

A. I. N° - 279104.0007/04-8
AUTUADO - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOAQUIM MAURICIO DA MOTA LANDULFO JORGE e JOSÉ VICENTE NETO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 18. 05. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDAO JJF N° 0152-04/05

EMENTA. ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O benefício da redução da alíquota de 17% para 7% é condicionada 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2004, exige ICMS no valor de R\$275.309,67 acrescido da multa de 60% pelas seguintes irregularidades:

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

O autuado (fls. 1215/1226), através de advogados constituídos, apresentou-se como empresa com atividade de industrialização e comercialização de produtos alimentares resfriados e refrigerados, em especial matérias primas e derivados de leite. Também, dentre suas atividades, efetua vendas a pequenas e microempresas que, por muitas vezes, gozam de regime especial e benefícios fiscais, em relação aos tributos e contribuições, a exemplo daquele concedido através do Decreto n° 7.466/98 que alterou dispositivos do RICMS, concedendo benefício da redução de alíquota para vendas efetuadas às microempresas (II do § 1º do art. 51, que transcreveu).

Afirmou que de acordo com a fiscalização, não se pode proceder simplesmente ao destaque na nota fiscal da redução da alíquota de 17% para 7%, mais sim, fazer o desconto de 10% sobre o valor da mercadoria para, posteriormente, aplicar a alíquota reduzida de 7%. Com este relato, afirmou que os autuantes lavraram o Auto de Infração, sob o argumento de recolhimento a menos do ICMS, por não ter sido cumprida as condições previstas no Decreto n° 7.466/98.

Descrevendo as infrações acusadas, reconheceu o cometimento daquela indicada como segunda, dizendo que iria efetuar o recolhimento do seu débito e impugnou a infração primeira.

Discordou da infração apontada no item 1, sob o fundamento de que, de acordo com o art. 51, §1º, II, do RICMS/BA, alterado pelo Decreto n° 7466/98, os estabelecimentos industriais ou a eles equiparados devem aplicar a redução da alíquota de 17% para 7% sob a forma de desconto. Neste sentido, ao analisar as notas fiscais emitidas e autuadas restava comprovado que ao destacar o valor unitário dos produtos vendidos às microempresas, já o havia realizado com os descontos

necessários, ou seja, o valor unitário dos produtos já possuía o desconto determinado pelo fisco baiano. Neste sentido, dando exemplo e apensando cópias de documentos aos autos, reafirmou que o valor destacado nas notas fiscais já possuía o desconto exigido pelo fisco, sendo descabida a alegação de falta de descumprimento aos requisitos legais. Apenas, caberia uma multa por descumprimento acessório.

Observou que os autuantes o enquadraram no art. 50, 51 e 124, I, do RICMS/97 com multa no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. No entanto, entendia que não cabia aplicação da penalidade imputada, uma vez que não houve recolhimento a menos, e sim, a falta de destaque do desconto na nota, um dever tributário acessório.

Continuando, alegou a inconstitucionalidade da taxa SELIC, como forma de atualização do débito. Transcreveu o art. 192 e § 3º, da CF/88, ementas e trechos de votos de decisões do STJ – Superior Tribunal de Justiça, para concluir que esta taxa além de conter juros exorbitantes, traz em seu bojo a correção monetária do período.

Requeru a nulidade ou a improcedência do lançamento em discussão. Solicitou, ainda, pela produção de qualquer meio de prova em direito admitido e diligência para verificação *in loco* nos documentos do impugnante, objetivando a comprovação de sua argumentação. Também, requereu que as intimações e notificações relativas ao processo fossem encaminhadas aos seus procuradores.

Os autuantes (fls. 1.290/1.295) ressaltaram, inicialmente, que não foi questionado a veracidade dos demonstrativos com os valores, planilhas e relatórios juntados ao PAF. Que o que estava sendo questionado era a cobrança da diferença do ICMS e a correção do tributo pela taxa SELIC.

Esclareceram que o Decreto nº 7.466/98, que alterou o RICMS/97 no seu art. 51, §1º, II, determina que o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob forma de desconto, o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%, em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal, ou seja, o condiciona a este procedimento. Em seguida, transcreveram os arts. 38 e 39, da Lei nº 7.014/96 e informaram que a lei determina que este desconto deve constar, expressamente, no documento fiscal para que fique evidenciado tanto para o adquirente como para o fisco que se trata de um desconto específico concedido pelo Estado (Dec. 7.466/98) e não dos diversos tipos de descontos concedidos pelo contribuinte. Ressaltaram que na situação, é o Estado que abre mão da receita como benefício às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. Logo, não sendo satisfeita essa condição o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação. Dando exemplo, ressaltou que um produto no valor de R\$ 100,00, se vendido para contribuinte regime normal tem destaque de alíquota de 17%, no valor de R\$17,00. Se vendido para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes terá como valor da nota R\$ 90,00, uma vez que o Estado reduziu a alíquota de 17% para 7%.

Em relação à afirmativa do impugnante de que ao destacar o valor unitário já faz o desconto necessário, ressaltaram que tal prática não é adotada, por ele, em outros benefícios como, por exemplo, referente ao Termo de Acordo (fl. 1.286), onde a empresa evidencia o benefício no documento fiscal, procedimento este que, obrigatoriamente, deveria ter sido realizado com o benefício do Decreto nº 7466/98.

E, mesmo na hipótese de que fosse verdadeira a afirmativa do autuado, poderia se concluir que em todos os produtos vendidos para microempresas teriam, nos seus preços unitários, o referido desconto, já que esta seria a prática adotada pelo autuado. Porém, o que se verificava não era esta prática. Analisaram os dois produtos apresentados pela defesa, concluindo que eles não possuíam em seu preço unitário o suposto desconto, ou seja, de 10,75269%, mas sim, percentuais de diferenças divergentes entre si. Também ressaltaram que os produtos apresentados não poderiam

ser comparados entre si, já que os prazos de pagamentos eram diferentes (fls. 1.261 e 1.278). Apresentaram outros exemplos e informaram que o autuado comercializa produtos de fácil deterioração que possuem prazos de validade. Portanto, atribuíam a enorme variedade de preços praticados (fls. 1994 a 2076) ao fato de nas vendas desses produtos os mesmos estarem com prazos de validade a vencer, bem como às diversas formas de pagamento e também ao perfil do adquirente.

Quanto ao pedido de inconstitucionalidade da taxa SELIC, citaram o art. 167, I, e II, do RPAF/99 e opinaram pela manutenção da autuação.

O autuado manifestando-se sobre a informação fiscal (fls. 1.296/1.302), ratificou seu posicionamento inicial e alegou que na informação prestada, o fisco ao elaborar um quadro comparativo corroborou as alegações defensivas de que houve a concessão de desconto às microempresas nas vendas de seus produtos.

Frisou que o requisito para utilização do benefício é o repasse do desconto e não o destaque na nota fiscal em forma de desconto, que serve, apenas, para informar ao comprador que ele foi efetivamente realizado e para o fisco a ciência de ter sido cumprida a obrigação tributária.

No que se referia aos documentos fiscais anexados pelos autuantes às fls. 1.282/1.286 dos autos, verificou que o valor unitário com alíquota reduzida é inferior ao valor unitário de produtos vendidos à alíquota de 17%. Que na composição do valor unitário de cada um dos produtos percebia-se, claramente, que o valor unitário dos produtos em condições normais era maior que o constante das notas fiscais trazidas aos autos pelo fisco, conforme exemplificou. Nesta análise apenas excluiu as notas fiscais das vendas realizadas ao Supermercado Bompreço já que não serviriam de parâmetro pois, em razão do volume de compras, o mesmo goza de preços diferenciados.

Reafirmou seu argumento de inconstitucionalidade da taxa SELIC. Anexou documentos intitulados “Consulta Preço Produto” dos produtos códigos 3413 – 3444 – 3526 - 3568 e 3567 (fls. 1.302/1.307).

À fl. 1.315 do PAF consta o recolhimento do imposto referente à infração 2 do presente Auto de Infração.

VOTO

Indefiro o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, *in loco*, requerido pelo impugnante tendo em vista que os elementos de provas e informações trazidos aos autos pelas partes foram suficientes para o meu convencimento e decisão da lide.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da taxa SELIC deixo de me pronunciar em obediência ao disposto no art. 167, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), já que não se inclui na competência deste órgão julgador de 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 assim proceda, 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, o autuado reconheceu devido o valor exigido no item 2 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 Decreto nº 7.466/98 em operações de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária à microempresas. Recolheu o imposto devido. Mantenho a ação fiscal no valor de R\$574,50.

Quanto à infração 1, impugnada, trata da utilização do benefício previsto no Decreto nº 7.466/98 sem que tivessem sido observadas as condições nele previstas, ou seja, o de conceder o benefício da redução de alíquota para vendas efetuadas às microempresas.

O sujeito passivo alegou que ao destacar o valor unitário dos produtos vendidos às microempresas, neste preço já estava embutido o desconto, determinado pelo fisco baiano. Apenas não havia demonstrado, expressamente, este fato no corpo do documento fiscal. Entendeu que este procedimento poderia gerar descumprimento de uma obrigação acessória, jamais, de uma obrigação principal. Para corroborar seu argumento, apresentou, por amostragem, uma nota fiscal para cada produto exemplificado (códigos 413468 e 413413) – fls. 1.266/1.270, onde constam vendas para microempresa e contribuinte regime normal de tributação, demonstrando ter havido diferença no preço unitário por desconto concedido com o benefício de redução de alíquota. No entanto, tal amostragem apenas indica ter havido diferenças de preços unitários nos documentos apresentados (13,2% e 10,14%, respectivamente), cujos descontos não correspondem ao benefício concedido pelo Estado às microempresas, ou seja, na ordem de 10,75269%.

Quando da informação fiscal, os autuantes apresentaram outras notas fiscais, identificando os códigos das mercadorias como de nº 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. O autuado rebateu estes números apenas afirmando que os produtos em condições de vendas normais não teriam os preços constantes das notas fiscais apresentadas. Para isto trouxe uma Planilha de “Consulta Preço de Produto”. Não posso aceitar esta colocação. Os preços foram comparados pelos autuantes através de notas fiscais de vendas efetuadas à microempresa e empresa com apuração do imposto pelo regime normal e não por planilha de consulta de preço.

Com tudo exposto, 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 cobrada nas vendas às microempresas eram superiores ao valor destinadas a contribuinte do ICMS não alcançado pelo benefício fiscal (fl. 1.294 dos autos).

No mais, determina o art. 51, § 1º, II, do RICMS/97:

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.

Assim, ficando provado, como ficou, que não houve o atendimento ao que dispõe o artigo acima indicado da norma regulamentar, concluo pela manutenção da exigência do crédito tributário apontado no item primeiro do presente Auto de Infração.

Voto pela procedência do Auto de Infração, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279104.0007/04-8**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 03 de maio de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA- JULGADOR