

A. I. N° - 298624.0002/10-0
AUTUADO - REFRESCOS GUARARAPES LTDA.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 27.12.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0395-04/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO; **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, estava obrigado a realizar a retenção do ICMS-ST. Infração parcialmente subsistente, após acolhimento parcial das razões de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/10, exige ICMS no valor de R\$ 79.389,85, acrescido da multa de 60%, consoante documentos às fls. 08 a 112 dos autos, relativo à:

1. Retenção a menor e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 67.744,43, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente aos meses de fevereiro, julho e outubro de 2007 e janeiro e novembro de 2008;
2. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 11.645,42, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, inerente aos meses de fevereiro, maio, julho e dezembro de 2007 e janeiro e novembro de 2008.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta defesa tempestiva às fls. 120 a 130 dos autos, na qual aduz que, equivocadamente, foram aplicados valores de pautas fiscais, tanto para a infração 01, como para a infração 02, em desconpasso com as Instruções Normativas nº 10/2006 e 26/2006, vigentes até junho de 2007, e com a Instrução Normativa nº 35/2007, desde então em vigor, anexas às fls. 148 a 156 dos autos.

Em seguida, o defendente refaz as planilhas apresentadas pelos autuantes, unificando as infrações e identificando os valores das Pautas Fiscais conforme as citadas Instruções Normativas, afirmando não ter encontrado saldo devedor, conforme mídia eletrônica (CD) à fl. 144 dos autos.

Aduz que o art. 503, inciso III, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, determina que nas operações com bebidas alimentares, além das demais disposições regulamentares inerentes às operações do gênero, observar-se-á a pauta fiscal para fins de substituição ou antecipação tributária nas operações com cervejas, chopes e refrigerantes. Por sua vez, dispõe o art. 61, inciso III, e o art. 73, inciso V, e § 1º, inciso IV, do citado RICMS, que:

Art 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subseqüentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:
III - nas operações com refrigerantes e bebidas energéticas, o valor fixado nela Secretaria da Fazenda, ou, na falta deste, o preço praticado pelo fabricante, mais valor adicionado fixada no Anexo 88;

Art. 73. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

V - nas operações com cervejas, chopes, refrigerantes, bebidas energéticas e águas minerais e gasosas;

§ 1º A pauta fiscal será fixada mediante ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, com observância da seguinte orientação:

IV - a pauta fiscal para as operações com cervejas, chopes, refrigerantes, bebidas energéticas e águas minerais e gasosas será adotada, unicamente, para fins de antecipação ou substituição tributária;

Ressalta o autuado que se dedica a fabricação de refrigerantes e, nas saídas subseqüentes, está obrigado a reter e recolher o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o que sempre faz em consonância com a legislação. Entretanto, os autuantes entenderam que em alguns meses houve retenção a menor do ICMS substituto e em outros meses não houve sequer retenção, sob a acusação de que o autuado deixou de proceder às determinações das cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 10/92, as quais transcreve.

Assevera o autuado que procedeu corretamente com a retenção e, conseqüentemente, o recolhimento do ICMS-ST no período autuado (2007 e 2008), nos termos do citado Protocolo ICMS 10/92. Diz que na autuação há um equívoco quanto aos valores das Pautas Fiscais aplicadas, tendo em vista que não se encontram em consonância com os valores dispostos nas Instruções Normativas nº. 10/06, 26/06 e 35/07, razão de ter refeito as planilhas apresentadas pelos fiscais com a identificação dos valores das Pautas corretos, não encontrando, ao final, saldo devedor.

Assim, destaca o defendente que o cerne da questão gira em torno da aplicação correta dos valores dispostos nas citadas Instruções Normativas e nas determinações contidas na “Portaria” ICMS nº. 10/92, para se confirmar a retenção e, conseqüentemente, o recolhimento correto do ICMS-ST pelo autuado, do que, caso esse Colegiado entenda necessária a realização de diligência / perícia contábil para ratificar os valores dispostos nas Planilhas refeitas pelo autuado, seja então a mesma determinada, em prol da verdade material, do que apresenta os seguintes quesitos:

- a) As Instruções Normativas nº. 10/06, 26/06 e 35/07 fixam valores diversos indicados pelos autuantes em sua planilha?
- b) A Impugnante, na planilha ora apresentada (v. doc. 05), identificou corretamente os valores de base de cálculo do ICMS substituto (pauta fiscal), a luz das referidas Instruções Normativas?

Em seguida, o autuado argüiu ser confiscatória a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto, do que afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88). Cita doutrina e decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, aduz que há de ser levado em consideração também o benefício da dúvida, já que o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Diante do exposto, requer que seja dado provimento a sua impugnação, para que seja decretada a total improcedência do Auto de Infração e, caso assim não entenda esse Colegiado, que seja excluída, ou no mínimo reduzida, a multa confiscatória aplicada de 60%, como também, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma favorável à impugnante (art. 112 do CTN), do que protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima justiça.

O autuante, Wagner Mascarenhas, na informação fiscal prestada às fls. 168 e 173 dos autos, afirma que, sobre o único argumento da defendente, tem a informar que o Estado da Bahia jamais instituiu Pauta Fiscal para operações com cerveja ou com água e o cálculo estabelecida pelos critérios dos Protocolos 10/92 e 11/91. De

consulta às citadas Instruções Normativas anexadas pelo próprio contribuinte às fls. 148/156, para que se constate que as mesmas contemplam apenas refrigerantes do que afirma que, aparentemente, a fabricante limitou-se a juntá-las e tergiversar sobre as mesmas, sem se dar ao cuidado de consultá-las.

Posteriormente, passa a revisar as planilhas apresentadas pela defendente, conforme a seguir:

INFRAÇÃO 01 – retenção a menor

FEV/07 /arquivo: 'fev 07 CORREÇÃO.xls' - planilha 'comST':

(01) linha 17 a 531 – Trata-se de água mineral aromatizada e/ou gaseificada artificialmente, cuja base de cálculo está prevista nos Protocolos 10/92 e 11/91, consolidadas no ANEXO 86 (vide fls. 161/163). Na coluna PAUTA (planilha Excel, grifada em vermelho) os valores de 1,40 e 1,20 correspondem aos MVA's de 140% e 120%, respectivamente. **Não há o que corrigir.**

(02) linha 565 a 589 – Trata-se de cerveja, cuja base de cálculo está prevista nos Protocolos 10/92 e 11/91, consolidadas no ANEXO 86. **Não há o que corrigir.**

(03) linha 1216 a 1442 – Aqui procede a alegação da defesa, vez que ao estendermos o valor de pauta da CCLIGHT/6 2000 ML (R\$ 14,70) para as linhas abaixo, as subseqüentes foram sucessivamente acrescentadas de R\$ 1,00, resultando na última linha no valor indevido de R\$ 240,70. **Correção efetuada.**

(04) linha 6507 a 7379 – Refere-se ao produto CCOLA/24 200ML (RGB), embalagem retornável, cuja unidade está pauta em R\$ 0,69, resultando a caixa com 24 unidades em R\$ 16,56. **Não há o que corrigir.**

(05) linha 12048 a 12054 – Refere-se ao produto CCOLA/PM 18 LITROS, cuja unidade em litro está pautada a R\$ 9,40, em embalagem de 18 LITROS. **Correção efetuada.**

(06) linha 12410 a 12430 – Refere-se ao produto FANTA UVA LIGHT/12, PACK 350 cuja unidade está pautada a R\$ 0,95 X 12 = R\$ 11,40. **Correção efetuada.**

(07) linha 12431 a 12892 – Refere-se ao produto FANTA/24 200ML (RGB) cuja unidade está pautada a R\$ 0,72 X 24 = R\$ 17,28. **Correção efetuada.**

(08) linha 14021 a 14960 – Refere-se ao produto FLAR/06 1000ML LS cuja unidade está pautada a R\$ 1,31 X 6 = R\$ 7,86. **Correção efetuada.**

(09) linha 15622 a 16135 – Refere-se ao produto FLAR/24 290ML KS cuja unidade está pautada a R\$ 0,72 X 24 = R\$ 17,28. **Correção efetuada.**

(10) linha 18019 a 18024 – Refere-se ao produto FLAR/PM 10 LITROS cuja unidade está pautada a R\$ 9,40 X 10 = R\$ 94,00. **Correção efetuada.**

(11) linha 18375 a 18716 – Refere-se ao produto FUVA/6 2000ML cuja unidade está pautada a R\$ 1,90 X 6 = R\$ 11,40. **Correção efetuada.**

(12) linha 19951 a 20601 – Refere-se ao produto GKUAT/06 1000ML LS cuja unidade está pautada a R\$ 1,31 X 6 = R\$ 7,86. **Correção efetuada.**

(13) linha 21350 a 21855 – Refere-se ao produto GKUAT/24 200ML (RGB) cuja unidade está pautada a R\$ 0,69 X 24 = R\$ 16,56. **Correção efetuada.**

(14) linha 19951 a 20601 – Refere-se ao produto GKUAT/ PM 10 LITROS cuja unidade está pautada a R\$ 9,40 X 10 = R\$ 94,00. **Não há o que corrigir.**

(15) linha 23025 a 23201 – Trata-se de cerveja, cuja base de cálculo está prevista nos Protocolos 10/92 e 11/91, consolidada no ANEXO 86. **Não há o que corrigir.**

Efetuada as correções devidas, o mês de fev/07 teve crédito reclamado reduzido para o valor de R\$ 2.391,15.

JUL/07 /arquivo: 'jul 07 CORREÇÃO.xls' - planilha 'comST':

(01) linha 1392 a 1571 – Refere-se ao produto SPRITE PET 600ML, embalagem não-retornável, cuja unidade está pauta em R\$ 1,30, resultando a caixa com 6 unidades em R\$ 7,80. **Correção efetuada.**

(02) linha 1848 a 1863 – Refere-se ao produto CLIGHT LEMON 600ML, embalagem não-retornável, cuja unidade está pauta em R\$ 1,39, resultando a caixa com 6 unidades em R\$ 8,34. **Correção efetuada.**

(03) linha 1864 a 2045 – Refere-se ao produto CCOLA/12 400ML, embalagem não-retornável, cuja unidade está pauta em R\$ 1,15, resultando a caixa com 12 unidades em R\$ 13,80. **Correção efetuada.**

(04) linha 8416 a 8879 – Trata-se de água mineral aromatizada e/ou gaseificada artificialmente, cuja base de cálculo está prevista nos Protocolos 10/92 e 11/91, consolidadas no ANEXO 86 (vide fls. 161/163). Na coluna PAUTA (grifada em vermelho) os valores de 1,40 e 1,20 correspondem respectivamente. **Não há o que corrigir.**

(05) linha 10748 a 10837 – Refere-se ao produto CCOLA LATA C/12 250ML, cuja unidade está pautada em R\$ 0,78, resultando a caixa com 12 unidades em R\$ 9,36. **Não há o que corrigir.**

(06) linha 11174 a 11229 – Refere-se ao produto FLAR LATA C/12 250ML, cuja unidade está pautada em R\$ 0,68, resultando a caixa com 12 unidades em R\$ 8,16. **Não há o que corrigir.**

(07) linha 11635 a 11656 – Refere-se ao produto CCOLA LATA C/12 250ML, cuja unidade está pautada em R\$ 0,78, resultando a caixa com 12 unidades em R\$ 9,36. **Não há o que corrigir.**

(08) linha 11699 a 11725 – Refere-se ao produto FLAR LATA C/12 250ML, cuja unidade está pautada em R\$ 0,68, resultando a caixa com 12 unidades em R\$ 8,16. **Não há o que corrigir.**

(09) linha 11726 a 11749 – Refere-se ao produto GKUAT LATA C/12 250ML, cuja unidade está pautada em R\$ 0,78, resultando a caixa com 12 unidades em R\$ 9,36. **Não há o que corrigir.**

(10) linha 18338 a 18343 – Refere-se ao produto CCLIGHT/6 1500ML PET, cuja unidade está pautada em R\$ 2,07, resultando a caixa com 6 unidades em R\$ 12,42. **Não há o que corrigir.**

(11) linha 18533 a 18639 / 18766 A 19006 – Trata-se de água mineral aromatizada e/ou gaseificada artificialmente, cuja base de cálculo está prevista nos Protocolos 10/92 e 11/91, consolidadas no ANEXO 86 (vide fls.161/163). Na coluna PAUTA (grifada em vermelho) o valor de 1,40 e 1,20 correspondem aos MVA's de 140% e 120%. **Não há o que corrigir.**

(12) linha 19007 a 19238 – Refere-se ao produto BURN/6-PK 250ML, cuja unidade está pautada em R\$ 4,38, resultando a caixa com 6 unidades em R\$ 26,28. **Correção efetuada.**

(13) linha 23118 a 23263 – Refere-se ao produto CCOLA/24 200ML (RGB), cuja unidade está pautada em R\$ 0,60, resultando a caixa com 24 unidades em R\$ 14,40. **Não há o que corrigir.**

(14) linha 29318 a 29319 – Refere-se ao produto SSPRITE/PM 05 LITROS cuja unidade está pautada a R\$ 9,40 X 5 = R\$ 47,00. **Correção efetuada.**

(15) linha 29320 a 29325 – Trata-se de água mineral aromatizada e/ou gaseificada artificialmente, cuja base de cálculo está prevista nos Protocolos 10/92 e 11/91, consolidadas no ANEXO 86 (vide fls.161/163). Na coluna PAUTA (grifada em vermelho) o valor de 1,40 corresponde ao MVA de 140%. **Não há o que corrigir.**

Efetuada as correções devidas, o mês de jul/07 teria crédito reclamado ampliado de R\$ 20.501,62 para o valor de R\$ 21.147,72. Todavia tal aumento não é admitido no âmbito da informação fiscal, pelo que se mantém o valor original.

OUT/07, JAN/08 e NOV/08

O contribuinte não destacou valores a corrigir relativos a estes períodos, pelo que não foram alterados os valores originais.

INFRAÇÃO 02 – falta de retenção

O contribuinte não destacou valores a corrigir quanto a esta infração.

Assim, diante de tais considerações, concluiu o autuante que, na infração 01, o ICMS-ST a exigir deve ser reduzido de R\$ 16.020,68 para R\$ 2.391,15 no mês de fevereiro de 2007, majorado de R\$ 20.501,62 para R\$ 21.147,72 no mês de julho de 2007, salientando, entretanto, que tal aumento não é admitido no âmbito da informação fiscal, pelo que mantém o valor original deste mês.

Instado a se pronunciar sobre a Informação Fiscal, inclusive sendo-lhe entregue cópia juntamente com a mídia eletrônica (CD), o contribuinte, através de seu patrono, à fl. 179, requer, em 19/08/2010, a prorrogação do prazo por mais 10 (dez) dias para “contrarrazoar a Informação Fiscal”.

Na assentada do julgamento, em 09/12/2010, o contribuinte juntou manifestação sobre a Informação Fiscal, cujas razões não foram avaliadas diante da intempestividade da mesma.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir do remetente, localizado no Estado de Pernambuco, a retenção a menos e a falta de retenção do ICMS, no montante de R\$ 79.389,85, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de cervejas, refrigerantes e água mineral realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, consoante determinam as cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 10/92.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência ou de perícia requer uma vez que considero que os autos encontram-se devidamen

necessárias para o convencimento do órgão julgador, a teor do que determina o art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, há de se ressaltar que tal penalidade é a prevista no art. 42, inciso II, da Lei nº. 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para apreciar se a mesma fere o princípio constitucional que veda o confisco, nos termos previstos no art. 167, inciso I, do citado RPAF.

Igualmente, não é competência desta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação do pedido de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal, cabendo tal análise à Câmara Superior, conforme previsto no art. 169, § 1º, do multicitado RPAF.

No mérito, destaca o defendente que o cerne da questão gira em torno da aplicação correta dos valores dispostos nas citadas Instruções Normativas e nas determinações contidas na “Portaria” ICMS nº. 10/92, para se confirmar a retenção e, conseqüentemente, o recolhimento correto do ICMS-ST pelo autuado, do que refaz as planilhas apresentadas pelos autuantes, unificando as infrações e identificando os valores das Pautas Fiscais conforme as citadas Instruções Normativas, afirmando não ter encontrado saldo devedor, conforme mídia eletrônica (CD) à fl. 144 dos autos.

Contudo, tais planilhas apresentadas pelo contribuinte foram analisadas, item a item, pelo preposto fiscal quando da realização da Informação Fiscal (fls. 169/173), sendo naquela oportunidade esclarecidos os motivos de acolhimento ou da manutenção original dos valores, do que foi intimado o sujeito passivo para se manifestar sobre a mesma, não tendo, no entanto, se pronunciado tempestivamente, o que caracterizou uma aceitação tácita dos números apurados pelo autuante.

Reza o artigo 140 do RPAF que “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

É válido salientar que, conforme bem frisou o autuante em sua informação fiscal, o Estado da Bahia jamais instituiu pauta fiscal para operações com cerveja ou com água mineral, que têm sua base de cálculo estabelecida pelos critérios dos Protocolos ICMS 10/92 e 11/91. As Instruções Normativas de nº: 10/2006; 26/2006 e 35/2007, citadas pelo autuado, só contemplam refrigerantes.

Assim, diante de tais considerações, concordo com as modificações realizadas pelo autuante, em sua informação fiscal, as quais foram tacitamente aceitas pelo autuado, ao não se manifestar dentro do prazo legal determinado, após a devida intimação sobre as mesmas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no total de R\$ 66.406,42, após a redução do valor de R\$ 16.020,68 para R\$ 2.391,15, referente à data de ocorrência de 28/02/2007, e a majoração do valor de R\$ 20.501,62 para R\$ 21.147,72, referente à data de ocorrência de 31/07/2007, inerentes à infração 01, mantendo-se os demais valores consignados no lançamento de ofício.

Devo ressaltar que a adequação dos valores acima não acarreta no agravamento da infração, conforme previsto no art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0002/10-0**, lavrado contra **REFRESCOS GUARARAPES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 66.406,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A

PAULO DA