

A. I. N° - 022581.0005/15-6
AUTUADO - PONTO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTD
AUTUANTE - MARIO BASTOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VALENÇA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28.06.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0026-06/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fatos não contestados, tendo a defesa se limitado a questionar a abusividade da MVA aplicada aos produtos objeto da autuação, que, em tese, é uma matéria cuja apreciação não compete a este Conselho administrativo. Itens subsistentes. **c)** ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. NULIDADE. Os demonstrativos anexados aos autos mencionam a existência de recolhimentos a menos do imposto em vários períodos de apuração. Efetuado o lançamento do imposto de forma global, como se tivesse ocorrido em um só mês de competência, enquanto o demonstrativo indica a ocorrência de fatos geradores em vários meses do exercício de apuração. Lançamento carente de liquidez. Item nulo. Declaração de ofício. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2015, exige ICMS no valor de R\$718.646,21, conforme demonstrativos às fls. 13, 14 e 15 dos autos, em razão da constatação de três irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 – 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação no valor de R\$697.855,61, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos anos de 2011, 2012 e 2013, conforme demonstrativo à fl. 13, com enquadramento no art. 8º, inc. II e § 3º; art. 23 da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% na forma do art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$10.394,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos anos de 2011 e 2012, conforme demonstrativo à fl. 14, com enquadramento no art. 371; art. 125, inc. II, “b”, c/c art. 61 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mais multa de 60% na forma do art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 07.01.04: Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação no valor de R\$10.396,50, 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 relacionadas nos anexos 69 e 88, no mês de fevereiro de 2011, conforme demonstrativo à fl. 15, com enquadramento

no art. 371; art. 125, inc. II, “b”, c/c art. 61 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mais multa de 60% na forma do art. 42, inc. II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 21 a 27 dos autos, conforme a seguir descrito: Inicialmente diz que é oportuno que se destaque o bom relacionamento mantido com o Fisco ao longo do período da fiscalização.

Em seguida destaca que ensina o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) que o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos (art. 28, § 1º, do RPAF BA), que o cita.

Observa, assim, que, no caso em epígrafe, a Ordem de Serviço de número 3, foi iniciada com a intimação anexa ao processo datada de 09/02/2015, cuja conclusão somente tomou conhecimento através do respectivo Auto de Infração, cientificado em 19/05/2015, ou seja, mais de noventa dias após o início da ação fiscal, sem qualquer comunicação do Termo de Prorrogação. Assim sendo, à luz do seu entendimento, com o prazo expirado, careceu a ação fiscal do Termo de Prorrogação, o que anularia a ação, por falta de observância do devido processo legal.

Sobre as razões de mérito, destaca que as planilhas presentes no auto de infração, evidenciam os percentuais de multas aplicadas. Desta forma, diz que tais percentuais fogem das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que diz viver, o que aduz que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte do comerciantes e empresários.

Com isso diz que, tendo como base a multa de 60% do valor de uma infração que gira em torno de R\$718.646,21, daria R\$431.187,72 só de multa que tem à pagar. Observa que é maior do que o valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária.

Destaca que a jurisprudência tem posicionado de forma contraria e destaca a ementa do julgamento TRF-1 - AC: 68384 MG 2000.01.00.068384-1, da 5ª Turma Suplementar. Data de Publicação: e-DJF1 p.922 de 20/07/2012.

Desta forma, diz que faz necessária a observância do valor da multa aplicada, bem como, requer que está seja retirada de forma integral, visto que, sua aplicação foge com o percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização, como a Receita Federal e impedi de forma direta o pagamento do tributo devido, objeto principal desta infração.

Também traz aos autos discussão sobre a abusividade da aplicação da Margem de Valor Agregado (MVA). Diz que, conforme se comprova no auto de infração e de acordo com as mercadorias comercializadas, que seriam os salgadinhos, o MVA se torna abusivo em decorrência do percentual que se aplica de “*margem de lucro*” nesses produtos.

Sendo assim diz que tal aplicação vai de encontro com o equilíbrio no preço das aquisições interestaduais e internas, e não visa atingir o objetivo de se obter medidas que justificam a necessidade de se reduzir a vantagem competitiva no preço final da mercadoria sujeita à Substituição Tributária (ST).

Desta forma, destaca a ementa do julgamento - STJ - RMS: 43781 RJ 2013/0314959-2, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 17/10/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014 – que diz tratar da abusividade do MVA cobrado

Por derradeiro, diante dos argumentos ora apresentados, requer que seja observado o valor do MVA das mercadorias comercializadas e seu valor abusivo que vai de encontro ao preço de mercado.

Por tudo quanto aqui exposto, que diz estar consubstanciado nos elementos matérias e jurídicos ora apresentados, requer, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da presente impugnação, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações ora defendidas, nos exatos termos presentes nesta Impugnação.

Requer, por fim, direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos, inclusive na preliminar da informação fiscal, seja acatada todas as alegações de defesa.

O autuante em sua informação fiscal, à fl. 37 dos autos, diz que, inconformada a autuada, apresentou defesa, a qual diz que irá apreciar a seguir:

Sobre a falta de prorrogação da ordem de serviço, contesta destacando que a O.S. nº 500310/15 foi iniciada e concluída no prazo determinado. Ao contatar o representante legal, para assinar o auto de infração, diz que foi informado que o mesmo atende no estabelecimento matriz que funciona em Salvador , Bahia.

Assim, após várias tentativas a Infaz Valença, expediu via correios um convite (fls.12) sendo que a autuada, tempestivamente, apresentou defesa.

Então, de forma conjunta sobre as razões meritórias, abusividade da aplicação da multa de 60% e abusividade do MVA, diz contestar, informando que o Auto de Infração está de acordo com a legislação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária de “*salgados industrializados*”, referentes aquisições provenientes de outras unidades da Federação, inerente às duas primeiras infrações, nos valores respectivos de R\$697.855,61 e R\$10.394,10, decorrente de falta de recolhimento ou recolhimento a menor, relativo aos anos de 2011, 2012 e 2013, conforme demonstrativos às fls. 13 e 14, e CD à fl. 38 dos autos, com enquadramento nos art. 371; 125, inc. II, alínea “b” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, para as competências até março de 2012; a partir dessa data, com enquadramento no art. 8º, inciso II e § 3º; art. 23 da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, todas amparadas pelo Anexo 88.

Por sua vez, a terceira infração, em decorrência de ter efetuado recolhimento do imposto a menor no valor de R\$10.394,10, também, por antecipação, neste caso, por erro na aplicação da alíquota, relativo a produtos enquadrados na substituição tributária, como “*lanchinho sortido*”, *Quaker aveia*”, “*toddy sachet*”, provenientes de outras unidades da Federação, relativo ao ano de 2011, com a atuação fundamentada nos art. 371; 125, inc. II, alínea “b” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, conforme demonstrativos às fls. 15 e CD à fl. 38 dos autos,

Todas as infrações foram defendidas, pelo sujeito passivo, de forma conjunta, não por mérito e sim, apenas por argüição de falta de prorrogação de ordem de serviço da ação fiscal desenvolvida pelo agente Fiscal, por abusividade da aplicação da multa de 60% e por abusividade da MVA aplicada na apuração da base de cálculo, que à luz do seu entendimento, sem a devida pesquisa de preço do mercado.

No tocante à alegação de que procedimento administrativo fiscal do Estado da Bahia (art. 28, § 1º, RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99) determina que a ação fiscal deva ser concluída no prazo de 90 dias e mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos; em que a ordem de serviço fora iniciada em 09/02/2015, cuja conclusão somente tomou conhecimento através da ciência do Auto de Infração em 19/05/2015, mais de noventa dias após o início da ação fiscal, sem qualquer comunicação de sua prorrogação, o que ensejaria, à luz do seu entendimento, nulidade da ação fiscal por falta de observância do devido processo legal.

Entendo não restar razão ao sujeito passivo, pois, além dos autos demonstrarem que a ação fiscal seguiu todos os ritos do procedimento administrativo fiscal da Fazenda Pública Estadual na constituição do crédito, diferentemente do alegado pelo defendant, o § 1º, do art. 28, do RPAF, não estabelece nulidade por falta de conclusão da ação fiscal nas datas estabelecidas, se assim houvera ocorrido, o que não ocorreu; o que determina o parágrafo citado é o direito do sujeito passivo exercer a prerrogativa da denuncia espontânea, se for o caso, que não ocorreu.

Em relação à alegação de que a multa aplicada de 60% sobre o valor do imposto exigido é confiscatória, o que ofende a preceito constitucional, deve-se esclarecer que a penalidade é a legalmente prevista ao tipo de infração praticada, não sendo esta esfera administrativa competente para avaliar a sua constitucionalidade (art. 167, inc. I, do RPAF), como também não compete a este foro administrativo a apreciação de decisão do Poder Judiciário (art. 167, inc. II, do RPAF).

Sobre a argüição de abusividade da MVA aplicada na apuração da base de cálculo, que à luz do seu entendimento, é definida sem a devida pesquisa de preço do mercado, da mesma forma, esclareço que a MVA está definida na legislação, e é um instrumento aplicado nas operações de circulação de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, que é o objeto da autuação, com fins de permitir o equilíbrio no preço dos bens/mercadorias transacionados entre as unidades da Federação e internamente, relacionados a esse regime, onde são observados, sim, variações de preço do mercado no âmbito nacional e local, as quais são partes integrantes das normas de cada Estado, com a observância de que a MVA estabelecida para qualquer produto no Estado da Bahia é a mesma em qualquer unidade da Federação brasileira.

Neste sentido, não logra êxito a argüição de nulidade do defendant sobre a abusividade da MVA aplicada na operação em análise, vez que é a definida na legislação, ANEXO 88, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para as datas de ocorrências até março de 2012, e ANEXO 1, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, em relação as datas de ocorrências a partir de março de 2012, não estando esta esfera administrativa competente para avaliar a sua abusividade ou não.

No mérito, as infrações 1, 2 e 3, como anteriormente destacado, dizem respeito ao ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com enquadramento no artigo 371 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 os quais rezam:

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125. (Grifos acrescidos).

...

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

Da análise dos autos, vejo que não há lide quanto ao seu enquadramento, demonstrativo de cálculo e data de ocorrência dos fatos geradores, elementos básicos na constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública do Estado da Bahia, exceto quanto a argüição do defendant, em relação da MVA de 55%, aplicada, na autuação, como a devida na apuração da base de cálculo do imposto, restringindo-se apenas a alegar ser abusiva, o que, como anteriormente destacado, foge ao foro deste Conselho apreciar.

Sobre a MVA definida pela legislação, para o objeto da autuação, vê-se no ANEXO 88, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para as datas de ocorrências até março de 2012, e

ANEXO 1, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, em relação as datas de ocorrências a partir de março de 2012.

Desta forma, em relação as infrações 1 e 2, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, nos termos das descrições dos fatos, em relação aos elementos básicos de constituição do crédito tributário, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Em sendo assim, entendo estar subsistentes as infrações 1 e 2, por ausência de lide apresentada pelo sujeito passivo na manifestação de defesa.

Há de se ressaltar, entretanto, em relação a infração 3, mesmo com ausência de lide nesse item da autuação, não pode prosperar, vez que o demonstrativo (fl. 15) anexado aos autos, que dá sustentação ao item da autuação, menciona a existência de recolhimento a menor do imposto em vários períodos de apuração.

Compulsando mais detidamente o demonstrativo à fl. 15 dos autos, observo que o autuante cometeu o equívoco de efetuar o lançamento do imposto de forma global, como tivera ocorrido em um só mês de competência, ou seja, no mês de fevereiro, onde o demonstrativo indica a ocorrência de fatos geradores nos meses de janeiro, março, abril, maio setembro, outubro e dezembro de 2011. Aliás, o que se observa do demonstrativo é que não há fato gerador para a data de ocorrência do lançamento da autuação. Neste sentido vejo o lançamento carente de liquidez.

Portanto, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, declaro de ofício nulo este item do Auto de Infração, por entender que é inviável seu saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada na elaboração do demonstrativo para a constituição do crédito tributário, cuja correção nestes autos implicaria no agravamento da infração

Com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, as operações de aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação ensejam recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação de alíquota na determinação da base cálculo do imposto por substituição, em conformidade com o no artigo 371 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restarem procedentes as infrações 1 e 2, e nula a infração 3.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022581.0005/15-6**, lavrado contra **PONTO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$708.249,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2016

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA