

PROCESSO - A. I. Nº 180573.0001/07-2  
RECORRENTE - REICHHOLD DO BRASIL LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0245-03/07  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
INTERNET - 27/12/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0451-11/10

**EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO INCORRETA.** VENDAS DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. A adoção da alíquota de 7% por estabelecimento industrial, nas vendas a contribuintes cadastrados no Regime Especial de Apuração do ICMS – SimBahia, é condicionada ao repasse por parte do vendedor do valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução da carga tributária. Ficou comprovado, através de diligência realizada pela ASTEC, que não houve o repasse do desconto aos adquirentes optantes pelo SimBahia. Não há que se perquirir se houve ou não prejuízo ao Erário, visto que a utilização da alíquota reduzida, condicionada ao consequente desconto no preço do produto comercializado, tem como escopo beneficiar as microempresas e as empresas de pequeno porte, e o estabelecimento industrial fornecedor, ao não efetuar o repasse do benefício via desconto no preço do produto, prejudicou aquele que seria o beneficiário da norma. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0245-03/07 - após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epígrafeado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 4 infrações, sendo objeto do presente Recurso apenas a infração constante do item 2 da autuação, abaixo descrita.

*INFRAÇÃO 2 – “Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, na condição de industrial, emitiu notas fiscais para empresas enquadradas no regime SimBahia, com alíquota interna de 7%, presumivelmente amparando-se no artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/BA, que faculta o benefício da redução da alíquota correspondente a desconto. No entanto, conforme estabelece o parágrafo 1º, inciso II, do mesmo RICMS/BA, o estabelecimento industrial, ou a este equiparado, na forma do artigo 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%, em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal, procedimento este que não ocorreu pelos seguintes motivos: 1 – como se pode observar pela emissão das notas fiscais, não há menção clara e expressa do respectivo desconto, uma vez que não são demonstrados o preço doria, com a posterior discriminação do desconto, com citação d por fim, seja apresentado o valor líquido resultante; 2 – como se*

*cais cujas cópias encontram-se apensas ao PAF (a título de amostragem), quando é feita menção ao desconto no corpo da nota fiscal, este vem sob a forma de “Desconto Programa SIMBAHIA”, no entanto, o valor lançado apresenta-se isolado e, portanto, não é relacionado com o valor normal do produto, que é resultante da quantidade (X) valor unitário, na forma de abatimento; 3 – o valor total da nota (valor contábil) consignado no campo referente à descrição dos produtos é repetido embaixo como “Base de Cálculo do ICMS”; 4 – os preços unitários dos produtos praticados com alíquota de 7% são equivalentes aos preços normais praticados com a alíquota de 17% e em muitos casos são superiores conforme pode-se perceber pelas cópias de notas fiscais anexas (7% X 17%) para efeitos comparativos e através das Planilhas Auxiliares A e B do Anexo II que demonstram todas as saídas com 7% e 17%, com análise dos preços praticados. Período de 02/2005 a 12/2006. ICMS no valor de R\$380.680,65.”*

Em Primeira Instância, o Relator da JJF assim se manifestou quanto a este item, “in verbis”:

*“... Conforme descrito na infração 02, o autuado não procedeu ao repasse determinado pelo inciso II do artigo 51 do RICMS/BA, pelo que, não fazendo jus ao benefício concedido, de redução da alíquota de 17% para 7%, na determinação da base de cálculo do seu imposto a recolher aos cofres públicos, beneficiou-se indevidamente da redução, acarretando a consequência de recolher a menos o valor do imposto devido. Não é a situação, como quer fazer Parecer o contribuinte, de mero erro formal no preenchimento dos documentos fiscais objeto da autuação, porque está provado, do exame dos mesmos, que não foi feito o desconto nas vendas para as empresas integrantes do SimBahia, mas o imposto foi calculado à alíquota de 7%. Caso se tratasse de mero erro de preenchimento das notas fiscais, o valor da operação na venda feita pelo autuado para empresas integrantes do SimBahia seria, necessariamente, inferior àquele praticado quando da venda, no mesmo período, da mesma mercadoria, para as empresas sob regime normal. Confrontando as Notas Fiscais de nos 1.296 (fl. 370) e 1.295 (fl. 371), emitidas em 17/01/2006, verifico que o sujeito passivo vendeu a mesma mercadoria a empresa integrante do SimBahia por valor superior àquele praticado quando da venda a empresa sob regime normal de apuração do ICMS. Por conseguinte, depreende-se que houve a tentativa de compensação do desconto que seria concedido à empresa inscrita sob o regime simplificado de apuração do imposto. Dessa forma, a autuação não foi feita por presunção, nem houve arbitramento da base de cálculo, tendo sido os débitos tributários lançados no Auto de Infração baseados nos valores constantes nas notas fiscais acostadas ao processo, e nos demonstrativos de fls. 30 a 61, dos quais o contribuinte recebeu cópia, conforme recibo nas mesmas aposto. O autuado alega que o preço praticado deve ser sempre livre, mas a regra aqui em foco determina uma escolha, ou seja, se o estabelecimento industrial, ou a esse equiparado, decide beneficiar-se da redução de alíquota na venda às empresas, regularmente cadastradas neste Estado, integrantes do SimBahia e ambulantes, obriga-se a repassar-lhes, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, e não da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal. O levantamento realizado pelo autuante, com a anexação das cópias das notas fiscais às fls. 345 a 415, demonstrou que esta regra foi desobedecida pelo sujeito passivo, e o mesmo não trouxe, ao processo, prova em contrário. A mera alegação do não cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da obrigação de comprovar o quanto assevera. Infração caracterizada.”.*

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – às fls. 479 a 493 – onde, de logo requer a decretação da insubsistência da infração descrita no item 2 da autuação, aos seguintes argumentos:

- I. que seguiu estritamente a norma do art. 51, I, “c” do RICMS/BA, fazendo constar na nota fiscal das operações realizadas a observação de que o desconto era decorrente da regra mencionada, bem como seu valor, o que é informado pelo próprio autuante, e que, ao contrário do alegado pelo autuante, a legislação não estabelece a exigência de nenhum demonstrativo ou discriminação como sendo necessária à identificação do desconto, ou seja, o RICMS em nenhum momento descreve a forma como deve ser emitido o documento fiscal aos destinatários inscritos no SimBahia, não podendo lhe ser imputada nenhuma penalidade;
- II. que em relação à alegação do autuante de que os preços unitários praticados com alíquota de 7% são equivalentes aos preços normais praticados com a alíquota de 17% e em muitos casos superiores, afirma que este partiu de uma amostragem ~~que engloba o período de 02~~ anos e que ainda pretendeu dar tratamento uniforme a operações díspares quanto à época em que realizadas, em quais condições de pagamento, características de credores do cliente, etc.

- III. que, no entanto, quando a comparação toma parâmetros levando em conta a proximidade de datas entre operações, quantidades e condições mais parelhas, verifica-se claramente que o desconto concedido às empresas do SimBahia é sempre igual ou superior àquele determinado na legislação, conforme demonstrativo que elabora – às fls. 486 e 487 - com base nos documentos que junta na peça recursal – fls. 499 a 510 - requerendo diligência para atestar a veracidade do que alega;
- IV. que a alegação do autuante de que teria praticado operações com contribuintes inscritos no SimBahia com reajuste de preços para, posteriormente, adotar preços iguais aos ofertados aos seus clientes não enquadrados neste regime, não pode ser aceita por não ser lógico à luz das leis do próprio mercado;
- V. que os produtos comercializados pela empresa não se submetem à pauta fiscal, o que significa que a fixação de seus preços se dá de acordo com a lei da oferta e da procura, conforme as leis do mercado;
- VI. que o Conselho de Fazenda tem julgado autos de infração semelhantes improcedentes, conforme os Acórdãos CJF nº 0290/01, 0839/01 e 1.094/01, cujas ementas transcreve.

Submetido o processo à pauta suplementar por esta Relatora, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, às fl. 531, deliberou, por unanimidade, em conversão do processo em diligência a Assessoria Técnica do CONSEF, para que, considerando o demonstrativo e documentos (em amostragem) acostados aos autos conjuntamente com a peça recursal e em atendimento ao princípio da verdade material, fosse verificado junto à escrita do recorrente e da análise dos documentos fiscais objeto da autuação, se, de fato, houve o repasse ao adquirente, sob a forma de desconto, do valor aproximado correspondente ao benefício da alíquota diferenciada de 7%, elaborando, se necessário, novo demonstrativo de débito.

A ASTEC, através do Parecer de nº 102/2010, de fls. 533 a 537, após de forma minuciosa expor a matéria posta à sua apreciação e os argumentos e elementos trazidos tanto pelo autuante como pelo recorrente, inclusive reproduzindo os demonstrativos elaborados por estes, que se contrapõem, aduz que “...o autuante apresenta alguns exemplos de operações de vendas para Microempresas/Empresas de Pequeno Porte e Contribuintes Normais, onde demonstra que os preços praticados são equivalentes e em alguns casos maiores. Por outro lado, da mesma forma, o autuado apresenta exemplos de práticas de vendas para Microempresas/Empresas de Pequeno Porte, com preços menores que os praticados a Contribuintes Normais, procurando caracterizar que o desconto correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez de 17%, nas operações de vendas a Microempresas/Empresas de Pequeno Porte, fora concedido.”.

Esclarece que restando a análise especificamente das notas fiscais de operações de vendas para Microempresas/Empresas de Pequeno Porte enquadradas no SimBahia, com alíquota reduzida de 7% para 17%, selecionou todas as notas fiscais acostadas pelo autuante na informação fiscal e pelo autuado no Recurso Voluntário, e as reconstituiu com base na Instrução Normativa nº 38/94, que estabelece normas de cálculo do ICMS nas operações de vendas da indústria à microempresa, com redução da alíquota, conforme fls. 538 a 548.

Concluiu que, com esta reconstituição, na forma da legislação, observou que em comparação com as notas fiscais emitidas pelo autuado que, efetivamente os descontos foram concedidos, porém não repassados ao adquirente das mercadorias, por erro do autuado no preenchimento das referidas notas fiscais.

Elabora planilha – Planilha 01 (fl. 537) – onde efetua uma amostragem comparativa entre as notas fiscais emitidas pelo autuado e as notas fiscais que reconstitui na forma da IN nº 38/94, concluindo “...que o autuado, ao lançar no campo da Nota Fiscal “Valor considerou o desconto destacado no campo “Descrição do Produto Total da Nota” foi registrado de forma equivocada sem considerar”.

Ressaltou, ainda, que não obstante a falta de repasse ao adquirente do desconto destacado na Nota Fiscal, em decorrência do erro do autuado no preenchimento das notas fiscais objeto da autuação, não houve prejuízo ao Estado, e sim um recolhimento a maior do ICMS “uma vez que o ICMS destacado pelo autuado em todas as Notas Fiscais no campo “Valor do ICMS” foi calculado sem considerar o desconto, ou seja, foi calculado com base no valor integral do produto.”

Cientificados do resultado revisional, o recorrente se manifesta às fls. 555 a 559, no sentido de que não deve prosperar a exigência fiscal, pois não houve recolhimento a menor de ICMS, como concluiu o Parecer revisional, já o autuante, em manifestação às fls. 562 e 563, mantém a exigência fiscal, asseverando que os documentos acostados originariamente ao Auto de Infração são suficientes para o entendimento da matéria e para a constatação de que houve aplicação indevida da alíquota reduzida sem que tenha havido repasse do desconto para os contribuintes inscritos no SimBahia. Alega que o demonstrativo elaborado pelo autuante, bem como as notas fiscais acostadas aos autos pelo autuado não se constituem em elemento de prova, e que o diligente constatou que não houve o repasse ao adquirente do desconto destacado na nota fiscal. Colocou, no entanto, que discorda do diligente quando conclui que não houve prejuízo para o Estado, pois, se a empresa não aplicou os critérios previstos na legislação e, portanto, não efetuou recolhimento do referido repasse, tendo apenas se beneficiado da alíquota reduzida, fica evidenciado o prejuízo da Fazenda, no mínimo da diferença de alíquota.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 566 e 567 - manifesta-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que a planilha elaborada pelo diligente da ASTEC não revelou a falta de prejuízo ao Erário, uma vez que a empresa se utilizou de 7%, em vez da alíquota de 17%, como determina a lei, já que não repassou o desconto ao adquirente microempresa, e que as colunas da referida planilha indicam o desconto equivocado de 10%, o que conduz ao recolhimento a menor do ICMS.

## VOTO

Inicialmente, é necessário esclarecer que a diligência realizada pela Assessoria Técnica deste Conselho de Fazenda, atendendo solicitação feita por esta 1ª Câmara de Julgamento na busca da verdade material, comprovou que o recorrente, embora tenha consignado nos documentos fiscais objeto da autuação o desconto exigido pela regra do art. 51, I, “c” do RICMS/BA, não efetuou o repasse ao adquirente do referido desconto destacado nas notas fiscais, fazendo cair por terra as alegações recursais. Constatou o diligente da ASTEC que ao preencher as notas fiscais o recorrente equivocou-se ao não deduzir do valor total do produto o desconto efetuado no campo “Descrição do Produto”, assim, não efetivando o repasse do referido desconto ao adquirente, contrariando a norma acima citada.

Registre-se que ao contrário do afirmado pelo recorrente – que não há na legislação a forma como deve ser emitido o documento fiscal aos destinatários inscritos no SIMBAHIA - a Instrução Normativa 3894, publicada no Diário Oficial de 01/03/1994, citada pelo diligente, estabelece a forma de cálculo do desconto e como o mesmo deve estar expresso no documento fiscal.

Ressalve-se que, em relação à afirmativa do diligente de que não houve prejuízo ao Erário, tal fato não tem o condão de elidir a exigência fiscal, visto que a utilização da alíquota reduzida, condicionada ao consequente desconto no preço do produto comercializado, tem como escopo beneficiar as microempresas e as empresas de pequeno porte, e o estabelecimento industrial fornecedor, ao não efetuar o repasse do benefício via desconto no preço do produto, prejudicou aquele que seria o beneficiário da norma.

Neste sentido, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso, mologando a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar e Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 180573.0001/07-2, lavrado contra **REICHHOLD DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$696.828,89** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS