

PROCESSO - A. I. Nº 207095.0900/13-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0100-02/14
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 26/02/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0019-11/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (ANEXO 88 DO RICMS/97). TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL PARA FILIAL ATACADISTA. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Consta na descrição dos fatos que a infração é decorrente do recolhimento a menor por antecipação, todavia, pelo levantamento fiscal, restou claro que a cobrança foi à título de retenção. A autuação originalmente foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atenção aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. 2. CADASTRO FAZENDÁRIO. FALTA DE COMUNICAÇÃO DE ALTERAÇÃO CADASTRAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Argumentos defensivos elidiram a acusação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF, constante no Acórdão nº 0100-02/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 11/09/2013, acusa o Autuado do suposto cometimento de quatro infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 01 e 04:

INFRAÇÃO 1: Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, no valor de R\$6.304.423,67, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2010 a junho de 2013, conforme demonstrativos às fls.26 a 27, e CD à fl. 28.

INFRAÇÃO 4: Falta de comunicação à repartição competente, decorrido o prazo de 30 dias da ocorrência, de alteração dos dados do contabilista responsável, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JJF proferiu a Decisão unânime quanto às infrações objeto de Recurso de Ofício, transcrita abaixo (fls. 98/106):

Analisando cada infração de per si com base no que constam nos autos, é possível concluir o que segue.

Infração 01

Versa este item sobre a conclusão fiscal de que o autuado, na condição de filial atacadista, efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, no valor de R\$ 6.304.423,67, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições (transferências) de mercadorias (bebidas quentes) provenientes do estabelecimento Matriz situado no Estado da Paraíba, e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, por força do Protocolo ICMS 14/2006.

Constato que da forma como descrita a acusação fiscal, a exigência fiscal diz respeito a exigência de imposto recolhido a menor por antecipação sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

Já o demonstrativo elaborado pelo autuante, intitulado de RECOLHIMENTO A MENOS DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, no período de janeiro de 2010 a junho de 2013, constante às fls.26 a 27 (página 1 e página 404), e CD à fl. 28, que dá sustentação ao lançamento tributário em questão, faz referência, como visto, que se trata de exigência de imposto de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, por força do Protocolo ICMS nº 14/2006.

Constato que não existe discussão que as mercadorias em lide são “bebidas quentes”. Na peça defensiva o sujeito passivo argumenta a exigência fiscal não encontra amparo nas Cláusulas quarta e quarta-A do Protocolo ICMS 14/2006, sob o fundamento de que a transferência de mercadoria entre estabelecimento industrial e filial não é contemplada nos referidos dispositivos legais. Além disso, foi argumentado que o critério empregado para apurar a exigência do ICMS, não levou em conta todos os elementos necessários e obrigatórios para a determinação do imposto devido nas operações com produtos sujeitos ao pagamento por substituição tributária, relativamente a: alíquota; Crédito Fiscal; Base de Cálculo; Margem de Valor Agregado MVA.

Como se vê, a operação objeto da lide, trata de mercadorias (bebidas quentes) recebidas em transferência de outro estabelecimento (industrial) da mesma empresa, localizado no Estado da Paraíba, para ser comercializada neste Estado pelo autuado.

As normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, estão estabelecidas no Convênio ICMS 81/93 e alterações posteriores, no qual, reza na Cláusula quinta, in verbis:

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

(...)

II – às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino as empresa diversa.

Parágrafo único – Sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.

Ressalto que o Protocolo ICMS 14/2006, obedecendoa regra geral acima descrita, estabeleceu na Cláusula Segunda do referido Protocolo, in verbis:

Cláusula segunda O regime de que trata este protocolo não se aplica:

I - à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora ou arrematante;

Parágrafo único. Na hipótese desta cláusula, a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.

Os Estados da Bahia e Paraíba, dentre outros, são signatários do Protocolo ICMS 14/2006 e alterações posteriores, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes.

No presente caso, considerando que as operações se referem a transferência do estabelecimento matriz situado no Estado Paraíba para o estabelecimento filial neste Estado, inscrito na SEFAZ/BA na atividade econômica: “comércio atacadista de bebidas não especificadas anteriormente”, a responsabilidade pelo pagamento em tais transferências é do autuado, conforme normas acima transcritas.

Ocorre que, apesar de ter sido atribuída, corretamente, a exigência tributária ao autuado, este item da autuação não tem como prosperar, visto que a acusação fiscal diz respeito a um fato – antecipação tributária sobre aquisições – porém, o levantamento fiscal foi elaborado tomando por base as operações de saídas, não dando certeza, a que se refere a exigência fiscal.

Além do mais, por se tratar de recolhimento a menos do imposto, não obstante o autuado não ter apresentado qualquer levantamento para demonstrar como foi calculado o imposto que recolheu no período, tomando por

base o mês de janeiro de 2010, constante no CD, mesmo especificando nas linhas as notas fiscais, e nas colunas, o número do documento fiscal, data de emissão, CFOP, código do produto, especificação dos produtos, NCM, valor do produto (saídas), ICMS a 27%, e totalizado ao final, com a dedução da coluna do imposto recolhido no período constante no banco de dados da SEFAZ/BA, fl.22, o método adotado pelo autuante não está correto, pois deveria ser considerada a MVA sobre os preços praticados, e após o cálculo do imposto, ser deduzido o imposto normal pago na operação, obtendo-se o imposto a ser retido, na forma prevista no artigo 372, parágrafo 1º do RICMS/97.

Nestas circunstâncias, considerando que a base de cálculo apurado neste processo não dá certeza quanto ao crédito tributário a ser exigido, impõe a nulidade do lançamento do débito deste item da autuação, com fulcro no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Representação à autoridade fazendária competente para determinar a instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

(...)

Infração 04

A multa foi aplicada em razão da falta de comunicação à repartição competente, referente a alteração dos dados do contabilista responsável.

Pelo que consta nos autos, a fiscalização fundamentou a acusação fiscal com base na conclusão de que durante todo o processo de arrecadação, análise e devolução dos livros e documentos fiscais deu-se diretamente com os prepostos do estabelecimento autuado e por intermédio destes com os responsáveis pelo setor fiscal na matriz (Paraíba), Sr. Robert e Darlan (083) 3422-7000.

Além disso, observou que consta nas DMAs anexas ao CD, que o contabilista responsável pelas informações é o Sr. José Valdístelio Garcia, o que segundo o autuante, coaduna com a declaração prestada pelo escritório de Juarez Rodrigues da Silva, através de email:

“A contabilidade JRT presta alguns serviços externos para a empresa Engarrafamento Coroa como os citados a seguir: entrada de parcelamentos e algumas informações da SEFAZ que repassamos. A contabilidade da mesma é feita na Paraíba.” (grifo nosso)

O autuado, por seu turno, alega que no Cadastro Fazendário consta o nome do contabilista como sendo o senhor JUAREZ RODRIGES DA SILVA, desde o início das suas atividades, conforme resultado da pesquisa, efetuado em 04 de outubro de 2013, cópia inserta da página extraída do site da SEFAZ/BA, à fl.63.

Do exame levado a efeito no referido documento, verifico que tem razão o autuado, pois, ao contrário do que informou o autuante, consta no INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, que José Valdístelio Garcia está qualificado, no campo destinado aos responsáveis pela empresa, como Administrador e não como Contador, não havendo nenhum impedimento legal para o mesmo apresentar a DMA.

Infração insubsistente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

De ofício, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão de primeira instância, ter desonerado parte do débito originalmente cobrado, de R\$11.522.894,02 para R\$9.148,23, consoante disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Na análise do quanto trazido aos autos, entendo não merecer qualquer reforma o Julgado de Primeira Instância.

A infração 1 versa sobre o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, em razão de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97.

A JJF consubstanciada no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, anulou a infração por insegurança na

determinação da base de cálculo.

O RICMS, em seu art. 355, em consonância com o Convênio ICMS 81/93 estabelece que:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

Neste diapasão, o Protocolo ICMS 14/2006, em atenção aos comandos descrito acima, estabeleceu na Cláusula Segunda que:

Cláusula segunda O regime de que trata este protocolo não se aplica:

I - à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora ou arrematante;

Parágrafo único. Na hipótese desta cláusula, a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.

Sendo os Estados da Bahia e Paraíba, signatários do Protocolo ICMS 14/2006, caberia ao Autuado (estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa) promover a retenção do imposto.

A metodologia adotado pelo autuante não está correta, pois no cálculo do imposto deve ser considerada a MVA sobre os preços praticados, deduzindo o imposto normal pago na operação, para chegar ao imposto a ser retido, na forma prevista no artigo 372, parágrafo 1º do RICMS/97.

Assim, caberia a exigência do imposto na saída, a título de retenção, acrescido da MVA e não de antecipação como consta na acusação.

Neste sentido resta caracterizada a nulidade do Auto de Infração em tela, haja vista que, a sua lavratura não foi em consonância com os requisitos previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Isso porque, nos termos do art. 39, III e IV do RPAF/99 o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, bem como terá anexo o demonstrativo do débito tributário.

No caso em comento, há uma flagrante contradição entre o descrito no Auto de Infração e o constante no levantamento fiscal que o sucedeu, uma vez que o autuante acusou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, todavia os demonstrativos indicam que o que está sendo cobrado é o imposto devido na saída, a título de retenção.

O Auto de Infração deve conter todas as provas necessárias para comprovar a ocorrência do ilícito tributário, de forma que o art. 28, §4º, II, do RPAF disciplina que ele estará acompanhado dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal Autuante e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Nessa seara, a divergência entre o Auto de Infração e os demonstrativos que o fundamentou, alterou o cerne da imputação, razão pela qual não há como dar sequência ao presente PAF sem ocorrer empreteção do direito de defesa, levando a nulidade do Auto de Infração, com arrimo no art. 18, II, do RPAF.

No que tange a infração 4 a cobrança da multa se deu em razão da falta de comunicação à repartição competente, no prazo legal, de alteração dos dados do contabilista responsável.

O autuante entendeu que em razão das DMAs terem sido entregues pelo Sr. José Valdístelio

Garcia, teria havido a alteração do contador sem informação à repartição competente, ao passo que o Autuado, juntou página de seu cadastro, demonstrando que no cadastro da Fazenda consta o senhor Juarez Rodrigues da Silva, desde o início das suas atividades, como contador da empresa.

Não há reparos a fazer na Decisão recorrida, pois conforme pontuado na Decisão recorrida, consta no INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, que José Valdistelio Garcia está qualificado, no campo destinado aos responsáveis pela empresa, como Administrador e não como Contador, não havendo nenhum impedimento legal para o mesmo apresentar a DMA.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Em atenção ao quanto disposto no art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.0900/13-5**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.558,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Recomenda-se a autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS