

A. I. Nº - 207349.0004/14-4
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
AUTUANTE - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24.07.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-04/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. Com a revogação do inciso IV do § 11 do Art. 289 do RICMS/BA vigente, o cálculo da ST nas operações interestaduais com refrigerantes, para o mês de janeiro/2013, deixou de ser com base na utilização da pauta fiscal. Por outro lado, por intermédio do Decreto nº 14.295 de 31/01/13, passou a viger a regra encartada no inciso VI do § 11 do Art. 289 de acordo com a Alteração nº 10 (Decreto nº 14.295, de 31/01/13, DOE de 01/02/13), efeitos a partir de 01/02/13 a 31/07/13, que voltou a permitir a utilização da pauta fiscal, porém condicionado a existência de Termo de Acordo celebrado entre os contribuintes e a SEFAZ. Mantida a exigência referente ao mês de janeiro/2013. Reconhecido pelo autuado o débito pertinente às demais ocorrências relativas à infração 1, cujo respectivo pagamento foi efetuado, cabendo a devida homologação. **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Item não contestado e reconhecido. Pagamento já efetuado. Acusação mantida. Indeferido pedido de perícia técnica. Incompetência do órgão julgador administrativo para declarar constitucionalidade na legislação tributária posta. Mantidas as multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 16/12/2014, contempla a exigência de ICMS no total de R\$228.595,87 em decorrência da apuração dos fatos a seguir indicados:

INFRAÇÃO 1 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, no montante de R\$221.820,66, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, tendo como complemento: Efetuou a retenção a menor nas vendas de refrigerantes constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2, sendo essa retenção prevista no Protocolo ICMS 11/91. Foi aplicada multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$6.775,21 na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, tendo o seguinte complemento: A falta do recolhimento foi apurada através da diferença entre os valores retidos nas Notas Fiscais eletrônicas e os valores efetivamente recolhidos através de GNRE, tendo sido tais valores demonstrados no Anexo. Foi aplicada multa de 150% prevista no Art. 42, inciso IV, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus patronos legalmente habilitados, ingressou com impugnação parcial ao lançamento, onde após tecer algumas considerações iniciais e descrever os fatos, ingressa nos fundamentos da defesa para inicialmente informar que reconhece como parcialmente devido a quantia exigida nas infrações 1 (competências de fevereiro a junho /2013) e 2 (competência junho/2013), no valor principal de R\$165.434,67, bem como que promoveu o recolhimento do referido crédito em Documento de Arrecadação (DAE) (doc. 04) próprio, cujo valor total contempla as reduções legais, razão pela qual, com base no art. 156, I, do CTN, encontra-se extinto o crédito referente aos valores reconhecidos.

Adentrando aos fundamentos de mérito, passa a questionar a infração 1, competência do mês de janeiro/13, ante a possibilidade de utilização da pauta fiscal nas operações com refrigerantes anteriores a 01/02/2013, à luz do Decreto nº 14.295, de 31/01/2013, com efeitos a partir de 01/02/2013.

Alega tratar-se de suposto crédito tributário de ICMS-ST em razão da incorreção na composição da base de cálculo do tributo, sob a justificativa de que deveria ter sido aplicada MVA ao seu valor, mesmo vigente à época do fato gerador, no Estado da Bahia, o preço de pauta fiscal com base nos valores usualmente praticados no mercado (pauta fiscal), nos moldes do art. 23 da Lei nº 7.014/1996. Diz que atua no ramo de fabricação e comercialização de bebidas que, no exercício regular de sua atividade, figura como contribuinte de diversos tributos, dentre os quais o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), sobretudo na qualidade de Contribuinte Substituto (ICMS-ST), em operações na qual a legislação lhe impõe a responsabilidade pela retenção antecipada do tributo devido nas operações futuras – a chamada “*substituição tributária pra frente*”. Cita o Art. 155, XII, “b” da CF e o Art. 8º da LC 87/96, que estabeleceu as normas para instituição do ICMS, regulamentando o instituto da substituição tributária, mais especificamente o § 2º do Art. 8º, aduzindo que, no caso, para os produtos que comercializa (bebidas), foram editados os Protocolos ICMS 10/92 e 11/91, que estabelecem que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária será o preço máximo de venda ao consumidor, sugerido pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente (pauta fiscal), sendo aplicável a MVA na sua falta.

Aduz que a Lei Complementar nº 87/96 remeteu às Leis Estaduais a competência para regulamentação da matéria, tendo sido no Estado da Bahia editada a Lei nº 7.014/96 e o Decreto nº 13.780/12 que trata sobre o ICMS-ST nas operações com refrigerantes:

Lei nº 7.014/96

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

Acrescenta, em seguida, que à época do fato gerador, janeiro de 2013, vigorava sem restrições a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 068/2012, razão pela qual sua utilização se impõe face os claros termos do artigo 23, § 2º, da Lei nº 7.014/96 supra transcrito, sendo que, é nesse sentido que, estabelecido o valor presumido do ICMS-ST por meio da Instrução Normativa nº 068/2012 (doc. 05), ao compor a base de cálculo do tributo, utilizou desses valores e efetuou o recolhimento do tributo devido.

Registra que na competência Janeiro de 2013, inexistia qualquer condicionante para a utilização de pauta fiscal, sendo que, apenas com a alteração promovida pelo Decreto nº 14.295, de 31/01/2013, com vigência a partir de 01/02/2013 é que a legislação Baiana passou a exigir a formalização de um termo de acordo entre a autoridade competente e o contribuinte, quando os contribuintes estiverem localizados fora do Estado para fins de utilização de pauta fiscal nas operações com refrigerantes.

Menciona a redação do § 11, inciso VI do artigo 289 do RICMS/BA anterior a alteração promovida pelo Decreto nº 14.295, de 31/01/2013, para concluir que somente com a publicação do Decreto nº

14.295, de 31/01/2013, com efeitos a partir de 01/02/2013, passou a ser necessário Termo de Acordo para apuração de ICMS/ST via pauta fiscal nas operações com refrigerantes, sendo que, desta maneira, no período de 01/01/2013 a 31/01/2013, os contribuintes substitutos poderiam utilizar a pauta fiscal para cálculo do ICMS/ST nas operações com refrigerantes, de modo que, no período de janeiro de 2013 a apuração de ICMS/ST via pauta fiscal nas operações com refrigerantes está correta, afigurando-se indevida a cobrança.

Passa a questionar os percentuais das multas aplicadas na ordem de 60% e de 150%, citando decisões de tribunais administrativos e superiores além de doutrina, para destacar que à luz das decisões que transcreveu, considera as multas aplicadas desproporcionais e que servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora, razão pela qual requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Em conclusão requer:

1. a extinção do crédito tributário objeto da infração 01, competências de fevereiro a junho/2013, e infração 2, competência junho/2013, em virtude de seu pagamento;
2. o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência da exigência fiscal remanescente porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação;
3. caso não acolhido o pleito anterior, requer-se a anulação da multa imposta, haja vista a falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%, conforme precedentes do STF.
4. que sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, protestando finalmente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

A autuante, através da informação fiscal prestada às fls. 125 a 130, mantém a autuação na íntegra, explicando que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação, nas Notas Fiscais eletrônicas, da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas operações com cerveja e refrigerantes, enquadrados no regime de Substituição Tributária através do Protocolo ICMS 11/91, que tem a Bahia e Goiás como signatários.

Reportando-se à primeira alegação da defesa de que : *"no período de 01/01/2013 a 31/01/2013, os contribuintes substitutos poderiam se utilizar da pauta fiscal para cálculo do ICMS ST nas operações com refrigerantes, de modo que, no período de janeiro de 2013 a apuração de ICMS ST via pauta fiscal nas operações com refrigerantes está correta, afigurando-se indevida a cobrança"*, ratifica a autuação por entender que a previsão de utilização de Pauta Fiscal nas vendas de refrigerantes para o Estado da Bahia estava contida no inciso IV do § 11 do art. 289 do RICMS/2012, entretanto este inciso foi revogado pelo art. 5º do Decreto nº 14.242, de 14/12/2012 que procedeu à alteração 7 no RICMS/2012 e foi publicado no DOE de 15 e 16/12/2012, com efeitos a partir de 01/01/2013.

Transcreve o Art. 5º do mencionado decreto, bem como § 11 do Art. 289 do RICMS/2012, inciso IV, destacando que se encontrava estava em vigor até 31.12.2012 e observando que a partir de 01/01/2013, tornou-se obrigatório utilizar MVA para definir a base de cálculo do ICMS-ST a ser retido nas vendas de refrigerantes para o Estado da Bahia.

Referindo-se ao Decreto nº 14.295, de 31/01/2013, com vigência a partir de 01/02/2013, que procedeu à alteração nº 10 no RICMS/2012, usado como base para justificar a contestação, disse que este não excluiu a utilização de pauta fiscal, e que isto só veio a ocorrer através do Decreto nº 14.242/12, observando que o Decreto nº 14.295/13 permitiu que os contribuintes localizados fora deste Estado possam utilizar pauta fiscal nas operações com refrigerantes, desde que tenham

formalizado um termo de acordo entre a autoridade competente e o respectivo contribuinte, aduzindo que, na verdade, esse Decreto concedeu uma “possibilidade” de usar Pauta desde que cumprida a exigência formal do Termo de Acordo, transcrevendo, em seguida, o art. 1º - inc. III do Decreto nº 14.295/13:

“Art. 1º Os dispositivos do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, a seguir indicados, passam a vigorar com as seguintes redações:

III - o inciso VI do § 11 do art. 289: “VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias”;

Com isto, assevera que em janeiro/13, nem que existisse Termo de Acordo, poderia se utilizar Pauta Fiscal para calcular a base de cálculo do ICMS-ST devido, entretanto, a partir de 01/02/2013, tendo Termo de Acordo, poderia ser utilizada a Pauta Fiscal.

Adentra a segunda argumentação do autuado, concernente a multa aplicada, observando que quem define os percentuais de multa é a Lei nº 7.014/96, cabendo ao Fisco sua aplicação.

Conclui requerendo a Procedência integral do Auto de Infração.

À fl. 133, foi juntado extrato emitido pelo Sistema SIGAT, com os detalhes do pagamento efetuado pelo autuado, relativamente aos itens reconhecidos.

VOTO

A questão controversa que se discute nos presentes autos diz respeito apenas a ocorrência verificada no mês de janeiro/2013, relativa a infração 1, com exigência de imposto a título de retenção efetuada a menos no valor de R\$63.161,20, visto que, em relação às demais ocorrências desta infração, ou sejam, fevereiro, março, abril e junho/2013, o autuado reconheceu o débito e efetuou o respectivo pagamento juntamente com o valor devido e reconhecido da infração 2, conforme se comprova através dos extratos emitidos pelo SIGAT, fls. 132 e 133, pagamentos estes que deverão ser homologados pela autoridade competente.

Portanto, a parcela do lançamento em debate, relacionada a competência do mês de janeiro/2013, no valor de R\$63.161,20, infração 1, se deve ao fato de que o autuado calculou e recolheu o ICMS-ST com base em pauta fiscal, por entender que à época do fato gerador, janeiro de 2013, vigorava, sem restrições, a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 068/2012, impondo-se, ao seu entender, sua utilização nos termos do Art. 23 da Lei nº 7.014/96.

De fato, a IN 058/2012, foi publicado no DOE de 29 e 30/12/2012 e começou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2013. Ocorre, entretanto, que o inciso IV do § 11 do Art. 289 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 foi revogado pela Alteração nº 7 ao RICMS/BA através do Decreto nº 12.242 de 24/12/12, com efeitos a partir de 01/01/13, conforme abaixo:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal: (grifo não original).

IV - revogado;

O inciso IV do § 11º do art. 289 foi revogado pela Alteração nº 7 (Decreto nº 14.242, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12), efeitos a partir de 01/01/13.

Redação originária, efeitos até 31/12/12:

“IV - refrigerantes;”

Como visto acima, com a revogação do inciso IV do § 11 do Art. 289 do RICMS/BA vigente, o cálculo da ST nas operações interestaduais com refrigerantes, para o mês de janeiro/2013, deixou

de ser com base na utilização da pauta fiscal. Por outro lado, por intermédio do Decreto nº 14.295 de 31/01/13, passou a viger a regra encartada no inciso VI do § 11 do Art. 289 de acordo com a Alteração nº 10 (Decreto nº 14.295, de 31/01/13, DOE de 01/02/13), efeitos a partir de 01/02/13 a 31/07/13, que voltou a permitir a utilização da pauta fiscal, porém condicionado a existência de Termo de Acordo celebrado entre os contribuintes e a SEFAZ:

"VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias."

De maneira que, diante das alterações promovidas na legislação tributária estadual, acima delineadas, para o mês de janeiro de 2013 não havia previsão para utilização da pauta fiscal para fim de cálculo do ICMS-ST nas operações interestaduais com refrigerantes, estando, ao meu entender, correta a autuação. Por estas razões, não se justifica o pedido do autuado para realização de perícia técnica visto que os fatos estão todos bem delineados e esclarecidos nos autos.

No tocante as multas aplicadas, apesar da irresignação do autuado em relação ao seu patamar, inclusive com citação de julgados oriundos de Tribunais Superiores, elas estão corretamente aplicadas e possuem previsão na Lei nº 7.014/96, não sendo da alçada desta primeira instância de julgamento a redução de penalidade por descumprimento de obrigação principal, razão pela qual devem ser mantidas nos percentuais de 60% e de 150%. Ressalto, ainda, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade na legislação posta, (Art. 167 do RPAF/BA).

Quanto a solicitação para encaminhamento das intimações em nome do patrono do autuado, nada impede que o setor competente deste órgão julgador atenda ao quanto solicitado. Observo, entretanto, que a expedição de intimações em sede de julgamento administrativo seguem as determinações contidas no Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, não sendo causa de nulidade o não atendimento ao pleito do patrono do autuado.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207349.0004/14-4**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$228.595,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$221.820,66 e 150% sobre R\$6.775,21, previstas no art. 42, incisos II, "e" e V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação dos valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR