

PROCESSO - A. I. Nº 207095.1002/15-7
RECORRENTE - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0116-03/16
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0295-12/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado, na condição de filial atacadista, recebeu bebidas quentes em transferência de seu estabelecimento matriz industrial localizado no Estado da Paraíba, hipótese em que descabe o recolhimento do ICMS por antecipação por parte do remetente, em face do disposto no Parágrafo único da Cláusula segunda do próprio Protocolo ICMS 14/06 que dispõe que “a substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa”. Nessa situação, aplica-se, ainda, o previsto no inciso I do § 8º do artigo 8º da Lei nº 7.014/96, que imputa tal responsabilidade ao destinatário (autuado) nas saídas das mercadorias para estabelecimento de pessoa diversa. Em observância ao princípio da não-cumulatividade, o autuado faz jus, como crédito, ao valor do ICMS destacado nas notas fiscais de entradas por transferência, quando da apuração do imposto devido pelas operações próprias de saídas. Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE PRODUTOS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NESTE ESTADO. Além do imposto relativo às operações próprias de saídas, objeto da primeira infração, o contribuinte é o responsável legal pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária referente às operações internas subsequentes, com aplicação da MVA prevista para a retenção pelo estabelecimento matriz industrial, consoante o inciso I do § 8º do artigo 8º da Lei nº 7.014/96,. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade da Decisão recorrida e do Auto de Infração. Acatada a preliminar de decadência de uma parcela do débito relativo a ambas as infrações. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 08/10/15 para imputar ao contribuinte o cometimento de duas infrações, ambas objeto do presente Recurso, como a seguir descrito:

Infração 1 - falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$8.380.334,91, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2010 a junho de 2013.

Multa de 60%. Demonstrativos às fls. 63, 65 a 68 e CD à fl. 69;

Infração 2 - falta de retenção do ICMS e o consequente 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. Valor de R\$6.381.827,64, acrescido da multa de 60%. Demonstrativos às fls. 64, 65 a 68 e CD à fl. 69.

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

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 consequente 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.

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.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário, inicialmente, suscitando a nulidade do lançamento de ofício por falta de “clareza e objetividade, face à ausência de relatório fiscal detalhado, indicação dos valores que compõem a base de cálculo do imposto, a alíquota do imposto e o valor do tributo ou da receita não tributária, o que dificulta e cerceia o seu direito de defesa, amplamente assegurado em nível constitucional (art. 5º, inciso LV, da CF/88), além de comprometer a legitimidade dos critérios adotados para a apuração dos valores que lhe vêm sendo exigidos”.

Argumenta que “o lançamento se fez de forma aleatória, vez que o douto fiscal autuante utilizou para determinação da base de cálculo do imposto devido, o montante de R\$ 673.967,56, declarado pela oro recorrente” e “em nenhum momento se fez prova do fato alegado, o que vem também de concorrer para viciar com a pecha da nulidade da autuação fiscal”.

Acrescenta que “não foram expressamente enfrentados pelo acórdão recorrido os pontos sobre os quais se baseia a impugnação para caracterizar a nulidade da autuação fiscal”, pois a Junta de Julgamento Fiscal partiu “da premissa, equivocada, de que o lançamento fiscal gozaria de presunção de validade, olvidando que em relação a esta atividade vinculada, como demonstra a oro recorrente em sua impugnação, ‘não se aplica ao lançamento tributário a doutrina segundo a qual os atos administrativos gozam de presunção de validade’, pelo que deveria o acórdão ter apontado expressamente os trechos do Auto de Infração que afastariam a caracterização de nulidade demonstrada pelo contribuinte, não bastando reportar-se, genericamente, a eventuais dados constantes da mídia em formato CD que acompanha a autuação”.

Afirma que “o acórdão está a merecer reforma quando não reconheceu a nulidade do Auto de Infração, apesar de não constar da autuação a indicação precisa do momento da ocorrência do fato gerador do imposto, tendo se limitado a autoridade fiscal a apontar genericamente notas fiscais referentes a diferentes meses do período abrangido pela fiscalização, sem discriminá-las precisamente, o que caracteriza a nulidade do lançamento”.

Transcreve o entendimento da doutrina e da jurisprudência a respeito, bem como ementa de Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que nulificou Auto de Infração lavrado “da mesma forma genérica que o que é impugnado nos presentes autos”.

Observa que o presente Auto de Infração “aponta base de cálculo sem determinar como foi apurada, o que fere o devido processo legal, e como determina a Súmula nº 1 deste CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método de apuração do tributo, o que está a clamar, data venia, pela reforma do acórdão recorrido que considerou válido o Auto de Infração a despeito de suas inúmeras irregularidades”.

Requer ainda a declaração de decadência do período de janeiro a novembro de 2010, sob o argumento de que o ICMS é um tributo sujeito à homologação e, no caso de pagamento antecipado do ICMS (que é o caso dos autos), o dispositivo legal que rege a decadência é o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos Recursos repetitivos, e não o artigo 173, inciso I, ao contrário do que afirmou o acórdão recorrido.

Salienta “que o próprio autuante, nos autos do processo nº 207095.0900/13-5, afirma que houve recolhimento antecipado do ICMS, o que, como dito acima, caracteriza homologação tácita dos pagamentos realizados entre os meses de 01/2010 a 11/2010, estando alcançadas pela decadência,

visto que o lançamento só se aperfeiçoará 60 (sessenta 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”. Reproduz a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria.

No mérito das infrações 1 e 2, informa, inicialmente, que a cobrança em apreço se refere ao ICMS das operações com bebidas classificadas nas posições 2204, 2206 e 2208 da NCM/SH, nos termos do Protocolo ICMS 14/06 ao qual aderiu o Estado da Bahia por força do Protocolo ICMS 134/08 (efeitos a partir de 01/03/09).

Discorre sobre o instituto da substituição tributária e aduz 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”*.

Nessa situação, diz que *“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”*.

Assegura que, *“além disso, recolheu o percentual da operação interestadual incidente na operação”, não havendo que se falar em recolhimento complementar, “tendo em vista que a tributação, pelo ICMS, das mercadorias objeto de comercialização do autuado, é monofásico, não cabendo qualquer complementação em favor do Estado de Bahia”*.

Argumenta que o autuante cometeu as seguintes irregularidades: (i) *“não separou o ICMS normal do ICMS substituição tributária; (ii) utilizou para o cálculo do imposto e base sem fundamentação [em] norma, indo de encontro o que estabelece o Protocolo ICMS 14/2006; (iii) não levou em consideração o ICMS - ST, recolhido nos termos do protocolo ICMS 14/2006”*.

No que tange especificamente à infração 2, alega que o acórdão recorrido deve ser reformado *“porquanto não considerou o fato de que o Auto de Infração cobra o ICMS da oro recorrente calculado sobre base de cálculo indevidamente ampliada, visto que fez incidir o imposto estadual sobre o IPI sem o enquadramento correto das bebidas remetidas à Recorrente pela matriz da empresa, visto que são classificadas na TIPI em categoria específica que contempla o IPI em valor inferior ao considerado pelo autuante quando refez a escrita fiscal da oro recorrente”*.

Prossegue dizendo que *“por meio do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 05, DE 10.03.2009 e do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 12, DE 16.04.2010, AMBOS DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINA GRANDE/PB (doc. 02), ficou estabelecido, para efeito de cálculo e pagamento do IPI, classificação específica, que alterou a classificação original dos produtos na TIPI, o que reduziu o valor do IPI a que estão sujeitas”, o que não foi considerado pelo autuante, “que calculou o ICMS inserindo em sua base de cálculo o IPI segundo a classificação geral da TIPI, e não de acordo com a classificação correta determinada no referido Ato Declaratório da RFB”*.

Repete que *“o lançamento fiscal fez incluir indevidamente na base de cálculo do ICMS o valor relativo ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, em flagrante contrariedade ao que dispõe o artigo 155, II, § 2º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988” e com o “artigo 17, § 2º, da Lei Estadual nº 7.014, de 1996”*.

Aponta que, em situações semelhantes, o Supremo Tribunal Federal vem, reiteradamente, determinando que se exclua o IPI do cálculo do ICMS nestas operações, de acordo com a Decisão que transcreveu.

Disserta sobre o princípio da verdade material, cita a doutrina e conclui 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, inexistia razão em relação ao lançamento, bem como, a aplicação de penalidade, o que está a demonstrar, a não mais poder, a necessidade de reformar-se o acórdão recorrido”.

Aduz que as multas indicadas são abusivas, confiscatórias e ilegais e que “*o argumento de que não teria o Consef competência para afastar a aplicação da multa por encontrar previsão legal não convence, pois ao fazê-lo está o Consef, na verdade, afastando a aplicação de outra norma de maior hierarquia, a norma constitucional que veda o confisco*”.

Transcreve a Constituição Federal, a jurisprudência e a doutrina para corroborar seu entendimento e finaliza dizendo que “*na conjuntura atual, torna-se economicamente e juridicamente impossível acatar multas extorsivas e incongruentes com a realidade quanto às aplicadas nesta autuação, razão pela qual requer o recorrente a reforma do acórdão recorrido também neste ponto*”.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

Esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu converter os autos em diligência ao próprio autuante para que elaborasse novo demonstrativo concernente à infração 2, apresentando o cálculo do ICMS com base na Margem de Valor Agregado (MVA) de 29,04%, previsto para as operações de saídas internas de “*bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana e outras aguardentes simples*” (item 2 do Anexo 88 do RICMS/97 e subitens 5.3, 5.4 e 5.5 do Anexo 1 do RICMS/12), o que foi devidamente atendido.

O contribuinte foi intimado, mas não se manifestou sobre o resultado da diligência.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS relativo aos meses de janeiro de 2010 a junho de 2013, em razão de duas infrações: (i) falta de recolhimento de ICMS, em razão de ter praticado operações de saídas tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas; (ii) falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Sendo assim, verifico que, na primeira imputação, o autuante calculou o débito do ICMS à alíquota de 27%; considerou, como crédito, o ICMS destacado em cada nota fiscal de entrada por transferência (à alíquota de 12%) e, em seguida, comparou créditos e débitos, apurando diferenças de imposto ainda a recolher.

Já na segunda imputação a autoridade lançadora adicionou, ao valor de saída de cada produto, os percentuais relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e à Margem de Valor Agregado (MVA) de 55,56%; calculou o ICMS à alíquota de 27% e deduziu, como crédito, o valor do imposto que deveria ter sido destacado nas notas fiscais de saídas internas emitidas pelo recorrente (objeto da infração 1). Como resultado, apurou a diferença de imposto devido a título de substituição tributária e, por fim, levou em consideração o ICMS recolhido pela matriz referentemente à mesma rubrica.

O recorrente suscitou, preliminarmente, a nulidade da Decisão recorrida, porque “*não foram expressamente enfrentados pelo acórdão recorrido os pontos sobre os quais se baseia a impugnação para caracterizar a nulidade da autuação fiscal*”, pois a Junta de Julgamento Fiscal partiu “*da premissa, equivocada, de que o lançamento fiscal gozaria de presunção de validade, olvidando que em relação a esta atividade vinculada, como demonstra a oro recorrente em sua impugnação, ‘não se aplica ao lançamento tributário a doutrina segundo a qual os atos administrativos gozam de presunção de validade’, pelo que deveria o acórdão ter apontado expressamente os trechos do Auto de Infração que afastariam a caracterização de nulidade*

demonstrada pelo contribuinte, não bastando reportar-se, genericamente, a eventuais dados constantes da mídia em formato CD que acompanha a autuação”.

Na Decisão recorrida, os julgadores afastaram a preliminar de nulidade apresentada na impugnação, aduzindo o seguinte:

(...) 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.

Dessa forma, entendo que a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou todos os pontos abordados pelo defendente, não se limitando a afastar genericamente a nulidade aventada, como alegado no Recurso Voluntário.

O recorrente também suscitou a nulidade do lançamento de ofício, com fundamento nas seguintes alegações:

1. falta de “clareza e objetividade, face à ausência de relatório fiscal detalhado, indicação dos valores que compõem a base de cálculo do imposto, a alíquota do imposto e o valor do tributo ou da receita não tributária ...”;
2. não consta “da autuação a indicação precisa do momento da ocorrência do fato gerador do imposto, tendo se limitado a autoridade fiscal a apontar genericamente notas fiscais referentes a diferentes meses do período abrangido pela fiscalização, sem discriminá-las precisamente, o que caracteriza a nulidade do lançamento”;
3. “aponta base de cálculo sem determinar como foi apurada, o que fere o devido processo legal, e como determina a Súmula nº 1 deste CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método de apuração do tributo, (...)”.

Do exame do processo administrativo fiscal, constato que o autuante colacionou aos autos os demonstrativos impressos de fls. 59 a 68, bem como diversos *compact disks* (CD) com a gravação de todas as planilhas (fl. 69), sem que houvesse provas de seu recebimento pelo autuado, por ocasião da ação fiscal ou por meio da intimação enviada pelos Correios (fls. 71 e 72).

A fim de sanear esse vício formal, a Junta de Julgamento Fiscal determinou que a Inspetoria Fazendária (fl. 131) reintimasse o contribuinte, concedendo-lhe o prazo legal de defesa de 60 dias, com a entrega de cópias do CD de fl. 69, da solicitação de diligência e da informação fiscal (fls. 118 a 124), o que foi expressamente cumprido, conforme se percebe pelos documentos de fls. 134 e 135, não havendo, entretanto, nenhuma manifestação do autuado.

Em um dos *compact disks* foram gravados os seguintes demonstrativos:

1. “Transferência de Produtos da Matriz” (entradas), com a relação das notas fiscais, data de emissão, CFOP, NCM/SH, descrição dos produtos, base de cálculo, alíquota, ICMS destacado, base de cálculo da substituição tributária, alíquota interna e ICMS/ST, dentre outras informações;
2. “OMISSÃO de RECOLHIMENTO do ICMS NORMAL e da RETENÇÃO NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” (saídas), com a relação das notas fiscais, data de emissão, CFOP, NCM/SH, descrição dos produtos, quantidades, IPI, base de cálculo da substituição tributária, alíquota interna e ICMS/ST, dentre outras informações.

Sendo assim, não há como acatar o pedido de nulidade da autuação, por ter restado comprovado que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa, uma vez que foram apresentados todos os dados necessários à perfeita identificação dos fatos geradores e ao exercício do

contraditório por parte do contribuinte.

O recorrente requereu, ainda, que fosse decretada a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2010, sob o argumento de que o ICMS é um tributo sujeito à homologação e, no caso de pagamento antecipado do ICMS (que é o caso dos autos), o dispositivo legal que rege a decadência é o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça na sistemática dos Recursos repetitivos, e não o artigo 173, inciso I, como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal.

Sobre o assunto, vale ressaltar que, recentemente, houve uma mudança radical no posicionamento da PGE/PROFIS relativamente à decadência, o que foi acatado pelo CONSEF, em decorrência da revogação do § 5º do artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do cumprimento do teor da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

A referida Súmula Vinculante nº 8 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/08 e publicada no Diário Oficial da União de 20/06/08 – declarou a inconstitucionalidade de legislação federal que dispunha sobre a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento, baseado em diversos precedentes judiciais, de que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária e, portanto, deve ser aplicado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Merece destaque o que disse a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, em Parecer exarado nos autos do processo administrativo fiscal oriundo do Auto de Infração nº 269200.0333/12-4, e chancelado pelo Procurador Chefe daquele órgão: “em data recente, nos autos do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, esta Procuradoria Fiscal reviu seu entendimento acerca do tema, para estabelecer que deve ser contado o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Pelo que consta neste processo administrativo fiscal, observo que, apesar de ter sido indicada a “falta de recolhimento”, na descrição das infrações 1 e 2, restou demonstrado que se trata, na verdade, de ICMS **recolhido a menos**, não restando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Isso porque, no caso *sub examine*, o estabelecimento industrial matriz remeteu as mercadorias já com o imposto estadual antecipado, embora em valores inferiores àqueles que o preposto fiscal entendeu corretos, e o próprio autuante, em sua informação fiscal, confirma esse fato nos trechos que se seguem (fls. 118 a 124):

“Como informado naquela página inicial, 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 de 55,56%, recolhido através de GRN [GNRE] com o código de receita tributária 1187, como mostra os relatórios do INC/SEFAZ às fls. 59/62, respectivamente ...”.

(...)

“Os valores recolhidos naqueles meses foram levados em conta quando da apuração”.

Corroborar esse posicionamento o fato de o autuante ter levado em consideração todos os recolhimentos feitos ao Estado da Bahia, ainda que de forma incorreta, como se observa dos demonstrativos acostados aos autos.

Portanto, deve incidir a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, que prevê que “Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência

de dolo, fraude ou simulação”.

Como o contribuinte foi cientificado da lavratura deste Auto de Infração no dia em 19/10/15, como provam os documentos de fls. 71 e 72, decreto a decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2010 no que tange às infrações 1 e 2, haja vista que a hipótese se subsume perfeitamente nesse novo entendimento.

No mérito das infrações 1 e 2, o recorrente alegou o seguinte:

1. a cobrança se refere ao ICMS das operações com bebidas alcoólicas classificadas nas posições na NCM/SH 2204 (vinhos de uvas frescas, incluindo os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas); 2206 (outras bebidas fermentadas, por exemplo, sidra, perada, hidromel); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas noutras posições); e 2208 (álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico, em volume inferior a 80%, tais como, *whiskey*, *gim*, *vodka* etc, além de aguardentes, licores e outras bebidas espirituosas);
2. atua no comércio atacadista de bebidas e sua matriz industrial (situada na Paraíba) efetuou o cálculo e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, nas operações de transferências interestaduais para seu estabelecimento, nos termos do Protocolo ICMS 14/06, ao qual aderiu o Estado da Bahia por força do Protocolo ICMS 134/08 (efeitos a partir de 01/03/09);
3. o autuante cometeu as seguintes irregularidades: (i) “*não separou o ICMS normal do ICMS substituição tributária*; (ii) *utilizou para o cálculo do imposto e base sem fundamentação [em] norma, indo de encontro o que estabelece o Protocolo ICMS 14/2006*; (iii) *não levou em consideração o ICMS - ST, recolhido nos termos do protocolo ICMS 14/2006*”.

As operações interestaduais com “bebidas quentes” entre contribuintes localizados nos Estados da Paraíba e Bahia são regidas pelo Protocolo ICMS 14/06 que prevê, em sua Cláusula primeira, o seguinte (redação vigente no período de 01/01/08 a 31/01/16):

Cláusula primeira *Nas operações interestaduais com vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição 2205, da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, bem como com bebidas quentes, classificadas na posição 2208, exceto aguardente de cana e de melão, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador e arrematante de mercadoria importada e apreendida, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes.*

Ocorre que a Cláusula segunda do referido Protocolo dispõe que o regime **não** se aplica “*à transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, importadora ou arrematante*”, cabendo a substituição tributária “*ao estabelecimento destinatário que promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa*”, como se percebe pela transcrição do dispositivo:

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.*

Sendo assim, concluo que está correto o lançamento de ofício, ao atribuir ao autuado a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações de saídas subsequentes para outros contribuintes localizados no Estado da Bahia, não podendo ser aplicadas a regra da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 14/06, como entendeu o recorrente, e, sim, a Cláusula segunda do citado Protocolo, além da legislação tributária vigente no Estado da Bahia.

A Lei nº 7.014/96 dispõe sobre a substituição tributária da seguinte forma:

Art. 8º *São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por*

substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

II - *o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;*

(...)

§ 3º *O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.*

(...)

§ 8º *Não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar: (redação vigente à época dos fatos geradores)*

I - *a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial;* (grifos não originais)

Ademais, pelas planilhas anexadas ao presente processo administrativo, observo que não pode ser acolhida a argumentação recursal, de existência de erros no levantamento fiscal e falta de demonstração da base de cálculo e do ICMS, tendo em vista que:

1. na infração 1, o autuante indicou, nas planilhas elaboradas, os valores do ICMS destacado nas notas fiscais de entradas por transferência (à alíquota de 12%), considerando-os como crédito, e, em seguida, comparou créditos e débitos, apurando diferenças de imposto ainda a recolher a título de “normal”;
2. na infração 2, a autoridade lançadora adicionou, ao valor de saída de cada produto, os percentuais relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e à Margem de Valor Agregado (MVA) de 55,56%; calculou o ICMS à alíquota de 27% e deduziu, como crédito, o valor do imposto que deveria ter sido destacado nas notas fiscais de saídas internas emitidas pelo recorrente (objeto da infração 1). Como resultado, apurou a diferença de imposto devido a título de substituição tributária e, por fim, levou em consideração o ICMS recolhido pela matriz referentemente à mesma rubrica.

O recorrente também se mostrou inconformado com a inclusão do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, segundo ele em flagrante contrariedade com o disposto no § 2º do artigo 17 da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, não deve ser acatada a alegação recursal, pois o inciso II do artigo 23 da Lei nº 7.014/96 prevê que a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes, para fins de substituição tributária, deve ser obtida pelo somatório do valor da operação, do montante dos valores de seguro, frete, Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço e da margem de valor adicionado. Confira-se abaixo:

Art. 23. *Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:*

(...)

II - *em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

(...)

§ 5º *O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas da unidade federada de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou*

prestação própria do substituto.

O recorrente também argumentou que “*por meio do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 05, DE 10.03.2009 e do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 12, DE 16.04.2010, AMBOS DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINA GRANDE/PB (doc. 02), ficou estabelecido, para efeito de cálculo e pagamento do IPI, classificação específica, que alterou a classificação original dos produtos na TIPI, o que reduziu o valor do IPI a que estão sujeitas*”, o que não foi considerado pelo autuante, “*que calculou o ICMS inserindo em sua base de cálculo o IPI segundo a classificação geral da TIPI, e não de acordo com a classificação correta determinada no referido Ato Declaratório da RFB*”.

O sujeito passivo ainda juntou, às fls. 193 e 194, fotocópias do Diário Oficial da União, com a publicação dos Atos Declaratórios mencionados por ele em seu Recurso Voluntário.

Ocorre que, embora pela leitura dos atos da Receita Federal constata-se que realmente foi alterada a classificação de diversos tipos de bebidas, não é possível identificar se houve realmente mudança no percentual de IPI e, em caso de alteração, qual seria a nova alíquota, impedindo que se verificasse a necessidade de retificação dos percentuais considerados nesta autuação.

Quanto à alíquota do ICMS, deve ser aplicado o percentual de 25%, acrescido de 2% (totalizando 27%), como previsto nos artigos 16, inciso II, alínea “b”, e 16-A, da Lei nº 7.014/96, a seguir reproduzidos:

Art. 16. *Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

(...)

II - *25% nas operações e prestações relativas a:*

(...)

b) *bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana ou de melão e outros aguardentes simples; (redação vigente até 30/01/14)*

(...)

Art. 16-A. *As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II e IV do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. (redação vigente de 07/12/10 até 28/03/13).*

Há de se ressaltar, por oportuno, que, por sugestão desta relatora, o PAF foi convertido em diligência ao autuante para que aplicasse, na segunda imputação, o percentual de 29,04% a título de Margem de Valor Agregado (MVA), previsto para as operações de saídas internas de “*bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana e outras aguardentes simples*” (item 2 do Anexo 88 do RICMS/97 e subitens 5.3, 5.4 e 5.5 do Anexo 1 do RICMS/12), olvidando-se que, no caso dos autos, trata-se de transferência da responsabilidade por substituição tributária, do industrial remetente situado em outro Estado para a filial atacadista baiana, conforme estabelecido na Cláusula segunda do próprio Protocolo ICMS 14/06, hipótese em que deve ser adotada a regra do inciso I do § 8º do artigo 8º da Lei nº 7.014/96, transcrito abaixo:

Art. 8º *São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

(...)

§ 8º *Não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar: (redação vigente à época dos fatos geradores)*

I - *a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial; (grifos não originais)*

Correto, portanto, o preposto fiscal, ao utilizar a MVA de 55,56% para calcular o ICMS devido por

substituição tributária, em relação às mercadorias classificadas nas posições 2204, 2206 e 2208 da NCM/SH, tudo conforme o contido no item 2 do Anexo 88 do RICMS/97, vigente até 31/03/12, e nos subitens 5.3, 5.4 e 5.5, do Anexo 1 do RICMS/12, vigente a partir de 01/04/12, para as operações interestaduais de entradas tributadas à alíquota de 12%, como se observa pela transcrição da legislação citada:

RICMS/97:

**ANEXO 88
MARGENS DE VALOR ADICIONADO (MVA) PARA ANTECIPAÇÃO OU
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**

(previsto nos arts. 61 e 65)

ITEM	MERCADORIA	MVA (%)	
		AQUISIÇÕES NA INDÚSTRIA	AQUISIÇÕES NO ATACADO
1	Cigarros, cigarilhas, charutos e fumos industrializados	30	15
2	Bebidas alcoólicas, exceto cervejas, chopes, aguardentes de cana e outras aguardentes simples	Interna: 29,04% Aliq. origem 7%: 64,40% Aliq. origem 12%: 55,56%	

Nota 4: A redação atual do item 2 foi dada pelo Decreto nº 11982, de 24/02/10, DOE de 25/02/10, efeitos a partir de 25/01/10.

RICMS/12:

ANEXO 1

MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA

Item	Mercadoria – NCM	Acordo Interestadual/ Estados signatários	MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas operações internas
1	Açúcar de cana - 1701.1 e 1701.9	Prot. ICMS 21/91 - ES, MG, MS, MT, PA, RJ e SP	Refinado: 10% Cristal: 15% Outros: 20%	34,46% (Aliq. 7%) 27,23% (Aliq. 12%)	20%
5.3	Outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições da posição da NCM - 2206	Prot. ICMS 107/09 – BA e SP	64,40% (Aliq. 7%) quando não existir a pauta fiscal	64,40% (Aliq. 7%) 55,56% (Aliq. 12%)	29,04%
Nota: A coluna "MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual" do item 5.3, referente ao Prot. 107/09, foi modificada pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos a partir de 01/04/12, redação originária não produziu efeitos.					
5.4	Vinhos de uvas frescas (tintos, rosés ou brancos), incluídos os vinhos enriquecidos com álcool; mostos de uvas; vinhos espumantes; outros tipos de vinhos – 2204	Prot. ICMS 107/09 – BA e SP	NACIONAL 36,37% (Aliq. 7%) IMPORTADO 64,40% (Aliq. 7%) quando não existir a pauta fiscal	NACIONAL 36,37% (Aliq. 7%) 29,04% (Aliq. 12%) IMPORTADO 64,40% (Aliq. 7%) 55,56% (Aliq. 12%)	29,04%
Nota: A coluna "MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual" do item 5.4 foi retificada pela Alteração nº 4 (Decreto nº 14.033, de 15/06/12, DOE de 16 e 17/06/12), para indicar que onde se lê: "36,67%", leia-se: "36,37%", efeitos a partir de 01/04/12.					
5.5	Rum – 2208	Prot. ICMS	64,40% (Aliq. 7%)	64,40% (Aliq. 7%)	29,04%

		107/09 – BA e SP	7%) quando não existir a pauta fiscal	55,56% (Alíq. 12%) quando não existir a pauta fiscal	
--	--	---------------------	---	---	--

Por fim, não pode ser acatado o argumento recursal, de que a multa é confiscatória, considerando que está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 e não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para excluir os valores referentes aos meses de janeiro a setembro de 2010, reduzindo o débito das infrações 1 e 2 para, respectivamente, R\$6.663.543,90 e R\$5.217.283,78.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.1002/15-5**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.850.827,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS