

AI Nº - 298624.0031/12-7
AUTUADO: - INDÚSTRIA DE BEBIDAS PIRASSUNUNGA LTDA
AUTUANTES: - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM: - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/08/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0195-03/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. Constitui infração o não recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS devido a título de substituição tributária/antecipação do fato gerador. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O contribuinte em epígrafe teve lavrado contra si um lançamento de ofício através do qual a administração tributária atribuiu-lhe o cometimento de duas infrações tributárias a seguir descritas exigindo-lhe em consequência, além do tributo que não foi corretamente pago, uma multa pecuniária.

Infração 01: Procedeu a retenção a menor do ICMS no valor de R\$ 236.690,50, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Infração 02: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido no valor de R\$ 343.226,17, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O contribuinte apresenta tempestivamente a sua defesa e inicialmente observa que a exigibilidade do crédito encontra-se suspensa por força de dispositivos da legislação tributária em vigor e acrescenta: “*observando o brocardo accessorium sequitur principale, estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a apresentação desta defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.*”

Quanto ao mérito anota o seguinte: “*Dos valores constantes na folha 1 - infração 1 – 08.48.02, relativamente ao período de 31/01/2010 a 31/12/2010, foram apontados valores e calculados erroneamente pela autoridade fiscal, notadamente com relação à pauta fiscal e erros na forma do cálculo do tributo, apontados nas folhas 5 à 10 e planilha. Na planilha apresentada pela autoridade fiscal há erro grosseiro na apuração da base de cálculo do imposto, bem como nota-se que as pautas utilizadas não correspondem com as pautas em vigor na data da emissão das notas, sendo esses os motivos ensejadores da apontada diferença*”. Anexa uma tabela onde consta, segundo ele, “*as pautas e respectivas competências que não foram obedecidas pela autoridade fiscal*”. E acrescenta: “*A fim de elucidar os erros mencionados segue anexada planilha comparativa pela qual fica claramente demonstrada, pela correta aplicação das pautas correspondentes aos respectivos produtos e competências, bem como pelo cálculo correto da base de cálculo do ICMS/ST que existe apenas uma diferença no valor de R\$ 11.452,58 (onze mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e oito centavos), a qual é reconhecida como devida pela autuada, sendo que os demais valores foram corretamente recolhidos, conforme GNRE`s anexadas.* Relativamente ao valor reconhecido como devido, pela autuada, anexa a respectiva guia de recolhimento no valor R\$ 15.842,89 (quinze mil, oitocentos e quarenta e dois reais e oitenta e nove centavos). Conclui sobre esta acusação que o valor de R\$ 236.690,50 (duzentos e trinta e seis mil, seiscentos e noventa reais e cinquenta centavos) apurado pelo

autuante , “não possui razão de existir, trata-se de erro grosseiro determinante da anulação do auto de infração, ou, caso não seja este o entendimento desta unidade fiscalizadora, seja determinada a retificação e o recálculo dos valores, utilizando-se as base de cálculo adequadas”

Diz que em ralação ao período de 31/01/2011 a 31/12/2011 (fls. 01/02), “os produtos listados para cálculo do tributo não pertencem à autuada, inexistindo base legal para cobrança do tributo, apontados nas folhas 11 à 13 e planilha”. A fim de comprovar tais afirmações segue igualmente anexa “a listagem das marcas registradas perante o INPI evidenciando que os produtos em questão pertencem a outra empresa, sendo este mais um erro grosseiro cometido pela fiscalização, constituindo motivo de anulação do AIIM”.

Quanto a infração 2 e relativa ao período de 28/02/2010 a 30/04/2010, esclarece: “ todas as notas fiscais emitidas seguem acompanhadas da respectiva guia GNRE recolhida, conforme comprovantes anexados. Esta situação é evidente posto que a ausência das guias ensejaria o impedimento da entrada do produto no estado da Bahia, como é de conhecimento desta regional”. Acrescenta que “tais valores encontram-se devidamente recolhidos, aliás isto já era de conhecimento da autoridade fiscalizadora que detém todas as informações atinentes aos recolhimentos em questão, os quais correspondem à soma da planilha elaborada pela Autoridade Fiscal, constantes nas folhas 20 à 22, mas mesmo tendo conhecimento do recolhimento dos valores, a autoridade fiscal, inadvertidamente lançou novamente os valores no AIIM como se não tivessem sido recolhidos”.

Argumenta em seu favor que analisando a documentação enviada pela autoridade fiscal constatou que no período de 02/2010 a 04/2010 (fls. 15) constam os pagamentos reclamados no item acima com os valores correspondentes e que neste aspecto o auto de infração merece ser anulado, posto que os impostos em questão foram todos recolhidos. Observa ainda que em relação “ao período de 31/01/2011 a 31/12/2011 (fls. 02), a autoridade fiscal novamente incorreu em erro, visto que os produtos listados para cálculo do tributo não pertencem a IBP, inexistindo base legal para cobrança do tributo, apontados nas folhas 23 à 32 da planilha”. A fim de comprovar tais afirmações anexa a listagem das marcas registradas perante o INPI evidenciando, segunda a autuada, “que os produtos em questão pertencem a outra empresa, sendo este mais um erro grosseiro cometido pela fiscalização, constituindo motivo de anulação do AIIM.”

Aduz em seu favor que quando da autuação inúmeros aspectos não foram observados que segundo e ela “vão desde a aplicação incorreta de método de apuração de base de cálculo, bem como a aplicação de pautas de alíquota em desconformidade com os protocolos retromencionados e que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal, conforme já demonstrado.” Entende que “tal fato por si só eiva de nulidade o auto de infração lavrado pois desobedece ao Art. 142 do CTN”, que transcreve. Comenta sobre a “ a igualdade constitucional que previsiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as autuações, objeto deste embate, dado que deixa de informar corretamente os valores que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa”

Acrescenta que “não possuindo as condições de executabilidade, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário”

Menciona e transcreve Acórdão de órgão não mencionado, que decidiu sobre a nulidade do Auto de Infração motivada pela imperfeita descrição dos fatos, aliados a falta de menção dos dispositivos legais infringidos, quando acarreta perceptível prejuízo ao direito de defesa ao contribuinte, enseja a nulidade do auto de infração”.(Ac. n.º 101-79.775/90)

Faz comentário a respeito da vedação ao confisco que entende deva estender-se também às penalidades pecuniárias e traz a lume decisões a respeito do tema.

Conclui sua impugnação pedindo que mesma seja regularmente distribuída, conhecida e processada com a suspensão do crédito tributário “*reconhecendo e declarando a nulidade do auto de infração face às irregularidades decorrentes do ato administrativo, ressaltando ainda que a motivação do auto de infração é genérica e vaga, prejudicando o exercício da ampla defesa e do contraditório, devendo, ao final, ser julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, determinando seu arquivamento*”. E acrescenta “*caso não seja este o entendimento, requer seja determinado o recálculo de todos os valores apontados pela autoridade fiscal, observando-se as pautas e competências de cada Nota Fiscal em consonância com os protocolos retomencionados, bem como sejam afastadas da presente autuação todos os tributos e respectivos consectários arbitrados com base em produtos que não pertencem à autuada, conforme exaustivamente narrado e demonstrado, devendo, ao final, ser julgado totalmente improcedente o AIIM, determinando seu arquivamento*”

Os autuantes por seu turno apresentam a informação fiscal que assim podemos resumir:

Quanto a Infração 1 informam que revisaram os protocolos e retificaram a pauta fiscal (negrito) de alguns produtos de acordo com o pleito do contribuinte (fl.49 linha 10), concluindo que “*em relação a Pauta Fiscal, depois de retificada, não há discordância*”.

Em relação ao mês de Janeiro de 2010 observam que o “contribuinte reconhece que lança valor a menor nas Notas Fiscais e paga espontaneamente o valor de R\$ 11.452,58 (onze mil quatrocentos e cinqüenta e dois reais e cinqüenta e oito centavos), GNRE anexa (fl120)”. Anotam “*que em relação a Novembro de 2010 o contribuinte tenta compensar valores que segundo ele é devido de R\$ 371,52 (fl.121), com valores que segundo ele, foram pagos a maior, o que não é permitido pela legislação, por isso retiramos de sua planilha constante da defesa, os valores não devidos (fl.121 e “CD” da defesa, (fl.114))*”.

Informam que o “arquivo Sintegra do contribuinte não nos fornece o ICMS ST por produto e sim ICMS ST total da Nota Fiscal, ou seja a soma dos ICMS’s ST constantes de todos os produtos da Nota Fiscal. Então temos que calcular o ICMS ST de cada item da nota fiscal usando sua Base de Calculo, que nos é fornecida pelo arquivo magnético (Sintegra). Feito isso deduzimos a Base Calculo encontrada por item, com a que nos fornece o contribuinte, por item também, constante dos seus arquivos Sintegra. Ocorrendo diferença a favor do fisco, aplicamos alíquota devida e calculamos o ICMS ST cobrando (fls.122 a 125). Observamos que é a única forma possível de calculo do ICMS ST.”

Comentam a respeito da manifestação do contribuinte que o que ele “fez na sua defesa, foi simplesmente inserir na sua planilha uma coluna com o nome ICMS da NF e zerar o debito. Como ICMS ST da Nota Fiscal é sempre maior do ICMS ST do item constante da Nota Fiscal, não são todos itens que tem diferença, ele colocou o valor na coluna do ICMS ST NF, igual ao encontrado pela fiscalização, zerando as diferenças. Esse valor do ICMS ST por item, jamais poderia ser igual ao que deveria ter na Nota Fiscal, porque as Bases de Calculo são diferentes, como mostra a planilha (fls.122 a 125). Como exemplo pegamos a Nota Fiscal 12.068 de 13 de outubro de 2010 (fl.126) o total de ICMS ST da Nota é de R\$ 3.641,22, na defesa o contribuinte insere o ICMS ST dessa Nota Fiscal assim: R\$ 524,55 e R\$ 1.828,92 coincidindo com a diferença calculada das Bases de Cálculo. O que o contribuinte fez, foi simplesmente inserir na sua planilha um valor igual ao imposto devido do item que deu diferença.”

Anotam que em “relação ao ano de 2011 os produtos listados pertencem a Industria de Bebidas Paris Ltda CNPJ: 44.826.246/0001-92, devendo ser desconsiderado qualquer valor referente a este ano”.

Quanto a Infração 2 informam que: “a empresa apresenta GNRE’s do mês de Abril no valor de R\$6.261,65 (fl.83) e do mês de Março no valor de R\$10.005,92 e R\$ 4.523,41 (fls. 88 e 89), anexamos

documento de arrecadação referente as referidas GNRE's que comprovam que as mesmas não pertencem a Indústria de Bebidas Pirassununga Ltda (fls.127 a 129), em relação a diferença referente ao mês ao mês de fevereiro de 2010 de R\$ 3.141,86 não houve contestação. Anexamos planilha de retido e não recolhido (fls.130 e 131), ratificamos cobrança." Ainda em relação ao ano de 2011 os produtos listados pertencem a Industria de Bebidas Paris Ltda CNPJ : 44.826.246/0001-92, devendo ser desconsiderado qualquer valor referente a este ano." Apresentam o seguinte resumo sobre os valores remanescentes: Infração 1 : Retido a Menor 2010: Jan: R\$ 3.293,18 Fev: R\$ 1.187,68 Mar: R\$ 6.800,20 Abr: R\$ 4.896,32 Mai: 924,06 Jun: R\$ 4.740,74 Jul: R\$ 6.350,96 Ago: R\$ 4.417,91 Set: R\$ 9.139,41 Out: R\$ 2.794,81 Nov: R\$ 6.713,73 Dez: R\$ 14.594,25.

Infração 2: Retido e Não Recolhido 2010: Fev: R\$ 3.141,86 – Mar: R\$ 14.529,33 – Abr: R\$ 6.261,65.

VOTO

Como visto o lançamento de ofício reportado neste Processo Administrativo fiscal atribui ao contribuinte em epígrafe o cometimento das seguintes infrações assim descritas: Infração 01: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Infração 02: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ocorre que após a defesa do contribuinte os Srs. Auditores apresentaram novas planilhas em que consideraram em parte, os argumentos apresentados pela autuada modificando os valores anteriormente postos no lançamento. A informação fiscal por indicar novos valores foi devidamente encaminhada ao contribuinte (fls.134) e recebida no dia 08 de maio de 2013 não tendo apresentado nenhuma manifestação a respeito.

Entendemos que estes novos valores cujo conhecimento foi dado ao contribuinte que sobre eles não se manifestou, representam a base de cálculo reconhecida pelo lançamento e com a qual concordo modificando assim aqueles originalmente indicados e em consequência o Auto de Infração em epígrafe deve ser julgado parcialmente procedente.

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 298624.0031/12-7 lavrado contra **INDÚSTRIA DE BEBIDAS PIRASSUNUNGA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 89.786,09** acrescido das multas de 60% sobre 65.853,25 e de 150% sobre R\$23.932,84, previstas no Art. 42, II, "a" V, "a" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR