsto na legislação ficou comprovada no parecer da ASTEC, ao cumprir diligência que lhe foi solicitada, quando assim concluiu:

"Da análise comparativa entre as notas fiscais 8467 e 8739, observa-se que a operação de venda representou um abatimento médio de 10% em relação a cliente não enquadrado como EPP/ME, restando demonstrada a variação de preço praticado entre EPP/ME e clientes não enquadrados como EPP/ME.

Para as demais notas fiscais autuadas, o procedimento é idêntico e estão demonstrados nos demonstrativos de fls, 623/846.

Não foi elaborado demonstrativo de débito, por entender ser uma questão de mérito.

É a informação."

É de se salientar que a política de preços, em se tratando de fornecedores industriais ou de grandes distribuidores, é formulada segundo a capacidade de compra dos seus clientes, a sua capilaridade no mercado em atendimentos a consumidores finais, à logística de distribuição e fatores outros determinam a variação de preços em conformidade com a condição de cada um.

Assim não se pode, estanqueamente, comparar preços praticados dos mesmos produtos quando fornecidos para clientes em situações totalmente diferentes, que é o raciocínio do ilustre relator, com o que não comungo.

A citação feita pelo ilustre relator no voto do ilustre Conselheiro Anderson Ítalo Pereira, em nada reforça seu posicionamento em face de o mesmo não analisar a questão sob os dois pontos que são exigidos pela legislação, o cumprimento do aspecto material, cumprido pela Recorrente, e o cumprimento de uma obrigação acessória, esta sim descumprida sobre a qual não se posicionou o ilustre relator.

Em se tratando da Infração 05, nenhum reparo ao quanto decidido pelo ilustre relator.

Considerando que a análise de procedimentos empresariais não pode se restringir à mera interpretação de fatos diferentes, como iguais fossem, convicto que a Recorrente cumpriu com o que determina o princípio constitucional de “tratamento diferenciado” para micro e pequenas empresas, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário no que diz respeito à Infração 06, julgando-a IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271148.0004/17-0**, lavrado contra **COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.365.458,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.357.640,95 e 100% sobre R\$7.817,80, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$3.080,36**, prevista no incisos IX da mesma Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral Oliveira, Laís de Carvalho Silva e Anderson Ítalo Pereira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): José Roservaldo Evangelista Rios.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - VOTO DIVERGENTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS