

**A. I. Nº** - 299326.0310/09-1  
**AUTUADO** - PAREX BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSAS LTDA.  
**AUTUANTES** - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS e ARLINDO AMORIM PEREIRA  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 30/03/2010

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0044-03/10

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. MULTAS. Imputação não questionada pelo sujeito passivo. 2. 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. Negado pedido de diligência. Não acatado pleito de redução da multa. Mantido o lançamento. b) ALÍQUOTA DE 12% EM VEZ DE 17%. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/9/09, apura seguintes fatos:

1. entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis [pelo ICMS], sem o devido registro na escrita fiscal, sendo por isso aplicada multa de R\$ 9.632,07, equivalente a 10% sobre o valor comercial das entradas omitidas;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota – falta de indicação, nas Notas Fiscais, do desconto relativo às vendas para microempresas e empresas de pequeno porte –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 59.756,10, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota – aplicação da alíquota de 12%, em vez de 17% –, sendo lançado imposto no de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 530/537) declarando reconhecer os fatos imputados nos itens 1º e 3º, tendo já solicitado documento de arrecadação para pagar os valores reconhecidos.

Com relação ao item 2º, sustenta que não recolheu ICMS a menos nas saídas para microempresas e empresas de pequeno porte, pois aplicou corretamente a alíquota de 7% e repassou o desconto correspondente, tendo consignado expressamente a redução nas Notas Fiscais. Transcreve parte do art. 51 e § 1º do RICMS, frisando os pontos que considera pertinentes. Observa que a legislação estadual fixou uma alíquota diferenciada para as operações de saídas de mercadorias de estabelecimentos industriais para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, e aduz que no caso em exame as operações se enquadram no preceito daquele dispositivo regulamentar, pois a empresa é um estabelecimento industrial e todos os adquirentes estão enquadrados no regime do SimBahia. Quanto à previsão de que, para efeito e como condição da aplicação da alíquota de 7% o estabelecimento industrial devesse repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, inserido no preço da mercadoria, o percentual correspondente à diferença entre a alíquota regular e a especial, aproximadamente de 10%, fazendo constar a redução no documento fiscal, o autuado afirma que realizou o desconto aproximado no preço da mercadoria vendida, deixando expressamente registrado nas Notas Fiscais que aquelas saídas se submetiam ao regime especial previsto no art. 51 do RICMS.

Assegura que em todos os casos em que foi consignada no documento fiscal a referida observação o desconto foi efetivamente repassado para o adquirente, no percentual definido em lei, conforme planilha comparativa que apresenta, e mais documentos anexos, explicando que se trata de demonstração por amostragem.

Argumenta que o simples cruzamento dos preços de um mesmo produto, no mesmo período, em operações distintas, envolvendo vendas para empresas de grande porte e vendas para empresas de pequeno porte, comprova que o desconto foi dado ao adquirente.

Alega que, mesmo que a autoridade administrativa considere insuficiente a justificativa para aplicação da alíquota de 7%, o desconto exigido em lei foi efetivamente praticado.

Pondera que, mesmo admitindo ser válida a tese do fisco quanto a eventual insuficiência de informações nessa justificativa, a conduta da empresa não causou qualquer prejuízo ao erário, porquanto o tributo foi corretamente recolhido e o benefício foi repassado às micro e pequenas empresas. Acrescenta que, sendo mantido o entendimento do fisco, deveria ser relevada a penalidade, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no art. 158 do RPAF.

Pede o cancelamento do lançamento, ou que seja relevada a penalidade por ausência de dolo, fraude ou simulação, haja vista que todos os tributos relacionados foram devidamente recolhidos. Requer, alternativamente, que se determine diligência para apuração dos descontos dados às micro e pequenas empresas.

Mediante petição subsequente (fls. 602-603) informou que o valor do Certificado de Crédito anexo (fl. 605) se destina ao pagamento de parte do item 1º e à totalidade do item 3º.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 609-610) dizendo que anexou uma planilha com dados retirados do arquivo magnético enviado pelo contribuinte, na qual fica demonstrado que os preços praticados nas vendas para microempresas e empresas de pequeno porte não obedecem a uma forma sistemática de desconto. Aduz que na planilha se vê que os preços podem ser maiores ou menores, não havendo como comprovar que os descontos são repassados às microempresas e empresas de pequeno porte. Prossegue dizendo que as próprias cópias das Notas Fiscais apresentadas pela defesa podem demonstrar que os descontos nos preços são muito variáveis e não seguem um padrão nem o percentual determinado pela legislação. A seu ver, as Notas Fiscais apresentadas pelo contribuinte na defesa direcionam para que h  
descontos. A seu ver, o que aparenta é que não houve isenção po

colocar todas as Notas Fiscais, mas apenas as que poderiam levar a uma falsa idéia da verdade. Opina pela procedência do Auto de Infração.

Dadas cópias dos novos elementos anexados pelo autuante ao contribuinte, este se manifestou requerendo a juntada do comprovante de pagamento dos débitos dos itens 1º e 3º. Quanto ao item 2º, põe em destaque que as divergências apontadas pela fiscalização, no que tange à inexistência de uma forma sistemática de desconto para os preços praticados nas operações com microempresas e empresas de pequeno porte, foram apuradas com base em documentos eletrônicos transmitidos ao Sintegra, ressaltando que as informações transmitidas ao referido sistema não espelham com exatidão os procedimentos operacionais da empresa, quer por se tratar de meros dados isolados, cuja análise dissociada dos fatos pode causar erros de interpretação, quer por equívocos ou erros materiais praticados pela empresa em sua transmissão, gerados pelo grande volume das operações, e por essa razão considera indispensável a realização de diligência visando à análise conjunta dos arquivos eletrônicos com as Notas Fiscais, haja vista que a sua juntada aos autos fica impossibilitada em virtude da elevada quantidade de documentos, aproximadamente 300 por mês, totalizando cerca de 3.600 Notas por ano. Reitera o requerimento de diligência. Pede que a ação fiscal seja julgada improcedente, cancelando-se o Auto de Infração.

## VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de três lançamentos. O contribuinte impugnou apenas o item 2º.

A matéria em lide 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, deveria 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 meio de prova eleito pela empresa não corresponde ao critério estabelecido pela legislação, que seria a demonstração, no corpo de cada Nota Fiscal, de que o benefício realmente foi repassado ao adquirente das mercadorias, em forma de desconto.

A própria defesa transcreveu o inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS, e comentou, citando entre aspas, a parte final do inciso, segundo o qual o estabelecimento industrial era obrigado a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício, devendo o desconto ser demonstrado expressamente no documento fiscal.

A indicação expressa do desconto na Nota é uma forma objetiva de provar que o benefício foi repassado.

O autuado alega que deu o desconto aproximado no preço da mercadoria vendida, deixando expressamente registrada nas Notas Fiscais a observação de que aquelas saídas se submetiam ao regime previsto no art. 51 do RICMS. Assegura que em todos os casos em que foi consignada no documento fiscal a referida observação o desconto foi efetivamente repassado para o adquirente, no percentual definido em lei, conforme planilha comparativa que apresenta, e mais documentos anexos, explicando que se trata de demonstração por amostragem. Argumenta que o simples cruzamento dos preços de um mesmo produto, no mesmo período, em operações distintas, envolvendo vendas para empresas de grande porte e vendas para empresas de pequeno porte, comprova que o desconto foi dado ao adquirente.

O fiscal autuante prestou informação contrapondo que, de acordo com a planilha anexa aos autos, elaborada com dados retirados do arquivo magnético enviado pelo contribuinte, fica demonstrado que os preços praticados nas vendas para microempresas e empresas de pequeno porte não obedecem a uma forma sistemática de desconto.

A demonstração do repasse do benefício no próprio documento fiscal tem por finalidade dar transparência ao incentivo.

Por outro lado, a previsão do art. 51, § 1º, II, do RICMS nada tem a ver com a fixação de preços, de modo a haver preços para grandes empresas e preços para pequenas empresas. Para o Estado, nada impede que os preços sejam os mesmos para todos. Com efeito, 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.

O autuado alegou que repassaria o benefício para os adquirentes mediante preços diferenciados. Só há uma forma eficaz, a meu ver, 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 há prova conseqüentemente de que foi repassado o benefício ao adquirente, e sendo assim não foi cumprida a condição para fruição do benefício.

Mantenho o lançamento do item 2º do Auto de Infração.

Indefiro o requerimento de diligência, haja vista que, nos termos da lei, a forma de provar o atendimento da condição para fruição do benefício não foi atendida.

Quanto ao pedido de dispensa de multa, os dispositivos indicados dizem respeito a multa por descumprimento de obrigação acessória, e tal não é o caso do item 2º destes autos.

Os demais lançamentos não foram impugnados.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 29

**PAREX BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARGAMASSAS LT**

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 61.262,31**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 9.632,07**, prevista no inciso IX do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de março de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA