

A. I. Nº - 279757.0082/15-1
AUTUADO - NORSÁ REFRIGERANTES LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-05/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **a)** REFRIGERANTES; **b)** ÁGUA MINERAL. O fornecimento dessas mercadorias para consumidor final, ainda que durante eventos promovidos nas dependências de estabelecimentos como camarotes, hotéis, casas de eventos, etc, com a utilização de serviços de garçons, supervisão, limpeza, talheres, copos, pratos, infra-estrutura e decoração, encontra enquadramento na lista de serviços no item, 17.11 – Organização de festas, recepções e bufê, situação em que o legislador infraconstitucional estabeleceu que o fornecimento de alimentação e bebidas, fica sujeito ao ICMS, conforme dispõe expressamente o item da Lista, em exceção prevista pelo artigo 1º, § 2º da Lei Complementar 87/96. Retificada a infração 01, relativa à refrigerantes, na segunda informação fiscal, cujo resultado levou à procedência em parte da mesma. Negado o pedido de diligência fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 08/10/2015, exige ICMS no valor total de R\$134.848,77, e multa de 60% por meio das seguintes infrações:

1 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas para contribuintes, localizados neste Estado. Conforme Demonstrativo ANEXO A – FALTA ICMS ST referente a refrigerantes, na forma do Parecer/Consulta nº 117035/2011-6, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte. Valor Histórico: R\$133.536,35 – Multa de 60%;

2 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas para contribuintes, localizados neste Estado. Conforme Demonstrativo ANEXO B – FALTA ICMS ST referente a água mineral, na forma do Parecer/Consulta nº 117035/2011-6, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao contribuinte. Valor Histórico: R\$1.312,42 – Multa de 60%;

O autuado ingressa com defesa, fls. 76 a 89, e inicialmente ressalta a sua tempestividade. No mérito, na infração 01 aponta que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97, determina em seu art. 73, § 1º, inciso IV que a adoção de pauta fiscal para as operações com cervejas, chopes, refrigerantes e bebidas energéticas e águas minerais e gasosas, será adotada, unicamente para fins de antecipação ou substituição tributária. Ocorre que a impugnante não efetuou operação sujeita a antecipação ou substituição tributária, visto que as mercadorias, em tela, foram destinadas a consumidores finais, por conseguinte, não sujeitos à adoção de pauta fiscal. Assim, para que haja a substituição, o adquirente deve também ser contribuinte do imposto e comprar com o propósito de revender. Não é a hipótese do Auto de Infração em que se comprova a venda para consumo final e por isso não há ICMS-ST. Por meio das notas fiscais listadas pelo autuante, observa-se que se referem às vendas internas a

consumidor final, pessoa natural não cadastrada como contribuinte no Estado da Bahia e que não satisfaz ao conceito de contribuinte previsto na legislação, eis que nem adquiriu em volume que caracteriza intuito comercial e tampouco com habitualidade, na verdade trata-se de venda a funcionário. Lista as notas fiscais, e ressalta que em relação às de nºs 973300, 973572, 980709 e 988179, o autuante considerou como se a caixa de coca-cola tivesse oito garrafas de refrigerantes, quando na verdade a caixa conta com seis unidades.

Assevera que o fiscal deixou de observar o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto, como determina o § 5º do art. 61 do RICMS. Observa ainda que parte das operações autuadas foi cancelada pelo retorno das mercadorias, e para a qual a impugnante procedeu conforme determina o art. 654 do RICMS/BA. Nesse sentido, a impugnante junta planilha na qual consta o número da nota fiscal de saída, (autuada), e a correspondente nota fiscal de retorno (doc. 02), seguidas de cópias por amostragem, de notas fiscais referidas nas planilhas.

No caso da infração 02, o fiscal autuante também deixou de observar que várias operações foram canceladas pelo retorno das mercadorias. Nesse sentido, atente-se também à planilha em anexo (doc. 03) e as cópias de notas fiscais, por amostragem, nela referidas.

Impugna a multa aplicada devido à sua desproporcionalidade. Ressalta que o Estado não sobrevive de multas, e esta não pode jamais ter caráter remuneratório, apenas punitivo, e deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida. Destaca também que não ocorreu infração à legislação, porquanto nenhum imposto deixou de ser recolhido. Mas, ainda que haja algum deslize, a multa é exorbitante, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório. Sendo necessária a dosimetria da pena, por força do princípio da proporcionalidade, não se pode olvidar a intenção do contribuinte, que cumpriu suas obrigações tributárias e manteve os dados devidamente registrados. Traz a jurisprudência pátria, que já consagrou a necessidade de analisar a intenção do contribuinte, se era de sonegar ou não. Cita ensinamento doutrinário, e pede que seja levado em consideração também o benefício da dúvida.

Pede a improcedência/nulidade do Auto de Infração, e em caso de dúvida, interprete-se a norma jurídica de forma mais favorável à impugnante, nos termos do art. 112 do Código Tributário Nacional.

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícias e diligências fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima justiça.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 205 a 206, e ressalta a situação fática apresentada na ação fiscal quando apurou o crédito tributário exigido, decorrente da falta de retenção do ICMS Substituição Tributária, nas sucessivas saídas de refrigerantes no Estado, objeto da Consulta nº 25531/2012. Aduz que a alegação inicial do autuado demonstra desconhecimento do fato gerador do ICMS, pois entende o legislador que somente é devido o imposto por substituição tributária a contribuintes cadastrados como tal no Estado da Bahia, fatalmente as empresas que comercializam tais mercadorias não mais o fariam a contribuintes do imposto.

Ressalta que o trabalho na sociedade empresária vem sendo realizado desde o exercício de 2007, e pode afirmar que não há venda, há comercialização no estabelecimento, inclusive já realizou diligência in loco, para verificação de tal fato, acompanhado de preposto da autuada.

Quanto ao abatimento de 1% alegado, como deixado de ter sido observado, o desconhece pois o que se exige aqui é o ICMS Substituição Tributária devido nas efetivas saídas de mercadorias enquadradas no regime de ST. Inclusive foi motivo de consulta, anexa fls. 27 a 29, formulada pelo autuado, que insiste em cometer a irregularidade. Requer a procedência da autuação.

Em sessão de julgamento restou decidido pela 5ª JF, a necessidade de diligência fiscal, para que o autuante, nos termos do § 6º do art. 127 analise e se manifeste, especificamente, quanto aos argumentos apresentados pelo defendente. Foi solicitada a elaboração de novos demonstrativos, caso houvesse modificações nos valores originariamente exigidos.

O autuante presta a informação fiscal, atendendo ao solicitado na diligência, fls. 222/223, adotou as seguintes providências saneadoras:

- 1) Excluiu as Notas Fiscais de vendas/saídas destinadas ao consumidor final não caracterizado como contribuinte do imposto, com utilização de CPF.
- 2) Excluiu as Notas Fiscais de saídas sob o CFOP 5910, a título de remessa para degustação;
- 3) Concedeu a redução da base de cálculo de 1% prevista no § 5º do art. 61 do RICMS/97, aplicada sob o valor da pauta fiscal.
- 4) Excluiu as Notas Fiscais, objeto de devolução, e/ou cancelamento das vendas, constantes da relação da planilha de fls. 167 a 180.
- 5) Retificou a Pauta Fiscal referente às Notas Fiscais de nº 973300, 973572, 980709 e 988179.

Apresenta o novo valor da infração, consoante o demonstrativo de débito de fl. 223, e planilhas de fls. 224/225, o que totaliza R\$126.780,72 de ICMS para a infração 01.

Quanto à infração 02, permaneceu inalterada, vez que não detectou a ocorrência dos fatos descritos acima.

O contribuinte recebeu cópia da diligência e mídia, contendo o demonstrativo retificado da infração 01, em 07/10/2016, mas não se manifestou.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do estatuído no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No que concerne ao pedido de realização de perícia, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que a matéria objeto da autuação não exige a participação de perito para auxiliar no deslinde das questões trazidas pelas partes interessadas no presente processo administrativo fiscal. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no art. 147, II, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Ademais, o autuante ao prestar a segunda informação fiscal, com a observância do disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99, retificou o lançamento nos pontos abordados na peça de defesa, de cujo resultado o sujeito passivo manteve-se silente, o que denota a sua concordância com os ajustes realizados.

Outrossim constato que em momento algum, o sujeito passivo deixou de exercer o direito da ampla defesa e do contraditório, estando todas as infrações descritas com clareza e fundamentadas nos documentos fornecidos pelo autuado, sendo acompanhadas de demonstrativos e levantamentos, que servem de elemento de prova da apuração do crédito tributário.

No mérito o autuado foi acusado de ter não ter retido e recolhido, conseqüentemente, o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A infração 01 é relativa a refrigerantes, ao passo que na infração 02 a exigência fiscal é relativa às vendas de água mineral.

A tese apresentada pela defendente diz respeito ao fato de que teria efetuado vendas para consumidor final, pois por meio das notas fiscais listadas pelo autuante observa-se que se referem à vendas internas a consumidor final, pessoa natural não cadastrada como contribuinte no Estado da Bahia e que não satisfaz ao conceito de contribuinte previsto na legislação (art. 4º da LC 87/96), eis que nem adquiriu em volume que caracteriza intuito comercial e tampouco com habitualidade, na verdade trata-se de venda a funcionário. Nesse sentido lista uma série de notas fiscais, fls. 80/81.

Na primeira informação fiscal, o autuante reporta-se ao Parecer Final Número 11703520116 fls. 27/28, emanado na Consulta constante no Processo nº 11703520116, formulado pela sociedade empresária autuada, relativa à Substituição Tributária, pela Diretoria de Tributação - DITRI, desta Secretaria de Fazenda.

Consta no dito Parecer que “A empresa que explora atividade de camarote “all inclusive” utiliza-se de sistemática semelhante ao “self service”, “open bar” ou rodízios, onde são disponibilizados

alimentos e bebidas de forma livre e o consumidor pode se referir diretamente e mediante pedidos aos funcionários. A empresa de camarote organiza festas personalizadas e privadas, disponibilizadas com exclusividade para um determinado grupo de consumidores que se forma mediante a aquisição do pacote com serviços e alimentos por um preço global. Essas festas são organizadas para exploração econômica de eventos públicos promovidos pelo Poder Público e ou em parceria com empresas privadas, como por exemplo, o carnaval, festas juninas, rodeios, etc.

Por conclusão, o fornecimento dessas mercadorias (alimentos e bebidas) para consumidor final, ainda que durante eventos promovidos nas dependências de estabelecimentos como camarotes, hotéis, casas de eventos, etc, com a utilização de serviços de garçons, supervisão, limpeza, talheres, copos, pratos, infra-estrutura e decoração, encontra enquadramento na lista de serviços no item, 17.11 – Organização de festas, recepções e bufê, situação em que o legislador infraconstitucional estabeleceu que o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS, conforme dispõe expressamente o item da Lista, em exceção prevista pelo artigo 1º, § 2º da Lei Complementar nº 116/2003.

Desta forma, o entendimento é de que o consulente quando realizar operações de vendas de bebidas destinadas a revenda, consumo e insumo no formato “all inclusive” deverá promover a substituição tributária e recolher o ICMS, com exceção do fornecimento vinculado ao serviço de hospedagem e cobrado na diária.

Adiante, após observar que a informação fiscal não teria examinado e redargüido todos os itens apresentados na defesa, condição estabelecida no art. 127, § 6º, do RPAF/99, o autuante retificou o lançamento e conclui que o valor da infração 01 é de R\$126.780,72.

A base de cálculo foi encontrada com base na pauta fiscal, prevista no art. 61, I, do RICMS-BA/97, que dispõe:

Art. 61 – A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição nas operações internas, relativamente às operações subseqüentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadorias no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

I – o preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído ou adquirente, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente.

Correta a utilização da pauta fiscal, haja vista que água mineral e refrigerantes estão incluídos na Instrução Normativa nº 04/2009, cópia anexa nas fls. 30 a 68.

Dessa forma, a infração 01, após a retificação promovida pelo autuante, de cujo resultado a sociedade empresária não se opôs, perfaz o total de R\$126.780,72, no que concordo. Infração procedente em parte, conforme o demonstrativo de fl. 223.

Quanto à segunda infração, referente às mercadorias água mineral, o valor permanece inalterado, com fundamentação no quanto adrede exposto, ou seja, ICMS no valor de R\$1.312,42, conforme especificado no demonstrativo de fls. 21 a 26 do PAF, o qual especifica por nota fiscal as mercadorias, a quantidade, o valor da pauta fiscal, para encontrar ao final o valor ICMS Substituição Tributária.

Infração procedente.

Destaco que as multas aplicadas estão em consonância com a Lei nº 7.014/96, nela não encontrando qualquer ilegalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0082/15-1**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$128.093,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR