



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo Nº160.191.2014-3

Recurso VOL/CRF nº.103/2017

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:NESTLE BRASIL LTDA.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Preparadora:SUB.DA REC.DE RENDAS DA GER.REG.DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuante:SEBASTIÃO MONTEIRO DE ALMEIDA/ROBERTO FLÁVIO DIAS CÂMARA.

Relatora: CONS.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. EXCLUSÃO DE DECONTOS CONCEDIDOS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST. ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. PREÇO DE PAUTA EM ATO COTEPE/ICMS. PRODUTO NÃO ESPECIFICADO. CLASSIFICAÇÃO “DEMAIS PRODUTOS”. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Preliminares de nulidade do Auto de Infração - alegação de que não ficou demonstrado nos autos o cálculo do ICMS-ST, e ainda, que a peça acusatória está deficiente em seus requisitos essenciais, prejudicando o contraditório e a ampla defesa. Não acolhidas. O recolhimento a menor do ICMS-ST impõe o lançamento do imposto de ofício. In casu, ficou constatada a utilização da base de cálculo com o valor a menor que o devido, nas operações interestaduais de aquisições de massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães e outros derivados da farinha de trigo, em decorrência da utilização de desconto incondicional sem observância dos requisitos estabelecidos pela legislação tributária então vigente. Inexistindo preço específico de referência para efeitos de formação de base de cálculo do ICMS-ST fixado em Ato COTEPE/ICMS, deve-se utilizar a classificação destinada aos “Demais produtos”.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para *manter a sentença exarada* na instância monocrática, julgando *procedente*, o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00002038/2014-68, lavrado em 07 de novembro de 2014, contra a empresa NESTLE BRASIL LTDA., inscrição estadual nº 16.900.621-2, qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 291.675,78 (Duzentos e noventa e um mil, seiscentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 145.837,89 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos) de ICMS, com fulcro nos arts. 395, II, c/c 397, II e 399 do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 145.837,89 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos) de multa por infração, com fundamento

legal no art. 82, V, “g” da Lei nº. 6.379/96.

Todas as intimações e notificações, na imprensa oficial, relativas a este processo sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Vinícius Jucá Alves (OAB/SP nº 206.993), fl. 151, endereço no timbre do recurso voluntário.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 15 de março de 2018.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, GÍLVIA DANTAS MACEDO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso voluntário, interposto conforme previsão do artigo 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002038/2014-68, lavrado em 7 de novembro de 2014, contra a empresa NESTLE BRASIL LTDA., em razão da irregularidade, conforme descrição dos fatos:

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – PERÍODO A PARTIR DE 28/12/2000). Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

Nota Explicativa:

“IRREGULARIDADE CARACTERIZADA PELO RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS-ST DEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS AO ESTADO DA PARAÍBA RELATIVO AO PERÍODO DE 01.10.2009 A 31.12.2013, ACRESCENTEM-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS: I – O ART. 395, II, B, DO RICMS, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97 (NÃO INCLUSÃO DOS DESCONTOS CONDICIONADO OU NÃO NA BASE DE CÁLCULO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA); II – OS ART. 1º, § 2º, § 3º DO DECRETO/PB Nº 26.860/06 (NÃO OBSERVAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PAUTA FISCAL, QUANDO EXIGIDO).”

Em decorrência da acusação, a autuada ficou sujeita ao recolhimento do crédito total de R\$ 291.675,78 (duzentos e noventa e um mil, seiscentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 145.837,89 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos) de ICMS, com fulcro nos arts. 395 c/c 397, II e 399, II, “a” do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e igual valor de multa, com fundamento legal no art. 82, V, “g” da Lei nº. 6.379/96.

Documentos instrutórios acostados às fls. 6-28, dos autos.

Cientificada, pessoalmente, em 19/11/2014, fl.29, a empresa autuada apresentou reclamação, em 19/12/2012, fl. 30-106, através de advogado constituído, substabelecimento, fl.52 e 53, cujos argumentos relato em síntese:

Inicialmente faz um breve relato da autuação.

Alega nulidade do auto de infração, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei nº 10.094/2013, aduzindo que a autoridade fiscal não logrou demonstrar que os preços finais praticados com esses produtos não estariam compatíveis com a base de cálculo da Substituição Tributária (ST).

Acrescenta que faltou à fiscalização demonstrar que a base de cálculo utilizada pela autuada para calcular o ICSM-ST é inferior ao preço praticado aos consumidores finais, sem especificar como eventual dedução teria afetado o recolhimento do ICMS-ST.

Quanto ao mérito, relata sobre a não inclusão dos descontos incondicionais na Base de Cálculo do ICMS-ST e da correta utilização dos Preços de Referência definidos no Ato COTEPE ICMS nº 38/2013.

Acrescenta que a multa exigida deve ser integralmente afastada em virtude de seu caráter eminentemente confiscatório e ausência de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, requer que seja reconhecida a nulidade e ou a improcedência do Auto de Infração, seja em razão da carência de fundamentação e da precariedade.

Os autos conclusos, fl.107, sem informação de antecedentes fiscais, fl. 108, foram remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, sendo distribuídos ao julgador singular, Francisco Alessandro Alves, que decidiu pela *procedência* do auto de infração, conforme ementa abaixo transcrita:

PRELIMINARES DE NULIDADE. REJEITADAS. ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. EXCLUSÃO DE DECONTOS CONCEDIDOS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST. ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. PREÇO DE PAUTA EM ATO COTEPE/ICMS. PRODUTO NÃO ESPECIFICADO. CLASSIFICAÇÃO DEMAIS PRODUTOS. EFEITO CONFISCATÓRIO DE MULTA APLICADA. DESCABIMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

- Preliminares de nulidade do Auto de Infração - alegação de que não ficou demonstrado nos autos o cálculo do ICMS-ST, e ainda, que a peça acusatória está deficiente em seus requisitos essenciais, prejudicando o contraditório e a ampla defesa. No que concerne a esses pontos, o auto de infração lavrado reputa-se plenamente válido, não sendo observado qualquer erro ou vício, à luz dos arts. 14 a 17, da Lei nº 10.094/2013, e ainda, art. 142 do CTN, suficiente para nulificar o feito fiscal. No mais, depreende-se dos autos que a defesa teve a completa compreensão dos fatos a ela imputados, tendo a oportunidade de se contrapor aos mesmos e juntar as provas e documentos a fim de respaldar suas alegações. Portanto, não se vislumbrou qualquer violação ou prejuízo ao inciso VL, do art. 5º, da CFB; - A falta de recolhimento do ICMS-ST, pelo contribuinte legalmente responsável por tal ato, carreta, ipso facto, o lançamento de ofício do imposto. O cálculo do ICMS-ST referencia o preço da mercadoria da ponta da cadeia, ou seja, dirigido ao mercado consumido, assim, em seu cálculo não comporta qualquer desconto concedido, conforme legislação de regência da substituição tributária. - Inexistindo preço específico de referência para efeitos de formação de base de cálculo do ICMS-ST fixado em Ato COTEPE/ICMS, deve-se utilizar a classificação destinada aos “Demais produtos” determinada nesse normativo.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Seguindo os trâmites processuais, *sem recurso de ofício*, fl.133, deu-se à atuada regular ciência da decisão monocrática, via Aviso de Recebimento, em 1º de fevereiro de 2017, fl. 135, dos autos. Notificação acostada à fl. 134, do libelo.

Ato contínuo, após a devida intimação da decisão singular, a recorrente apresentou *recurso voluntário*, fls. 136-151, arguindo que a decisão de primeira instância seja reformulada, cujos argumentos relato em síntese:

A recorrente expõe sua irresignação em preliminar, arguindo que o auto de infração é nulo, pois nos termos do art. 14, inciso III, da Lei nº 10.094/2013, a autoridade fiscal não logrou demonstrar que os preços finais praticados com esses produtos não estariam compatíveis com a base de cálculo da Substituição Tributária (ST). Necessitando demonstrar que a base de cálculo utilizada pela recorrente é inferior ao preço final praticado com esses produtos, assentando suas alegações em elementos sólidos e eficazes à comprovação do ilícito fiscal.

Acrescenta, em seguida, que o auto de infração é totalmente deficiente, ferindo as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório.

Repisa a correta utilização dos Preços de Referência definidos no Ato COTEPE ICMS nº 38/2013 e acrescenta que a multa exigida deve ser integralmente afastada em virtude de seu caráter eminentemente confiscatório e ausência de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, requer que seja dado provimento para declarar a nulidade da autuação e reforma integral da decisão recorrida.

Ressalva, que todas as intimações na imprensa oficial relativas a este processo sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Vinícius Jucá Alves (OAB/SP nº 206.993).

Em sequência, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

Em exame, está a acusação de recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária em virtude de

exclusão indevida da base de cálculo do tributo de descontos incondicionais fornecidos, tendo sido infringidos os arts. 399, e 395, II, b, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e cominada penalidade com arrimo no art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, não ensejando nulidade.

Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, observo que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais, a sua validade, visto que no libelo basilar são trazidos, de forma particularizada, todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão, devidamente, transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, oportunizaram-se à reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

Na sequência, urge necessário, adentrar nos proclames da empresa, quando advoga que a *autoridade fiscal não logrou demonstrar que os preços fiscais praticados não estariam compatíveis com a base de cálculo usada para efeito da Substituição Tributária, ferindo o art. 14, inciso III, da Lei nº 10.094/2013.*

Relata, ainda, “... *não poderia o Fisco simplesmente alegar a ausência de inclusão de determinados valores na base de cálculo do ICMS/ST sem indicar que isso efetivamente implicou em redução indevida dessa base de cálculo; pelo contrário, era dever da autoridade fiscal assentar suas alegações em elementos sólidos e eficazes à comprovação do ilícito fiscal, o que absolutamente não ocorreu no presente caso.*”

“... *haja vista que não há, em momento algum, essa demonstração de que teria havido, de fato, redução indevida da base de cálculo do tributo.*”

O art. 14 da Lei nº 10.094/2013 elenca as situações em que o ato administrativo poderá ser considerado nulo, devendo-se observar o seguinte:

“*Art. 14. São nulos:*

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados; (g.n.)

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.”

Neste campo, ressalvo a desnecessidade desta preliminar suscitada pela recorrente, tendo em vista que todos os elementos probatórios, necessários à clara delimitação da lide, encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado, consubstanciado por meio dos documentos acostados.

Conforme relatado em sentença monocrática:

“Ressalte-se ainda, que ao perlustrarmos os documentos que compõem o presente contencioso, fls. 008 a 024, demonstram que o trabalho realizado pela fiscalização encontra-se devidamente lastreados em planilhas explicativas, nas quais podem ser observados elementos suficientes para determinar de forma clara a matéria, objeto da lide acusatória, dentre os quais, número de notas fiscais, data de sua emissão, valor do desconto por documento fiscal, preço de pauta, descrição do produto, além de restar demonstrada a forma considerada como correta pela auditoria do cálculo do ICMS-ST em comparação com o que fora calculado pelo contribuinte. Dessa forma, tais elementos nos levam a concluir, portanto, não existir qualquer desrespeito aos artigos acima transcritos que

pudesse comprometer o feito fiscal.”

Esta razão se infere, uma vez que as matérias de fato postas no libelo acusatório podem ser plenamente esclarecidas e se exaurem no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, nos termos da denúncia, estas informações consolidadas já se encontram nos autos, nos demonstrativos elaborados pelos autores do feito e nos documentos acusatórios.

Os pontos contestados pela recorrente, na peça impugnatória, estão claramente dispostos nos autos, sendo mais que suficientes para a elucidação da controvérsia, a descrição do fato gerador, consubstanciada com notas explicativas, e os demonstrativos relacionados à acusação que compreendem partes integrantes dos autos, *não há, portanto, como acolher esta preliminar.*

No que diz respeito a segunda preliminar de nulidade, relacionada à forma em que o auto de infração foi lavrado, *ofendendo, no seu sentir, claramente o princípio da motivação dos atos administrativos e, por, consequência, as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório.*

Reitero que no caso em exame, os pontos contestados pela recorrente, não merecem acolhimento, vez que restou demonstrado que o contribuinte recolheu o ICMS-ST a menor, em decorrência de duas situações detectadas pela fiscalização: sendo uma pelo fato de não inclusão de descontos concedidos na base de cálculo do ICMS-ST e a outra pela não observância da pauta fiscal estabelecida em Ato COTEPE/ICMS nas operações com massas alimentícias e biscoitos.

Ademais, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, poderia tê-la juntado aos autos, nos momentos oportunizados pela lei processual.

Assim sendo, considero acertada a decisão do julgador singular em indeferir o pedido da recorrente: *“Acrescente-se ao fato que a defesa, no âmbito do processo administrativo tributário, teve toda oportunidade de produzir as provas que entendesse necessárias, a fim de comprovar suas alegações, cientificado de todos os atos e documentos do presente processo e todo o tempo de sua fase instrutória à disposição da impugnante, não sendo vislumbrando qualquer prejuízo à ampla defesa e contraditório, pilares do ordenamento jurídico processual pátrio, imprescindíveis também para assegurar validade aos processos administrativos.”*

Inclusive pelo fato que a autuada não demonstrou qualquer vício ou incerteza na apuração realizada que viesse a implicar na necessidade de melhor esclarecimento dos fatos postos, assim sendo, por todas as considerações acima expendidas, mais transparece um artifício procrastinatório.

Diante disso, afasto a preliminar levantada pela empresa autuada, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Quanto às *questões meritórias*, devo observar, neste caso, a legitimidade e legalidade da técnica aplicada pela fiscalização, a qual trata de Substituição Tributária “para frente”, isto é, quando o fato gerador ocorre após o recolhimento do tributo, cuja autorização legal é prevista no art. 150, § 7º, da Constituição Federal e art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, os quais atribuem a outro contribuinte, denominado substituto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelo substituído.

Neste ponto, interessa ressaltar que a sistemática de recolhimento nesses casos possui regulamentação própria para composição da base de cálculo, sendo regida, no Estado da Paraíba, pelos art. 395, II, e 399, do RICMS/PB e art. 19 da Lei nº 6.379/96, os quais preveem que, para fins de substituição tributária, deve ser considerado como tal o valor que o produto alcançaria ao chegar ao consumidor final, se aproximando, o máximo possível, dos preços usualmente praticados no mercado. Vejamos:

Art. 395 A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo sujeito passivo por substituição ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete, impostos e outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes ou tomadores de serviço não sendo admitidos descontos condicionado ou não; (g.n.)

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

Art. 19. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea "c", do inciso, II do "caput" será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, sendo permitido eventualmente, acrescentar-se outros critérios que venham a subsidiar a sua fixação.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II, do “caput”, corresponderá a diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para às operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo.

Ensejando, assim, infração ao art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Portanto, diante dos enunciados supratranscritos, observa-se ser inadmissível a utilização deste desconto no cálculo do imposto, devendo para o cálculo do ICMS – Substituição Tributária serem seguidos os preceitos no que se refere à formação da base de cálculo da substituição tributária, contidos no artigo 395, mencionado acima, onde não há margem para o abatimento dos descontos concedidos incondicionalmente.

Logo, verifica-se a regularidade da cobrança, vez que, em desacordo com a previsão legal acerca do tema, foram indevidamente excluídos da base de cálculo do ICMS-ST os descontos incondicionais, motivo pelo qual confirmo a decisão proferida pela instância prima, a qual manteve a autuação em tela.

Neste ponto, não restam dúvidas, portanto, quanto à regularidade dos procedimentos.

Em ato contínuo, a recorrente advoga a respeito da *correta utilização dos preços de referência definidos nos Atos COTEPE ICMS nºs 54/2011 e 38/2013*, relatando que adotou corretamente os valores de referência definidos na tabela integrante do ATO COTEPE ICMS nº 38/2013 (Doc nº 10), conforme a classificação em espécie de seus respectivos produtos dentro do gênero “biscoitos e bolachas”. Acrescentando ao recurso quadro demonstrativo.

Neste tópico, perscrutando os autos, corroboro com o entendimento da instância prima, ao vislumbrar que em grande parte dos produtos não foi detectada disparidades no cálculo do ICMS-ST realizado pela auditoria e a empresa, *por consequência percebeu que: “a diferença adveio da base do produto NESFIT e seus derivados, onde a empresa utilizou o preço de referência dentro da classificação do gênero “Biscoitos e Bolachas”, não considerada pela fiscalização, já que esta por sua vez entendeu que o produto descrito acima deve ser alocado pela classificação “Demais produtos – Demais massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães e outros derivados da farinha de trigo.” (g.n.)*

Ocorre que, examinando a tabela constante do Ato COTEPE/ICMS nº 38/2013, fl.102, constando os preços de referência para derivados da farinha de trigo, especificando a classificação em espécie dos produtos “Biscoitos e Bolachas”, vislumbro que na tabela não há correspondência específica para o produto NESFIT, cujos ingredientes, em ordem crescente de apresentação na composição, encontram-se assim elencados: Farinha de trigo integral, farinha de trigo enriquecida com ferro e ácido fólico, açúcar, gordura vegetal, aveia em flocos, cacau, mix de cereais, amido, farinha de centeio integral, farinha de cevada, sal, fermentos químicos bicarbonato de amônio, bicarbonato de sódio e pirofosfato dissódico, corante caramelo, aromatizantes, emulsificantes lecitina de soja, antioxidante TBHQ e acidulante ácido cítrico.

Assim, segundo a especificidade dos ingredientes, concluo que não há classificação específica na tabela, que fundamente sua inserção, a não ser o item genérico “Demais Produtos”.

Dessa maneira, concluo que não poderia a autuada ter classificado o produto NESFIT dentro de biscoitos e bolachas (Cream Cracker e água e sal, Maria, Maisena, Amanteigado, leite), já que o produto tratado, em sua formação possui outros ingredientes, justificando assim, sua classificação para demais produtos, cujo valor de referência é R\$ 7,80. Tendo sido acertada a decisão tomada pela fiscalização, cujo ICMS-ST foi calculado, conforme prescrição na Cláusula segunda, I, “b” e Cláusula terceira, não vislumbrando qualquer irregularidade no procedimento fiscal que mereça reparo.

Acerca da multa por infração, também corroboro o entendimento exarado, tanto no que tange à impossibilidade de análise da matéria pelo prisma da inconstitucionalidade, oportunidade em que também invoco o teor constante no art. 55 da Lei nº 10.094/2013, como pela redução promovida, a fim de adequar aos novos parâmetros impostos pela Lei nº 10.008/2013, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, II, c, do CTN.

Diante disso, confirmado o cometimento do ato infracional denunciado na exordial, de *recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária em virtude de exclusão indevida da base de cálculo do tributo de descontos incondicionais fornecidos*, tendo sido infringidos os arts. 399, e 395, II, b, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e cominada penalidade com arrimo no art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96, declarando a *procedência do feito fiscal*.

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para *manter a sentença exarada* na instância monocrática, julgando *procedente*, o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00002038/2014-68, lavrado em 07 de novembro de 2014, contra a empresa NESTLE BRASIL LTDA., inscrição estadual nº 16.900.621-2, qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 291.675,78 (Duzentos e noventa e um mil, seiscentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos), sendo R\$ 145.837,89 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos) de ICMS, com fulcro nos arts. 395, II, c/c 397, II e 399 do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 145.837,89 (cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos) de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, V, “g” da Lei nº. 6.379/96.

Todas as intimações e notificações, na imprensa oficial, relativas a este processo sejam realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Vinícius Jucá Alves (OAB/SP nº 206.993), fl. 151, endereço no timbre do recurso voluntário.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 1º de março de 2018.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora