

A. I. N° - 207140.0005/23-9
AUTUADA - GERDAU AÇOS LONGOS S. A.
AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04/12/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N°. 0319-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS INTERNAS REALIZADAS PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL. Comprovada a inexistência do repasse do valor do desconto do imposto para os destinatários das operações autuadas realizadas, bem como por não terem vindo aos autos quaisquer provas do não cometimento da infração, a mesma se apresenta como subsistente. Negado o pleito para realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de junho de 2023 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 112.894,10 além da multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **003.002.002**. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorrência constatada nos meses de agosto a novembro de 2018, maio e julho de 2019 e março, julho, agosto e dezembro de 2020.

Informa o autuante: *“Trata-se de operações internas de saídas de mercadorias com destino a empresas de pequeno porte e microempresas optantes do Simples Nacional, sem a concessão do desconto expresso no documento fiscal, em desacordo com o estabelecido no § 1º do art. 16 da Lei 7.014/96”*.

A autuada, por intermédio de seus advogados, constituídos nos termos do instrumento de fl. 111 a 123, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 47 a 59, onde após sintetizar a ação fiscal, esclarece desde já que reconhece como devido o débito relativo ao montante de R\$ 69.653,60, a título de imposto, atinente às operações devidamente discriminadas na Planilha anexada, na *sheet* “Comparativo Simples”, coluna R “Indicação PGT” SIM (Doc. 03).

Desta forma, requer a juntada do comprovante de recolhimento que atesta o pagamento parcial do Auto de Infração (Doc. 04). Assim, tais operações, devidamente reconhecidas pela autuada, se encontram fora da lide, restando apreciar apenas aquelas não reconhecidas e que foram objeto da impugnação apresentada.

No mais, no tocante às demais operações, conforme a seguir restará pormenorizadamente demonstrado, entende não merecer prosperar a presente autuação, tendo em vista que cumpriu com as condicionantes previstas na legislação para a utilização da alíquota de 7%. É o que passa a demonstrar.

Relata que consoante anteriormente visto, está sendo acusada de ter recolhido a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação na saída de mercadorias regularmente tributadas.

Indica que segundo o relato fiscal, teria promovido operações internas destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas optantes pelo Simples Nacional, utilizando-se da alíquota de 7% prevista no artigo 16 da Lei nº 7.014/1996, sem realizar a concessão do desconto expresse no documento fiscal, em desacordo com o previsto no § 1º do mencionado artigo 16.

Copia o teor dos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96.

Da leitura dos referidos artigos, depreende que na saída de mercadorias diretamente de estabelecimento fabricante situado no Estado da Bahia com destino a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual como optantes pelo Simples Nacional, será admitida a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento), condicionada ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, devendo o referido desconto constar expressamente no documento fiscal.

Verifica que nas operações autuadas, ora impugnadas, devidamente discriminadas na *sheet* “Comparativo Simples”, coluna R “Indicação PGTO”, “NÃO” da planilha anexada (doc. 03), cumpriu com o quanto disposto na legislação para fins de aplicação da alíquota de 7%, tendo em vista que:

A empresa autuada é estabelecimento fabricante situada no Estado da Bahia; As operações internas foram destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas inscritas no cadastro estadual como optantes do Simples Nacional; Houve o repasse do benefício aos adquirentes das mercadorias, sob a forma de desconto, constando referida informação no documento fiscal.

Quanto ao cumprimento dos requisitos (i) e (ii), destaca que as operações foram destinadas a três empresas de pequeno porte, cadastradas no CNPJ sob o nº 02.943.303/0001-73, 16.440.182/0001-51 e 00.362.583/0001-09, todas elas inscritas no cadastro estadual da Bahia e optantes pelo Simples Nacional, conforme fazem prova os comprovantes ora anexados. Para que não parem dúvidas, colaciona referida comprovação, plotando imagens.

Por fim, quanto ao cumprimento do último requisito, relativo ao repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, esclarece que em relação a todas as operações em que está apresentando defesa, sendo estas acobertadas pelas Notas Fiscais nº 286.306, 287.884, 290.552, 291.388, 295.278, 297.026, 297.143, 297.381, 297.610 e 299.066, devidamente discriminadas na *sheet* “Comparativo Simples”, coluna R “Indicação PGTO”, “NÃO” da planilha anexada (Doc. 03), houve o devido repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal.

Além disso, referido desconto consta expressamente no Campo “Informações Complementares” de todas as Notas Fiscais acima mencionadas. Ressalta ter colacionado todas as Notas Fiscais na *sheet* “Justif. NÃO pagar” da referida planilha, a fim de comprovar que cumpriu exatamente com o repasse do desconto nos termos do § 1º do artigo 16 da Lei nº 7.014/1996. Inclusive, garante terem sido realizados em relação a cada uma das Notas Fiscais, cálculos demonstrativos que comprovam inequivocamente o referido repasse.

Para que não parem dúvidas, apresenta, a título exemplificativo, a Nota Fiscal nº 286.306, em que é possível verificar que a base de cálculo do imposto corresponde ao montante de R\$ 13.162,49, enquanto o valor do ICMS representa R\$ 921,38 e o repasse do desconto ao adquirente da mercadoria constante no campo “Informações Complementares” representa R\$ 747,86.

Como se vê, para utilizar-se da alíquota de 7% prevista pela legislação, cumpriu com as condicionantes previstas no § 1º do artigo 16 da Lei nº 7.014/1996, realizando o devido repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto do valor correspondente ao benefício fiscal

(R\$ 747,87), sendo que o referido desconto consta expressamente no Campo “Informações Complementares” da Nota Fiscal.

Também a título exemplificativo, colaciona a Nota Fiscal nº 287.884, em que é possível verificar que a base de cálculo do imposto corresponde ao montante de R\$ 21.952,28, enquanto o valor do ICMS representa R\$ 1.536,66 e o repasse do desconto ao adquirente da mercadoria constante no campo “Informações Complementares” representa R\$ 1.247,29.

Acosta imagem do documento mencionado.

Em relação à referida Nota Fiscal, comprova-se, por meio dos cálculos abaixo colacionados, que a Impugnante pagaria a título de ICMS, sem se utilizar da alíquota de 7% prevista pelo artigo 16 da Lei nº 7.014/1996, o montante de R\$ 2.783,95.

No entanto, utilizando a alíquota de 7%, tem-se que o valor do ICMS corresponde a R\$ 1.536,66. Desta forma, subtraindo do valor de R\$ 2.783,95 o montante de R\$ 1.536,66, chega-se exatamente ao valor do desconto constante na Nota Fiscal, qual seja: R\$ 1.247,29. Apresenta cálculos comprovando o quanto alegado.

Fala novamente ter comprovado proceder nos termos da legislação baiana, realizando o devido repasse para o adquirente da mercadoria, relativamente ao valor correspondente ao benefício fiscal (R\$ 1.247,29), sendo que o referido desconto consta expressamente no Campo “Informações Complementares” da Nota Fiscal.

Destaca mais uma vez que na Planilha anexada à presente constam as cópias de todas as Notas Fiscais relativas às operações autuadas ora impugnadas, bem como os cálculos correspondentes acima explicitados.

Portanto, vislumbra que no presente caso não há que se falar em qualquer recolhimento a menor do ICMS, tendo em vista que cumpriu com todos os requisitos necessários para aplicação da alíquota de 7%, posto que, conforme restou comprovado:

Ser empresa fabricante estabelecida no Estado da Bahia; As operações foram destinadas a empresas de pequeno porte inscritas no cadastro estadual como optantes do Simples Nacional; e

Houve o repasse para os adquirentes da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal, constando referido desconto nas Notas Fiscais que acobertaram as operações.

Desta forma, diante da comprovação inequívoca de que no presente caso houve o pleno atendimento ao quanto disposto no artigo 16 da Lei nº 7.014/1996, o qual autoriza a aplicação da alíquota de 7% nas operações em tela, de rigor que o Auto de Infração seja cancelado em relação às operações impugnadas, tendo em vista a inexistência de recolhimento a menor do imposto.

In casu, conforme se denota do relato fiscal, consigna que o Auto de Infração apenas foi lavrado porque o autuante entendeu, equivocadamente, que não teria cumprido com os requisitos do artigo 16 da Lei nº 7.014/1996.

Deste modo, em tendo restado comprovado o atendimento ao referido artigo, não há qualquer infração à legislação tributária ou ausência de recolhimento do imposto que justifique a manutenção da autuação, inclusive, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Por tais motivos, a autuação merece ser cancelada em relação às operações impugnadas.

Por todo o exposto, requer seja conhecida e provida a presente Impugnação para cancelar parcialmente a infração fiscal, haja vista a sua insubsistência, conforme alegações

especificamente aduzidas, julgando-se parcialmente improcedente o Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia;

Em relação à outra parte da Infração que reconhece como devida, cujo recolhimento já fora devidamente efetuado pela empresa, requer a extinção do crédito tributário nos termos do inciso I do artigo 156 do Código Tributário Nacional.

Ademais, informa que a planilha (doc. 03), em virtude de sua extensão, está sendo anexada aos autos por meio de mídia digital (CD), tendo em vista que caso impressa, ficaria inelegível. De toda forma, caso se entenda pela necessidade de juntada da planilha impressa, requer que seja intimada a realizar a referida juntada.

Além disso, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial por meio de quaisquer outras provas documentais além daquelas anexadas a presente, incluindo laudos técnicos e planilhas demonstrativas, bem como pela realização de perícia técnica, caso entendam necessária.

Por fim, requer sejam as intimações realizadas em nome das advogadas indicadas no endereço mencionado, sob pena de nulidade. Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 141 a 143, após anotar os pontos defensivos, esclarece, de início, haver que se declarar a procedência da parte não impugnada do lançamento tributário e a homologação do respectivo recolhimento do ICMS. No que diz respeito às Notas Fiscais contendo a indicação de desconto no preço, à luz da legislação pertinente, tal narrativa não deve prosperar.

Após reproduzir o teor do artigo 16, inciso I, alínea “c” e § 1º, da Lei 7.014/96, argumenta que a simples indicação de que foi concedido o desconto no preço da mercadoria no campo “Informações Complementares” sem o abatimento do respectivo valor no total do débito da operação de forma expressa no documento fiscal, não corresponde à vontade do legislador de demonstrar claramente que houve a efetiva redução do custo das mercadorias destinadas aos contribuintes optantes do Simples Nacional, no montante equivalente à diferença entre as alíquotas de 18 e 7%.

Por tais razões, entende que o Auto de Infração em lide deve ser julgado totalmente procedente. Os autos foram encaminhados ao órgão julgador em 26/09/2023 (fl. 145), recebidos no CONSEF em 29/09/2023 (fl. 145-v), e distribuído para este relator sem qualquer despacho. Registrada a presença da advogada da empresa, Dra. Elise Benevenuti Matos, OAB/SP, para fins de acompanhamento do julgamento, tendo aberto mão da realização de sustentação oral.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de ICMS.

Através de Cientificação do Início de Ação Fiscal transmitido pelo Domicílio Tributário Eletrônico, com ciência expressa pela sua leitura em 03/04/2023 (fl. 04), o contribuinte foi informado estar sob ação fiscal. Em 05/04/2023 (fls. 05 a 08), também pelo Domicílio Tributário Eletrônico foi transmitida Intimação para apresentação de informações, cientificada em 11/04/2023.

Já a ciência do Auto de Infração se deu, por transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico em 24/04/2023, de maneira expressa, por leitura (fl. 17). Os elementos e documentos que suportam a acusação se encontram impressos às fls. 15 a 32, de modo amostral, bem como na mídia de fl. 33.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a

base legal para imposição e aplicação da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução do percentual de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração impugnadas que entendia lhe amparar, trazendo fatos, elementos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da precisa e objetiva peça de impugnação, abordando todas as questões consideradas pertinentes. Em relação ao pleito para a realização de perícia técnica, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alíneas “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a 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;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e livros fiscais transmitidos pela EFD), os quais se encontram em poder da SEFAZ, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa qual seria o objetivo da perícia requerida, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado. Supondo que se relacionasse à análise dos documentos fiscais autuados, esta será feita em momento posterior do presente voto.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido se submete unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ pelo Ministro Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1.887.326-RS, datada de 25/03/2021, demonstra ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Ademais, em se tratando de requerimento de realização de perícia fiscal, não observou o contribuinte a determinação do artigo 145, parágrafo único do RPAF/99:

“Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço”.

Não foram formulados quesitos quando do pleito defensivo. Igualmente, não foram suscitadas questões a título de preliminar.

No mérito, a defesa, de forma parcial, impugna diversas operações acobertadas por Notas Fiscais, que ao seu entender comprovariam ter concedido o desconto previsto na norma legal, não tendo cometido qualquer infração quanto as mesmas, no que discorda o autuante, sendo os valores reconhecidos, recolhidos na forma da apresentação dos documentos de fls. 125 e 126. A discussão, pois, cinge-se, apenas, à busca da verdade dos fatos ocorridos e a comprovação dos fatos arguidos na defesa apresentada.

Se nos processos judiciais o juiz não pode decidir com base naquilo que não está nos autos, no processo administrativo isso não ocorre. Em detrimento do interesse público, mesmo após a fase de produção de provas, toda a informação que a autoridade julgadora obtiver poderá ser utilizada na prolação da decisão, independente ter havido, ou não, aquela produção de prova, predominando a busca da maior aproximação possível da real ocorrência do fato gerador.

Isso em nome exatamente do princípio da verdade material, o qual, na lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 37ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 581), “o princípio

da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora ou processante tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela”.

Já para Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno. 16. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 131), “...o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”.

Ou seja: o julgador não pode e nem deve ficar adstrito somente aos elementos carreados aos autos pelas partes. Ele deve e tem que ir adiante, investigar e analisar informações, dados, elementos ou documentos que comprovem a existência, ou não, da infração tributária compreendida no lançamento tributário. Assim, a atenção do princípio da verdade material mostra-se extremamente relevante frente a discussões especificamente fáticas como é o caso da autuação ora apreciada.

Ao seu turno, James Marins ensina (Direito Processual Tributário brasileiro. São Paulo: Dialética, 2001. p. 176) que “o princípio da verdade material que governa o procedimento e o processo administrativo opõe-se ao princípio da verdade formal que preside o processo civil, pois este prioriza a formalidade processual probatória– como ônus processual próprio das partes”.

Neste sentido, pertinente mencionar a decisão contida no Acórdão 1003-001.048 de turma da Primeira Seção de Julgamento do CARF que, à unanimidade dos votos, decidiu que em “razão do princípio da verdade material, culminando o art. 38 da Lei nº 9.784/99, acolhe-se a juntada de documentos indispensáveis à comprovação da liquidez e certeza do direito creditório do contribuinte, nos termos do art. 170 do CTN”.

No julgamento realizado, a Relatora pontuou: “o princípio da verdade material deverá subsidiar o processo administrativo, devendo a autoridade julgadora buscar a realidade dos fatos, conforme ocorrida, e para tal, ao formar sua livre convicção na apreciação dos fatos, pode realizar diligências que considere necessárias à complementação da prova ou esclarecimento de dúvida relativa aos fatos trazidos no processo”.

O processo administrativo é figura indispensável no controle de mérito e da legalidade dos atos administrativos. A atividade fiscalizadora da Administração Tributária nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, desta feita, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, porventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao Poder Judiciário.

Como já visto em momento anterior, a realização de diligência ou perícia no presente processo é dispensável para a elucidação da matéria discutida. A ampla possibilidade de produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação de tal princípio, sendo que sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários.

Tal princípio decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos. De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados.

Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, análise de perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Neste sentido, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa.

A apresentação de provas e uma análise nos ditames do princípio da verdade material estão intimamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte, observando os termos especificados pela lei tributária.

A jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam examinadas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir um julgamento justo.

Na jurisprudência, os Tribunais Superiores do país consagram, de forma clara, a adoção do princípio da verdade material no processo administrativo, especialmente nos processos administrativos fiscais, como se depreende do julgado abaixo transcrito:

“Processual Civil. Recurso Especial. Tributário. Escrituração Irregular. Saldo Credor em Caixa. Presunção de Omissão De Receita. Faculdade Do Contribuinte Produzir Prova Contrária. Princípio da Verdade Material. Sucumbência. Princípio da Causalidade (STJ - REsp 901311/RJ - RECURSO ESPECIAL 2006/0215688-9, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Julgamento 18/12/2007 e Publicação DJe 06/03/2008)”.

Essa busca foi feita pela fiscalização, quando da lavratura do Auto de Infração. Antes, porém, vejamos o que dizia a legislação em vigor à época dos fatos geradores, em especial a Lei 7.014/96, :

“Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

(...)

I - 18% (dezoito por cento):”

a) nas operações e prestações internas, em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria, bem ou serviço estejam situados neste Estado”.

Ao seu turno, o artigo 16 da mesma Lei, dispõe:

“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, optantes do Simples Nacional, exceto em se tratando das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias não enquadradas no regime de substituição relacionadas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;

(...)

§ 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”. (Grifei).

O primeiro requisito é quanto ao fato de as operações serem realizadas por estabelecimento fabricante de forma direta, e quanto a isso não existe qualquer dúvida, tendo em vista a atividade principal exercida pela autuada de “*Fabricação de outros produtos de metal não especificados anteriormente*”, CNAE 25.99-3-99.

A segunda condição imposta para aplicação da alíquota reduzida é que as operações sejam todas internas, ou seja, ocorram entre contribuintes do estado da Bahia, e quanto a isso, também, não há a menor dúvida de ter sido atendida, à vista do demonstrado pelo autuante em seu demonstrativo. O terceiro requisito para a possibilidade de usufruir a aplicação da alíquota de 7% nas operações de vendas é que as destinatárias das mercadorias sejam empresas optantes do Simples Nacional.

A título exemplificativo, a defesa listou destinatários que se enquadrariam nesta situação, como o contribuinte de inscrição estadual 41.375.910, CNPJ 00.362.583/0001-09, de razão social Concrenor Concreto do Nordeste Ltda., que, de fato, no período de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2023, se enquadraria nesta situação.

Mesma situação para a empresas como, por exemplo, de CNPJ 37.383.856/0001-01, inscrição estadual 168.092.043 e razão social GMC Comercial de Combustíveis Ltda. que na forma da consulta realizada junto a Receita Federal do Brasil e ao SINTEGRA, esteve na condição de optante do Simples Nacional entre os meses de junho de 2020 a dezembro de 2021.

Todavia, de acordo com os demonstrativos analíticos apensados pelo autuante às fls. 16 a 20, se constata que destinatários ali listados não se enquadravam na condição de optantes pelo regime do Simples Nacional, como por exemplo, a empresa Ribeiro Melo Comércio e Transporte de Metais, CNPJ 24.595.736/0001-18 e inscrição estadual 131.948.482, que na forma de consulta também realizada no SINTEGRA e Receita Federal do Brasil, se encontra na situação de contribuinte do regime normal de apuração do ICMS, não sendo optante do Simples Nacional, situação vigente desde 12/06/2017, uma vez nunca ter ostentado a condição de optante de tal regime de apuração e recolhimento do imposto.

Também se apresenta como impeditivo para a aplicação da alíquota, que as mercadorias não estejam incluídas na substituição tributária. No caso concreto, dos testes realizados com as NCM 7213.10.00 e 7214.20.00, no período autuado (2018, 2019 e 2020), que para a NCM de raiz 7213, em 2018, havia a previsão para substituição tributária no item 8.43, do Anexo 1 ao RICMS/12, para o

produto “Outros Vergalhões”, mesma situação tributária para o ano de 2019, situação que se estendeu para o ano de 2020.

Logo, tais operações não poderiam ter aplicação da alíquota de 7%, independentemente da indicação de concessão ou não do desconto do imposto em benefício dos destinatários, estando tais operações com esta NCM indicadas nos documentos de fls. 21 e 22, mencionados como exemplos.

Mesma situação se observa para a NCM 7214.2, que no período autuado (2018 a 2020) se encontravam com previsão para substituição tributária nos itens 8.40 e 8.42 do Anexo 1 ao RICMS/12, para “Barras próprias para construções, exceto vergalhões” e “Vergalhões”, respectivamente.

É o que se observa nos documentos emitidos pelo sujeito passivo apensados às fls. 22, 25 e 27 dos autos. Em todos os documentos fiscais citados, não houve qualquer destaque quanto a valores referentes a substituição tributária.

Por fim, impõe a Lei, para a utilização da alíquota de 7% nas operações internas realizadas com empresas optantes do Simples Nacional, que haja o repasse para o adquirente da mercadoria, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício fiscal concedido, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal. Esta é a mais importante questão fulcral da presente lide.

O autuante, às fls. 21 a 32 acostou algumas Notas Fiscais dentre as incluídas na autuação, nas quais se percebe que a autuada, muitas vezes, em suas Notas Fiscais emitidas, sequer indica quais seriam as mercadorias acobertadas pelas operações, como se percebe às fls. 23 (Nota Fiscal 291.388) e 26 (Nota Fiscal 295.278), o que impede qualquer avaliação quanto a operação, ainda que conste a aplicação da alíquota de 7%.

Por outro lado, nas Notas Fiscais verificadas, se confirma não ter sido observado a concessão de qualquer desconto imposto pela norma legal, quando da realização de tais operações, apenas e tão somente a aplicação da alíquota de 7% relativa ao ICMS e o seu valor daí resultante.

É o caso das Notas Fiscais acostadas às fls. 24, 25, 27, 28 e 29, mencionadas a título de exemplo. Nelas se observa que no campo “Dados dos Produtos/Serviços”, a coluna desconto se encontra com indicação de inexistência, ou seja, valor “zero”, o mesmo acontecendo com a indicação no campo “Cálculo do Imposto”, onde se verifica que o valor total dos produtos, se apresenta numericamente igual ao valor total da Nota Fiscal, e da Base de Cálculo do ICMS.

Acaso a empresa autuada, de forma efetiva, tivesse concedido o desconto de que nos fala a Lei, condição *sine qua non* para aplicação da alíquota de 7%, o valor da Nota Fiscal seria diverso do valor das mercadorias, e o desconto concedido deveria ser destacado, a título de informação, como prevê a norma legal. Ademais, a autuada poderia apresentar as faturas ou comprovantes de pagamento da operação, que se encontram em seu poder, e que atestariam de forma inquestionável, o desconto dito concedido.

Em relação à Nota Fiscal 286.306, mencionada na impugnação como comprobatória da concessão do desconto ao destinatário da mercadoria, em consulta formulada junto ao Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, constatei que, ainda que a autuada argumente ter feito a indicação da concessão do desconto legal no campo “Dados de Cobrança”, no montante de R\$ 747,86, quando se verifica que na fatura emitida, de número 9001537002, o valor cobrado do adquirente foi o mesmo da Nota Fiscal, sem qualquer desconto, ou seja, R\$ 13.162,49, estando o campo destinado a indicação de desconto zerado, o que comprova o não repasse da vantagem obtida com a tributação menor da operação por parte da autuada.

O mesmo ocorre com a Nota Fiscal 287.884, com chave de acesso 2918.1107.3587.6100.0592.5500.1000.2878.8417.7195.8799, igualmente trazida pela defesa, na qual a Fatura 9002150131 tem o mesmo valor da operação realizada, e que serviu de Base de Cálculo para o valor do imposto (R\$ 21.952,28), replicado na duplicata 01, de 02/12/2018, cobrada do destinatário, ao invés de R\$ 21.952,28 – R\$ 1.247,29 = R\$ 20.704,99.

Ressalto que para a caracterização da obediência à tal condicionante para aplicação da alíquota de 7% para a operação, não basta apenas indicar o valor do repasse, mas sim, a efetivação do mesmo em benefício do adquirente das mercadorias optante do Simples Nacional, o que não se encontra caracterizado, sequer provado pela empresa autuada. Lembrando que estas informações foram fornecidas ao Fisco pelo próprio contribuinte, não tendo vindo aos autos prova em contrário ao da imputação fiscal.

Comprovada, pois, a acusação formulada, à vista de, efetivamente, não ter havido prova de qualquer repasse aos adquirentes das mercadorias dos descontos de alíquota pertinentes às operações autuadas, ainda que em alguns casos tenha havido a indicação do valor a ser repassado, sem que isso, no entanto, ocorresse. Por esta razão, aliada aos demais argumentos expostos no presente voto, tenho o lançamento como procedente.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seu advogado, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido, não se podendo alegar qualquer cerceamento do direito de defesa ou nulidade processual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 207140.0005/23-9, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S. A.**, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o valor de **R\$ 112.894,10**, agregado da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR

