

PROCESSO - A. I. Nº 279104.0007/04-8
RECORRENTE - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0152-04/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 20/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0310-11/05

EMENTA. ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O benefício da redução da alíquota de 17% para 7% é condicionado à comprovação do repasse do benefício em forma de desconto às empresas optantes do SimBahia e, também, não se aplica às mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária. Infrações caracterizadas. Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0152-04/05, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$275.309,67, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pelo fato de o contribuinte ter utilizado o benefício do Decreto nº 7.466/98 sem observância das condições previstas (janeiro de 1999 a junho de 2004) - R\$274.735,17;
2. Recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pelo fato de o contribuinte ter utilizado indevidamente o benefício previsto no Decreto nº 7.466/98 em operações de vendas, a microempresas, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (agosto a dezembro de 2003) - R\$574,50.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, preliminarmente, indeferir o pedido de diligência suscitado pelo autuado considerando que as provas acostadas ao PAF eram suficientes para seu convencimento e afastar o argumento defensivo, de inconstitucionalidade da taxa SELIC, tendo em vista o disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, aquele órgão julgador se manifestou pela Procedência do Auto de Infração, relativamente à infração 2, porque foi reconhecida pelo contribuinte, e, em referência à infração 1, sob o entendimento de que:

- a) “nas amostragens trazidas aos autos, ficou demonstrado que as diferenças de preço não corresponderam em qualquer momento ao repasse do benefício concedido pelo Estado às microempresas, além das situações em que ficou evidenciado que o preço da mercadoria cobrado nas vendas às microempresas era superior ao valor das mercadorias destinadas a contribuinte do ICMS não alcançado pelo benefício fiscal (fl. 1.294 dos autos)”;
- b) ficou provado que não houve o atendimento ao disposto no artigo 51, § 1º, inciso II, do RICMS/97.

Em seu Recurso Voluntário, referente à infração 1 (fls. 1339 a 1353), o sujeito passivo afirma que se dedica à industrialização e comercialização de produtos alimentares resfriados e refrigerados, em especial matérias-primas e derivados de leite, efetuando vendas a pequenas e microempresas que, por muitas vezes, gozam de regime especial e de benefícios fiscais em relação aos tributos e contribuições, a exemplo daquele concedido por meio do Decreto nº 7.466/98 que alterou dispositivos do RICMS-BA (inciso II do § 1º do artigo 51 do RICMS/97, que transcreveu).

Acrescenta que a sistemática de redução de alíquota *in casu* não é processada através do destaque, na nota fiscal de venda, da redução pura e simples da alíquota de 17% para 7%, mas assenta-se no desconto de 10,75269% sobre o valor da mercadoria vendida para, posteriormente, aplicar-se a alíquota de 7%, resultando em um encargo financeiro efetivo correspondente aos 7%.

Argumenta que, embora o desconto concedido não tenha sido indicado expressamente nas notas fiscais de vendas, a sistemática pode ser verificada nos documentos fiscais pois, *“ao destacar o valor unitário dos produtos vendidos às microempresas, já o faz com os descontos necessários, ou seja, o valor unitário dos produtos já possuem (sic) o desconto determinado pelo fisco baiano”*, tendo havido apenas o *“descumprimento de dever instrumental”* passível de penalidade de caráter acessório e não a multa de 60%, que considera desproporcional e não corresponde à infração ocorrida (falta de destaque do desconto na nota fiscal). Apresenta, como exemplo, fotocópias de notas fiscais, afirmando que o valor unitário da mercadoria com código 413468 é de R\$15,15, à alíquota de 17%, e de R\$13,15 à alíquota de 7%. Quanto ao produto de código 413413, diz que o valor unitário é de R\$64,67 e R\$58,11, à alíquota de 17% e 7%, respectivamente.

Alega que as mercadorias foram efetivamente vendidas a microempresas e, apenas para argumentar, aduz que *“a falta de informação do desconto nas notas fiscais só pode levar essa Colenda Câmara Julgadora à conclusão de que a base de cálculo utilizada pelo recorrente para a apuração de ICMS à alíquota de 7% foi maior do que a que deveria ser, pois que desprovida do desconto determinado pela legislação tributária baiana”*.

Afirma, *ad argumentandum tantum*, que o autuante, ao definir o montante do imposto supostamente recolhido a menos, utilizou como base de cálculo o valor total das notas fiscais emitidas mensalmente para as microempresas e aplicou o percentual de 17%, *“sem fazer qualquer dedução do valor já recolhido pelo recorrente sobre esta base de cálculo, correspondente à alíquota de 7% aplicada sobre as notas fiscais de venda”*.

Suscita a inconstitucionalidade da taxa SELIC como forma de atualização do débito, sob a seguinte argumentação:

- a) é mero reflexo das variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não se constituindo em índice que pudesse espelhar a variação do poder aquisitivo da moeda;
- b) o Código Tributário Nacional determina, em seu artigo 161, § 1º, que os juros serão de 1% se a lei não dispuser em contrário e a taxa SELIC não foi criada por lei;
- c) a Constituição Federal proíbe a aplicação de taxas de juros superiores a 12% ao ano (artigo 192, § 3º). Transcreve o artigo 192, § 3º, da Carta Magna de 1988 e trechos de votos de decisões do Superior Tribunal de Justiça, para concluir que esta taxa, além de conter juros exorbitantes, traz em seu bojo a correção monetária do período.

Requer, finalmente, a nulidade ou a improcedência do lançamento em discussão, a produção de qualquer meio de prova em direito admitido e diligência para verificação *in loco* em seus documentos.

A Douta representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 1357 e 1358) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, fundamentada nos seguintes argumentos:

1. que concorda com o argumento do recorrente, quando afirma que o requisito para fruir o

benefício fiscal em análise não é a indicação na nota fiscal do desconto fornecido, mas a efetiva “concessão da redução do valor da operação”. Ressalta, entretanto, que tal fato não foi demonstrado pelo sujeito passivo, comentando que os elementos constantes dos autos, a exemplo da informação fiscal e da Decisão recorrida, indicam exatamente o contrário;

2. tomando como exemplo a mercadoria de código 35670 (chamyto 6 potes), diz que consta na nota fiscal, emitida em abril de 2003 e destinada a contribuinte normal (17%), o valor unitário de R\$47,67, enquanto que o mesmo produto tem preço unitário de R\$50,03 na saída para microempresa (7%), conforme os documentos apensados às fls. 1282 e 1284;
3. relativamente ao exemplo acima, afirma que: a) não é razoável imaginar-se que, mesmo com a suposta redução de 10% na alíquota, o preço praticado para a microempresa é superior, ainda que se diga que o contribuinte normal tenha tratamento especial por adquirir em grandes quantidades; b) o prazo concedido para a microempresa é de apenas 15 dias, enquanto que, para a empresa normal, foi oferecido o prazo de 30 dias, não cabendo o argumento de diferença de prazos para a aplicação de preços divergentes.

Finalmente, conclui que, com base nos elementos constantes do PAF, o contribuinte “*não concedeu o desconto previsto em lei (a exemplo das mercadorias códigos 35670/35262/34444), ou praticou preços inferiores sem qualquer correlação com a diminuição da carga tributária*” e que tal demonstração cabe à empresa autuada, pois o benefício fiscal é condicionado, isto é, o contribuinte somente terá direito à redução da alíquota se demonstrar, de forma inequívoca, o repasse da redução da carga tributária à microempresa.

Quanto à taxa SELIC, salienta que a questão é por demais debatida nos Tribunais Superiores, os quais têm, reiteradamente, exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade de sua aplicação, conforme o trecho que transcreveu de Decisão do Superior Tribunal de Justiça no AGRESP 438757/MG.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo recorrente, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, o próprio contribuinte poderia ter trazido, ao PAF, as provas de que dispunha para demonstrar as suas alegações.

No mérito, verifico que o presente Recurso Voluntário se destina à reforma da Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal apenas no que se refere à infração 1 do lançamento, na qual se exige o imposto que foi recolhido a menos em razão de o autuado, ora recorrente, ter efetuado vendas de mercadorias a microempresas utilizando-se da alíquota de 7%, embora não tenha indicado, nas notas fiscais, o desconto que estaria sendo repassado aos adquirentes, como previsto no artigo 51, inciso I, alínea “c” combinado com o seu § 1º, inciso II, do RICMS/97 (redação dada pelo Decreto nº 7.466/98).

O recorrente argumentou que, embora o desconto concedido não tenha sido indicado expressamente nas notas fiscais de vendas, a sistemática pode ser verificada nos documentos fiscais, pois, “*ao destacar o valor unitário dos produtos vendidos às microempresas, já o faz com os descontos necessários, ou seja, o valor unitário dos produtos já possuem (sic) o desconto determinado pelo fisco baiano*”, tendo havido apenas o “*descumprimento de dever instrumental*” passível de penalidade de caráter acessório.

Obviamente não é a mera indicação da existência de desconto nos documentos fiscais que autoriza o contribuinte industrial a aplicar a alíquota de 7% nas vendas de mercadorias para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, pois há que ser comprovado o efetivo repasse aos adquirentes, do valor que deixou de ser tributado. Não se trata de benefício fiscal concedido à empresa industrial, mas ao adquirente inscrito no SimBahia, e, dessa forma, não

ficando demonstrado o referido repasse do benefício, não há que se falar em redução da alíquota do ICMS, de 17% para 7%.

Na presente lide constato, pela análise das notas fiscais apensadas aos autos, que o autuado trouxe, como exemplos, fotocópias de quatro notas fiscais, apresentando, para a mercadoria com código 413468 (Nestlé Pudim Muuuu), o valor unitário de R\$15,15, à alíquota de 17%, e de R\$13,15 à alíquota de 7%. Quanto ao produto de código 413413 (Chambinho Maxi) disse que o valor unitário foi de R\$64,67 e R\$58,11, à alíquota de 17% e 7%, respectivamente. Entretanto, a amostragem apresentada demonstra apenas que houve diferença nos preços unitários de cada mercadoria – de 13,20% e 10,14%, respectivamente –, descontos que não correspondem ao benefício concedido pelo Estado às microempresas, da ordem de 10,75269%, conforme o previsto na Instrução Normativa nº 38/94.

Ressalto, ainda, que, como bem indicado na Decisão recorrida, *“os autuantes apresentaram outras notas fiscais, identificando os códigos das mercadorias como de nºs 3413, 3568, 3567, 3526 e 3444 (fls. 1.282/1.286). Indicaram o valor do preço unitário com alíquota de 7% e com alíquota de 17%. Realizaram uma comparação e encontraram um percentual de desconto na ordem de 18,09% para o produto com código 3414; 18,96% para o produto de código 3568; 4,99% para o produto de código nº 3567; 19,03% para o código de produto 3526 e 27,45% para o produto de código nº 3444”*.

Pelo exposto, verifico que os descontos concedidos pelo contribuinte não guardam nenhuma correlação com a redução da alíquota, de 17% para 7%, prevista no artigo 51, inciso I, alínea “c” combinado com o seu § 1º, inciso II, do RICMS/97, nas vendas realizadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. Trata-se, ao invés, de descontos concedidos por razões mercadológicas, tais como a iminência de extinção do prazo de validade das mercadorias, o menor prazo para pagamento das faturas etc.

Para comprovar definitivamente que as provas trazidas ao PAF depõem contra o contribuinte, há casos em que os preços unitários das mercadorias, nas vendas a empresas do SimBahia, são superiores àqueles constantes em notas fiscais de vendas a empresas inscritas como “normal” (fls. 1282 a 1286), demonstrando, sem sombra de dúvida, que, apesar de utilizar a redução da alíquota do ICMS, de 17% para 7%, o autuado não o repassou, sob a forma de desconto, aos adquirentes, descumprindo a legislação em vigor. Como se trata de um benefício fiscal condicionado, não satisfeita a condição legal, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação, à alíquota de 17%, nos termos do artigo 38, da Lei nº 7.014/96. Reitero, por fim, que a redução da carga tributária não é concedida, pelo Estado da Bahia, à empresa industrial, mas à empresa adquirente inscrita no SimBahia, com o intuito de estimular a ocorrência de tais operações de circulação de mercadorias.

Também não pode ser aceito o argumento do recorrente, de que os autuantes utilizaram a base de cálculo e aplicaram o percentual de 17% *“sem fazer qualquer dedução do valor já recolhido pelo recorrente sobre esta base de cálculo, correspondente à alíquota de 7% aplicada sobre as notas fiscais de venda”*. Pelos demonstrativos acostados às fls. 21 e 727, os prepostos fiscais fizeram incidir, sobre a base de cálculo (saídas de mercadorias para empresas do SimBahia), o percentual de 10%, exatamente a diferença entre as alíquotas de 17% e 7%, estando, portanto, correta a apuração do ICMS devido.

Quanto à taxa SELIC, observo que este é o índice previsto no inciso II do § 2º do artigo 102 da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para o cálculo dos acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, não cabendo a este órgão julgador, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, apresentado pelo autuado, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS.

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 a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279104.0007/04-8**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$275.309,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS