

PROCESSO - A. I. Nº 279104.0014/04-4
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0112-01/05
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 20/12/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0447-12/05

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PAGAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO. O pagamento integral do Auto de Infração implica renúncia ao direito de recorrer e extinção do processo na via administrativa. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 23/12/2004 exige ICMS, no valor de R\$1.393.523,69, pelas seguintes irregularidades:

- 1) recolheu a menos o imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Utilizou o benefício do Decreto nº 7.466/98 sem observância das condições previstas, nos meses de janeiro de 1999 a junho de 2004, no total de R\$1.361.760,28;
- 2) recolheu a menos o imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Utilizou indevidamente o Decreto nº 7.466/98 em operações de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária à microempresas, nos meses de janeiro a dezembro de 2000, no total de R\$ 2.067,61;
- 3) recolheu a menos o imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Utilizou o Decreto nº 7.466/98 nas vendas de leite sem observância das condições previstas, nos meses de janeiro a setembro de 2003, no total de R\$29.695,80.

A JF decidiu pela Procedência do Auto de Infração com a seguinte fundamentação em seu voto:

Rejeito a solicitação de revisão por fiscal estranho ao feito, haja vista que os elementos de provas e informações trazidos aos autos, tanto pelo autuado como pelos autuantes, são suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

Quanto a arguição de inconstitucionalidade da taxa SELIC abstenho-me de qualquer consideração por não se incluir na competência do órgão julgador no âmbito administrativo apreciar tal questão.

No que se refere ao pedido feito na peça defensiva para que as intimações e notificações sejam encaminhadas aos seus procuradores, nada obsta que o órgão competente para fazer as intimações remeta os instrumentos próprios para o endereço indicado, porém será igualmente válida a intimação encaminhada para o endereço do contribuinte, a menos que este se encontre sem funcionamento. A intimação do sujeito passivo constitui procedimento disciplinado no art. 108 do RPAF.

No mérito, examinando as peças que compõem o presente processo, verifico que o autuado reconheceu devido o valor exigido no item 02 do Auto de Infração que diz respeito a recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas

saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter sido utilizado indevidamente o benefício do Dec. 7.466/98, em operações de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária à microempresas. E, impugna os valores exigidos nos itens 01 e 03 que se referem a utilização do benefício previsto no Decreto nº 7466/98 sem que tivesse sido observado as condições nele previstas, ou seja, o de conceder benefícios de redução de alíquota para vendas efetuadas às microempresas.

No tocante a parte impugnada, o sujeito passivo alega que ao destacar o valor unitário dos produtos vendidos às microempresas, neste preço já está indicado o valor com o desconto determinado pelo fisco baiano. Apresentou, por amostragem, 01 nota fiscal para cada um dos 04 produtos (venda com destaque de 7% e 17%) apontando nos documentos apresentados o valor unitário dos produtos de códigos: 415243, 415709, 414530 e 411524, em que constam vendas para microempresas e contribuinte regime normal de tributação, para demonstrar ter havido diferença no preço unitário por desconto concedido com o benefício de redução de alíquota. Também, identifica os produtos com códigos 3156, 5814, 5259 e 5225. No entanto, tais amostragens apenas indicam ter havido diferenças de preços unitários nos documentos apresentados, cujos descontos não correspondem ao benefício concedido pelo Estado às microempresas, na aplicação da alíquota de 7% em vez de 17%, senão vejamos:

No produto com código nº 415243 foram apresentados os preços unitários de R\$ 79,72 e R\$ 72,60, o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$ 79,72, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$79,72 \times 0,83$) a quantia de R\$ 66,17, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 71,15, e não de R\$ 72,60 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10,75%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 8,93%.

No produto com código nº 415709 foram apresentados os preços unitários de R\$ 9,88 e R\$ 8,44, o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$ 9,88, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$9,88 \times 0,83$) a quantia de R\$ 8,20, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 8,82, e não de R\$8,44 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10,728%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 14,574%.

No produto com código nº 414530 foram apresentados os preços unitários de R\$248,18 e R\$217,06, o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$248,18, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$248,18 \times 0,83$) a quantia de R\$ 205,99, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 221,49, e não de R\$217,06 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10,754291%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 12,54%.

No produto com código nº 411524 foram apresentados os preços unitários de R\$73,08 e R\$64,82, o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$73,08, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$73,08 \times 0,83$) a quantia de R\$ 60,66, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria

vendida a importância de R\$ 65,22, e não de R\$64,82 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10, 755336%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 11,30%.

Também o autuado trouxe aos autos, como exemplificação, os produtos com códigos 3156, 5814, 5259 e 5225 para argumentar que tivesse concedido o desconto já embutido na determinação do preço unitário.

No produto com código com código 3156 foram apresentados os preços unitários de R\$83,39 e R\$72,41, o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$83,39, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$83,39 \times 0,83$) a quantia de R\$ 69,21, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 74,42, e não de R\$72,41 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10, 755336%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 13,17%.

No produto com código nº 5814 foram apresentados os preços unitários de R\$53,07 e R\$44,31 o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$53,07, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$53,07 \times 0,83$) a quantia de R\$ 44,05, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 47,36, e não de R\$44,31 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10, 759%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 16,50%.

No produto com código nº 5259 foram apresentados os preços unitários de R\$47,59 e R\$41,32 o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$47,59, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$47,59 \times 0,83$) a quantia de R\$ 39,50, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 42,47, e não de R\$41,32 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10, 758%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 13,17%.

No produto com código nº 5225 foram apresentados os preços unitários de R\$144,06 e R\$129,11 o que significa que se tomarmos por base o valor da mercadoria vendida já embutida a alíquota de 17%, no caso o valor de R\$144,06, teremos como valor da mercadoria sem o ICMS ($R\$144,06 \times 0,83$) a quantia de R\$ 119,57, que dividido por 0,93 para se verificar o valor do ICMS à alíquota de 7% a ser embutido no preço da mercadoria, teremos como custo da mercadoria vendida a importância de R\$ 128,57, e não de R\$129,11 como indicado pelo autuado. Assim, o percentual de desconto que o Governo do Estado concedeu às microempresas, empresa de pequeno porte e ambulantes é da ordem de 10, 752%, e no exemplo dado pelo autuado o percentual foi de 10,37%.

Além de não ficar evidenciado o cumprimento do disposto no art. 51, § 1º, II, do RICMS/97, também os autuantes, ao prestarem informação fiscal demonstram que para os referidos produtos, códigos nºs 3156 e 5814, existir preços unitários em valores superiores nas vendas para microempresas, em 21,35%, 6,45% e 2,69%, em relação às vendas destinadas a contribuintes regime normal de tributação, ou seja, valores unitários para microempresas de R\$ 72,41 (alíquota de 7%) enquanto que para contribuinte regime normal o preço unitário é de

R\$ 59,67 e R\$68,02 (alíquota de 17%), como, também, indicam a existência de vendas a microempresas com variação de preços na ordem de 6,96%, 5,19% e 6,79%, para os produtos com códigos 5814, 5259 e 5225, com preços unitários de R\$44,31, R\$ 44,32 e R\$ 129,11 (para microempresas – alíquota de 7%) e os valores unitários de R\$ 47,62, R\$ 43,58 e R\$ 138,52, respectivamente, vendas destinadas a contribuintes regime normal de tributação (alíquota de 17%).

Na verdade, constato que apesar do autuado haver apontado diferenças para menos em relação aos preços unitários, nas amostragens trazidas aos autos, ficou demonstrado que tais diferenças não correspondem ao repasse do benefício concedido pelo Estado às microempresas, além das situações em que ficou evidenciado que o preço da mercadoria cobrada nas vendas às microempresas eram superiores ao valor destinadas a contribuinte do ICMS não alcançado pelo benefício do repasse do valor correspondente a diferença entre as alíquotas de 17% e 7%, demonstrando, desta forma, que não foi repassado em forma de desconto o valor do benefício.

O fato trazido pelos autuantes a informação de que o autuado tem como atividade a industrialização e distribuição comercial de produtos alimentares resfriados e refrigerados e derivados do leite e que os preços unitários dos produtos, por ser de fácil deterioração e curto prazo de validade demandam uma enorme variação de preços praticados pelo sujeito passivo, sendo observado que tal variação está vinculada a prazos quanto a forma de pagamento, ao perfil do adquirente e também a venda de produtos em que envolvam o prazo de validade dos mesmos, foi confirmado pelo autuado ao afirmar que os revendedores e distribuidores gozam de situações diferenciadas em razão do volume de compras e, conseqüentemente, do poder de barganha de cada um e, por esta razão alguns clientes tem descontos com percentuais variados.

Também, pelas peculiaridades quanto ao produto comercializado pelo autuado em função de sua própria atividade está demonstrada a existência de variação de preços de seus produtos, aliado ao fato de que nos exemplos apresentado pelo autuado, a priori, indica ter havido uma redução do preço unitário em comparação com os exemplos apresentados. No entanto, em nenhum deles os valores apontados identificam ter havido o repasse do benefício concedido pelo Estado aos contribuintes do regime simplificado - SimBahia, fato, inclusive, que reforça a minha convicção de que não prevalece o argumento defensivo de que tivesse havido apenas um descumprimento de uma obrigação acessória, ou seja, de que o desconto foi concedido e que já se encontrava embutido no preço unitário da mercadoria.

Assim, o não atendimento ao que dispõe o art. 51, § 1º, II, do RICMS/97, abaixo transcrito, além da não comprovação das alegações defensivas me leva a concluir pela manutenção da exigência do crédito tributário apontado nos itens 1 e 3 do presente Auto de Infração.

O art. 51, §1º, II, do RICMS/97, estabelece o seguinte:

Art. 51. 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:

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, 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% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O contribuinte apresenta Recurso Voluntário e a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento. A Câmara de Julgamento Fiscal submeteu o processo à diligência, que deixou de ser realizada em face da quitação total do débito, conforme documentos (DAE) de fls. 2298 a 2305.

VOTO

Em face do exposto, e com fundamento no disposto no art. 156, I do CTN, fica extinto o crédito tributário, devendo o processo ser encaminhado ao setor competente para homologação do pagamento e demais providências adequadas.

Efetuada o pagamento do crédito reclamado não nos resta outra alternativa senão considerar o lançamento de ofício procedente com homologação do pagamento efetuado, extinguindo-se, desta forma, o crédito exigido pela Fazenda Pública Estadual.

Nessa situação, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário e, por conseguinte, EXTINTO o processo na via administrativa, devendo ser os autos encaminhados à INFAZ de origem, para saneamento e demais providências, após a lavratura do termo de encerramento do PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 279104.0014/04-4, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à INFAZ de origem para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS