

A. I. Nº - 281066.0005/15-7
AUTUADO - CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.07.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-04/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. PROTOCOLOS 107/09 E 11/91. **c)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. PROTOCOLOS 107/09 E 11/91. Exceto em relação a uma ocorrência relacionada a infração 03, a autuada apresentou argumentos e documentos que elidiram a autuação, com base nos exames levados a efeito pelas autuantes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 08/09/2015 objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$110.780,90 em face das seguintes imputações:

1 - *Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido no total de R\$31.640,84, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido em algumas notas fiscais dos meses de fevereiro, junho e julho de 2014. Multa de 150%, prevista pelo Art. 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.*

2 - *Deixou de proceder a retenção do ICMS no total de R\$15.006,83 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 107/09. Multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.*

3 - *Deixou de proceder a retenção do ICMS no total de R\$51.359,95 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 11/91. Multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.*

4 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS no total de R\$4.249,50, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Efetuiu a retenção a menor do ICMS-ST nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 4.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 107/09. Multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.*

5 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS no total de R\$8.523,78 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas*

para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Efetuou a retenção a menor do ICMS-ST nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 4.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 11/91. Multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 51 a 65, onde, após efetuar uma síntese da autuação, ingressou nas razões de Direito, conforme segue.

Quanto a infração 01 pontua inicialmente que em relação ao importe de R\$23.873,04 que valor refere-se ao adicional relativo ao FECF apurado como devido na competência 02/2014 e pago em 07/03/2014 (Doc.05).

No que se refere ao valor de R\$3.092,25 esclarece que realizou estorno de débito referente notas fiscais complementares emitidas no mês de 06/2014 referente notas fiscais emitidas em 05/2014, no montante de R\$7.767,80, valor este que foi pago em 04/07/2014 e refere-se às NFe's complementares nº 7042, 7043,7044 (Doc.06), tendo ocorrido ainda o recolhimento em 08/07/2014 do valor de R\$4.675,55 referente a NFe complementar nº7184 (Doc.07).

Com isso explica que a diferença entre R\$7.767,80 subtraído o valor de R\$4.675,55, corresponde ao exato valor exigido pela autoridade fiscal, qual seja R\$3.092,25, não havendo assim falta de recolhimento mas sim falta de reconhecimento pela autoridade fiscal da existência de NFe complementares.

Já em relação ao valor de R\$4.675,55 que é exigido na presente autuação no vencimento 09/08/2014 e possui como data de ocorrência 31/07/2014, porém tal valor foi objeto de estorno em decorrência de seu anterior pagamento, o que pode ser observado através da documentação que diz ter anexado.

Diante destes argumentos, assevera que está demonstrado que não prospera a alegação da autoridade fiscal de falta de recolhimento do ICMS-ST indicados na infração 01.

Adentra a infração 02, asseverando que a fim de elucidar a sua passará a refutar os valores históricos nela descritos. Desta maneira, quanto a acusação de não retenção do valor de R\$10.532,21 na data de vencimento 09/06/2014, esclarece que foram as NFe complementar nº 1099 – referente NFe 614, NFe complementar nº3100 – referente NFe 1713 e NFe complementar nº 3099 – referente NFe 1961 (Doc.08), correspondendo o ICMS ST devido em decorrência das NFe's complementares ao importe de R\$10.415,00, valor recolhido na apuração do período.

Quanto ao valor de R\$2.237,31 indicado pela acusação como devido em 09/07/2014, foi objeto de recolhimento na apuração do mês em decorrência da emissão da NFe complementar nº4333 – complemento da NFe 2867 (Doc.09), e, quanto ao outro valor de R\$2.237,31 indicado pela acusação como devido em 09/08/2014 foi objeto de recolhimento na apuração do mês em decorrência da emissão da NFe complementar nº8373 – complemento da NFe 5863 (Doc.10).

Pontuou, ainda, que naquilo que se refere as diferenças entre os valores objeto de recolhimento e o valor indicado pela autoridade fiscal, esclarece que decorre da inobservância da redução de 1% da embalagem de vidro pela autoridade fiscal, o que fundamenta-se do §13, do artigo 289 do RICMS/BA.

Com estes argumentos afirma que resta demonstrado que não prospera alegação da autoridade fiscal no que se refere à infração 02.

Ao ingressar na Infração 03, cita que a fim de elucidar a improcedência da acusação fiscal, passará a refutar os valores históricos nela descritos.

Assim é que, com relação a acusação de não retenção do valor de R\$20.758,02, na data de vencimento 09/03/2013, pontua que emitiu a NFe complementar nº 253.565 em complemento a NFe 252.169 (Doc.11). Cita, ainda, que corresponde o ICMS ST devido em decorrência das NFe complementares o valor de R\$20.938,12 valor este recolhido na apuração do período.

Quanto ao valor de R\$21.553,36 esclarece que emitiu a NFe complementar nº 264.918 em complemento a NFe 263.552 (Doc.12), correspondendo o ICMS ST devido em decorrência das NFe's complementares o valor de R\$21.769,85, recolhido na apuração do período.

Já em relação ao valor de R\$2.882,84 diz que apurou que a exigência ampara-se nas NFe 308.316 e 308.323, mas especificamente nos produtos descritos através dos códigos de produto 68742 e 68743, sendo sido apresentadas carta de correção para CFOP dos produtos 68742 e 68743 alterando-se o CPOP 6102 para o CFOP 6403, bem como houve recolhimento do importe de R\$3.212,04 em 07/03/2014, em decorrência da emissão das NFe Complementar nº 308.896 – complemento da NFe 308.316 e NFe Complementar nº308.891 – complemento da NFe 308.316 (Doc.13), através da apuração do período.

Com isso afirma que a diferença entre o valor apontado como devido e o valor recolhido decorre de divergência de interpretação entre a Impugnante e a autoridade fiscal quanto a aplicação do Protocolo nº 11/91.

Nesta ótica diz que aplicou pauta em consonância à Instrução Normativa nº04/2009, onde a mesma descreve o valor de R\$3,89 unitário para Energético de outras marcas e a autoridade fiscal exige MVA 140%, sem observar que o inciso V, §11 do artigo 289 do RICMS/BA, que estabelecia a pauta (IN nº04/2009) foi revogado pelo Decreto nº 15.661/2014, vigorando assim a pauta pela IN nº 04/2009 até 30/11/2014, observando, ainda, que quanto ao lançamento referente ao vencimento 09/04/2014, estava em vigor a IN nº04/2009 e não o RICMS/BA, o qual em decorrência da revogação do inciso V, §11 do artigo 289 do RICMS/BA passou a exigir a aplicação do Protocolo ICMS 11/91.

No que se refere ao valor de R\$6.053,09 diz que apurou que a exigência ampara-se nas NFes 308.397, 308.410, 308.416 e 308.418, mas especificamente nos produtos descritos através dos códigos de produto 68742 e 68743, pontuando em seguida que foram apresentadas carta de correção para as NFe acima mencionadas alterando o CFOP dos produtos 68742 e 68743 de CFOP 6102 para o CFOP 6403 (Doc.14).

Acrescenta que houve recolhimento através da apuração do mês 03/2014 do valor de R\$6.364,57, em decorrência da emissão das NFe nº 308.892 – complemento da NFe nº 308.397, NFe nº 308.893 – complemento da NFe nº 308.410, NFe nº 308.894 – complemento da NFe nº 308.416, NFe nº 308.895 – complemento da NFe nº 308.418 (Doc.15).

Esclarece que a diferença entre o valor apontado como devido e o valor recolhido decorre de divergência de interpretação entre a Impugnante e a autoridade fiscal quanto a aplicação do Protocolo 11/91. A este respeito diz que aplicou pauta em consonância à Instrução Normativa nº04/2009, onde a mesma descreve o valor de R\$3,89 unitário para Energético de outras marcas e a autoridade fiscal exige MVA 140%, sem observar que o inciso V, §11 do Art. 289 do RICMS/BA, que estabelecia a pauta (IN nº 04/2009) foi revogado pelo Decreto nº 15.661/2014, vigorando assim a pauta pela IN nº 04/2009 até 30/11/2014.

Observa que em relação ao lançamento referente ao vencimento 09/04/2014, estava em vigor a IN nº 04/2009 e não o RICMS/BA, o qual em decorrência da revogação do inciso V, §11 do artigo 289 do RICMS/BA passou a exigir a aplicação do Protocolo ICMS 11/91.

Ao adentrar a infração 04, pontua que a fim de elucidar a improcedência da acusação fiscal passará a refutar os valores históricos nela descritos.

Diz que a autuante alega que foi procedida a retenção a menos do ICMS previsto no Protocolo 107/09 e consequentemente o recolhimento, porém cabe esclarecer que a efetuou o recolhimento em consonância ao RICMS/BA, conforme diz que passa a demonstrar.

Assim, menciona que de acordo com as planilhas de apuração de improcedência da acusação fiscal, em anexo (Doc.16), apurou que a autoridade fiscal não considerou redução de base de cálculo à alíquota de 1% das embalagens de vidro, em consonância ao §13 do artigo 289 do RICMS/BA, o qual transcreveu:

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.

...

§ 13. Nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras

bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, é admitido o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.

Diz, também, que se exigiu o valor correspondente ao fundo de combate à pobreza, o qual foi apurado e recolhido em conjunto com a apuração do período, não apresentando fundamento a exigência fiscal.

Passa a questionar a infração 05, adotando o mesmo critério trazido nos itens anteriores, sendo que, objetivando elucidar a improcedência da acusação fiscal, diz que passará a refutar os valores históricos nela descritos.

Assim é que, com relação a acusação de retenção a menor do ICMS-ST nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do anexo 4.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 11/91, no importe de R\$3.369,84 na data de vencimento 09/11/2013, esclarece que emitiu a NFe complementar nº 227.687 em complemento a NFe nº 222.713 (Doc.17), cujo o ICMS ST devido em decorrência da NFe complementar no valor de R\$2.488,51 foi recolhido na apuração do período.

Já em relação ao valor de R\$3.369,84 indicado pelas autuantes como devido em 09/11/2013, de acordo com o apurado é composto da exigência da diferença do ICMS ST no importe de R\$2.366,16, acrescido de R\$1.003,67 referente ao fundo de combate à pobreza, observando que o fundo de combate à pobreza exigido foi devidamente recolhido com a apuração do período, não sendo passível de exigência.

Quanto ao valor de R\$751,34, com data de vencimento em 09/03/2014, esclarece que emitiu NFe's complementares nº 306.459 e 306.458 em complemento as NFe nº 164.220 e 306.255, respectivamente, (Doc.18). Desta maneira afirma que tal valor foi recolhido em 11/02/2014 em decorrência da emissão das mencionadas NFe complementares.

Naquilo que se relaciona ao valor de R\$3.034,81 com data de ocorrência em 09/06/2014, esclarece que em decorrência das emissões das NFe nº 7042, 7043 e 7044 em 30/06/2014, houve o recolhimento do importe de R\$7.767,80 (Doc.06), e que confrontando os valores apontados pelas autuantes, verificou que a diferença entre o valor recolhido R\$7.767,80 e o valor descrito como devido na autuação, qual seja R\$3.034,81, decorreu da aplicação da redução alíquota 1%, vez que aplicou a alíquota de 12% e da aplicação da alíquota interna de 19% pela autoridade fiscal, enquanto a Impugnante aplicou a alíquota interna de 27%. Desta maneira, afirma que *"não houve recolhimento a maior pela impugnante, mas em consonância à legislação"*.

Por fim, quanto ao valor de R\$1.367,75 com vencimento em 09/07/2014, esclarece que, em decorrência da emissão da NFe complementar nº 7184, em 01/07/2014, houve o recolhimento do importe de R\$4.675,55 (Doc.07), e que confrontando os valores lançados pelas autuantes, verificou que a diferença entre o importe recolhido R\$4.675,55 e o valor descrito como devido na autuação, qual seja, R\$1.367,74, decorre da aplicação da redução alíquota 1%, quando a aplicou a alíquota de 12%, bem como, pela aplicação da alíquota interna de 19% pelas autuantes, enquanto a Impugnante aplicou a alíquota interna de 27%.

Diante destes argumentos afirma que *"não houve recolhimento a maior pela impugnante"*.

Em conclusão, pugna pela Improcedência do Auto de Infração, protestando provar o alegado por todos os meios de prova permitidas em nosso ordenamento jurídico, em especial, provas documentais e testemunhais, perícias e tudo mais que possa possibilitar o perfeito deslinde do feito.

As autuantes prestaram Informação Fiscal, fls. 202 a 207, pontuando o que segue:

Em relação a infração 01, dizem que o autuado anexou ao presente processo, comprovante de recolhimento de R\$23.873,04, que teria sido pago através de adicional relativo a fundo de pobreza, alegando ter sido pago em 07/03/2014. Dizem que foi ainda alegado que os valores referentes a junho e julho de 2014, respectivamente, de R\$3.092,25 e R\$4.675,55 foram pagos através de notas fiscais complementares referentes a saídas de maio e por isso, apesar do recolhimento ter ocorrido em julho, referia-se a maio/2014. Com isso, informam que acatam as alegações defensivas excluindo o valor de R\$31.640,84, zerando a Infração 01.

Quanto a infração 02 destacam que a autuada alega ser indevida a cobrança de R\$10.532,21, referente ao mês de maio de 2014, em função da emissão das notas fiscais complementares nº 1.099, 3.100, 3.099. Citam que também foi alegado ser indevida a cobrança de R\$2.237,31, referente ao mês de junho de 2014, em função da emissão da nota fiscal complementar nº 4.333, arguindo também ser indevida a cobrança de R\$2.237,31, referente ao mês de julho de 2014, em função da emissão da nota fiscal complementar nº 8.373.

Informam que acatam todas as alegações apresentadas em relação à infração 02, zerando a mesma.

Naquilo que se relaciona a infração 03, pontuam que a autuante alega ser indevida a cobrança de R\$20.758,02, referente ao mês de março de 2013, em função da emissão da nota fiscal complementar nº 253.565, sendo que também foi alegado:

- ser indevida a cobrança de R\$21.553,36, referente ao mês de maio de 2013, em função da emissão da nota fiscal complementar nº 264.918.
- ser indevida a cobrança de R\$2.882,84, referente ao mês de março de 2014, em função da emissão das notas fiscais complementares nº 308, 896 e 308.891.
- ser indevida a cobrança de R\$6.053,09, referente ao mês de abril de 2014, em função da emissão das notas fiscais complementares nº 308.892 e 308.893, 308.894 e 308.895.

Destacam que além das alegações acima o autuado acrescentou que *"A diferença entre o valor apontado como devido e o valor recolhido decorre de divergência de interpretação entre a impugnante e a autoridade fiscal, quanto a aplicação do Protocolo 11/91"*, destacando ainda o argumento de que a autuada aplicou pauta no valor de 3,89, (Instrução Normativa 04/09), enquanto a fiscalização utilizou MVA de 140%.

Após as considerações acima, sustentam que acatam todas as alegações apresentadas pela autuada, reduzindo a Infração 03 em R\$51.247,31, restando assim o valor de R\$112,64 referente ao mês de abril de 2014, nesta infração, sobre a qual não foi apresentada nenhuma alegação.

Quanto a infração 04 pontuam que a autuada alegou que *"a autoridade fiscal não considerou redução de base de cálculo à alíquota de 1% das embalagens de vidro, em consonância ao § 13 do artigo 289 do RICMS/BA"*. Neste aspecto, esclarecem que a cobrança que efetuaram se deu pelo entendimento de que o caput do art 289 referia-se à antecipação parcial e não substituição tributária interestadual. Entretanto, feita consulta à DITRI, a resposta veio no sentido de que *"a regra é aplicável a qualquer fabricante independentemente de estar situado nesta ou em outra unidade da federação"*.

Com estes argumentos, informam que acatam a alegação apresentada e sugerem a extinção desta Infração.

Adentram a infração 05 onde o autuado alegou o que segue:

- ser indevida a cobrança de R\$3.369,84, referente ao mês de outubro de 2013, em função da emissão das notas fiscais complementares nº 227.686 e 227.687.

- ser indevida a cobrança de R\$751,38, referente ao mês de fevereiro de 2014, em função da emissão das notas fiscais complementares nº 306.458 e 306.459.
- ser indevida a cobrança de R\$3.034,81, referente ao mês de maio de 2014, em função da emissão das notas fiscais complementares nº 7.042, 7.043 e 7.044.
- ser indevida a cobrança de R\$1.367,75, referente ao mês de junho de 2014, em função da emissão da nota fiscal complementar nº 7.184.

Após analisarem tais argumentos, informam que acataram as alegações defensivas e excluíram as exigências pertinentes a esta infração.

Concluíram a informação fiscal, no tocante a análise dos argumentos de mérito apresentados pelo autuado assim se expressando: *"Diante de todo o exposto, acatamos totalmente as alegações apresentadas ref. às Infrações 01, 02, 04 e 05 contidas na impugnação do autuado, extinguindo-as e acatando parcialmente as alegações ref. à Infração 03, reduzindo R\$51.247,31 e restando apenas R\$112,64"*.

Ressaltaram, entretanto, que a diminuição do crédito reclamado justifica-se pela emissão de Notas Fiscais complementares por parte da autuada durante todo o período fiscalizado e o fato de que o sistema de auditoria que utilizaram não distingue as Notas Complementares das demais, o que as levou ao erro.

Pontuam que tal erro poderia ter sido evitado, vez que é praxe em seus trabalhos de fiscalização encaminhar ao contribuinte fiscalizado as diferenças apuradas durante o processo de fiscalização para que o mesmo analise as divergências e lhes envie as justificativas, visando com isso evitar qualquer erro do sistema ou mesmo de entendimento da legislação, dizendo que foi exatamente isto que fizeram, ou seja, enviaram em 13/07/2015, através de e-mail, fls. 208 e 209, relatórios com as diferenças levantadas e, até o encerramento da fiscalização e lavratura do Auto de Infração, nenhuma justificativa foi apresentada, destacando que se assim tivesse ocorrido, teria sido evitado o trabalho de cobrar e agora reconhecer a quase inexistência do crédito a reclamar.

Ressaltam ao final que o presente Processo foi apurado com lisura, cuidado e responsabilidade, como não poderia deixar de ser e pugnam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

Nos presentes autos, ora sob análise, não foram trazidos argumentos relacionados a questões de ordem preliminar. Todos os questionamentos suscitados pelo autuado se referem a aspectos meritórios, os quais foram apresentados de forma pontual para cada infração e data de ocorrência, juntando os respectivos documentos com o fito de embasar e comprovar seus argumentos.

Em princípio, esta documentação apresentada pelo autuado poderia resultar em encaminhamento do processo em diligência para que fosse feita uma análise detalhada nos mesmos, confrontando-os com os argumentos defensivos e as respectivas planilhas elaboradas pelas autuantes.

Entretanto, tal procedimento tornou-se desnecessário, visto que, pela matéria se revestir unicamente em questão de prova, as próprias autuantes, quando da informação fiscal, analisaram pormenorizadamente toda a documentação apresentada pela autuada e concluíram pela insubsistência integral das infrações 01, 02, 04 e 05 e parcial da infração 03, remanescendo apenas a exigência no valor de R\$112,64 com data de ocorrência em 30/04/14.

Considerando que, apesar de cientificada do inteiro teor da informação fiscal, a autuada não mais retornou aos autos, só me resta acolher o posicionamento das autuantes expressado através da informação fiscal de fls. 202 a 207, até porque, considero plenamente pertinentes as explicações apresentadas pelas mesmas.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281066.0005/15-7** lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112,64** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II "e" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA