

A. I. Nº - 281331.0601/14-6
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 15.09.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-05/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Sujeito passivo não apresenta razões de mérito de forma a elidir a acusação fiscal. Sem que a autuação venha a ser julgada nula pelos tribunais e/ou conselhos de julgamentos administrativos dos variados órgãos arrecadadores, a espontaneidade não se opera. A espontaneidade se extingue após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração (§ único, do art. 138, do CTN). Itens subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/06/2014, exige ICMS no valor de R\$156.386,52, conforme demonstrativos às fls. 15 a 21 dos autos, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber: INFRAÇÃO 1- 08.06.01: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Lançado ICMS no valor de R\$151.248,53, mais multa de 150%, com enquadramento na Cláusula primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92, conforme demonstrativo sintético à fl. 15, desenvolvido a partir da relação de notas fiscais emitidas entre janeiro e março de 2011, sem recolhimento do ICMS ST ao Estado da Bahia às fls. 16 a 19 dos autos.

INFRAÇÃO 2 - 08.06.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Lançado ICMS no valor de R\$5.137,99, mais multa de 60%, com enquadramento na Cláusula primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92, conforme demonstrativo sintético à fl. 20 e demonstração analítica no Relatório de Apuração do ICMS ST não Retido à fl. 21 dos autos.

O contribuinte apresenta defesa às fls. 31/51 dos autos, não concordando com a notificação citada, conforme as razões que a seguir descrevo:

Diz que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica à distribuição e comercialização de sucos e néctares de frutas, repositores hidroeletrólitos (isotônicos), chás, bebidas mistas de sucos de frutas com soja e/ou lácteos, bebidas de soja, bebidas lácteas, compostos alimentares, bebidas funcionais, preparados líquidos aromatizados, águas minerais naturais e mineralizadas, águas aromatizadas e compostos líquidos pronto para o consumo, como se verifica no seu contrato social.

Nesse contexto, aduz que se sujeita ao pagamento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação às operações subseqüentes, em relação às vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. E sob esse panorama se sustenta o combalido auto de infração, os quais estão acima apontados as infrações.

Observa que, além de exigir o ICMS-ST da ora impugnante, o qual é totalmente indevido, tendo em vista que quitou, como diz demonstrar, com as guias anexadas (docs. 02 a 04), aduz que entendeu a D. Autoridade Fiscal que deveria incidir, em relação à infração 01, multa de 150% e, em relação à infração 02, multa de 60%, restando, ao final, exigida a quantia de R\$ 433.029,58.

Diz assim, que a combalida autuação não merece prosperar, seja pela nulidade verificada na legislação que a fundamenta ou ainda pela mácula a diversos preceitos e garantias constitucionais e legais, em especial aquelas aplicadas ao Direito Tributário.

Sob o aspecto da nulidade do Auto de Infração, destaca que a base legal elencada pela D. Autoridade Fiscal para fundamentar sua autuação não reflete as operações realizadas pela ora impugnante. Isso porque o Protocolo ICMS n. 10/92 regulamenta operações com cerveja, chope, refrigerante e xarope ou extrato concentrado, e não se refere a bebidas energéticas.

Diz que, na “Relação de Notas Fiscais Emitidas entre Janeiro e Março de 2011 sem recolhimento do ICMS ST ao Estado da Bahia”, documento anexado pela própria fiscalização, são listados os produtos Burn Energy Drink Lata; Gladiator Frutas Cítricas e Gladiator Frutas Selvagens, ou seja, bebidas energéticas, as quais não são albergadas no citado Protocolo ICMS n. 10/92.

Assevera que, como é de amplo conhecimento, o lançamento é o ato administrativo pelo qual a D. Autoridade Fiscal constitui seu crédito tributário, inaugurando a relação obrigacional tributária com o sujeito passivo. Outra função do lançamento é a verificação, pelo Fisco, da matéria tributável, inclusive com a perfeita indicação da norma infringida, critério de regularidade formal. Nesse sentido descreve o art. 142, do Código Tributário Nacional.

Destaca então, que se torna nítido, no presente caso, que a D. Autoridade Fiscal, elegeu como pano de fundo para essa cobrança uma premissa legal que não se coaduna com as operações então efetuadas pela ora Impugnante.

Em outras palavras, diz que o Protocolo ICMS n. 10/92 não alberga as operações de substituição tributária de bebidas energéticas, e por esse motivo não poderia sustentar a combalida autuação, resultando, assim, em sua completa nulidade. A Impugnante apresenta outros elementos, que, à luz do seu entendimento, invalida a autuação fiscal.

Faz, então, o seguinte questionamento: qual o reflexo de adoção da premissa legal equivocada, para fundamentar o lançamento? Diz que o Protocolo ICMS n. 10/92, não trata da substituição tributária aplicável a bebidas energéticas, o que torna nulo todo o trabalho desenvolvido posteriormente, especialmente em relação à aplicação da multa.

Neste sentido, entende que, inexistindo a base da infração tributária, uma vez que a norma autorizadora do lançamento não se aplica aos produtos que foram comercializados pela ora Impugnante, o recolhimento do ICMS-ST por ela efetuado passa a ter a natureza de denúncia espontânea, disciplinada no art. 138, do CTN:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.” (grifos nossos)

Diz que, em outras palavras, não havendo infração (pela nulidade do lançamento) não há que se falar em multa! No presente caso, declarado nulo o auto de infração devido à completa inutilidade da legislação que fundamentou a autuação fiscal, tendo em vista que o Protocolo ICMS n. 10/92 não se aplica aos produtos que foram comercializados pela Impugnante, o pagamento do imposto efetuado configura a denúncia espontânea.

Destaca que, a autoridade fiscal deve, sempre, observar o princípio da legalidade, especialmente quanto houver previsão em norma para a realização de atos administrativos, como, por exemplo, a lavratura do auto de infração, como disposto no art. 129, parágrafo 1º, da Lei nº 3.956/1981.

Diante do exposto, considerando que o fundamento legal eleito pela D. Autoridade Fiscal, qual seja, o Protocolo ICMS n. 10/92, não se refere aos produtos objeto da combalida autuação (bebidas

energéticas), deve ser declarada a nulidade do lançamento, em face da mácula aos arts. 142, do CTN e 18, inc. IV, alínea “a”, do Decreto Estadual n. 7.629/1999, e por corolário, a multa aplicada, em homenagem a denúncia espontânea prevista no art. 138, do CTN.

Quanto ao recolhimento do ICMS ST – extinção do crédito tributário. No combalido auto de infração, a D. Autoridade Fiscal exige o recolhimento do ICMS-ST sobre as operações realizadas no período de janeiro a março de 2011, no valor principal de R\$ 156.386,52. Com efeito, tão logo teve ciência de que contra si havia uma exigência fiscal, a ora Impugnante procedeu ao pagamento do valor do ICMS-ST devido, conforme se comprova das Guias de Arrecadação ora anexadas (doc. 04).

Desta forma, diz que se torna inequívoca a incidência do disposto no art. 156, inc. I, do Código Tributário Nacional, que assim descreve: “Art. 156. *Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; (...)*”. Sendo assim, diz que se deve extinguir o presente lançamento, ao menos quando ao valor do ICMS-ST exigido, tendo em vista o seu pagamento.

Em relação à multa, destaca o caráter confiscatório da penalidade aplicada, em respeito ao princípio constitucional do não-confisco, a garantia de propriedade e os princípios da capacidade contributiva, livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade, ressaltando, ademais, que houve o integral pagamento do valor principal exigido na combalida autuação.

Diz que, a D. Autoridade Fiscal aplicou sobre o suposto descumprimento da obrigação tributária a multa capitulada no art. 42, inc. V, alínea “a” e inc. II, alínea “e”, da Lei Estadual n. 7.014/1996:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II – 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição;

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;” (grifos nossos)

Por seu turno, diz que o princípio do não-confisco encontra-se disposto no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, e assim determina:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (...)”

Destaca, assim, que o referido princípio, portanto, importa em vedação, dirigida aos entes tributantes, de utilizar tributos como meio de avançar de forma indevida sobre o patrimônio. Traz aos autos outros considerando sobre o princípio da não-confiscatoriedade.

Ainda sobre a multa chama a atenção sobre aspectos da razoabilidade e proporcionalidade. Entende a Impugnante que qualquer multa, seja em que percentual for, possui a função de desestimular o sujeito passivo de reincidir na infração à norma. Porém, ao instituir essa sanção, o legislador deve seguir os preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de moldar a punição pretendida ao caráter efetivamente educacional pretendido.

Diz que, impor ao sujeito passivo uma pena que implique em agressão aos princípios constitucionais garantidores da propriedade e da livre iniciativa (esta última, ao contrário, deve ser estimulada pelo Estado), impingindo sanção maior, até mesmo, que a própria infração praticada, não traz o benefício pretendido, mas ao contrário, desestimula novos investimentos e iniciativas privadas.

Observa, também, que se encontra expressamente previsto no art. 158, do Decreto Estadual n. 7.629/1999, a possibilidade de redução ou até mesmo o cancelamento da multa aplicada, quando as infrações sejam praticadas sem dolo, intuito de fraude ou ainda simulação, acompanhadas do pagamento do imposto devido.

Como exposto na presente defesa, diz que as multas aplicadas pela D. Autoridade Fiscal na combalida autuação agredem o princípio do não-confisco, disposto no art. 150, IV, da CF, quando cotejado com a garantia de propriedade e a própria razoabilidade e proporcionalidade, o que motiva, como exposto no item anterior, o pedido do completo cancelamento do auto de infração.

Aduz que, não obstante, e ciente da limitação desta D. Autoridade Julgadora em conhecer alegações de inconstitucionalidade 1, surge à previsão do art. 158, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, como verdadeira forma de aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade ora defendido.

Assim, considerando que efetuou o pagamento do ICMS exigido na presente autuação, como afirmado no item IV da presente Impugnação, assim como em face da completa ausência de dolo, intuito de fraude ou simulação, deve ser consagrado o art. 158 do Decreto Estadual n. 7.629/1999, cancelando, ou ao menos reduzindo, as multas dispostas nos incisos II, alínea “e” e V, alínea “a”, do art. 42, da Lei Estadual n. 7.014/1996, aplicadas pela D. Autoridade Fiscal no Auto de Infração n. 281331.0601/14-6.

Pleiteia, com base em todos os fatos e argumentos ora apresentados, a completa anulação do Auto de Infração n. 281331.0601/14-6, tendo em vista a incorreta premissa legal adotada pela D. Autoridade Fiscal, cancelando-se, por corolário, a penalidade aplicada, como disposto no item III da presente defesa.

Caso não se acolha esse primeiro pedido, requer que seja considerado o pagamento do ICMS-ST efetuado, e cancelada a multa aplicada, com base no princípio constitucional da não-confiscatoriedade, disposto no art. 150, inc. IV, da CF, bem como em face da garantia da propriedade, da capacidade contributiva e da livre iniciativa (arts. 5º, inc. XXII, 145, parágrafo 1º e 170, todos da Constituição Federal), bem como da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, caso nenhuma das alternativas anteriores seja provida, pugna a ora Impugnante pela aplicação do disposto no art. 158 do Decreto Estadual n. 7.629/1999, cancelando, ou ao menos reduzindo, as multas dispostas nos incisos II, alínea “e” e V, alínea “a”, do art. 42, da Lei Estadual n. 7.014/1996, tendo em vista novamente o pagamento do ICMS-ST devido, bem como a da completa ausência de dolo, intuito de fraude ou simulação.

Requer que todas as intimações e decisões sejam encaminhadas para o seu representante legal, devidamente constituído, sob pena de nulidade dos atos, no endereço abaixo informado (Não informou o endereço).

O Fiscal Autuante em sua informação fiscal, às fls. 129 a 139 dos autos, após traçar todo um panorama dos argumentos da defesa, traz a tona, de modo preliminar, o destaque do art. 143 do Decreto nº 7.629/99 – RPAF/BA, conforme a seguir destacado: “ (...) *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal...*”

Em seguida diz que a empresa autuada tem como atividade, a distribuição e comercialização de sucos e néctares de frutas, repositores hidroeletrólitos (isotônicos), chás, bebidas mistas de sucos de frutas com soja e/ou lácteos, bebidas de soja, bebidas lácteas, compostos alimentares, bebidas funcionais, preparados líquidos aromatizados, águas minerais naturais e mineralizadas, águas aromatizadas e compostos líquidos pronto para o consumo, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis.

Isto posto, diz que vai oferecer contestações aos argumentos da defendente, seguindo a mesma ordem processual apresentada pela defesa em sua peça de impugnação, que a seguir passo a destacar:

Sobre a tempestividade, diz que entende que foi devidamente atendido o prazo processual. Quanto ao aspecto da nulidade do Auto de Infração, diz que, embora discorde amplamente do nobre defendente quanto à nulidade do presente PAF, torna-se necessário reconhecer a divergência apontada pela defesa no presente auto de inflação.

Entretanto, recorre também, da mesma forma que fez a defesa do autuado, ao art. 19, do Decreto Estadual 7.729 de 09 de julho de 1999 –(RPAF/BA), que, sem permitir dúvidas, determina: “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja

¹ Art. 125, inc. I, do Lei n. 3.956/1981 – Código Tributário do Estado da Bahia.

correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal."

Diz que, observando a concreta, inquestionável e clara descrição dos fatos que originou o ilícito fiscal demonstrado neste PAF e por determinação legal, retifica o enquadramento legal das duas infrações, tanto a Infração 01, quanto a infração 02, para: " Cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91".

Diz ainda, para robustecer a argumentação quanto a não nulidade do presente PAF, recorre ao próprio art. 18 do RPAF/BA, citado pela defesa, no seu parágrafo 1º:

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Observa que, como é facilmente verificável no presente PAF, a natureza da infração está claramente tipificada, o montante está estabelecido e quanto ao autuado, não há o que questionar. Assim, a mera menção de um protocolo, que tem quase que a total semelhança com o que deveria ter sido mencionado não há como anular o ato perfeitamente executado.

Outra prova que diz demonstrar a inquestionável e absoluta caracterização da evasão fiscal, cobrada no presente AI, são os pagamentos dos valores devidos e não recolhidos tempestivamente, realizados pela autuada, enquanto se submetia formalmente ao processo de auditoria. Na interação com o Autuante, e ao verificar que havia valores não recolhidos, providenciou os pagamentos, reconhecendo de pronto o débito cobrado neste PAF.

Por fim, sanado o erro de caráter formal, com base na determinação legal estabelecida no RPAF, e tendo como de fato o arcabouço legal do Protocolo ICMS 11/91, não resta dúvida que este alberga as operações de substituição tributária das bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas conforme Parágrafo 2º da Cláusula Primeira do citado protocolo:

"§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH."

Sobre a extinção do crédito tributário, diferentemente da autuada, diz não entender que o lançamento esteja extinto, tendo em vista, como cita o próprio defendente, que houve o pagamento do valor do ICMS ST devido, logo que teve ciência de exigência contra si. Destaca que o pagamento foi feito enquanto se encontrava o contribuinte em processo formal de auditoria, não prevalecendo, neste momento do processo, o instituto da denúncia espontânea.

Como forma de comprovar a condição de encontrar-se, o contribuinte, formalmente em processo de auditoria, recorre como comprovação do início da auditoria, ao termo de intimação que foi entregue em 22/04/2014 pela ECT via AR (págs. 5 e 6) e como comprovação de término do processo, que encerrou-se em 10/06/2014, a lavratura do AI (pág. 2), enquanto que todos os pagamentos foram feitos neste intervalo de tempo, nos dias 29/05/2014 e 30/05/2014.

Quanto ao argumento da multa ser confiscatória, entende que não lhe compete e sequer tem autoridade para discutir o percentual da multa aplicada. Seu trabalho, de ofício, é verificar dentro de uma realidade contábil fiscal apresentada se há ilícitos fiscais e dentro da legislação vigente aplicar as penalidades legais estabelecidas. Foi o que diz ter efetuado. O presente PAF é o resultado deste trabalho de auditoria. Questões formais e de méritos do trabalho realizado são competências e responsabilidades do autuante. Quanto aos ditames legais não tem a competência de discuti-los. A multa aplicada é a determinada em lei para o fato fiscal que entendemos enquadrar-se.

Quanto à razoabilidade e proporcionalidade da multa, diz que ratifica todo o seu entendimento expresso anteriormente, ao tempo em que esclarece ser a atividade de auditoria um ato administrativo vinculado, não havendo nenhuma previsão legal para avaliação da existência de

intenção dolosa ou intuito de fraude ou simulação. Não tem o auditor fiscal a competência de avaliar ou mesmo discutir a dosimetria da penalidade legalmente estabelecida.

Por fim, chama a atenção que o art. 158 do Decreto Estadual 7.629/99, estabelece a redução ou mesmo cancelamento de multas desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, por descumprimento de obrigações acessórias e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, o que não é o caso, pois estamos cobrando descumprimento da obrigação principal, ou seja, de pagamento do ICMS ST devido, por ter sido retido e não recolhido.

Por fim diz que mantém seus argumentos quanto a não nulidade do presente PAF, tendo em vista previsão legal para correção do erro existente, conforme esclarece no corpo da informação fiscal. Entende assim, que todas as consequências legais estabelecidas por lei e expressas no presente AI devem ser mantidas, sem revisão, pois fica claro que foi determinado o autuado, a infração está evidente e tipifica o montante estabelecido.

Diz que não entende que houve quitação tempestiva do débito tendo em vista que os pagamentos foram realizados enquanto o contribuinte estava na condição formal de auditado não havendo assim a possibilidade do pagamento sob a condição de denúncia espontânea.

Diz, também, que não tem competência legal para discutir o valor da multa aplicada, tendo em vista ser a auditoria um ato de caráter vinculado sendo permitido tão somente usar o que está preconcebido e estabelecido em lei.

Finalmente, registra que não se aplica ao presente PAF o dispositivo legal apontado pelo nobre defendente para redução ou mesmo cancelamento da multa aplicada, tendo em vista que o descumprimento foi da obrigação principal e o Art. 158 do Decreto Estadual 7.629/99 se refere a obrigações acessórias.

Registra, em relação às Guias Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE - apresentadas pela defesa e respectivos "Comprovantes de Operação - Tributos Estaduais com código de barra" (págs. 77 a 126), como comprovação do pagamento do ICMS ST retido e não recolhido, constante da "Relação de Notas Fiscais Emitidas entre Janeiro e Março de 2011 Sem Recolhimento do ICMS ST ao Estado da Bahia" (págs. 16 a 19), que:

- 1) todas as notas fiscais constantes da relação supra citada tem seu pagamento comprovado;
- 2) todos os pagamentos foram feitos nos dias 29/05/2014 e 30/05/2014, data em que o contribuinte já se encontrava em processo de auditoria que iniciou-se em 22/04/2014 com a entrega via pela ECT via AR (págs. 5 e 6) e encerrou-se em 10/06/2014 com a lavratura do AI (pág. 2);
- 3) os valores expressos nas GNRE referente a "*Data de Vencimento*", "*Nº Documento de Origem*" e "*Valor Principal*" conferem com os valores expressos nas notas fiscais relacionadas;
- 4) os valores expressos em todas as GNRE referente ao "*Total a Recolher*" que inclui além do "*Valor Principal*" o valor dos "*Juros*" calculados, conferem com o "*Valor pago*" expresso no "*Comprovante de Operação*" bancaria anexados;
- 5) que todos os pagamentos já constam da base de dados de arrecadação da SEFAZ-BA (págs. 138 a 140).

Por fim, entende o Autuante estar devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal, em face de evidente evasão de impostos devidos ao Estado da Bahia, na forma prevista na legislação em vigor. Por isso, solicita que seja retificado o enquadramento legal das duas infrações, alterando o Protocolo ICMS 10/92 para 11/91, ao tempo que ratifica a autuação, solicitando deste Conselho o julgamento PROCEDENTE do Auto de Infração em lide, para que se manifeste a verdadeira justiça!

VOTO

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do

contribuinte, visto que em todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos e estão devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos entregues em mídia, conforme se pode observar nos documentos às fls. 07 a 08 dos autos.

Sobre o dispositivo normativo tido como infringido constante da autuação o Protocolo ICMS nº 10/92, consubstanciado no art. 19 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, enquadro, de ofício, a autuação para o Protocolo ICMS nº 11/91, cláusulas primeira, quarta e quinta, mais especificamente o § 2º da cláusula primeira, que, com o Protocolo ICMS 28/03, equiparou a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, que são as mercadorias objeto das presentes infrações, não ensejando, portanto, em nulidade já que pela descrição dos fatos das infrações, fica evidente que o enquadramento correto seria o Protocolo ICMS 11/91 e não o Protocolo ICMS 10/92.

Pois, em que pese todos os dois protocolos disporem sobre o instituto da substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo; e, também, os Estados envolvidos, nas operações, serem signatários dos mesmos, apenas o Protocolo ICMS 11/91 é que equipara (§2º da cláusula primeira) a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, que, aliás, já era de conhecimento do defendente, onde ao tomar conhecimento da ação fiscal, de pronto efetuou o pagamento do imposto devido nas operações sob o manto da denúncia espontânea.

Quanto à pretensão de que todas as intimações e decisões sejam encaminhadas para seu representante legal devidamente constituído, sob pena de nulidade dos atos, há de se registrar, apesar de não apor o endereço na defesa, que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo, por meio de duas infrações, o ICMS por antecipação, correspondente ao valor de R\$156.386,52, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sendo que, em relação à primeira infração, por ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme demonstrativo e documentos às fls. 15 a 20 dos autos, e quanto à segunda infração, por ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, relativo às operações subseqüentes, também, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme demonstrativo e documentos às fls. 21 a 23 dos autos, todas, na forma das cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91, combatidas integralmente pelo autuado.

Sanado o erro de caráter formal, relativo à indicação do dispositivo regulamentar de enquadramento das infrações, com base na determinação legal estabelecida no art. 19 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo como enquadramento correto o arcabouço legal do Protocolo ICMS 11/91, signatário o Estado da Bahia e unidade da Federação envolvida na operação, não resta dúvida que este alberga as operações de substituição tributária das bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, objeto da autuação, conforme § 2º da Cláusula Primeira, acrescido pelo Prot. ICMS 28/03, efeitos a partir de 01/02/04, a seguir destacado:

"§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH." (Grifos acrescidos)

Sobre tal enquadramento correto não há controvérsia entre as partes, o debate argumentativo oposto é de que, o defendente, tomando conhecimento da autuação, com enquadramento, em primeiro plano, pelo Fiscal Autuante, de forma equivocada com base na Cláusula Primeira e Quinta do Protocolo ICMS nº 10/92, na constituição do lançamento fiscal, quando o correto seria § 2º da Cláusula Primeira, do Protocolo ICMS 11/91.

Dado tal equívoco, o defendente argüiu sua nulidade, e, estando nula a autuação, à luz do seu

entendimento, avocou o instituto da denúncia espontânea (art. 138, do CTN) para as infrações cometidas, efetuando o pagamento do tributo devido e dos juros de mora, pedindo a extinção dos lançamentos dos créditos tributários na forma do art. 156, inc. I, do CTN.

Tal assertiva não logra êxito, pois, sem que a autuação venha a ser julgada nula pelos tribunais e/ou conselhos de julgamentos administrativos dos variados órgãos arrecadadores, que não foi o caso objeto em análise, a espontaneidade não se opera. Há de se ressaltar que a espontaneidade se extingue após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração (parágrafo único, do art. 138, do CTN). No caso específico com o termo de início de fiscalização em 22/04/2014, data de ciência do autuado (fl. 5).

Como bem afirma o Fiscal Autuante, todos os pagamentos foram efetuados nos dias 29/05/2014 e 30/05/2014, datas em que o contribuinte já se encontrava em processo de auditoria que se iniciou em 22/04/2014, com a entrega via Correios, através de A.R. (fl. 5), e se encerrou em 10/06/2014 com a lavratura do Auto de Infração em tela (fl. 2).

Desta forma, inaplicável a arguição de espontaneidade do instituto da denúncia espontânea (art. 138, do CTN) para as infrações cometidas. Sendo assim, voto pela subsistência das infrações 1 e 2 do Auto de Infração em tela.

Por fim, chama a atenção o defendente que o art. 158 do Decreto Estadual 7.629/99 (RPAF/BA) estabelece a redução ou mesmo cancelamento de multas desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação, por descumprimento de obrigações acessórias e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, o que não é o caso objeto em análise, pois se está cobrando crédito tributário por descumprimento da obrigação principal, ou seja, de pagamento do ICMS ST devido, por ter sido retido e não recolhido, ficando, portanto, fora da alçada desta instância apreciar tal pleito.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, cabendo aos órgãos competentes homologar os valores recolhidos, intimando o contribuinte a recolher as multas decorrentes da autuação nos termos do art. 42, inciso II, alínea “e” e inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.0601/14-6**, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$156.386,52**, acrescido das multas de 150% sobre R\$151.248,53 e de 60% sobre R\$5.137,99, previstas no art. 42, incisos V, alínea “a” e II, alínea “e”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo aos órgãos competentes homologar os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR