

A I Nº - 281331.0301/15-0
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS AMBEV
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.03.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0013-04/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) IMPOSTO RETIDO A MENOS. Constatado que § 11 do art. 289, do RICMS/2012 que previa que a base de cálculo da substituição tributária, nas operações com as mercadorias (refrigerantes), será o valor fixado em pauta fiscal, foi revogado pela Alteração nº 07, Decreto nº 14.242, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 01/01/13, devendo ser aplicada a base de cálculo do ICMS ST, quando a operação originar-se de estabelecimento industrial, deverá ser calculada acrescentando ao valor do produto o IPI, outras despesas, subtraindo o desconto e a este resultado incluir a Margem de valor Agregado – MVA – de 140%. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/03/2015, exige ICMS no valor de R\$853.458,73, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$795.653,23.
02. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$57.805,50.

O autuado ingressa com defesa, fls. 49 a 63, e inicialmente informa a tempestividade da apresentação de sua impugnação, bem como que enviou para o endereço eletrônico da Sefaz a cópia exata da presente impugnação. Após relatar as infrações aduz que o AI não deve prosperar: primeiro em razão da sua nulidade, eis que a autoridade fiscal se omitiu de tipificar legalmente a infração; segundo é improcedente devido ao recolhimento integral do ICMS Substituição Tributária com base no regime de pauta fiscal, expressamente previsto na legislação baiana.

Reconhece o cometimento da infração 02, no valor de R\$57.805,50, bem como que promoveu o recolhimento do referido crédito em DAE próprio. Pugna pela juntada posterior do comprovante de pagamento do DAE.

Em preliminar pede a nulidade do lançamento fiscal por ausência da correta tipificação legal da infração, consoante o art. 18 do RPAF/99. Descreve o Auto de Infração que o contribuinte deixou de recolher, e recolheu a menor, o ICMS na qualidade de substituto tributário, e por isso restou infringido o Art. 10 da Lei 7.014/96, c/c Cláusula Quarta e Quinta do Protocolo ICMS nº 10/92, os quais passa a transcrever. Diante da legislação, supostamente infringida, questiona-se qual foi a infração imputada. Isso porque o art. 10 da Lei 7.014/96, remete ao Protocolo de ICMS firmado

entre o Estado da Bahia em conjunto com as demais unidades da Federação, e as cláusulas do Protocolo citadas no auto indicam formas de recolhimento, na hipótese de não existir preço fixado por autoridade competente e em qual banco deverá ser depositado. Conclui que inexistente preceito obrigacional nos referidos dispositivos, que pudesse ter sido violado pelo contribuinte. Por falta de indicação de modo preciso, claro e completo do dispositivo violado, afrontou assim, o autuante, os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em afronta aos arts. 142 do CTN, art. 5º, LIV e LV da C.Federal. Aduz que, nesse sentido, o próprio CONSEF já se manifestou sobre a nulidade do Auto de Infração lavrado sem o correto enquadramento da infração, Acórdão 0225/12/12. Menciona decisões semelhantes do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco – TATE.

Prossegue na impugnação do mérito, mas, por equívoco, menciona a infração 02, quando na verdade a defesa centra-se na infração 01. Assim, acusa a autoridade fiscal de não ter promovido o confronto entre a apuração do período e as guias de recolhimento do ICMS, pois assim perceberia que os valores apurados foram, integralmente e tempestivamente, recolhidos. Reclama que o autuante adotou base de cálculo não prevista na legislação, acrescentando ao preço de venda ao consumidor final, adotado pelo Estado da Bahia, margem de Valor Agregado – MVA – de 140 % (cento e quarenta por cento), hipótese apenas possível quando não há pauta fiscal estabelecida. Assim, por ter adotado como base de cálculo do ICMS/ ST, a pauta fiscal do Estado da Bahia, conforme determina a LC 87/96, e Lei Estadual 7.014/96 (art. 23, §§ 2º, 11, VI), afirma que recolheu todo o ICMS / ST apurado em 2013.

Entende que o instituto da pauta fiscal simplifica a ação fiscalizadora, fixando valores presumidos, que se tornam definitivos, para mercadorias comercializadas pelo setor industrial. Também que o preço médio ponderado, na forma prevista pelo art. 8º, II, §§4º e 6º da LC 87/96, busca sempre o valor usual das mercadorias no mercado (com a participação tanto do Estado como das empresas envolvidas), o que por sua própria natureza permite a ocorrência de vantagens ou desvantagens isoladas, mas que sempre tenderá, no final das contas ao equilíbrio. Ademais, a adoção do preço médio ponderado, obviamente com a participação conjunta do Estado e contribuinte põe ambos em uma situação de igualdade.

Defende que a exigência de Termo de Acordo, para apuração do ICMS ST, com respaldo em pautas fiscais, nas operações com refrigerantes, somente vigorou a partir de 01/02/2013, com a publicação do Decreto nº 14.295, de 31/01/2013. Assim, mesmo que hipoteticamente válida a condição estabelecida, esta não seria aplicável ao período de janeiro de 2013, sendo legalmente permitido o uso de pauta fiscal para o período de 01/01/2013 a 31/01/2013.

Diz que não possui a capacidade tributária necessária ao recolhimento da exação ora debatida, por não ter revertido em seu benefício quaisquer valores, por se caracterizar como subtração de parte efetiva do seu patrimônio, mas também por deixar de recuperar o montante perante os terceiros (distribuidoras) que efetivamente o aproveitaram, o que referendaria o enriquecimento sem causa desses, o que é rechaçado pelo sistema jurídico vigente.

Assevera que a exorbitância da penalidade aplicada viola o princípio do não confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal.

Requer que as intimações sejam encaminhadas, sob pena de nulidade, ao Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 136 a 152, e após relatar a tese de defesa, esclarece que a empresa autuada é contribuinte regular, desde 2011, e tem como atividade a fabricação de cervejas e chopes, sujeito portanto, à substituição tributária as suas operações mercantis. Ressalta que a infração 02 foi reconhecida pelo impugnante, e que consta o pagamento na base de dados da SEFAZ, fl. 153 e 154.

Esclarece que os dispositivos legais indicados no presente Auto de Infração estão corretos, bem como está clara a descrição dos fatos, o que leva à infração cometida pelo autuado. Além disso, foi anexado ao presente AI, referente às duas infrações, quadros sintéticos, bem como CD com a totalidade dos relatórios citados.

Também consta na última página dos relatórios “LEGENDA: Demonstrativos ICMS ST Não Retido a Retido a Menor”, fl. 33, informações detalhadas das nomenclaturas usadas e esclarecimentos necessários. Por fim os demonstrativos analíticos trazem informações de cada nota fiscal, item a item, bem como as totalizações das diferenças encontradas por nota fiscal e sub/totais por mês/ano, tudo com muita clareza e fácil compreensão dos cálculos utilizados para a obtenção do resultado.

No mérito, refuta, com veemência, a afirmativa do sujeito passivo de que não teria promovido o confronto entre a apuração do período e as Guias de Recolhimento, o que pode ser constatado na análise do demonstrativo de fl. 32. Quanto à adoção de base de cálculo não prevista na legislação, conforme argumenta o defendente, não procede tal afirmativa, pois com base no Anexo I do RICMS, item 37, “Refrigerantes e Extratos Concentrados destinados ao preparo em máquinas (pré-mix e post-mix) – 2202; 2106.90.1, vinculados ao Protocolo ICMS 10/92, a base de cálculo do ICMS ST, quando a operação originar-se de estabelecimento industrial, deverá ser calculada acrescentando ao valor do produto o IPI, outras despesas, subtraindo o desconto e a este resultado incluir a Margem de valor Agregado – MVA – de 140%. Esta determinação legal é assegurada pelo Decreto nº 14.242, Fls. 155 a 160, de 14/12/12. DOE de 15 e 16/12/12, com efeitos a partir de 01/01/13.

Aduz que não cabe o uso de pauta fiscal, para os produtos encaminhados pelo autuado para o Estado da Bahia, no papel de substituto tributário. O Decreto nº 14.242, fls. 155 a 160, com efeitos a partir de 01/01/13, estabelece claramente o uso de MVA, para cálculo da base de cálculo do ICMS ST devido.

Transcreve as versões do art. 289, inciso VI, do § 11º do RICMS/BA, para o período em discussão. Alerta que o sujeito passivo está localizado no Estado de Pernambuco, e por força do Convênio Interestadual, no caso o Convênio ICMS/10/92, o cálculo deverá ser regido por este instrumento, que por sua vez foi alterado pelo Decreto nº 14.242, com efeitos a partir de 01/01/13, como já demonstrado anteriormente. Quanto à legitimidade da exigência do Termo de Acordo, todos esses dispositivos o fazem. Assim, entende que não é cabível a discussão trazida pelo autuado quanto às questões relacionadas a Termos de Acordo, para apuração do ICMS ST exigida pelo Estado da Bahia.

A multa aplicada é determinada em lei e deste modo ratifica a autuação e solicita o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Indefiro o pedido de perícia ou de diligência fiscal haja vista que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação do meu juízo de valor, na qualidade de relatora deste processo administrativo fiscal, nos termos do art. 147 do RPAF/99, bem como em razão de se destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Outrossim, verifico que o Auto de Infração foi lavrado com estrita obediência ao art. 39 e seguintes do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Além disso, os dispositivos legais citados no Auto de Infração correspondem ao que preceitua o Art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c Cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92. Dispõem tais dispositivos que “Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária

dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas”. Celebrado o Protocolo ICMS 10/92, entre o Estado da Bahia e os Estados de Alagoas, Amazonas, Acre, Amapá, , Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe e Tocantins, ato representados pelos seus Secretários de Fazenda ou Finanças, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 25 do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, conjugado com as disposições dos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), prevê na Cláusula quarta **as hipóteses de cálculo do imposto retido pelo contribuinte substituto**, no caso de não haver preço máximo de venda a varejo, e na Cláusula quinta **Cláusula quinta** que o imposto retido deverá ser recolhido em agência do Banco Oficial do Estado destinatário, ou, na sua falta, em agência de qualquer Banco Oficial signatário do Convênio patrocinado pela Associação Brasileira dos Bancos Comerciais Estaduais - ASBACE, localizada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do governo em cujo território se encontra estabelecido o adquirente das mercadorias, até o dia 9 do mês subsequente ao da saída, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais-GNR.

Portanto, perfeitamente inteligíveis os dispositivos citados no enquadramento da infração, que estão em consonância com a descrição fática das mesmas. Além disso, o sujeito passivo reconheceu o cometimento da infração 02, cujo enquadramento e descrição fática correspondem ao que está descrito na infração 01, sendo a primeira relativa à retenção a menor do imposto substituído e a 02, referente à falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do ICMS/ST.

Desse modo, não acolho a argumentação de que os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material estariam violados, por falta de indicação precisa, clara e completa do dispositivo violado, haja vista que o sujeito passivo entendeu de modo claro as infrações que lhe foram imputadas, e que também estão estampadas nos demonstrativos que fazem parte integrante do Auto de Infração, os quais foram recebidos pelo contribuinte, que é substituto –CS no Estado da Bahia, está devidamente inscrito no cadastro estadual, nesta qualidade de contribuinte substituto nas operações interestaduais com cerveja, chope e refrigerante , nos termos previstos no Protocolo ICMS 10/92.

Ressalto que os demonstrativos que fazem parte integrante deste Auto de Infração, estão claros e inteligíveis, analíticos e sintéticos: dos cálculos dos valores apurados; dos documentos de arrecadação e das notas fiscais em que se reteve o imposto, nos quais se cotejou os valores efetivamente arrecadados através de DAE e GNRE com os valores do ICMS-ST, retidos nas notas fiscais emitidas e informados pelo próprio contribuinte, cujos levantamentos foram entregues ao autuado, conforme constam à fl. 35 dos autos, bem como foi entregue em mídia o levantamento fiscal, cujo conteúdo do CD está discriminado na fl. 34, e anexo a mídia eletrônica na fl. 36. Portanto, diante da possibilidade de o sujeito passivo exercer o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa, não encontro motivos que possa invalidar o lançamento fiscal. Assim, em decorrência de que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais exigidas para que surta os efeitos jurídicos e legais, passo ao exame do mérito.

De pronto o sujeito passivo reconheceu o cometimento da infração 02. Fica Procedente.

Quanto á infração 01, esta resulta da retenção a menor do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de Nfe da SEFAZ-BA e informações eletrônicas do contribuinte, constante da base corporativa de dados da SEFAZ-Ba.

Ocorre que o sujeito passivo reteve a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, tomando por parâmetro para a base de cálculo do ICMS ST, os valores

constantes em Pauta Fiscal do Estado da Bahia, nos moldes do art. 23 da Lei 7.014/96. Em sua defesa cita que os produtos comercializados e objeto desta autuação, refrigerantes, estão contemplados no Protocolo 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 apenas em sua falta. Entende que a base de cálculo a ser utilizada nas operações de substituição é, via de regra, e para o período autuado, o preço fixado por meio de pauta fiscal.

Argumenta também que a exigência do Termo de Acordo, para apuração do ICMS/ST, com respaldo em pautas fiscais, nas operações com refrigerantes, somente vigorou a partir de 01/02/2013, com a publicação do Decreto nº 14.295, de 31/01/2013. Assim, mesmo que, hipoteticamente, válida a condição estabelecida nesta não seria aplicável ao período de janeiro de 2013, sendo legalmente permitida o uso de pauta fiscal para aquele mês.

Dispõe o art. 289 do RICMS/2012, que ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 do RICMS/2012. Nesse diapasão, o § 11 do art. 289 prevê que a base de cálculo da substituição tributária, nas operações com as mercadorias (refrigerantes), será o valor fixado em pauta fiscal, mas este dispositivo foi revogado pela Alteração nº 07, Decreto nº 14.242, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 01/01/13. Assim, a redação originária que previa o valor fixado em pauta fiscal para refrigerantes, teve efeitos até 31/12/12, e o presente Auto de Infração tem como fatos geradores as operações ocorridas em janeiro a dezembro de 2013, logo, atingidas pela revogação do mencionado dispositivo.

Logo, a partir de 01/01/2013, não havia mais a previsão de pauta fiscal para fins de estabelecimento da base de cálculo, na substituição tributária, de refrigerantes, devendo ser aplicada a MVA, como fez o autuante.

Constato que no Anexo I do RICMS, item 37, “Refrigerantes e Extratos Concentrados destinados ao preparo em máquinas (pré-mix e post-mix) – 2202; 2106.90.1, vinculados ao Protocolo ICMS 10/92, a base de cálculo do ICMS ST, quando a operação originar-se de estabelecimento industrial, deverá ser calculada acrescentando ao valor do produto o IPI, outras despesas, subtraindo o desconto e a este resultado incluir a Margem de valor Agregado – MVA – de 140%. Esta determinação legal é assegurada pelo Decreto nº 14.242, Fls. 155 a 160, de 14/12/12. DOE de 15 e 16/12/12, com efeitos a partir de 01/01/13.

Portanto, não cabe o uso de pauta fiscal para os produtos encaminhados pelo autuado para o Estado da Bahia, no papel de substituto tributário. O Decreto nº 14.242, fls. 155 a 160, com efeitos a partir de 01/01/13, estabelece claramente o uso de MVA, para cálculo da base de cálculo do ICMS ST devido.

Outra questão trazida pela defendente foi quanto à exigência de “Termo de Acordo”, celebrado com a Secretaria da Fazenda, não tem relevância para o deslinde da lide, haja vista que independentemente deste questionamento, o cerne da infração é relativo à apuração da base de cálculo do ICMS ST, como previsto no art. 289, § 11 do RICMS/12.

Inerente à alegada impropriedade da multa no percentual de 60% sobre o valor principal, há de se registrar que a penalidade aplicada é a prevista ao caso concreto do imposto retido a menor pelo sujeito passivo por substituição, conforme previsto no art. 42,II, “e”, da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a esta Junta de Julgamento Fiscal à apreciação do pedido de exclusão ou redução da multa aplicada por descumprimento de obrigação principal.

Por fim, recomenda-se que proceda às intimações e publicações relacionadas ao presente processo em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, à Rua da Hora, 692, Espinheiro, Recife (PE), endereço indicado na procuração às fls. 74 a 76 dos autos, considerando que o contribuinte autuado é estabelecido no Estado de Pernambuco e reiterou o pedido nesse sentido na peça recursal. Contudo, a referida providência, se não adotada, não

ensejará a alegada nulidade de atos subsequentes do processo, caso o sujeito passivo tenha sido devidamente intimado, nos termos do art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.0301/15-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$853.458,73** acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “e” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2016

ÁLVARO BARETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA