

A. I. Nº - 207095.0008/17-8  
AUTUADO - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.  
AUTUANTES - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22. 03. 2018

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0016-01/18**

**EMENTA: ICMS.** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado deixou de tributar saídas de mercadorias em razão de tê-las recebido com retenção do imposto indevidamente realizada pelo remetente em transferências interestaduais de estabelecimento industrial para atacadista. Infração mantida. Rejeitado pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/08/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$6.765.255,90, em decorrência do autuado deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (02.01.03), ocorrido nos meses de julho de 2013 a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa às fls. 96 a 114. Disse que o Auto de Infração carece de clareza e objetividade, face à ausência de relatório fiscal, 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 teria dificultado o seu direito de defesa. Alertou, também, para a inexistência ou imprecisão no auto, do tipo legal infrator. Requereu, assim, a nulidade do auto de infração.

O autuado ressaltou que, da leitura do relatório fiscal, entendeu 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, por ele declarado.

Além disso, argumentou que em nenhum momento se fez prova do fato alegado. Lembrou que o ônus da prova no processo administrativo fiscal é regulado pelos princípios fundamentais da teoria da prova, expresso pelo Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo fiscal. Concluiu que cabe ao fisco, autor do processo administrativo fiscal, o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que serve de suporte à exigência do crédito que está a constituir. Reiterou o pedido de nulidade da autuação.

No mérito, o autuado explicou que a presente cobrança refere-se ao ICMS das operações com bebidas classificadas na posição 2204, 2206 e 2208 do NCM, incluído no regime de substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS nº 14/06. Ressaltou que ocorreu a 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.

O autuado alegou que, pela sistemática de substituição tributária, ao remetente é imputada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subsequentes, exatamente como ocorreu.

Destacou 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.

Lembrou 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 do percentual da operação interestadual incidente.

Lamentou que o critério de apuração utilizado pelo autuante tenha sido equivocado, pois faltaram todos os elementos necessários e obrigatórios para a determinação do imposto devido nas operações com produtos sujeitos ao pagamento por substituição tributária (alíquota, crédito fiscal, base de cálculo e MVA).

Alegou que não ocorreu a separação do ICMS normal do ICMS substituição tributária e que não foi levado em consideração o ICMS - ST, recolhido nos termos do protocolo ICMS 14/2006.

O autuado reclamou que a multa aplicada tem caráter confiscatório, pois 60% (sessenta por cento), corresponde a mais da metade do montante da exigência fiscal. Disse 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 pretenso crédito. Lembrou que o Supremo Tribunal Federal tem julgado inconstitucionais dispositivos da legislação infraconstitucional que cominem multas de caráter confiscatório contra os contribuintes.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 113 a 117. Disse que a infração está descrita detalhadamente nas pág. 1/3, e demonstrada sintética e analiticamente nas págs. 26/72. E que todas as folhas dos levantamentos e outros documentos estão no CD às fls. 90.

Explicou que o estabelecimento matriz industrial, situado no estado da Paraíba, transferia bebidas quentes, com CFOP 6408, 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%.

O autuante entendeu 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 nas saídas internas das mercadorias, como mostram as DMAs consolidadas fls. 17, 24/25, DANFES de fls. 76/77 e os registros da Escrituração Fiscal Digital, fls. 78/89.

Destacou que os valores reclamados no auto de infração, correspondem às diferenças das duas primeiras colunas (DÉBITO e CRÉDITO, fl. 26), que foram extraídos dos SUBTOTAIS mensais das colunas vICMS dos demonstrativos analíticos: EFD - SAÍDAS INTERNAS => OMISSÕES de RECOLHIMENTO de ICMS NORMAL e da RETENÇÃO NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e do EFD - ENTRADAS DAS TRANSFERÊNCIAS DA MATRIZ => DIREITO AO CRÉDITO DO ICMS, fls. 27/72, respectivamente;

O autuante lembrou que a cláusula segunda do Protocolo ICMS 14/06 estabelece que:

*“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.”.*

Assim, concluiu que a infração reclamada está alicerçada nos descumprimentos das obrigações tributárias principais, objeto dos demonstrativos. Requereu a procedência da infração reclamada no PAF.

## VOTO

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração sob a argumentação de que faltou clareza e objetividade, em face da ausência de relatório fiscal, 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, dificultando e cerceando o seu direito de defesa.

Foram indicados no presente Auto de Infração os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não sendo constatada qualquer 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 em CD à fl. 90, cuja entrega está consignada em recibo às fls. 93. O fato gerador da obrigação tributária está devidamente comprovado pelos registros efetuados pelo autuado dos documentos fiscais relativos às entradas e às saídas das mercadorias objeto da autuação.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. As mercadorias objeto da autuação (bebidas quentes classificadas nas NCMs 2208, 2204 e 2206), foram produzidas no estabelecimento matriz da empresa, localizado no Estado da Paraíba, e transferidas para o estabelecimento filial, localizado na Bahia, com retenção do imposto pelo regime de substituição tributária com base no Protocolo ICMS 14/06.

Os Estados da Paraíba e da Bahia são signatários do referido protocolo que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes, porém, a cláusula segunda do citado acordo interestadual estabelece a não aplicação do regime de substituição tributária na hipótese de transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial e imputando ao destinatário a responsabilidade pela substituição tributária na saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa. A determinação para que não seja feita a retenção pelo remetente nem a antecipação na entrada pelo destinatário, contida na cláusula segunda do Protocolo ICMS 14/06, está em consonância com o inciso I do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96:

*“§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:*

*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;”*

ESTADO DA BAHIA

SECRETARIA DA FAZENDA

CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

Da análise dos autos, concluo que a retenção indevida pelo remetente não afasta a obrigação do autuado em proceder à tributação na saída subsequente das referidas mercadorias. Pelo contrário, o autuado registrou as entradas como operações não tributáveis por terem sido retidas indevidamente pelo remetente e não realizou a devida tributação na operação de saída interna subsequente.

Os valores reclamados estão demonstrados à fl. 26, sendo os débitos, relativos às saídas internas realizadas pelo autuado, calculados conforme demonstrado na coluna “vICMS” da planilha denominada “EFD - SAÍDAS INTERNAS => OMISSÕES de RECOLHIMENTO de ICMS NORMAL e da RETENÇÃO NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” em CD, à fl. 90, e os créditos, relativos às entradas das mercadorias recebidas em transferências, calculados conforme planilha das fls. 30 a 72.

Destaco que no presente Auto de Infração está sendo reclamado apenas o imposto referente à operação própria realizada pelo autuado, com base nas notas fiscais por ele emitidas, e não o imposto devido por substituição tributária relativo às operações subsequentes realizadas pelos destinatários.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207095.0008/17-8**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.765.255,90**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR