

A. I. Nº - 206930.0012/03-7
AUTUADO - EMPRESA DE MINERAÇÃO LITORÂNEA S/A
AUTUANTES - NIWTON DE BARROS MACEDO, GILSON LIMA SANTANA e JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 26.05.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0160-03/0

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁGUA MINERAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERESTADUAIS. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL REMETENTE. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O Protocolo ICMS 11/91 atribui ao fabricante de água mineral a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas interestaduais que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. A margem de valor agregado é aquela prevista no § 2º da Cláusula quarta do referido Protocolo e não aquela estabelecida na legislação interna da unidade Federada. Retificado o cálculo, com redução do débito inicialmente apurado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/12/03, para exigir o ICMS no valor de R\$148.309,77, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção, e consequente recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o contribuinte “reteve a menor o ICMS ST em virtude de erro na aplicação da alíquota, utilizou 70%, onde a alíquota correta é de 100%, 120% e 140% de acordo com a capacidade de volume, como também deixou de efetuar a retenção do ICMS ST, conforme demonstrativos analíticos (Docs. fls. 07/422) e Sintéticos Doc. fl. 423, cuja cópia foi remetida ao contribuinte através de CEDEX”.

O autuado apresentou defesa (fls. 434 a 437), inicialmente esclarecendo que sua fábrica está situada no Estado do Espírito Santo e, portanto, entende que está sujeito à legislação daquela unidade da Federação. Dessa forma, aduz que aplica a legislação estadual, especificamente o RICMS/ES (aprovado pelo decreto nº 598-R/2001), que estabelece o percentual de 70%, a título de margem de valor agregado, nas operações com “água mineral gasosa ou não, ou potável, natural, retomável, ou não”, em diversas capacidades de vasilhames.

Argumenta que os autuantes deixaram de atentar para o fato de que, nas Notas Fiscais nºs 3291, 3352, 2945, 3054, 3055, 3080, 3162, 2772, 2849, 2854, 2513, 2514, 2610, 2671, 2325, 2061, 2114, 2176, 2237, 1904, 1964, 1518, 1859, 1593, 1669, 1716, 1766, 1469, 1529, 1413, 1431, 1304, 1254, 1111, 1139, 896, 973, 1034, 797, 389, 518, 656, 721, 324 e 303, o destinatário das mercadorias (a empresa Viana Braga Indústria e Comércio Ltda., sediada na cidade de Eunápolis-Bahia) recolheu o imposto devido, uma vez que

“desfrutava de uma liminar em processo que tramita no Estado da Bahia, concedendo-lhe a prerrogativa de fazer o recolhimento dos impostos por estimativa, conforme cópias dos DAE devidamente pagos, documentos em anexo”.

Conclui dizendo que é totalmente indevida a presente cobrança e pede a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 481 e 482), rebatem as alegações defensivas, argumentando que as margens de valor agregado (MVAs) previstas no Anexo V do RICMS/ES somente poderiam ser utilizadas para as operações internas realizadas pelo contribuinte. Quanto às operações interestaduais, entendem que devem ser aplicadas as MVAs estabelecidas nos Convênios e/ou Protocolos firmados pelas unidades da Federação e que, no caso em análise, são aquelas indicadas no § 2º da Cláusula quarta do Convênio ICMS nº 11/91, de 100%, 120% e 140%, de acordo com o acondicionamento do produto e conforme os demonstrativos acostados aos autos.

Quanto aos documentos fiscais relacionados pelo contribuinte, acatam as alegações defensivas, exceto em relação às seguintes Notas Fiscais: nº 1529, em virtude de não constar no demonstrativo por eles elaborado; nºs 1254, 1304 e 2945, uma vez que não constam nos DAEs anexados ao PAF pelo autuado, o que demonstra que o ICMS não foi recolhido pelo destinatário das mercadorias.

Por fim, refazem o levantamento fiscal e reduzem o débito para R\$144.429,29 (fls. 483 e 484), requerendo a procedência parcial do Auto de Infração.

Tendo em vista que os autuantes juntaram novos elementos aos autos, o autuado foi intimado (fls. 486 e 487), mas não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da retenção, e consequente recolhimento, a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, haja vista que o contribuinte utilizou a MVA de 70%, quando, segundo os autuantes, deveria ter aplicado as MVAs de 100%, 120% e 140%.

O autuado impugnou o lançamento, argumentando que se fundamentou no RICMS aprovado pelo Decreto nº 598-R/2001, do Estado do Espírito Santo e, portanto, a MVA correta é de 70%.

Os autuantes, por outro lado, alegaram que as margens de valor agregado (MVAs) previstas no Anexo V do RICMS/ES somente poderiam ser utilizadas para as operações internas realizadas pelo contribuinte. Quanto às operações interestaduais, entendem que devem ser aplicadas as MVAs estabelecidas nos Convênios e/ou Protocolos firmados pelas unidades da Federação e que, no caso em análise, são aquelas indicadas no § 2º da Cláusula quarta do Convênio ICMS nº 11/91, de 100%, 120% e 140%, de acordo com o acondicionamento do produto.

Da análise dos autos, constata-se que o lançamento foi efetuado contra empresa industrial remetente de água mineral, situada no Estado do Espírito Santo, com destino a estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, tendo sido o imposto apurado pela fiscalização, em operação especial, no estabelecimento do autuado.

Efetivamente, nas operações interestaduais com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, devem ser aplicadas as regras previstas em Convênios e/ou Protocolos (e não a legislação

interna de cada Estado), desde que as unidades da Federação envolvidas nas referidas operações sejam signatárias de tais acordos interestaduais, o que é a situação do presente PAF.

No caso de realização de operações interestaduais de saídas de água mineral, entre contribuintes situados nos Estados do Espírito Santo e Bahia, deve ser aplicado o Protocolo ICMS nº 11/91, com suas alterações posteriores, que determina que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída ao industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, sendo, inclusive, o contribuinte, obrigado a se inscrever no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado destinatário das mercadorias.

Quanto à base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, o Protocolo ICMS nº 11/91 estabelece, na Cláusula quarta, o seguinte: “O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destino da mercadoria, sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, importador, arrematante ou engarrafador (...”)

Na hipótese de não haver preço máximo fixado pela autoridade competente, o § 2º da Cláusula quarta acima mencionada determina que o imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado sobre o preço de partida praticado pelo próprio industrial, importador, arrematante ou engarrafador (quando for o caso), incluídos o IPI, frete e/ou carroto e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, com o acréscimo dos seguintes percentuais, a título de margem de valor agregado (MVA):

1. 140%, no caso de saídas de refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml, refrigerante pré-mix ou post-mix, e de água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em copos plásticos e embalagem plástica com capacidade de até 500 ml, chope, água gaseificada ou aromatizada artificialmente, água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em embalagem de vidro, não retornável, com capacidade de até 300 ml;
2. 250%, no caso de saídas de água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em garrafa de vidro, retornável ou não, com capacidade de até 500 ml;
3. 100%, no caso de saídas de água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em embalagem com capacidade igual ou superior a 5.000 ml;
4. 120%, no caso de saídas de água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em garrafa plástica de 1.500 ml.

Pelo exposto, entendo que está correto o posicionamento dos prepostos fiscais, em relação aos percentuais de MVA que deveriam ter sido utilizados pelo autuado para calcular o imposto, por substituição tributária, nas operações com contribuintes localizados no território baiano.

Não obstante isso, o sujeito passivo alegou que os autuantes deixaram de atentar para o fato de que, nas Notas Fiscais nºs 3291, 3352, 2945, 3054, 3055, 3080, 3162, 2772, 2849, 2854, 2513, 2514, 2610, 2671, 2325, 2061, 2114, 2176, 2237, 1904, 1964, 1518, 1859, 1593, 1669, 1716, 1766, 1469, 1529, 1413, 1431, 1304, 1254, 1111, 1139, 896, 973, 1034, 797, 389, 518, 656, 721, 324 e 303, o destinatário das mercadorias (a empresa Viana Braga Indústria e Comércio Ltda., sediada na cidade de Eunápolis-Bahia) recolheu o imposto devido, uma vez que “desfrutava de uma liminar em processo que tramita no Estado da Bahia, concedendo-lhe a prerrogativa de fazer o recolhimento dos impostos por estimativa, conforme cópias dos DAE devidamente pagos, documentos em anexo”.

Os autuantes acataram as alegações defensivas e excluíram os documentos fiscais relacionados, exceto em relação às seguintes Notas Fiscais: a) nº 1529, em virtude de não ter sido incluída no

demonstrativo por eles elaborado; b) nºs 1254, 1304 e 2945, uma vez que não constam nos DAEs anexados aos PAF pelo autuado.

Examinando os documentos pertinentes, verifiquei que as afirmativas dos autuantes estão corretas e, portanto, concordo com o novo demonstrativo por eles apresentado à fl. 484. Ressalto que o novo valor de débito não foi impugnado pelo contribuinte, mesmo após ter sido intimado, o que implica o reconhecimento tácito de sua veracidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de fl. 484 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206930.0012/03-7, lavrado contra **EMPRESA DE MINERAÇÃO LITORÂNEA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$144.429,29**, sendo R\$7.347,41, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$137.081,88, acrescido de idêntica multa, prevista na alínea “e” do inciso II da citada Lei e artigo e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA