

PROCESSO - A. I. Nº 1085290005/17-0
RECORRENTE - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0062-05/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0180-11/21-VD

EMENTA: ICMS. VENDAS PARA OPTANTES DO “SIMPLES NACIONAL”. DESCONTO NÃO CONCEDIDO NO DOCUMENTO FISCAL. INAPLICABILIDADE DA ALÍQUOTA DE 7%. Este Conselho de Fazenda prima pela verdade material, em detrimento da verdade formal, e isto significa que mesmo uma empresa tendo efetivamente descontado, mas os preços revelem que foram aumentados de forma a se conceder um desconto que configura mero disfarce ao cumprimento de um benefício fiscal, o Fisco fará o lançamento, e a *contrário sensu*, não o fazendo, mas se comprovando que os preços denotam o desconto repassado, há de se acolher o procedimento do contribuinte como mero descumprimento de obrigação acessória; tendo em vista que o Recorrente não comprovou e nem sequer trouxe indícios de que pratica preços realmente diferenciados para as microempresas, acompanho a decisão de primeira instância e mantenho a decisão recorrida. Negado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 5ª JJF Nº 0062-05/20-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 21/09/2017, no valor histórico de R\$352.268,68 pelo recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, acrescido da multa de 60%.

Após a impugnação inicial e da informação fiscal prestada pelo autuante e da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de intempestividade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória possui substabelecimento nos autos, devidamente autorizado, conforme se vê dos instrumentos de fls. 36 a 39.

Identificado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

A presente exigência atinge recolhimento a menor de imposto, haja vista a aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de regência. Significa dizer que a fiscalização entendeu ser adotável a alíquota de 17%, usada para as operações internas, ao passo que a empresa usou a alíquota de 7%, pelo fato de destinar mercadorias para empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes.

Em primeiro lugar, indefere-se o pedido de realização de prova pericial. Não há motivos para se autorizar a

produção de prova técnica, por ser a questão facilmente aferível pelo contribuinte, ao compulsar as escriturações que ele próprio se encarregou de fazer.

Assim, não se vê a presença dos requisitos previstos no art. 123, § 3º, c/c o art. 145, ambos do RPAF-BA. Inexiste complexidade de matéria que justifique a medida, muito menos evidência de erros que requeiram um exame técnico e aprofundado dos dados.

A autuação é extraída da Escrituração Fiscal Digital (EFD) da empresa, precisamente os dados assinalados nas notas fiscais por ele emitidas e as informações nelas contidas. Uma simples conferência poderia dirimir eventuais questionamentos.

Este pormenor será novamente explorado quando do exame do mérito propriamente dito.

Desde o auto de infração, os levantamentos foram apresentados ao contribuinte.

Com a revisão fiscal efetivada para reduzir a base de cálculo aplicável para os produtos cujas NCMs são previstas no Conv. ICMS 33/96, indicadas às fls. 30 e 31, as planilhas da fiscalização apontam detalhadamente as razões pelas quais se deu a postulação fiscal.

Neles se vê indicação, item a item, do número da NF, data de expedição, chave de acesso, código do item, NCM, descrição do item, CFOP, valor do item, desconto, valor líquido do item, IPI, despesas acessórias, base de cálculo informada, alíquota informada, ICMS informado, base de cálculo auditada, redução da base considerada, base reduzida, alíquota auditada, imposto auditado e diferença devida, ora cobrada neste PAF.

Sobre estas planilhas, não obstante todas estas informações, a autuada foi inespecífica.

Logo, o lançamento de ofício estava perfeitamente delineado e devidamente acompanhado dos elementos instrutórios que lhe dão substância.

Após a impugnação ao lançamento e estabelecimento dos contornos da lide, evidenciou-se que a matéria controversa estava adstrita ao fato da autuada não ter mencionado expressamente o desconto e repasse da redução da base de cálculo para seus clientes, designadamente aqueles contemplados no art. 16 da Lei 7.014/96, de pouca expressão contributiva.

Isto porque, já nas informações fiscais, o fisco procedeu à redução prevista no art. 266 regulamentar, lembrado pelo dependente às fls. 30 e 31. Logo, diminuiu-se a cobrança para R\$323.456,06. Sobre tal redução, todavia, a defesa foi genérica em sua réplica, limitando-se a dizer que a minoração foi pequena, mas sem demonstrar nenhum documento fiscal que tivesse sido excluído da revisão.

Ou, noutros termos: não há impugnação específica e detalhada sobre os cálculos minorados pela fiscalização, limitando-se apenas a dizer que houve “pequena minoração no valor original da autuação”, conforme se vê à fl. 114.

Assim, remanesceu como controversa a circunstância do sujeito passivo não mencionar expressamente nas notas fiscais, que a redução da base impositiva refletia como desconto e repasse no preço menor praticado junto ao cliente.

*Data maxima venia, não se pode admitir aqui um levantamento amostral para efetuar um comparativo de preço. O trabalho de precificação passa por diversas variantes, difíceis de atestar depois da venda realizada e da emissão da nota fiscal – com a referência expressa ao desconto e consequente redução. Volume de compras, tempo como cliente, margem de lucro perseguida, tipo de cliente, sua localização, fatores logísticos, pontualidade e nível de adimplência, forma de pagamento, estes são alguns dentre muitos fatores que impedem proporcionar com segurança uma amostragem da diferença de preços em função do desconto concedido, **por força da carga tributária minorada.***

*Ainda assim, num plano total das operações realizadas em cada período, poderia o contribuinte desincumbir-se desta tarefa, haja vista ter contado com **mais de vinte e quatro meses** para fazê-lo, se contado o tempo decorrido entre a ciência da autuação e o ingresso deste PAF neste Conselho.*

Houve tempo mais que suficiente para a dependente apresentar as contraprovas necessárias ao estabelecimento do contraditório, com vistas a identificar eventuais inconsistências remanescentes dos levantamentos fiscais, detectadas após o reconhecimento pela fiscalização.

Por diversas vezes teve o contribuinte a oportunidade de apresentar os elementos que verdadeiramente contrastassem com as quantias cobradas pelo Estado. Foram algumas petições atravessadas, inclusive com pedido de dilação de prazo para apresentação dos números, deferido pela unidade fazendária de origem.

Disponha inclusive a empresa de profissional gabaritado para fazê-lo, indicado até à fl. 33 como assistente técnico hábil para fazer as verificações escriturais necessárias.

Em vez disto, optou a contestante em referenciar apenas duas notas fiscais, as de nºs 87608 e 88311, as quais, apensadas na mídia de fl. 129, efetivamente acusam a menção ao desconto e destarte devem ser excluídas do

levantamento fiscal revisado, pelos seguintes montantes:

NF	DATA	CLIENTE	A RETIRAR
87608	11.02.2015	AÇO TELA COMERCIAL SERV LTDA ME	176,95
88311	05.3.2015	MCX COM DE ALIMENTOS LTDA ME	44,82
88311			244,55
88311			<u>409,82</u>
Total			876,14

Aliás, esta tarefa poderia ser facilmente executada pelo contribuinte, principalmente, repita-se, dado o longo tempo entre a autuação e esta sessão de julgamento: em face das facilidades tecnológicas, o volume de operações afetadas pela cobrança não é tão grande assim: vê-se da planilha apensada na mídia de fl. 102, que são menos de 1500 notas fiscais, todas com suas respectivas chaves de acesso, que sem maiores delongas, apenas exigiam a verificação de haver ou não a menção expressa ao desconto no campo “informações complementares”. Somente isso.

Tivesse outros casos em situação semelhante aos documentos fiscais atrás referidos, e deveria o sujeito passivo apresentá-los perante este Conselho.

Daí não haver a complexidade alegada da matéria e volume de operações que justificassem a dilação pericial perseguida, conforme foi indeferido.

Em verdade, após a revisão fiscal feita pela fiscalização, a defendente não fez nenhum contraponto probatório consistente, salvo a indicação de duas notas fiscais que serão excluídas da exigência fiscal. Nenhum levantamento, comparativo, demonstrativo, planilha ou esforço numérico que verdadeiramente fossem considerados pertinentes.

Nada disto foi feito durante todo o desenrolar do processo, apesar de poder fazê-lo em inúmeras oportunidades.

A situação ora presenciada, amolda-se às hipóteses previstas no art. 140 do RPAF-BA, verbis:

“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Não bastasse isso, recorde-se que a todo o tempo dispunha a autuada de elementos comprobatórios para desconstruir a autuação. Sem embargo, nada foi feito neste particular, omissão que acaba corroborando os dados trazidos pela fiscalização, após as retificações já realizadas, consoante estatui o art. 142 do mesmo diploma citado:

“A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

É preciso consignar, que não obstante a informalidade norteadora do processo administrativo tributário, deve o julgador intuir que as provas acessíveis ao contribuinte, porque imanescentes ao seu domínio e facilmente extraíveis de sua escrita fiscal, hão de ser levantadas e apresentadas para exame quando da oposição da sua defesa, a ser ofertada até sessenta dias após tomar ciência do lançamento de ofício, tempo suficiente para que todos os elementos fossem catalogados e exibidos. Quanto mais no caso sob exame, em que foram meses de inação. Ainda mais quando se trata de lançamento de **infração única**, o que facilita sobremaneira o trabalho de levantamento probatório do estabelecimento autuado.

Agir de modo diferente, implica em secundarizar o contraditório e a celeridade processual, de modo que a quantia apontada pós pronunciamento fiscal, não contou com a oposição probatória adequada.

Afino-me com o entendimento do seguinte julgado, exarado recentemente:

“A. I. Nº - 269194.0002/18-6

AUTUADO - ETERNIT S. A.

AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOSA CARVALHO

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0209-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Acusação respaldada em laudo técnico apresentado pelo próprio sujeito passivo. Glosa do crédito fiscal relativo a energia elétrica consumida fora da área de produção. **Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) PRÁTICA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Falta de comprovação de retorno de mercadorias remetidas para conserto com suspensão temporária da tributação. **Infração subsistente. b) DIFAL. CFOPs determinadas pelo próprio sujeito passivo para operações confirmam o destino das aquisições para o ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Infração**

*subsistente. 3. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES PARA FUNCIONÁRIOS. FALTA DE PAGAMENTO. A legislação tributária estadual estabelece que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é diferido e se encerra na entrada do estabelecimento do adquirente. Ausência de previsão para exclusão da exigência quando se tratar de aquisições em empresas inscritas no regime do Simples Nacional. Descabimento de abatimento do imposto devido do alegado imposto pago pelo fornecedor inscrito no Simples Nacional. Infração subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. a) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação se encontram inseridas no rol da substituição tributária. Infrações subsistentes. Não acolhidas as arguições de nulidade. Penalidade aplicada encontra amparo na legislação tributária em vigor. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime”.*

No particular, cabe ainda a reprodução do seguinte trecho do voto:

“Assim, considerando as provas da acusação constituída nos autos, cujos dados decorrem da escrituração fiscal que o contribuinte informou ao fisco como fiel retrato da sua movimentação empresarial com repercussão tributária e que o Impugnante oportunamente não apresentou elementos de provas suficientes para ilidir a acusação fiscal no todo ou em parte, tenho a infração como subsistente”.

Portanto, a falta de referência expressa nas notas fiscais do desconto, redução de preço e consequente repasse ao cliente, constitui requisito condicionante legal essencial à admissão da alíquota reduzida, como afiança textualmente o próprio contribuinte à fl. 127.

Neste aspecto inexistente discussão, pois é taxativo o art. 16, § 1º da Lei 7.014/96, nos teores aplicáveis ao presente lançamento:

Até 22.3.2015:

“§ 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:

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

*II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior **obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto,** o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% (sete por cento) em vez da de 17% (dezessete por cento), devendo a redução constar, **expressamente, no respectivo documento fiscal.**”*

A partir de 23.3.2015:

*§ 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.***

Tem-se como certo que, tanto numa como noutra redação, teria a autuada, para fazer jus ao benefício, fazer referência expressa no corpo do documento fiscal do repasse da redução tributária para seu cliente, via desconto no preço. A falta da indicação explícita por parte do fornecedor autuado, faz retirar dele o direito à adoção do incentivo, pois o fisco não terá a certeza de que a vantagem foi transferida para quem necessariamente se destina a carga tributária minorada – as empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes.

Tanto assim é, que a própria defendente referencia duas Notas Fiscais que foram emitidas em fevereiro e março de 2015, anteriores a 23.3.2015, antes da edição da Lei 13.207/14.

Utilizam-se aqui as próprias palavras da defendente, lançadas à fl. 29: “O foco da benesse fiscal são os destinatários das mercadorias, com indicação do desconto no respectivo documento fiscal, conforme indicado na norma de referência” (grifos da transcrição).

No que toca à alegação de inconstitucionalidade da multa, falece competência a este Colegiado examinar se o dispositivo de lei estadual está de acordo ou não com a Constituição Federal em vigor. Há vedação expressa no art. 167, I do RPAF-BA.

Sanção mantida no percentual de 60% proposto.

*Destarte, considero o auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**, equivalente a R\$322.579,92, levando em conta a revisão fiscal procedida pelo autuante, e a exclusão dos valores cobrados em função das NFs 87608 e 88311.*

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário fls. (240/269), visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Que submetidas as questões controversas da impugnação *supra* à 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o lançamento foi julgado parcialmente procedente, para acolher a argumentação do contribuinte referente ao item *b)* sintetizado acima e manter o lançamento com relação à questão exposta no item *b)*, *iv)*, por intermédio de Acórdão nº 0062-05/20-VD cujos fundamentos podem ser assim sintetizados:

- 1) Entendeu correta a exigência da AL de 17%, nas ocasiões em que o Contribuinte não efetua o registro do repasse no documento fiscal.
- 2) Impossibilidade de realização de trabalho de precificação comparativo após a circulação da mercadoria, em razão das variantes do preço: volume de compras, margem de lucro, fatores logísticos, pontualidade e nível de adimplência, forma de pagamento, sendo tais fatores impeditivos para se proporcionar, com segurança, uma amostragem da diferença de preços em função do desconto, por força da carga tributária minorada.
- 3) Exclusão das Notas Fiscais nºs 87608 (11/02/2015) e 88311 (05/03/2015), ambas às fls. 129, as quais entenderam que efetivamente houve o repasse do desconto, em razão da menção a este no documento (R\$876,14).
- 4) Indeferimento da perícia e do pedido de diligência, por entender, equivocadamente, que a verificação do repasse dos descontos se resume à consulta às chaves de acesso no portal NF-e, numa interpretação estritamente literal da norma.

Contudo, conforme passará a demonstrar, o acórdão combalido não há de prevalecer, devendo ser reconhecida a total insubsistência do lançamento levado a efeito pelo Estado da Bahia.

DO DIREITO -DO EFETIVO REPASSE DO BENEFÍCIO DA ALÍQUOTA REDUZIDA EM FORMA DE DESCONTO PARA OS ADQUIRENTES DAS MERCADORIAS

Conforme asseverado nas razões de impugnação, o presente Auto de Infração restou lavrado em razão da exigência de diferenças a título de ICMS constatadas pela fiscalização, em razão de a Suplicante ter adotado a alíquota de 7% - e não a de 17% - prevista no artigo 16, inciso I, “c”, da Lei nº 7.014/1996, em vendas para clientes ME e EPP, sem ter observado o requisito legal para utilizar a alíquota reduzida, qual seja a regra do §1º, do aludido dispositivo, a qual determina que o desconto conste expressamente nos documentos fiscais respectivos.

Ou seja, 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 7%.

De igual modo, em que pese a Recorrente tenha trazido aos autos exemplos amostrais que evidenciam o efetivo repasse do desconto, a despeito do descumprimento da obrigação acessória, o acórdão recorrido 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, *in verbis*:

“[...] não se pode admitir aqui um levantamento amostral para efetuar um comparativo de preço. O Trabalho de precificação passa por diversas variantes, difíceis de atestar depois da venda realizada e da emissão da nota fiscal (...)

Após tecer inúmeros argumentos que poderiam fazer crer que houve inércia do Contribuinte na prestação das informações – *o que pela simples análise dos autos nota-se que não houve*, concluiu este ponto da seguinte maneira

[...] Portanto, a falta de referência expressa nas notas fiscais do desconto, redução do preço e consequente repasse ao cliente, constitui requisito condicionante legal essencial à admissão da alíquota reduzida, como afiança textualmente o próprio contribuinte à fl. 127.

Data máxima vênia, o Acórdão recorrido, 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, como se verá mais adiante, merecendo, pois, a sua reforma nessa parcela.

Nesse ponto, sem mais delongas, se a Junta cuidou de fundamentar evasivamente suas razões de improcedência com base na suposta inércia do contribuinte em juntar provas, por que não baixar os autos em diligência ou determinar perícia na escrituração fiscal do Autuado, ora Recorrente? Se houve dúvida porque não se esclarecer através de uma diligência simples? Por se tratar de questões intrínsecas ao mister do julgador, é impossível compreender as suas conclusões pela sua própria retórica.

Passando ao ponto central, de início, é importante sublinhar 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***”.

Verifica-se, portanto, que a norma *supra* 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*.

Isto é, 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.

Melhor dizendo, 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.

Portanto, 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*.

Nesse contexto, o artigo 113, §§ 1º a 3º, do Código Tributário Nacional (CTN) é claro ao elucidar esta específica finalidade das obrigações acessórias (divisando-as da obrigação fiscal quanto à *natureza e consequências* do respectivo inadimplemento).

Conclui-se, portanto, 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.

Com efeito, o cerne da Decisão recorrida no sentido de que a Recorrente não teria feito prova do

repassa 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.

Salienta-se que foram carreados aos autos amplo cotejo entre os preços finais praticados para operações autuadas que foram submetidas à incidência do imposto sob alíquota reduzida e operações em que o imposto incidiu sob alíquota comum, evidenciando a diferença percentual nos preços igual, ou superior ao benefício fiscal.

A Junta, entretanto, não se deu por satisfeita com a prova produzida e, em total contrassenso, indeferiu a prova pericial complementar que corroboraria a prática do desconto legal, acabando por referendar uma série de ofensas à legalidade, confira-se:

- i) A fiscalização, *in casu*, isentou-se do seu múnus de comprovar a realização do fato gerador, transferindo ao contribuinte o ônus de provar as circunstâncias do caso;
- ii) Ofensa à ampla defesa, ao impedir que a Recorrente se valha da prova técnica pericial para comprovar as suas razões, na persistência de dúvida por parte dos julgadores;
- iii) Em caso de dúvida quanto “à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos”, interpreta-se a favor do contribuinte (Art. 112, II, do CNT);
- iv) A nítida quebra de coerência/razoabilidade, ao tratar de modo pior o contribuinte que produziu prova sobre o desconto legal àquele que não o fez, limitando-se a indicar o desconto no documento fiscal, enaltecendo a formalidade em detrimento da realidade;

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, é nítido que não há como prevalecer o lançamento referendado pela Junta, tendo restado demonstrada a sua fragilidade para se manter.

DA ESSENCIALIDADE DA PROVA PERICIAL E SEUS QUESITOS.

A Recorrente reitera, dentro das razões acima expostas, nos termos do artigo 145 do RPAF, o pedido de prova pericial ventilado em sua Impugnação, cuja produção é imprescindível para a elucidação da questão, tendo em vista o extenso período autuado, somado às centenas de operações que foram objeto do presente Auto de Infração, tornando necessário o exame da documentação aplicável por profissional especializado. Para tanto, apresenta desde já os seguintes quesitos:

- QUESITO Nº 01: Pede-se ao Sr. Perito, que esclareça quais as variáveis que a ora Recorrente considera para formar o preço de seus produtos, sobretudo se dentre as mesmas é lavado em conta o ICMS;
- QUESITO Nº 02: 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, pede-se que o Perito justifique sua resposta.

DA ILEGITIMIDADE DA MULTA FIXADA - CARÁTER CONFISCATÓRIO.

Por outro lado, a multa de ofício aplicada em razão da suposta infração, no importe de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, não merece prevalecer, haja vista o seu caráter confiscatório.

Com efeito, o artigo 5º, XXII da C.R./88, 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.

Ora, a vedação da exigência tributária confiscatória decorre do princípio segundo o qual o poder de tributar deve ser compatível com a conservação da atividade econômica e não com a sua destruição.

Sucedo que, no caso vertente, resta evidente o caráter confiscatório da penalidade exigida por intermédio do auto de infração vergastado, por representar praticamente um novo pagamento do tributo, o que se revela demasiadamente excessivo, sobretudo ante a ausência de outros elementos, como o evidente intuito de fraude, que justificariam a imposição de tal percentual.

Conclui-se, pois, que, quando a multa agride violentamente o patrimônio do contribuinte, consoante se verifica no presente caso, caracteriza-se a exigência como confisco indireto e, por isso, deve ser declarada ilegal.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer a Recorrente seja recebido o presente Recurso Voluntário, determinando-se a baixa dos autos em diligência, para que possa ser produzida a prova pericial, nos termos dos quesitos formulados acima, pedindo, ao final, com ou sem o deferimento da produção de prova pericial, o cancelamento da autuação, face à sua total insubsistência, nos termos acima demonstrados.

Sucessivamente, requer, ao menos, sejam confirmadas a revisão fiscal e as exclusões das notas fiscais referenciadas na Decisão de Primeira Instância.

Por fim, requer que as intimações e comunicações dos atos processuais e decisões proferidas 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, e-mail: notificacao.juridico@arcelormittal.com.br, sob pena de nulidade do ato administrativo.

VOTO

Trata o presente, de Recurso Voluntário decorrente de lançamento de ofício que desconsiderou a alíquota de 7% praticada nas vendas a microempresas, cobrando a diferença relativa à alíquota cheia de 17%, por conta de não haver sido cumprida a obrigação acessória de destaque do desconto concedido, e do respectivo repasse do valor descontado, em benefício do adquirente.

Tal obrigação consta do inciso II, do art. 16, II da Lei nº 7.014/96, cujo texto legal diz que o valor resultante da adoção da alíquota de 7% para 17% nas vendas do estabelecimento industrial para microempresas, deve constar expressamente no respectivo documento fiscal. No caso, ao se conceder a redução da alíquota de 17% para 7%, entende-se que o valor correspondente ao imposto desonerado pelo Estado, deve ser repassado em forma de desconto para a microempresa.

O Recorrente entende que a ausência do desconto no documento fiscal, constitui mera obrigação acessória, e que teria efetivamente repassado o desconto, e pede diligência para verificação do repasse. Contudo, não trouxe sequer exemplos de notas fiscais dos preços praticados para contribuintes de condição normal em comparação com microempresas para que fosse justificada a diligência. Teve condição de fazer na impugnação inicial e não o fez, igualmente em grau de Recurso, e não logrou trazer ao menos indícios que justificasse o pedido de diligência.

Alega que no Auto de Infração nº 2815080002/18-8 a 6ª JJF converteu o feito em diligência como requerido pelo contribuinte a fim de que fosse averiguada a materialidade das operações e analisado se a redução da alíquota foi ou não repassada sob forma de desconto. Consultando o supracitado Auto de Infração encontrei a ementa do julgamento, não na 6ª, mas na 4ª JJF, cuja ementa é a seguinte:

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

Vejamos parte do voto:

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.

O que se verifica é que a diligência efetuada e até acatada pelo autuante, não diz respeito à presente discussão, mas à redução de base de cálculo, e não à comprovação de vendas para microempresas com o desconto concedido, ainda que não destacado.

No caso, entendo que para se efetuar uma diligência não basta que o Recorrente alegue que vendeu com preços inferiores, ainda que não tenha destacado o valor do desconto repassado ao adquirente, mas trazer evidências concretas de que isto aconteceu, apresentando amostragens que justifique a execução de uma diligência.

O contribuinte em sua impugnação apresentou apenas 2 notas fiscais que continham o desconto concedido, e que foram excluídas da autuação, quando poderia ter apresentado outras notas comparativas das vendas para microempresas e com os de condição normal, de forma a se constatar que os preços praticados continham o repasse, embora não destacado. Assim posto, nego o pedido de diligência.

No mérito, quanto à discussão já reapresentada no Recurso Voluntário, que repetiu a impugnação inicial, vejamos o que disse o relator *a quo*:

Houve tempo mais que suficiente para a defendente apresentar as contraprovas necessárias ao estabelecimento do contraditório, com vistas a identificar eventuais inconsistências remanescentes dos levantamentos fiscais, detectadas após o reconhecimento pela fiscalização.

Por diversas vezes teve o contribuinte a oportunidade de apresentar os elementos que verdadeiramente contrastassem com as quantias cobradas pelo Estado. Foram algumas petições atravessadas, inclusive com pedido de dilação de prazo para apresentação dos números, deferido pela unidade fazendária de origem.

Disponha inclusive a empresa de profissional gabaritado para fazê-lo, indicado até à fl. 33 como assistente técnico hábil para fazer as verificações escriturais necessárias. Em vez disto, optou a contestante em referenciar apenas duas notas fiscais, as de nºs 87608 e 88311, as quais, apensadas na mídia de fl. 129, efetivamente acusam a menção ao desconto e destarte devem ser excluídas do levantamento fiscal revisado

Assim, repito, mesmo em grau de Recurso Voluntário, o Recorrente não apresentou listagem de notas fiscais comparativas para induzir a uma diligência afim de que se apurasse a verdade material. Por último, o voto recorrido, acrescenta que o período fiscalizado de janeiro a outubro de 2015, houve mudança na legislação que sequer contempla a possibilidade de reconhecimento do desconto não destacado, conforme excerto abaixo:

Até 22.3.2015:

“§ 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:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos

industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa, ainda que localizado em outro Estado;

*II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior **obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto,** o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% (sete por cento) em vez da de 17% (dezessete por cento), devendo a redução constar, **expressamente, no respectivo documento fiscal.***

A partir de 23.3.2015:

*§ 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.***

Tem-se como certo que, tanto numa como noutra redação, teria a autuada, para fazer jus ao benefício, fazer referência expressa no corpo do documento fiscal do repasse da redução tributária para seu cliente, via desconto no preço.

A falta da indicação explícita por parte do fornecedor autuado, faz retirar dele o direito à adoção do incentivo, pois o fisco não terá a certeza de que a vantagem foi transferida para quem necessariamente se destina a carga tributária minorada – as empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes.

Embora concorde com o resultado do julgamento, discordo dos fundamentos do voto recorrido. Não há relação de dependência entre o cumprimento da obrigação acessória e a principal, já que o benefício concedido para as microempresas, no exato valor do imposto dispensado pelo Estado, há uma obrigação acessória de informar o valor de forma a dar segurança e transparência à fiscalização, de que o valor desonerado foi efetivamente repassado.

O descumprimento de uma obrigação acessória não retira o direito do contribuinte, apenas podendo ser penalizado por isto, sob pena de se rasgar o princípio basilar do processo administrativo fiscal, o da verdade material. A obrigação de constar o desconto expressamente no documento fiscal não se constitui em obrigação principal, mas uma obrigação acessória que vise dar ao Fisco a necessária segurança quanto ao cumprimento da obrigação principal, no caso o pagamento do imposto de forma correta, mediante alíquota de 7% condicionada ao repasse do desconto correspondente. Uma vez cumprida a obrigação principal, ou seja, verificado que o contribuinte recolheu ao Estado o imposto devido, não se poderá cobrar o imposto por mero descumprimento de uma obrigação acessória, uma vez adimplida a obrigação do repasse do imposto desonerado em forma de desconto para a microempresa.

Evidente que o não cumprimento da obrigação acessória, causa embaraços à fiscalização, mas eventual falha no seu cumprimento não tem o condão de suprimir a verdade material, uma vez seja comprovada. Isto porque na hipótese do desconto ser efetivamente repassado, poderá ser cobrada multa por descumprimento de obrigação acessória. Este conselho de Fazenda tem inclusive julgamentos em que foi dado provimento ao Recurso do contribuinte, uma vez comprovado o repasse mediante diligência, como foi o julgamento abaixo nesta 1ª CJF, em obediência ao princípio da verdade material.

PROCESSO - A. I. Nº 087461.0004/05-5 RECORRENTE - FÁBRICA DE VASELINA DA BAHIA S/A - FAVAB RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0397-04/05 ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO INTERNET - 26/06/2006 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0229-11/06 EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE VENDAS POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. A CONTRIBUINTES INSCRITOS NO SIMBAHIA. Restou caracterizado o repasse do benefício decorrente da redução da alíquota (7%), aos adquirentes. O sujeito passivo, in casu, apenas inobservou os aspectos formais contidos no § 1º, II do art. 51, do RICMS/97. Aplicada, de ofício, multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Vejamos parte do voto:

Com o objetivo de formar meu convencimento, e tendo em vista o princípio da verdade material, propus, e esta Câmara de Julgamento Fiscal deferiu diligência à ASTEC, para que preposto daquele órgão coletasse tabelas de preços e realizasse levantamento de informações dos preços praticados pelo recorrente em três meses aleatoriamente escolhidos, nos exercícios fiscalizados.

O resultado do trabalho está expresso nas planilhas às fls. 251, 276 e 308 dos autos, onde se observa

claramente a existência de preços diferenciados para as vendas com alíquota de 7%. Na amostragem realizada no exercício de 2001, observa-se uma redução média de preços em torno de 12,18%. Para o exercício de 2002 a redução é ainda mais expressiva, atingindo uma média de 17%.

É fato que o recorrente ao deixar de demonstrar, no documento fiscal, o repasse do benefício em forma de desconto no preço, descumpriu uma formalidade inserta no § 1º, II do art. 51 do RICMS/97. Entretanto, este fato por si só não autoriza o fisco a exigir tributo que não lhe seja devido. Estou convencido de que há nos autos, elementos probatórios capazes de comprovar as alegações defensivas.

*As planilhas produzidas pelo revisor da ASTEC, a meu ver, **elidem por completo a acusação fiscal tendo em vista que restou provada a prática consistente de preços diferenciados nas vendas a clientes inscritos no cadastro do SimBahia, o que indica, em última análise, o repasse do benefício fiscal.***

Por tudo quanto exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e julgar insubsistente a acusação fiscal. Todavia, considerando que o sujeito passivo inobservou aspectos formais estabelecidos nas normas contidas no § 1º, II do art. 51 do RICMS/97, aplico a multa de R\$50,00 prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, pelo descumprimento de obrigação acessória.

Por outro lado, mesmo o cumprimento da obrigação acessória não implica em adimplemento da obrigação principal, devendo prevalecer a verdade material, se a fiscalização constatar que os valores de repasse destacados no documento fiscal, são meramente figurativos, não se constituindo em benefício real, o que justifica o fato de que a dispensa do imposto pelo Estado em benefício, não é mera consequência do cumprimento de uma obrigação acessória.

No Auto de Infração nº 299333.0013/18-0, embora julgado procedente em primeira instância, e na ementa conste por erro, que não foi destacado o desconto para fazer jus ao benefício, foi comprovado durante julgamento na 2ª CJF, que efetivamente todas as notas fiscais tinham o destaque do desconto.

Contudo, a razão do autuante para o lançamento, é que ao comparar com preços praticados para empresas normais, não se configurava a diferença de 10%, eram iguais ou maiores. No entanto embora tenha sido constatado isto, em breve análise das notas fiscais apresentadas na defesa, muitas estavam com preços realmente inferiores às vendas para normal, e o processo foi convertido em diligência pela segunda câmara com o seguinte pedido:

*O fiscal autuante informa que **as formalidades legais foram cumpridas pelo contribuinte contudo, o desconto na prática não foi efetivado**, pois o contribuinte trabalha com preço semelhante e para clientes enquadrados na condição normal.*

Dessa forma, a 2ª Câmara converteu o processo em diligência à ASTEC para que seja feita segregação mensal por análise comparativa pormenorizados dos preços médios aplicadas a contribuintes ME e EPP versus preços médios aplicados nas vendas aos contribuintes do regime normal. A planilha elaborada deverá sinalizar todas as operações realizadas à EPPe ME quando os preços praticados nestas operações tenham sido em valores inferiores aos aplicados às vendas realizadas aos contribuintes enquadrados no regime normal de apuração.

Os fatos expostos acima, denotam que este Conselho prima pela verdade material, em detrimento da verdade formal, e isto significa que mesmo uma empresa tendo efetivamente descontado, mas os preços revelem que foram aumentados de forma a se conceder um desconto que configura mero disfarce ao cumprimento de um benefício fiscal, o Fisco fará o lançamento, e a *contrário sensu*, não o fazendo, mas se comprovando que os preços denotam o desconto repassado, há de se acolher o procedimento do contribuinte como mero descumprimento de obrigação acessória; tendo em vista que o Recorrente não comprovou e nem sequer trouxe indícios de que pratica preços realmente diferenciados para as microempresas, acompanho a decisão de primeira instância e mantenho a Decisão recorrida.

Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, este Conselho de Fazenda não tem competência para julgar inconstitucionalidade e o caráter confiscatório da multa aplicada, mas devo esclarecer que a multa tem redução de até 70%, conforme art. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96 e que se encontra transcrito no corpo do auto de infração, conforme fl. 2 deste processo.

Quanto ao pedido para que as intimações e comunicações dos atos processuais e decisões proferidas pelos órgãos que integram a Secretaria de Estado da Fazenda sejam realizadas, direcionadas e remetidas, *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, e-mail; notificacao.juridico@arcelormittal.com.br, nada impede a administração de atender a esta solicitação, mas deve se considerar o dispositivo previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal :

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa via postal:

a) tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;

b) tratando-se de correspondência registrada, 10 (dez) dias após a data da expedição da correspondência.

Face ao exposto NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.0017/17-4**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$322.579,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de Junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS