

A. I. N ° - 206960.0014/02-7
AUTUADO - COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 01/04/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0084-03/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CERVEJA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERESTADUAIS DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS, CONSEQUENTEMENTE, RECOLHIDO A MENOS. Ao contribuinte autuado é atribuída a condição de sujeito passivo por substituição relativamente ao imposto a ser retido nas operações subseqüente nas vendas ou transferências realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através de Protocolo firmado entre os Estados envolvidos na operação. Infrações caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/11/02, exige ICMS no valor de R\$223.455,17, imputando ao autuado as seguintes infrações:

- 1 – “Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia”. “Refere-se a operações destinadas a empresas atacadistas estabelecidas no Estado da Bahia”;
- 2 - “Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia”.

O autuado, através de seu advogado, apresentou defesa (fls. 32 a 40) suscitando, preliminarmente, a nulidade do lançamento, sob alegação de que o Auto de Infração abrangeu o período de 02/00 a 06/02, e que até o período de 03/01 a empresa já havia sido fiscalizada, culminando na lavratura do Auto de Infração n° 206960.0009/01-5. Entende que há sobreposição das mesmas infrações.

No mérito, no que diz respeito à infração 1, inicialmente alega que as notas fiscais n°s 483865, 603384, 604814 e 604815 foram canceladas, e que devem ser excluídas do levantamento. Diz, ainda, que diferentemente do que consta no Auto de Infração a razão social da empresa é COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS e não COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA. Afirma que as operações demonstradas pelo autuante não correspondem à venda de produtos para contribuintes localizados no Estado da Bahia, pois a partir de 31 de março de 2001, as unidades passaram a ser filiais entre si da Companhia Brasileira de Bebidas. Entende que, dessa forma, as operações questionadas são transferências entre filiais, inexistindo a obrigação de recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Em relação à infração 2, considera regular a emissão dos documentos fiscais, dizendo que estão "na forma do termo de acordo firmado entre a Secretaria Estadual e os fabricantes de cervejas e refrigerantes, através dos preços sugeridos pela Associação Brasileira das Industrias de Refrigerantes e pelo Sindicato Nacional das Industrias de Cerveja, praticados perante o mercado consumidor, desaparecendo legislação estadual então em vigor com base no protocolo 11/91". Aduz que a "infração fiscal inexistente, pois a autuada promoveu o recolhimento do ICMS nas operações de venda do produto cerveja com base na pauta aprovada originária de autorização Estadual, com o preço pesquisado. E, ainda que assim não fosse para os comerciantes localizados no Estado da Bahia, a autuada procedeu o recolhimento sob a forma de substituição tributária mediante aplicação do percentual de 100%". Aduz, ainda, que "a recorrente passou a utilizar o preço real de mercado apurado em sua pesquisa, conforme lhe faculto o parágrafo 4º da Lei Complementar 87/96". Acrescenta que utiliza a margem real inclusive para aqueles produtos cuja margem real encontrada é maior do que aquela que o Fisco exige, considerando a legislação estadual e o Protocolo ICMS 11/91 irremediavelmente derogados face o advento da Lei Complementar.

Ao final, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuado, em nova manifestação, anexa às fls. 58 a 66 cópias autenticadas das GNRE's referentes aos recolhimentos efetuados relativos à infração 2, com base na pauta de preço que julga correta.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 72 a 76), inicialmente rebatem a preliminar de nulidade suscitada dizendo que dentro do prazo decadencial é reservado o direito da Fazenda Pública Estadual levantar débitos tributários porventura não alcançados em fiscalizações anteriores, conforme art. 295, do RICMS/97. Afirmam que não houve sobreposições das mesmas infrações como alega o autuado, e sim, foram detectados outros fatos que geraram débitos tributários.

Quanto ao questionamento do impugnante de que foram consideradas no levantamento do débito notas fiscais regularmente canceladas (infração 1), dizem que tal informação não consta nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa, nem a mesma anexou cópias das referidas notas fiscais nos autos para comprovar tal fato. Em relação à alegação de que houve alteração da razão social e que as unidades de destino passaram a ser filiais, afirmam que o autuado não requereu a alteração no cadastro da SEFAZ-BA como contribuinte substituto tributário. Acrescentam que as notas fiscais anexadas ao PAF têm como destinatários pessoas jurídicas com outras razões sociais e CNPJ diferentes, considerando a alegação defensiva improcedente.

Sobre a determinação da base de cálculo para apuração do ICMS devido por substituição tributária (infração 2), afirmam que não existe termo de acordo sobre o produto cerveja entre a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e a Associação Brasileira das Industrias de Refrigerantes e pelo Sindicato Nacional das Industrias de Cerveja. Acrescentam que a Lei Complementar 87/96 em seu art. 8º, § 4º, diz que as entidades representativas dos respectivos produtores podem fornecer informações, mas os critérios para a fixação da MVA devem ser previstos em lei. Transcrevem Convênio ICMS 70/97 que dispõe sobre a referida MVA e esclarecem que o Protocolo ICMS 11/91 continua vigorando, informando que em sua Cláusula Quarta, § 2º, I, é determinado o percentual de 140% de MVA para as operações em lide.

Ao final, pedem a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente processo exige ICMS, em virtude do autuado não ter procedido a retenção e/ou ter procedido a retenção a menor do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de cerveja realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99, e ainda, considerando que dentro do prazo decadencial é reservado o direito da Fazenda Pública Estadual levantar débitos tributários porventura não alcançados em fiscalizações anteriores, conforme art. 295, do RICMS/97.

No mérito, em relação à infração 1, o impugnante não comprova nos autos o efetivo cancelamento das notas fiscais nºs 483865, 603384, 604814 e 604815 e tal informação também não consta nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa. Pelo que dispõe o art. 143, do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Em relação as demais alegações do autuado, entendo que também razão não lhe assiste, já que as notas fiscais anexadas ao PAF (fls. 13 a 15) têm como destinatários pessoas jurídicas com outras razões sociais e CNPJ diferentes, e não consta no cadastro da SEFAZ que tais empresas sejam filiais do grupo, conforme afirma o autuado em sua peça defensiva.

Dessa forma, o autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto questionado, relativo às operações subsequentes, nas operações em lide, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através do Protocolo ICMS 11/91 firmado entre os Estados envolvidos na operação.

No que diz respeito à infração 2, as alegações defensivas novamente não encontram guarida, haja vista que segundo determina o parágrafo segundo da cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91, do qual os estados envolvidos são consignatários, quando o preço de partida for praticado pelo industrial deve ser aplicado uma MVA de 140% para o cálculo do imposto a ser pago por substituição tributária.

Ademais, como bem frisaram os autuantes, não existe termo de acordo sobre o produto cerveja entre a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e a Associação Brasileira das Industrias de Refrigerantes e pelo Sindicato Nacional das Industrias de Cerveja. A Lei Complementar 87/96 em seu art. 8º, § 4º, diz que as entidades representativas dos respectivos produtores podem fornecer informações, mas os critérios para a fixação da MVA devem ser previstos em lei, sendo que o Protocolo ICMS 11/91 determina o referido percentual a ser aplicado.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0014/02-7**, lavrado contra **COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$223.455,17**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR