

**A. I. Nº** - 207095.1002/15-7  
**AUTUADO** - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 20/06/2016

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF Nº 0116-03/16**

**EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Por se tratar de “bebidas alcoólicas”, de acordo com a Cláusula segunda do Protocolo ICMS 14/2006 e alterações posteriores, celebrado entre o Estado da Bahia e da Paraíba, a substituição tributária cabe ao estabelecimento destinatário (autuado) que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa. O autuado na condição de filial atacadista recebeu as mercadorias vodka e conhaque em transferência do seu estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba, situação na qual descabe o recolhimento do ICMS por antecipação em face do que estabelece o art. 355, inciso I, do RICMS-BA/97. Portanto, faz jus ao crédito fiscal destacado nas notas fiscais de transferências quando da apuração do imposto devido pelas operações de saídas próprias, em observância a não-cumulatividade do ICMS, além de ficar responsável pela retenção do ICMS referente às operações internas subsequentes, com aplicação da MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento matriz industrial. **Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE VENDAS DE PRODUTOS PARA CONTRIBUÍNTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O presente auto de infração lavrado em 08/10/2015, exige crédito tributário no valor histórico de R\$14.762.162,55, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo discriminadas:

**Infração 01 - 02.01.03.** Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2010 a junho de 2013. Exigido o valor de R\$8.380.334,91, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 63, 65 a 68 e CD à fl. 69;

**Infração 02 - 07.02.03.** Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2010 a junho de 2013. Exigido o valor de R\$6.381.827,64, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 64, 65 a 68 e CD à fl. 69.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 75 a 95, depois de reproduzir o teor das infrações que lhe foram imputadas e destacar a tempestividade da defesa, articula os argumentos

abaixo enunciados.

Registra que o Auto de Infração carece de clareza e objetividade, em face da ausência de relatório fiscal, indicação dos valores que compõe a base de cálculo do imposto, a alíquota do imposto e o valor do tributo ou da receita não tributária indicação, o que dificulta e cerceia o seu direito de defesa, amplamente assegurado a nível constitucional (art. 5º, inciso LV), além de comprometer a seriedade dos critérios adotados para a apuração dos valores exigidos. Arremata observando que por isso o auto de infração possui um defeito insanável, que macula todo o trabalho realizado, face à inexistência ou imprecisão do tipo legal infrator.

Enfatiza que vício formal demonstrado no procedimento fiscal em comento, contamina a ação fiscalizatória realizada, tendo em vista a inexatidão ou imprecisão para determinar o tipo infringente descrito no lançamento de ofício, que materializou a existência do crédito tributário em favor do tesouro estadual, implicando nulidade do auto de infração em debate, ante a ausência de suportes fáticos e legais aptos a imprimir-lhe validade jurídico-formal.

Diz que a imprecisão de que se ressente o Auto de Infração é causa de nulidade de lançamento que lhe é correspondente, consoante o entendimento da jurisprudência pátria.

Assevera que da leitura do relatório fiscal, vê-se ainda claramente que o lançamento se fez de forma aleatória, vez que o Autuante utilizou para determinação da base de cálculo do imposto devido, o montante de R\$673.967,56, declarado.

Reafirma que o Auto de Infração ressente-se de irregularidades formais incompatíveis com o princípio do devido processo legal e da ampla defesa assegurados pela Carta Suprema, e aplicáveis, quer no processo administrativo, quer no processo judicial (art. 5º, incisos LIV e LV).

Afirma que em momento algum se fez prova do fato alegado, o que vem também de concorrer para viciar com a pecha da nulidade da autuação fiscal.

Ressalta que o ônus de provar a infração compete à Autarquia, na medida de suas alegações, conforme assevera o insigne tributarista e magistrado Hugo de Brito Machado, cujo trecho de seus ensinamentos reproduz.

Requer, seja declarada nula a autuação fiscal, via de consequência todo o lançamento efetuado.

Frisa que o Auto de Infração foi lavrado em 08/10/2015 quando já decaíra o direito de a administração fiscal proceder com o lançamento do ICMS relativo às competências 01/2010, 02/2010, 03/2010, 04/2010, 05/2010, 06/2010, 07/2010, 08/2010, 09/2010, 10/2010 e 11/2010, vez que decorrido lapso superior a 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador respectivo.

Observa que o próprio autuante, nos autos do processo nº 207095.0900/13-5, afirma que houve recolhimento do ICMS antecipado, o que caracteriza homologação tácita dos pagamentos realizados entres os meses de 01/2010 a 11/2010, estando alcançadas pela decadência, visto que o lançamento só se aperfeiçoará 60 dias a partir da intimação do contribuinte, conforme se depreende da leitura do auto de infração que estabelece esse prazo para opor impugnação ou para pagar a exigência fiscal.

Afirma que a hipótese destes autos é de tributo lançado por homologação, porquanto compete ao contribuinte efetuar o recolhimento antecipado, comunicando ao ente tributante essa atividade para fins de homologação, nos termos do art. 150, do CTN.

Explica que em relação às competências 01/2010, 02/2010, 03/2010, 04/2010, 05/2010, 06/2010, 07/2010, 08/2010, 09/2010, 10/2010 e 11/2010, iniciando-se o prazo decadencial a partir do fato gerador, em razão de se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, pelo que o lançamento levado a efeito com a lavratura do auto de infração foi alcançado pela decadência, a acarretar a extinção do próprio crédito lançado, por força do disposto no inciso V, do art. 156, do CTN, o que logo se requer.

Afirma que no mérito a cobrança em apreço refere-se ao ICMS das operações com bebidas classificadas na posição 2204, 2206 e 2208 do NCM, as quais, nos termos do Protocolo ICMS nº 14/06, estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Revela que nos termos do citado normativo, ao qual aderiu o Estado da Bahia por força do Protocolo ICMS nº 134/08 com efeitos a partir de 01/03/2009, o ICMS exigido sobre as operações com os produtos comercializados pelo contribuinte autuado é devido pela sistemática de substituição tributária.

Explica que a substituição tributária inclui-se no que se costuma denominar sujeição passiva indireta. Pondera que de fato, ao lado do contribuinte, ou seja, daquele que tem relação pessoal direta com o fato gerador, existe o responsável, isto é, outra pessoa que não o contribuinte a que a lei impõe o cumprimento da prestação tributária (CTN, art. 121, parágrafo único, incisos I e II).

Diz que o art. 128 do CTN que sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a esta em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Diz ser nesse contexto que deve ser examinada a “substituição tributária para frente”, que se apóia na figura do “fato gerador presumido”, hoje expressamente referido no §7º do art. 150 da EC nº 3, de 17/03/93.

Lembra que a lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Explica que a substituição tributária para frente consiste em obrigar alguém a pagar, não apenas o imposto atinente à operação por ele praticada, mas, também, o relativo à operação ou operações posteriores. Continua mencionando que, nos termos da legislação de regência, em especial os artigos 102 e 199 do CTN, e no art. 9º, da Lei Complementar nº 87/96, resolveram celebrar o mencionado Protocolo ICMS nº 14/06, cujo teor da Cláusula primeira reproduz.

Revela que no caso dos presentes autos, trata-se de remessa de mercadorias de contribuinte situado no Estado da Paraíba com destino ao contribuinte autuado, domiciliado neste Estado, configurando operação interestadual, de bebidas classificadas na posição 2208. Frisa que pela sistemática de substituição tributária objeto do mencionado protocolo, ao remetente é imputada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subsequentes, exatamente como ocorreu no caso das mercadorias por ele comercializadas.

Informa que atua no ramo do comércio atacadista de bebidas, nos termos do seu contrato social, configurando unidade autônoma em relação à indústria fabricante de bebidas situada em outra Unidade Federativa, no caso, no Estado da Paraíba, fornecedora das mercadorias objeto de sua comercialização.

Destaca que o remetente efetuou o cálculo do imposto incidente na operação, nos precisos termos em que prevê o Protocolo ICMS nº 14/06, tomando por base de cálculo o valor de que decorreu a saída do produto de sua unidade industrial, acrescido do percentual de 51,40%, de que trata o §1º, da Cláusula quarta do normativo, fazendo incidir a alíquota de 27% (vinte e sete por cento) exigida por essa Unidade Federada e recolheu em Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE. Além disso, recolheu o percentual da operação interestadual incidente na operação.

Sustenta não haver que se falar no recolhimento complementar objeto do presente auto de infração, tendo em vista que a tributação, pelo ICMS, das mercadorias objeto de comercialização da autuada, é monofásica, não cabendo qualquer complementação em favor do Estado de Bahia.

Diz que o critério de apuração utilizado pelo fiscal para pretensa exigência do ICMS mostra-se totalmente equivocada. Sustenta que falta o emprego de todos os elementos necessários e obrigatórios para a determinação do imposto devido nas operações com produtos sujeitos ao pagamento por substituição tributária.

Menciona que a legislação regulamentadora da matéria, define que o imposto a ser pago por substituição tributária, corresponde a diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas do estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do sujeito passivo.

Sustenta que nos autos faltou acrescentar à exigência fiscal, para fins de dedução, o crédito fiscal, prejudicando assim a suposta apuração do ICMS - ST.

Diz que a manifestação de inconformidade no processo administrativo tem por objetivo revelar a verdade material relativa aos fatos tributários, desenvolve-se em obediência aos princípios da estrita legalidade do direito, do contraditório e à ampla defesa, e culmina com a prática de um ato estritamente vinculado, que traduz um juízo subjuntivo de aplicação da lei.

Frisa que o princípio da verdade material exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, devendo ser carreado para os autos todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.

Para ilustrar que o objeto principal da prova é, invariavelmente, a demonstração da verdade, para o convencimento do julgador, traz a colação fragmento da doutrina pátria através das lições de Hely Lopes Meireles, Celso Antonio Bandeira de Mello e Plácido e Silva.

Esclarece que no sentido processual, a prova estabelece condão entre a verdade dela transmitida e a decisão a ser prolatada. Sustenta que ao se utilizar dos princípios gerais que regem as relações do Direito e ao se defrontar com as diferentes possibilidades de provas, o Processo Administrativo Fiscal busca aliar o conhecimento da lei e da verdade do fato, para aplicação efetiva da justiça.

Ressalta que o processo administrativo exige o direito à prova e à sustentação dos argumentos das partes e o princípio da distribuição da justiça impõe a descoberta da verdade material em relação à legitimidade do lançamento. Remata ponderando ser a prova que substancia essa busca da verdade material, como elemento essencial ao julgamento.

Aduz que no caso em tela, com base nos meios de provas produzidos e nas normas jurídicas vigentes, é de se considerar provados o equívoco de tal cobrança e que, no caso deste Processo Administrativo Fiscal, inexistente razão em relação ao lançamento, bem como, a aplicação de penalidade.

Lembra que a Constituição Federal ao dispor sobre as limitações ao poder de tributar, em seu art. 150, inciso IV, veda, peremptoriamente, a utilização de tributos com efeito de confisco.

Afirma que a multa aplicada tem caráter confiscatório, na medida em que aplicada em 60% corresponde a mais da metade do montante da exigência fiscal.

Frisa que, cobradas como se tributos fossem, as multas tributárias gozam dos mesmos privilégios do crédito tributário, e, ao atingirem valores quase equivalentes ao próprio débito principal, confiscam seu patrimônio de forma ilegal, uma vez que, ainda sobre o valor devido recaem juros, com o fito de indenizar a União pelo período em que não dispôs do dinheiro, e a correção monetária, sabidamente fator de atualização do poder de compra da moeda.

Sustenta que o crédito tributário não encontra na multa abusiva albergue para sua proteção, já que, para tanto, a legislação fiscal prevê a incidência de correção monetária e juros moratórios a preservar o pretense crédito.

Diz que diante de inafastável ilegalidade, nossa jurisprudência, em seu trato pretoriano, emerge fortemente inclinada a admitir a tese acima exposta, como retratadora da realidade, proferindo decisões que primam pela idoneidade jurídica em que se perfazem, reconhecendo o caráter confiscatório de multas dessa ordem, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais.

Pontua que na conjuntura atual, torna-se econômica e juridicamente impossível acatar multas extorsivas e incongruentes com a realidade quanto às aplicadas nesta autuação.

Protesta pela produção de todas as provas permitidas em Direito, especialmente perícia e juntada de novos documentos.

Conclui requerendo declaração de nulidade do auto de infração, para determinar a conseqüente baixa do processo administrativo respectivo, ou reconhecendo a insubsistência da autuação, determinando seja cancelado o auto de infração e extinto o processo administrativo a ele relacionado.

O autuante presta informação fiscal, fls. 118 a 124, na forma a seguir sintetizada.

Informa que as duas infrações estão descritas detalhadamente fl. 02, e demonstradas sintética e analiticamente fls. 63/68. Observa que todas as páginas dos levantamentos estão no CD anexo.

Destaca que o estabelecimento matriz industrial, situado no Estado da Paraíba, transferia bebidas quentes para seu estabelecimento filial, ora autuado, destacando nos documentos fiscais, tanto o ICMS Normal com alíquota de 12%, como o ICMS Substituto aplicando a MVA 55,56%, recolhido através de GRN com o código de receita tributária 1187, como mostra os relatórios do INC/SEFAZ às fls. 59/62, respectivamente; conforme o exemplifica através da NFe 8802 de 06/01/10, CFOP 6408, fls. 65 (salva no CDs anexos);

*Base de Cálculo e o ICMS Normal: R\$ 10.530,00 x 12% = R\$ 1.263,60*

*MVA aplicada = 55,56%*

*Valor do IPI = 0*

*Base de Cálculo da Substituição: R\$ 10.530,00 x 1,5556 = R\$ 16.380,47 x 27% = R\$ 4.422,73*

*Valor do ICMS ST = R\$ 3.159,13 (R\$ 4.422,73 - R\$ 1.263,60)*

Registra que o estabelecimento matriz assim procedendo deixou de atender o que estabelece a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 14/2006, e de igual modo o estabelecimento filial, ora autuado, seu Parágrafo Único, ao não tributar e recolher o ICMS Normal e o Retido nas saídas das mercadorias, como mostram os relatórios de fls. 19/26, os registros da Escrituração Fiscal Digital, fls. 27/30, 35/46 e alguns DANFES anexos, fls. 31/34.

#### DOS DEMONSTRATIVOS SINTÉTICOS (Conta Corrente do ICMS)

##### A) ICMS Normal - Operações de Saídas x Transferências - fls. 63

Frisa que os valores mensais das duas primeiras colunas (Débito e Crédito) foram extraídos dos Subtotais das colunas vICMS dos demonstrativos analíticos: Omissão de Recolhimento de ICMS Normal e da Retenção na Substituição Tributária e do ICMS Normal das Transferências, respectivamente;

##### B) ICMS Retido - Operações de Saídas x Transferências - fls. 64

Observa que os valores mensais das duas primeiras colunas (Devido e Pago) foram extraídos dos Subtotais da coluna v ICMS-ST do demonstrativo analítico: Omissão de Recolhimento de ICMS Normal e da Retenção na Substituição Tributária e dos Relatórios do INC/SEFAZ, fls. 59/62, respectivamente;

Os valores mensais da coluna a Recolher de A e B são as diferenças reclamadas no auto de infração.

#### DOS DEMONSTRATIVOS ANALÍTICOS

##### A) DO ICMS NORMAL DAS TRANSFERÊNCIAS - fls. 65/66

Diz que são os dados das NFe (DANFES) referente às transferências da Matriz para a Filial com o fim de apurar o ICMS Normal das operações, já que o Substituto (erroneamente recolhido através de GRN) estão informados nos Relatórios do INC/SEFAZ, fls. 59/62.

B) Omissão de Recolhimento de ICMS Normal e da Retenção na Substituição Tributária - fls. 67/68.

Exemplifica a apuração relativa a NFe 3281 de 06/01/2010, CFOP 5403 (salva nos CDs anexos):

QUADROS:

**B.1)** Nota Fiscal Eletrônica: são os dados das NFe (DANFES) das saídas da Filial

Base de Cálculo do ICMS Normal: R\$ 33.740,00

ICMS = 0

ICMS-ST = 0

Valor do IPI = 12.960,00

B.2) APURAÇÃO: O levantamento fiscal levou em conta: a) alíquota interna de 27% sobre o valor do produto vendido; b) percentual estabelecido pela tabela do IPI para cada produto, conforme fls. 04; c) valor do IPI sobre cada produto vendido; d) MVA de 55,56% (item 2 do Anexo 88 do RICMS), e o d) valor do ICMS Retido deduzido do ICMS Normal de cada produto vendido.

Base de Cálculo e o ICMS Normal: R\$ 33.740,00 x 27% = R\$ 9.109,80

MVA aplicada = 55,56%

Valor do IPI = R\$ 20.244,00 (R\$ 33.740,00 x 60%)

Base de Cálculo e valor da Substituição: R\$ 53.984,00 (R\$ 33.740,00 + R\$ 20.244,00) x 1,5556 = R\$ 83.977,51 x 27% = R\$ 22.673,93

Valor do ICMS ST = R\$ 13.564,13 (R\$ 22.673,93 - R\$ 9.109,80).

No tocante à decadência suscitada pela defesa, reproduz o art. 965 do RICMS-BA/97 para revelar que, com base nesse dispositivo os valores recolhidos nos meses, 01/2010, 02/2010, 03/2010, 04/2010, 05/2010, 06/2010, 07/2010, 08/2010, 09/2010, 10/2010 e 11/2010, apontados pelo impugnante foram levados em conta quando da apuração.

Afirma que no tópico do mérito é que reside a diferença substancial dos modos operantes dos estabelecimentos Matriz e Filial, no que dispõe o Protocolo ICMS 14/2006, cujo teor das Cláusulas primeira e segunda reproduz.

Destaca que a matriz procedeu diametralmente oposto ao que preconiza Cláusula segunda do Protocolo ICMS 14/2006, 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.”*

Arremata que as infrações imputadas: a) deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas; b) deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, estão alicerçadas nos descumprimentos das obrigações tributárias principais, objeto do demonstrativo Omissão de Recolhimento de ICMS Normal e da Retenção na Substituição Tributária que serviu de base junto o do ICMS Normal das Entradas e os Relatórios do INC/SEFAZ para os demonstrativos sintéticos (conta corrente). Sustenta que de acordo com os exemplos expendidos, os cálculos estão de acordo com a legislação tributária.

Conclui pugnando pela procedência das infrações que compõem o Auto de Infração.

Esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência à Infaz de Origem, fl. 131, para que fosse intimado o autuado, mediante recibo, para entrega dos CDs colacionados à fl. 69, acompanhado de cópias deste pedido de diligência, da informação fiscal prestada às fls. 118 a 124, e reabrindo o prazo de defesa de sessenta dias.

Intimado do sujeito passivo, fls. 134 e 135, não se manifestou no prazo regulamentar.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, por carecer de clareza e objetividade, em face da ausência de relatório fiscal, indicação dos valores que compõe a base de cálculo do imposto, a alíquota do imposto e o valor do tributo ou da receita não tributária indicação, dificultando e cerceando o seu direito de defesa. Ao compulsar os autos verifico a inexistência de vícios formais; a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, conforme se verifica às fls. 63 a 68 e mídia CD, fl. 69. Ademais, esta 3ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 131, para entrega de cópias de todos os demonstrativos em mídia CD ao defendente, reabrindo o prazo de defesa, fls. 134 e 135, no entanto, não houve manifestação no prazo regulamentar.

Logo, entendo que não deve prosperar a pretensão da defesa e considero ultrapassada a suscitada nulidade.

O autuado também suscita preliminar de decadência de alguns valores lançados, sustentando ter decaído o direito de a Fazenda Estadual constituir os créditos relativos a fatos ocorridos entre janeiro e novembro de 2010, uma vez que a ciência da lavratura do Auto de Infração com somente ocorrera em 08/10/15, já decorridos mais de cinco anos. Toma por fundamento o art. 150, §4º, inciso II, do CTN.

No que concerne à temática decadência no âmbito do ICMS, a exemplo dos Acórdãos, CJF nº 012-12/16, CJF nº 057-11/16 e, CJF nº 063-11/16, o entendimento assente e consolidado deste CONSEF é de que a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, conforme previsto no art. 173, inciso I, do CTN, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria e não o prazo previsto no §4º do art. 150 do referido CTN.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento se refere a ocorrências do exercício de 2010, a contagem de prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário iniciou-se em 01/01/2011 findando-se em 31/12/2015.

Como a ação fiscal se iniciou antes desta data, tendo sido o Auto de Infração lavrado em 08/10/2015, não há que se falar em decadência.

Nestes termos, rejeito a prejudicial de mérito de decadência argüida.

No mérito, cuida o lançamento de ofício de duas infrações a legislação do ICMS, conforme teor pormenorizadamente explicitado no preâmbulo do Relatório.

A infração 01 trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2010 a junho de 2013, e a infração 02 cuida da falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2010 a junho de 2013.

A lavratura do presente Auto de Infração decorreu do refazimento do procedimento fiscal atinente à infração 01 do A.I. nº 207095.0900/13-5, julgada nula, consoante decisão emanada da 1ª CJF no Acórdão CJF nº 0019-11/15, mantendo a decisão de piso.

A acusação fiscal decorreu da realização de operações de transferências de bebidas alcoólicas de NCM 2208 oriundas de estabelecimento industrial localizado no Estado da Paraíba, matriz do autuado, cujas entradas foram consideradas pelo autuado como não tributáveis pelo fato de a remetente considerar a operação de transferência interestadual como sendo sujeitas ao regime de substituição tributária - infração 01; e da falta de retenção e do recolhimento do ICMS da Substituição Tributária nas correspondentes operações de saídas internas subsequentes - infração 02.

Os Estados da Paraíba e da Bahia são signatários do Protocolo ICMS 014/2006 que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes, estatui em sua Cláusula segunda, *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;*

*II - às operações entre sujeitos passivos por substituição, industrial, importador 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.”*

Em sua impugnação o sujeito passivo se defendeu conjuntamente das duas infrações asseverando que as operações com bebidas quentes na posição 2208 da NCM, objeto da autuação, estão sujeitas ao regime de substituição tributária de acordo com a Cláusula primeira do Protocolo ICMS 014/2016, do qual são signatários os Estados da Bahia e da Paraíba.

Explicou que a remetente sua matriz, estabelecimento industrial localizado no Estado da Paraíba, nas operações de transferências arroladas no levantamento fiscal, nos termos do aludido protocolo, aplicou a MVR de 51,40%, alíquota de 27%, emitiu e pagou as correspondentes GNREs e recolheu o ICMS com a alíquota da operação interestadual.

Sustentou descaber qualquer recolhimento complementar, objeto do presente Auto de Infração, tendo em vista que a tributação do ICMS das mercadorias objeto de comercialização é monofásica, sendo indevida a complementação pretendida em favor do Estado da Bahia.

Contestou o critério utilizado pela fiscalização por não ter incluído para dedução o crédito fiscal na apuração do ICMS - ST, provocando as seguintes irregularidades: não separou o ICMS normal do ICMS substituição tributária e utilizou para o cálculo do imposto e base sem fundamentação legal indo de encontro o que estabelece o Protocolo ICMS 14/2006, e não levou em consideração o ICMS - ST, recolhido nos termos do referido protocolo.

O autuante, ao proceder à informação fiscal, manteve a autuação destacando que o estabelecimento matriz industrial, situado no Estado da Paraíba, transferiu bebidas quentes para seu estabelecimento filial, ora autuado, destacando nos documentos fiscais, tanto o ICMS Normal com alíquota de 12%, como o ICMS Substituto aplicando a MVA de 55,56%, recolhido através de GRNE com o código de receita tributária 1187, como mostra os relatórios do INC/SEFAZ às fls. 59/62, deixando de atender o que estabelece a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 14/2006, e de igual modo o estabelecimento filial, ora autuado, seu Parágrafo Único, ao não tributar e recolher o ICMS Normal e o Retido nas saídas das mercadorias, como mostram os relatórios de fls. 19/26, os registros da Escrituração Fiscal Digital, fls. 27/30, 35/46 e alguns DANFES anexos, fls. 31/34.

Asseverou que as infrações imputadas estão alicerçadas nos descumprimentos das obrigações tributárias principais, objeto do demonstrativo “Omissão de Recolhimento de ICMS Normal e da Retenção na Substituição Tributária que serviu de base junto o do ICMS Normal das Entradas e os Relatórios do INC/SEFAZ para os demonstrativos sintéticos (conta corrente), cujos cálculos estão de acordo com a legislação tributária.

Depois de examinar os elementos que compõem esses dois itens da autuação, constato que, de fato, o impugnante cometeu as irregularidades objeto da autuação, uma vez que sua matriz, estabelecimento industrial localizado no Estado da Paraíba, ao realizar as transferências de bebidas quentes na posição 2208 da NCM, procedera como se as operações estivessem sujeitas ao regime de substituição tributária descumprindo a Cláusula segunda do Protocolo ICMS 14/2006, ou seja, ignorou a determinação expressa de que a substituição tributária cabe ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa. Por conseguinte, o estabelecimento destinatário, ora autuado, registrou em sua escrita fiscal as operações de entradas por transferência equivocadamente como operações não tributáveis e não procedera a retenção e ao recolhimento do ICMS da Substituição Tributária nas correspondentes operações de saídas internas subsequentes.

Verifico também do exame dos demonstrativos de apuração e de débito elaborados pelo autuante que no levantamento fiscal foram considerados os valores os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de transferências, bem como, os recolhimentos efetuados pelo estabelecimento industrial remetente, portanto, afiguram-se devidamente caracterizadas e quantificadas as exigências fiscais atinentes as irregularidades objeto da autuação.

Assim, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02.

O defendente também alegou que a multa imputada tem caráter confiscatório, na medida em que aplicada em 60% (sessenta por cento), corresponde a mais da metade do montante da exigência fiscal. Assinalou que cobradas como se tributos fossem, as multas tributárias gozam dos mesmos privilégios do crédito tributário, e, ao atingirem valores quase equivalentes ao próprio débito principal, confiscam seu patrimônio de forma ilegal.

A penalidade aplicada é legalmente prevista para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99. Nestes termos, não acato a alegação defensiva, considerando que a aplicação da multa é consequência da falta de recolhimento do imposto devido, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme expressamente estatuído no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e” da Lei 7.014/96.

Ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207095.1002/15-5**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.762.162,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “e” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA