

**A.I. Nº** - 2711480004/17-0  
**AUTUADO** - COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 17.08.2018

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0117-02/18**

EMENTA: **ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE CONSUMO. É vedado utilizar crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração reconhecida. b) IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Somente é possível a apropriação de crédito fiscal corretamente destacado no documento fiscal. Infração reconhecida. 2. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOR. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração reconhecida. b) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA PARA EMPRESAS CADASTRADAS NA CONDIÇÃO "NORMAL". Restou comprovado que foi aplicada indevidamente a redução da base de cálculo nas operações de saída interna de mercadorias não destinadas a empresas de pequeno porte e microempresas, conforme previsto na legislação do ICMS. Infração parcialmente elidida. b) OPERAÇÕES COM MICROEMPRESAS. ALÍQUOTA DE 7%. FALTA DE REPASSE AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. Para adoção da alíquota de 7%, é preciso, dentre outros aspectos, que seja repassado para o adquirente (microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, inscritas como tais no cadastro estadual), sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal (Lei 7014/96, art. 16, inciso I, alínea "c"). O contribuinte não provou que tivesse concedido o desconto na forma prevista na lei. Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência ou perícia técnica. Infração mantida. 4. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Infração reconhecida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reduzida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NA EFD. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%**

do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. **b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Lavrado em 18/09/2017, o auto de infração exige o crédito tributário no valor histórico de R\$1.386.404,85, acrescido de multa decorrente das infrações a seguir.

**INFRAÇÃO 01 – 01.02.02** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, meses de fevereiro, abril a junho, e agosto a outubro de 2013; fevereiro, abril a junho, outubro e dezembro de 2014 com ICMS reclamado no valor de R\$8.251,25, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 309, §6º do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

**INFRAÇÃO 02 – 01.02.39** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais – notas fiscais de devolução sem destaque de ICMS, meses de julho e outubro de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$402,07, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, §6º do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

**INFRAÇÃO 03 – 02.01.02** – Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS, referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios – notas fiscais de saídas não escrituradas, meses de janeiro e julho de 2013, com ICMS reclamado no valor de R\$7.817,80, acrescido de multa de 100% prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.017/96 c/c art. 332, inciso I, § 1º do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

**INFRAÇÃO 04 – 02.01.03** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas – notas fiscais de remessa para conserto sem retorno, meses de janeiro, junho, setembro de 2013 e abril e julho de 2014, com ICMS reclamado no valor de R\$9.554,68, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

**INFRAÇÃO 05 – 03.02.02** – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas para empresas na condição “Normal” com alíquota de 7% quando o correto seria 17%, meses de janeiro, março a julho, setembro a dezembro de 2013 e janeiro a março, maio e junho de 2014, com ICMS reclamado no valor de R\$23.428,86, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 06 – 03.02.02** – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Referente às sucessivas saídas para Microempresas, estabelecidas no Estado da Bahia, aplicando a alíquota de 7%, prevista no artigo 16, inc. I, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, sem o repasse sob forma de desconto, cláusula obrigatória para o benefício previsto no Parágrafo 1º do citado artigo 16,

conforme Demonstrativo do ICMS Normal Recolhido a Menor Devido à Falta de Repasse sob Forma de Desconto, Nas Saídas no Estado para Microempresas e/ou Empresas de Pequeno Porte Beneficiadas com a Alíquota de 7% (sete por cento), parte integrante do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao contribuinte. Meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a outubro e dezembro de 2014, com ICMS reclamado no valor de R\$1.316.888,45, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 07 – 03.08.04** – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Meses de abril e julho de 2014, com ICMS reclamado no valor de R\$8.103,66, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02.

**INFRAÇÃO 08 – 06.02.01** – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Diferença de alíquotas das mercadorias que são para material de uso e consumo, cujo crédito de ICMS foi estornado por ser indevido. Meses de fevereiro, abril a junho, agosto a outubro de 2013 e fevereiro, maio, junho, outubro e dezembro de 2014, com ICMS reclamado no valor de R\$8.877,72, acrescido de multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

**INFRAÇÃO 09 – 16.01.01** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais eletrônicas não lançadas na EFD. Meses de janeiro, março, abril, agosto, novembro de 2013, janeiro, março, maio a setembro, novembro e dezembro de 2014, multa no valor de R\$1.335,21, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96 – Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c a alínea “c” do inciso II, art. 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

**INFRAÇÃO 10 – 16.01.02** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Notas fiscais eletrônicas não lançadas na EFD. Meses de fevereiro, maio julho, agosto, novembro e dezembro de 2013; janeiro, fevereiro, abril a junho, agosto e outubro a dezembro de 2014, multa no valor de R\$1.745,15, prevista no art. 42, inc. XI da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS – Decreto nº 13.780/2012.

A Autuada apresenta defesa em 20/11/2017, apensada aos autos às fls. 114 a 484 contestando as infrações **05** (parcialmente), e **06** sob os argumentos a seguir.

Inicialmente informa que procedeu ao recolhimento dos valores correspondentes as infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09, 10 e parcialmente a infração 05.

Afirma que procedeu em consonância com a legislação e dados resultantes das consultas ao sítio da Receita Federal do Brasil acerca do enquadramento das inscrições dos adquirentes de mercadorias como microempresas ou empresas de pequeno porte “conforme indicativos ME e EPP consignados ao final de seus respectivos nomes empresariais” quando tributou as saídas de mercadorias a estes contribuintes com a alíquota de 7% e não 17%, descabendo a autuação.

Lista destinatários que respaldaram a autuação constante da infração 05 e afirma que a maioria das notas fiscais que compõe o levantamento foi destinada a empresas enquadradas na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, portanto fazem jus ao benefício fiscal.

Cita que o destinatário COMERCIAL ITALUIZA LTDA (CNPJ nº 00.857.017/0001-60) além de enquadrada como Microempresa/Empresa de Pequeno Porte, tratava-se de optante pelo Simples Nacional – SN no período de 01/01/2008 a 31/12/2014 (época da ocorrência dos fatos geradores), e as empresas: HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI – ME, MULT CONSTRUÇÕES EIRELI – EPP e TERRA FORTE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E AGRÍCOLA LTDA. – EPP que apesar de não serem optantes pelo SN, estavam inscritas no cadastro estadual como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, portanto, nada há de irregular ao aplicar a alíquota reduzida nas vendas a elas destinadas.

Quanto à acusação contida na infração 06, diz que a fiscalização se limitou a verificar se o referido desconto constava expressamente nas notas fiscais de saídas de mercadorias destinadas a microempresas, como determina o art. 16, §1º da Lei nº 7.014/96: “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”. Portanto, a aplicação de alíquota reduzida exige do estabelecimento industrial ou equiparado a cumprir duas obrigações uma de caráter material e outra de natureza acessória.

Afirma que a obrigação de caráter material diz respeito a obrigatoriedade de que a venda de mercadorias as microempresas ou empresas de pequeno porte sejam efetuadas a um preço menor do que praticado normalmente contemplando neste preço o valor correspondente ao benefício obtido pela tributação reduzida a título de desconto e para facilitar o controle do estado, foi instituída a obrigação de natureza acessória que seja, fazer constar expressamente nos documentos fiscais a redução de preço concedida.

Declara que quando da venda dos condutores elétricos para clientes enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, aplicou a alíquota de 7% e concedeu o desconto cumprindo a obrigação de caráter material, entretanto, por mero equívoco procedimental, não promoveu o expresso destaque do repasse do desconto nos documentos fiscais emitidos, fato que não leva a concluir que efetuou recolhimento a menor do imposto.

Destaca como exemplo as variações de preços ocorridas em 2014 nas vendas do item CABO MACKFLEX, com inúmeras variações de características cuja análise comparativa constante no levantamento anexado – Doc. 08 – fls.167 a 217 permite avaliar a metodologia de fixação de preços praticada tanto nas vendas a microempresas ou empresas de pequeno porte, quanto a empresas normais.

Repisa que a mesma metodologia é aplicada aos demais produtos vendidos e exemplifica, a título ilustrativo, os casos dos itens: FIO SÓLIDO, CORDÃO TORCIDO E CABO MACKRIGIDO, demonstrando dados em tabela.

Assegura que claramente fica comprovado nos anexos – Doc. 09 – fls. 218 a 484 que repassou às microempresas ou empresas de pequeno porte sob forma de desconto, os valores correspondentes a aplicação da alíquota reduzida e que a falta do correto preenchimento da nota fiscal não acarretou no recolhimento a menor do imposto.

Transcreve texto atribuído ao jurista Roque Antonio Carraza que assevera:

*“A nota fiscal é simplesmente o documento onde fica consignado o valor da operação mercantil realizada, e, por via de consequência, o valor do ICMS a pagar. Assim, deve registrar o verdadeiro valor da operação, para que a cobrança do imposto se perfaça corretamente.*

*No entanto, a eventual circunstância de apresentar irregularidades ou omissões não impede que o contribuinte desfrute, por inteiro, do seu direito constitucional subjetivo de recolher exatamente o montante devido a título de ICMS”*

Deduz que a sistemática adotada pela fiscalização é mera presunção de ausência de repasse do desconto às microempresas e empresas de pequeno porte, que pode ser afastada pelo exame dos demonstrativos e levantamentos anexados (Doc. 08 e Doc. 09).

Reforça que o descumprimento de obrigação acessória não tem o condão de modificar a verdade dos fatos, motivo pelo qual não deve prosperar a acusação e que apresentando a documentação apta a comprovar a verdade material dos fatos deve a Autoridade Fazendária realizar a apreciação das provas, sob pena de privilegiar o formalismo em detrimento da busca da verdade material.

Pugna pela improcedência parcial da infração 05, e total da infração 06.

Por fim requer a realização de diligência fiscal para constatação dos fatos alegados e dos documentos colacionados.

O Autuante prestou a informação fiscal apensa aos autos às fls. 487 a 489 onde contesta a defesa com os argumentos a seguir.

Constata o reconhecimento integral das infrações já citadas na defesa e a realização do respectivo pagamento do valor cobrado.

Quanto a acusação contida na infração 05, reconhece ter cabimento em parte a argumentação da Autuada, especificamente no que se refere à empresa ITALUIZA e refaz o demonstrativo de débito correspondente a citada infração reduzindo o valor cobrado de R\$23.428,86 para R\$12.152,99.

Quanto aos argumentos e documentos apresentados na peça defensiva relativamente a infração 06, destaca inicialmente o teor do art. 111 do Código Tributário Nacional para reforçar a determinação legal de que *“Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: ... dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”*

Transcreve o conteúdo do art. 16 da Lei nº 7.014/96, destacando o que preconiza o §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.”*

Diz que após análise das operações comprova que não houve o repasse do desconto para o adquirente das mercadorias, motivo pelo qual, mantém a integralidade da autuação.

Conclui requerendo que o auto de infração seja julgado procedente.

A Autuada foi intimada a tomar ciência da informação em 22/02/2018 (fls. 496 e 497), se manifestando em 05/03/2018 às fls. 499 a 518 argumentando conforme segue.

Renova os termos e argumentos da defesa, inicialmente afirmando ter demonstrado que parte das vendas ensejadoras da infração 05, foram efetuadas a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme atestam os comprovantes de consultas no cadastro de CNPJ e relativamente a infração 06, ao aplicar a alíquota de 7%, repassou, sob forma de desconto, as microempresas e empresas de pequeno porte, o valor aproximadamente correspondente ao benefício, a despeito de não ter efetuado o destaque do abatimento concedido nos respectivos documentos fiscais.

Afirma que os demonstrativos constantes da defesa evidenciaram a variação de preços de alguns produtos, bem como a concessão dos descontos nas vendas realizadas às microempresas e empresas de pequeno porte e volta a requerer a realização de diligência fiscal.

Aduz que embora tenha demonstrado que a empresa COMERCIAL ITALUIZA LTDA., estava enquadrada como ME ou EPP, optante pelo Simples Nacional no período em que foram emitidas as notas fiscais alcançadas pela autuação (jan./2013 a jun./2014), não teve foco no enquadramento da empresa no Simples Nacional, tendo afirmado que as vendas foram efetuadas para empresas enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte.

Argumenta que a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores não exigia a opção pelo Simples Nacional, mas tão somente o enquadramento como ME ou EPP, como atesta o texto transcrito do art. 16, alínea “c” da Lei nº 7.014/96 (redação vigente de 01/01/1999 a 22/03/2015).

Quanto a infração 06, afirma que o Autuante manteve integralmente o débito lançado, fato que não encontra-se comprovado nos autos e o mesmo furtou-se a apontar qual documentação faria

prova ou conduziria a conclusão da inexistência do desconto, limitando-se a apenas verificar se o referido desconto constava expresso nas notas fiscais.

Ressalta que jamais negou o fato de não ter expressado o destaque do repasse do desconto nas notas fiscais, o que não pode conduzir a conclusões imediatistas de que descumpriu a obrigação de praticar um preço menor nas vendas para ME ou EPP correspondente ao benefício decorrente da tributação diferenciada.

Cita e anexa (Doc. 02 – fls. 513 a 518) e o Acórdão do CONSEF CJF nº 0328-12/13 referente ao julgamento do recurso voluntário do auto de infração nº 206826.0001/07-4 que trata da mesma matéria onde o voto da relatora reconheceu a insubsistência da infração.

Reforça que não procedeu ao expresso destaque dos descontos concedidos às ME e EPP nas notas fiscais por mera falha de procedimento, entretanto a análise dos documentos e demonstrativos provará que os citados descontos foram concedidos, mencionando os produtos cabo MACKFLEX cuja análise comparativa permite avaliar a metodologia da fixação de preços.

Por fim pugna pela improcedência parcial da infração 05 e total da infração 06.

O Autuante presta nova informação fiscal às fls. 521 informando que mantém na integralidade o que foi informado anteriormente, haja vista que nada de novo foi apresentado na manifestação.

É o relatório.

## VOTO

O presente lançamento contempla 10 (dez) infrações descritas e já relatadas. A Autuada reconheceu e pagou os valores lançados atinentes às infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09, 10 e reduzida a infração 05, contestando as infrações **05** (parcialmente), e **06** (integralmente). Assim, considero desde já, subsistente os itens que foram reconhecidos.

Após examinar as peças componentes do processo, no que se refere aos aspectos formais e materiais, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, não constato falta dos requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, constando que estão definidos o autuado, os montantes e o fato gerador do crédito tributário reclamado. O Autuante descreveu os fatos que determinaram a infração de forma detalhada, com a exposição das irregularidades constatadas.

A autoridade administrativa que constituiu o crédito tributário, competente para tal, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e, propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN.

Registro também que foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, tornando o lançamento de ofício excluído de possível enquadramento nas hipóteses do art. 18, do RPAF/99.

Indefiro o pedido de diligência fiscal com fundamento no art. 147, I, “a” e II, do RPAF/99, pois vejo que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo, dessa forma a Autuada demonstrar suas alegações, visto que não é admissível a realização de diligência ou perícia técnica, se destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do sujeito passivo e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos. Por outro lado, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de desnecessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores.

No mérito, as infrações 05 e 06 tratam do recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte fez uso inapropriado da alíquota de 7%, prevista no art. 16, inc. I, alínea “c” da Lei 7.014/96 (infração 05), cuja aplicação se restringe as saídas diretamente do estabelecimento fabricante situado neste Estado com destino a empresas de pequeno porte e microempresas

inscritas no cadastro estadual, 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 do citado artigo.

Em relação à infração 06, o sujeito passivo fez uso inapropriado à alíquota de 7%, previsto no inciso II do §1º do art. 16 da citada Lei na medida em que não repassou para o adquirente, o desconto na nota fiscal, equivalente ao benefício fiscal concedido.

Na defesa a Autuada alega que no levantamento que compõe a infração 05, foram incluídas empresas adquirentes de mercadorias que se emolduravam na regra do art. 16, inc. I, alínea "c" da Lei 7.014/96, ou seja, não eram empresas enquadradas na condição normal, portanto devem ser excluídas os respectivos valores a elas correspondentes. São as empresas: COMERCIAL ITALUIZA LTDA. (CNPJ Nº 00.857.017/0001-60); HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA EIRELI – ME (CNPJ Nº 07.155.464/0001-16); MULTI CONSTRUÇÕES EIRELI – EPP (CNPJ Nº 11.862.351/0001-28) E TERRA FORTE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E AGRÍCOLA LTDA. – EPP (CNPJ Nº 13.681.748/0001-49).

O Autuante quando da informação fiscal, reconhece a procedência da defesa exclusivamente com referência a empresa COMERCIAL ITALUIZA LTDA. (CNPJ Nº 00.857.017/0001-60) promovendo a exclusão dos valores correspondentes a esta, reduzindo o valor da infração, que acolho.

Na manifestação (fls. 499 a 518) a Autuada reitera seus argumentos assinalando que a legislação vigente a época da ocorrência dos fatos geradores não exigia que o adquirente fosse optante pelo Simples Nacional, mas tão somente que estivesse enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Vejamos o texto legal vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

*“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 de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas "a" a "j" do inciso II;” (Grifo nosso).*

Redação da alínea "c", do inciso I do caput do art. 16 pela Lei 7.357, de 04/11/98, DOE de 05/11/98, efeitos de **01/01/99 a 22/03/15**.

Constato em consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte – INC, que as empresas citadas na defesa, efetivamente, à época da ocorrência dos fatos geradores, não se encontravam enquadradas na condição NORMAL.

Dessa forma, considerando a vigência da legislação conforme texto transcrito, acolho os argumentos, excluindo da infração 05 os valores correspondentes as empresas acima citadas inclusive a exclusão efetuada pelo Autuante. Dessa forma, a infração 05 reduz o valor cobrado de R\$23.428,86 para R\$16.838,99 conforme novo demonstrativo de débito.

#### **Infração 05**

<b>Data Ocorrência</b>	<b>Data Vencimento</b>	<b>Base Cálculo</b>	<b>Alíquota (%)</b>	<b>Multa (%)</b>	<b>Valor Histórico</b>
31/01/2013	09/02/2013	24.045,12	17,00	60,00	4.087,67
31/03/2013	09/04/2013	2.261,35	17,00	60,00	384,43
30/04/2013	09/05/2013	4.659,65	17,00	60,00	792,14
31/05/2013	09/06/2013	7.240,59	17,00	60,00	1.230,90
30/06/2013	09/07/2013	6.801,59	17,00	60,00	1.156,27
31/07/2013	09/08/2013	734,65	17,00	60,00	124,89
30/09/2013	09/10/2013	4.799,41	17,00	60,00	815,90
31/10/2013	09/11/2013	6.109,00	17,00	60,00	1.038,53

30/11/2013	09/12/2013	10.995,71	17,00	60,00	1.869,27
31/12/2013	09/01/2014	9.583,45	17,00	60,00	1.629,19
31/01/2014	09/02/2014	9.544,30	17,00	60,00	1.622,53
28/02/2014	09/03/2014	3.186,94	17,00	60,00	541,78
31/03/2014	09/04/2014	0,00	17,00	60,00	0,00
31/05/2014	09/06/2014	2.630,00	17,00	60,00	447,10
30/06/2014	09/07/2014	6.461,12	17,00	60,00	1.098,39
<b>Total</b>					<b>16.838,99</b>

A acusação fiscal que trata na infração 06 versa sobre o recolhimento a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em decorrência da falta de repasse para o adquirente, sob a forma de desconto, do valor correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da alíquota de 17%, nas saídas internas para contribuintes inscritos na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

No que concerne ao mérito da infração 06, a Autuado na argumentação defensiva aduz que a exigência fiscal se reporta ao descumprimento da obrigação acessória de fazer constar na nota fiscal expressamente o benefício da adoção da alíquota de 7% em vez da alíquota de 17%, tese que fundamentou sua defesa e diz que teria repassado sob a forma de desconto, o benefício da aplicação da alíquota reduzida aos adquirentes das mercadorias.

Apresenta planilha com dados colhidos, por amostragem, acerca dos preços médios de produtos praticados sob a alíquota de 7% e de 17% afirmando que teria demonstrado a redução, nos preços médios praticados para diversos itens da autuação, tanto para a situação em que se beneficiou da alíquota reduzida, quanto para aquela situação submetida à alíquota comum.

Sobre a matéria, assim dispõe a legislação, no inciso II do §1º c/c alínea “c”, inciso I do art. 16 da Lei 7.014/96 vigente à época da ocorrência dos fatos geradores:

*“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 de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas “a” a “j” do inciso II;*

*(...)*

*§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:*

*(...)*

*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.”*

Conclui-se, portanto que o objetivo expresso na Lei é o repasse ao adquirente na forma de desconto do benefício fiscal que necessariamente deve constar no documento fiscal, o cálculo para fins de comprovação do benefício concedido.

É evidente que o cumprimento da exigência expressa no dispositivo acima não se materializa apenas na aposição na nota fiscal da alíquota de 7% e muito menos se restringe a indicação de que está sendo concedido o benefício fiscal ao adquirente, restringindo a exigência regulamentar a uma simples obrigação acessória, como argumentou a defesa. Ou seja, ao reduzir a alíquota de 17% para 7% nas operações de vendas internas de empresas industriais baianas para

microempresas e empresas de pequeno porte, o benefício visa à efetiva diminuição da carga tributária nessas operações em exatos 10,75269%.

Para comprovar com certeza a ocorrência, ou não, do cumprimento da concessão do desconto há de se proceder à comparação entre os preços unitários dos produtos em idênticas condições de quantidade e data da venda, praticados pelo sujeito passivo nas operações com empresas normais e com microempresas e empresas de pequeno porte.

Não é bastante a indicação na nota fiscal de vendas a adoção da alíquota de 7% e a informação de que fora aplicado o desconto, visto que ao se reduzir a alíquota de 17% para 7% o contribuinte adquirente das mercadorias tem uma redução efetiva de imposto de R\$17,00 para R\$6,25, correspondendo a um desconto de R\$10,75 numa base de cálculo hipotética de R\$100,00 como veremos.

Na base de cálculo do ICMS está incluso o próprio imposto. Adotando uma venda hipotética com o preço de venda a R\$100,00 (base de cálculo do ICMS), equivale dizer que esta base cálculo é composta pelo custo de R\$83,00 e pelo imposto de R\$17,00. Para caracterizar o benefício, ora discutido, é indispensável a redução da alíquota de 17% para 7%, portanto, a base de cálculo passaria a R\$89,25, ou seja, R\$83,00 somado a R\$6,25 (7% sobre a base de cálculo de R\$89,25). Dessa forma a redução de alíquota para 7% equivale a um desconto de 10,75269% sobre a base de cálculo original.

Para caracterizar o cumprimento do que determina o dispositivo legal acima citado é imprescindível que fique comprovada a efetiva aplicação da redução de 10,75269% do preço praticado pelo vendedor nas mesmas operações com empresas normais.

Dos documentos anexados pela defesa não há como comprovar o efetivo repasse do benefício fiscal às empresas adquirentes na forma descrita pela Lei, não ficou demonstrado que as diferenças de preço corresponderam ao repasse do benefício concedido às microempresas.

Ao examinar o Doc. 09, anexado aos autos às fls. 218 a 484, não constatei elementos que pudessem elidir a infração, visto que não existe nexo entre os dados apresentados e o que se pretende provar.

Tomo como exemplo, para não estender mais o meu voto, um dado do citado documento. Nas fls. 220 são demonstradas, para confrontação, duas notas fiscais: uma de venda de mercadorias a empresa na condição normal (alíquota de 17%) e outra para uma microempresa (alíquota de 7%) com o fito de demonstrar que a Autuada praticou preços unitários diferenciados e repassou o benefício da redução para a microempresa. Neste sentido foi escolhido um produto: CABO MACKCRIGIDO BFW 1x6,00 MM<sup>2</sup> VERDE 450/750V, constante nas notas fiscais eletrônicas: nº 1000012326 (venda para empresa Normal) e nº 10000121111 (venda para ME ou EPP) apontando uma diferença de preço unitário a favor da ME/EPP no percentual de 14,44%.

Analisando as citadas notas fiscais às fls. 222 e fls. 437, respectivamente, verifico que não existe nenhum produto coincidente discriminado nas duas NFE, tampouco, identifiquei os preços unitários citado na planilha. Ou seja, não podemos chegar a nenhuma conclusão probatória pretendida.

A atividade probatória tende à constituição ou desconstituição dos fatos, mediante convencimento do julgador e tem como objetivo convencer o destinatário sobre a verdade ou falsidade de um fato, o que se dá com o conhecimento dos elementos trazidos ao processo.

Volto a frisar que apenas a indicação no documento fiscal da concessão do desconto, na forma exigida pela Lei, é insuficiente para demonstrar que o valor do desconto foi repassado para o adquirente, consoante exige a legislação do ICMS.

Registro que este entendimento tem prevalecido em decisões deste CONSEF a exemplo dos seguintes acórdãos: 1ª Câmara de Julgamento Fiscal – Acórdão CJF Nº 0347-11/14; 5ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF Nº 0195-05/16; 2ª Câmara de Julgamento Fiscal – Acórdão CJF Nº

0173-12/07; 4ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF Nº 0152-04/05 e 3ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF Nº 0158-03/17.

Portanto fica mantida a infração 06.

Pelo exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2711480004/17-0**, lavrado contra **COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.376.734,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.368.916,42 e de 100% sobre R\$7.817,80 previstas no art. 42, inciso VII, alínea “a” II, “a”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.080,36**, prevista no art. 42, inciso IX e XI, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR