

A. I. Nº - 281390.0002/09-7
AUTUADO - COATLAND DO BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO e
[REPRESENTAÇÃO DE FIBRAS, RESINAS E TINTAS LTDA.]
AUTUANTE - AUGUSTO RICARDO JANSEN FERRARI
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 24/11/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0359-03/09

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. **a)** VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. A adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é condicionada a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. A expressão “aproximadamente correspondente” (RICMS/97, art. 51, § 1º, II) é consentânea com o fato de o ICMS ser calculado por dentro, conforme prevê a legislação infraconstitucional. O benefício visa a favorecer o adquirente, e não o vendedor. Como não foi dado o desconto, não foi conseqüentemente repassado o benefício ao adquirente, e sendo assim não foi cumprida a condição para aplicação do benefício. Mantido o lançamento. **b)** VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/6/09, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota – adoção da alíquota de 7% prevista no art. 51, I, “c”, c.c. seu § 1º [do RICMS], sem observar que o industrial, nas vendas a empresas do SimBahia, deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente à redução da alíquota, devendo a redução constar expressamente no documento fiscal –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 324.167,37, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota – vendas para isentos [*sic*] sem a aplicação da alíquota interna –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.524,61, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se alegando que, exatamente como ordena a legislação, foi repassado desconto em cada Nota Fiscal emitida, de acordo com a alíquota prevista no art. 51, 1º, e seu inciso II, do Decreto nº 9.608, de 29.11.05 [*sic*], com alíquota diferenciada nos termos do art. 51, I, “c”, constando de forma expressa a concessão do desconto, tal como prevê a norma. Argumenta que, a seu ver, onde a legislação diz que deve constar expressamente a redução, não é dito que deveria ser um percentual de desconto ou um valor em moeda corrente, apenas prevê que se conceda tal desconto e ele seja apontado em cada Nota Fiscal, exatamente como a empresa

procedeu, destacando a alíquota reduzida de 7% e a informação referente ao artigo. Prossegue dizendo que os clientes aos quais foram feitas as vendas com o benefício em apreço continuam ativos em sua carteira de clientes, confirmando assim a idoneidade e transparência nas negociações de preços e que foi e é concedido o desconto relativo ao benefício, uma vez que os mesmos seriam definitivamente os prejudicados no caso do não cumprimento da legislação, não sendo o Estado prejudicado em nada, haja vista que o imposto destacado foi recolhido. Argumenta que os preços a que se refere o Auto não podem ser comparados porque não seguem um padrão geral estabelecido, uma vez que são definidos a depender do custo da mercadoria adquirida, do volume de compra nos fornecedores, dos valores de venda mensal ou anual dos clientes, dos prazos de pagamento e principalmente dos valores do mercado concorrente, que exigem da empresa uma flexibilização na sua formulação de preços. Diz que estaria anexando um exemplo de formação de preços segundo uma análise técnica. Aduz que estaria sendo descrita em uma planilha anexa várias Notas Fiscais de venda com alíquota de 17% e com seus preços acima do preço da Nota Fiscal de 7% citada como exemplo no Auto, em várias quantidades e datas diferentes, a fim de provar que são praticados diferentes preços para a mesma alíquota, tendo a empresa total liberdade de praticá-los, desde que sejam acima do seu custo de aquisição e com a margem necessária para poder honrar com seus compromissos fiscais, trabalhistas, etc. Juntou documentos, planilhas e artigos de estudiosos sobre preços, livre comércio e concorrência predatória.

Com relação ao lançamento do item 2º do Auto de Infração, declara reconhecer que errou, e diz que estaria efetuando o pagamento do valor lançado.

O fiscal autuante prestou informação observando que o benefício fiscal do art. 51, I, “c” [do RICMS] é destinado às empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes exclusivamente nas aquisições internas de indústrias e filiais de indústrias cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, e o objetivo desse incentivo é proporcionar aos beneficiários competitividade, uma vez que adquirem as mercadorias com carga tributária reduzida, facilitando a sua revenda, sendo que o Estado abre mão de aproximadamente 10% do ICMS a que teria direito, porém exige que essa redução conste expressamente no respectivo documento fiscal, sob a forma de desconto. Frisa que, de acordo com a regra do art. 51, § 1º, II, do RICMS, o contribuinte deve explicitar com clareza a correta utilização do benefício fiscal, pois, em caso contrário, inviabilizaria a necessária fiscalização posterior. Observa que nas Notas Fiscais anexadas ao processo fica patente que para a mesma mercadoria e a mesma quantidade o contribuinte pratica o mesmo preço unitário, independentemente de o destinatário ter ou não o benefício do art. 51, I, “c”, o que caracteriza que não foi repassado nas vendas, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%. Quanto à assertiva do autuado de que tem total liberdade de praticar preços, desde que acima do seu custo de aquisição e com a margem necessária para que honre com os seus compromissos, o fiscal contrapõe que tal liberdade não se aplica às operações com o benefício fiscal do art. 51, I, “c”, em que o Estado da Bahia abdica de aproximadamente 10% de sua receita de ICMS para que o preço unitário praticado nas vendas aos beneficiários seja menor que o praticado a contribuintes da condição normal. Opina pela procedência do lançamento.

VOTO

O item 1º do Auto de Infração em exame diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, em virtude da adoção da alíquota de 7% prevista no art. 51, I, “c”, c.c. seu § 1º, do RICMS, sem observar que o industrial, nas vendas a empresas do SimBahia, deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente à redução da alíquota, devendo o desconto constar expressamente no documento fiscal.

O autuado alega que a legislação diz que deve constar expressamente a redução na Nota Fiscal, mas não é dito que deveria ser um percentual de desconto ou um valor em moeda corrente, apenas sendo previsto que se conceda tal desconto e ele seja apontado em cada Nota Fiscal, exatamente como a empresa procedeu, destacando a alíquota reduzida de 7% e a informação referente ao artigo. Alega que se algum prejuízo houve foi para os clientes, não para o Estado. Juntou elementos visando demonstrar que os preços das mercadorias variam em função de uma série de fatores, tais como o custo de aquisição, volume das compras aos fornecedores e das vendas aos clientes, prazos de pagamento e valores do mercado concorrente. Alega que a empresa tem total liberdade de praticar seus preços, desde que sejam acima do seu custo de aquisição e com a margem necessária para poder honrar com seus compromissos.

Por sua vez, o fiscal autuante, a par de considerações acerca dos termos da legislação, rebate a assertiva da defesa acerca da liberdade na determinação dos preços dizendo que tal liberdade não se aplica às operações com o benefício fiscal do art. 51, I, “c”, em que o Estado da Bahia abdica de parcela de sua receita de ICMS para que o preço unitário praticado nas vendas aos beneficiários seja menor que o praticado a contribuintes da condição normal.

Há equívocos no ponto de vista do autuado, quanto ao desconto previsto no art. 51, § 1º, II, do RICMS, como também há equívoco no ponto de vista do autuante, quando diz que o Estado abre mão de parcela da receita do ICMS para que o “preço unitário” praticado nas vendas aos beneficiários seja menor que o praticado a contribuintes da condição normal.

A previsão do art. 51, § 1º, II, do RICMS nada tem a ver com a formação dos preços, como alega o contribuinte, e tampouco com a fixação do preço unitário, como considera o fiscal autuante. Salvo casos excepcionais, cada empresa é livre para fixar seus preços, em função do custo de aquisição ou produção, volume das operações, prazos de pagamento e outros fatores do mercado, desde que se situem acima do seu custo de aquisição ou produção. A regra do art. 51, § 1º, II, não se intromete na composição dos preços, nem na fixação do preço unitário. O que esse dispositivo prevê é que, uma vez estabelecido o preço, seja ele qual for, quando o estabelecimento industrial efetuar vendas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, caso pretenda que a operação seja tributada à alíquota de 7% – que é opcional –, deverá, independentemente do critério adotado na formação de seu preço e não importando se na operação foram concedidos outros descontos de qualquer natureza, repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, fazendo constar em cada Nota Fiscal que efetivamente tal repasse foi feito. Não há como aceitar demonstrações hipotéticas como pretende a defesa.

Repito que a adoção da alíquota de 7% em lugar da de 17% é opcional. A empresa vendedora não é obrigada a aplicar a alíquota reduzida. Porém, caso pretenda adotá-la, é preciso ter em mente que se trata de um benefício que é dado sob condição: a adoção da alíquota de 7%, por estabelecimento industrial, nas vendas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é condicionada a que o estabelecimento vendedor repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária, de 17% para 7%. Note-se que o dispositivo se refere ao valor “aproximadamente correspondente” ao benefício. Por que “aproximadamente”? Resposta: porque o ICMS é calculado por dentro, de modo que 17% menos 7% não correspondem exatamente a 10%, haja vista que o imposto incide sobre ele próprio. O que o texto do inciso II do § 1º prevê é que o vendedor, ao aplicar a alíquota de 7%, repasse ao adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximado da redução da carga tributária. Isso porque a finalidade objetivada pelo legislador não foi beneficiar a indústria, mas sim o adquirente que se enquadre na categoria de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.

A defesa alegou que repassa o benefício para o adquirente mediante preços diferenciados. Só há uma forma eficaz para provar isso: dando o desconto de forma clara e expressa no corpo da Nota Fiscal, conforme prevê o art. 51, § 1º, II. Tal desconto não consta nas Notas Fiscais acostadas aos

autos pelo autuante. Como não foi dado o desconto, não foi conseqüentemente repassado o benefício ao adquirente, e sendo assim não foi cumprida a condição para fruição do benefício.

Mantenho o lançamento do item 1º do Auto de Infração.

O 2º item cuida igualmente de recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, tendo o fiscal autuante feito um adendo: trata-se de vendas para isentos [sic] sem a aplicação da alíquota interna. O fiscal autuante não deixou claro o que quis dizer com “isentos”. Os demonstrativos à fl. 116 e 129 estampam no título que as vendas foram feitas “para isentos de ICMS”. Evidentemente não se trata de isenção em seu sentido técnico, porque em tal caso não haveria alíquota alguma a aplicar. Presumo que o fiscal se expressou mal, querendo dizer que se trata de vendas a “não contribuintes”, ou seja, a pessoas dispensadas de inscrição cadastral. O autuado reconheceu o débito. Não há portanto lide quanto a esse item. Consta que houve parcelamento do débito. A repartição homologará os valores já pagos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281390.0002/09-7**, lavrado contra **COATLAND DO BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E [REPRESENTAÇÃO DE FIBRAS, RESINAS E TINTAS LTDA.]**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 327.691,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a repartição homologar os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA