

PROCESSO - A. I. N° 207095.0008/17-8
RECORRENTE - ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0016-01/18
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/04/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0057-12/19

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. Indeferido o requerimento de perícia. Afastado o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/08/2017, para exigir crédito tributário no valor de R\$6.765.255,90, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, pela falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de julho a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014 e 2015.

Consta que a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, deveria ter sido efetuado pelo Autuado, e não pela sua matriz, nos termos do Art. 295 do RICMS/12 e da Cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 14/06.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0016-01/18 (fls. 123 a 126), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transscrito:

“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;”

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.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 136 a 155), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual afirmou que o Auto de Infração carece de clareza e objetividade, face à 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, o que dificulta e cerceia o seu direito de defesa, amplamente assegurado a nível constitucional (Art. 5º, LV), além de comprometer a seriedade dos critérios adotados para a apuração dos valores que lhe vem sendo exigidos.

Transcreveu o Art. 39 do RPAF/99, doutrina e ementas de Acórdãos do TATE, TRF-5 e TJ-PR, sustentando a existência de irregularidades formais incompatíveis com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa e aleatoriedade do lançamento, já que o Autuante utilizou o valor de R\$25.056.503,34, que declarou, para determinação da base de cálculo do imposto devido.

Alegou que não há prova dos fatos, tendo o lançamento sido baseado em suposições, e que o ônus da prova compete ao Autuante, conforme doutrina que colacionou.

Requeru a nulidade da autuação ou, caso assim não seja entendido, a sua improcedência, tendo em vista que as operações que realizou com as bebidas classificadas na posição 2208 foram efetuadas nos termos do Protocolo ICMS 14/06, que trata da substituição tributária destes produtos, pois é configurada como unidade autônoma, nos termos do seu contrato social, em relação à indústria fornecedora situada no Estado da Paraíba.

Questionou a confiscatoriedade e inconstitucionalidade da multa aplicada no percentual de 60%, juntando doutrina e ementas de julgados para justificar sua tese, e protestou pela produção de todas as provas permitidas em direito, especialmente perícia e juntada de novos documentos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do presente Auto de Infração, relativo à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por ter promovido saídas de bebidas sem o destaque do imposto.

No final da peça impugnatória, o Autuado protestou pela realização de prova pericial. No entanto,

constato que o processo contém todos os elementos para a decisão sobre a lide, sendo desnecessária a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito, motivo pelo qual, com fulcro no Art. 147, II, do RPAF/99, indefiro o pedido do Autuado.

Sobre a juntada posterior de documentos e outras provas requerida na peça defensiva, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que nada foi apresentado até a data deste julgamento.

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade do lançamento por entender que lhe falta clareza e objetividade, cerceando o seu direito à defesa.

Constatou que os enquadramentos da infração e da penalidade estão fundamentados nos dispositivos corretos da Lei nº 7.014/96, que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente e que todos os elementos que o compõe foram disponibilizados.

Portanto, não há preterição do direito de defesa, já que contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, tendo o Autuante elaborado extensa e detalhada explicação no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração.

Assim, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, foi apontada a falta de recolhimento do ICMS em razão do Autuado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por ter promovido saídas de bebidas sem o destaque do imposto, em razão de tê-las recebido com retenção do imposto, indevidamente realizada pelo remetente, em transferências interestaduais de estabelecimento industrial para atacadista com base no Protocolo ICMS 14/06.

Os Estados da Paraíba e da Bahia são signatários do referido Protocolo ICMS 14/06, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes. Contudo, a Cláusula segunda do citado acordo interestadual, em consonância com o inciso I do §8º do Art. 8º da Lei nº 7.014/96, transcrito abaixo, estabelece a não aplicação do regime de substituição tributária nas operações de transferência da mercadoria entre estabelecimentos da empresa industrial, transferindo ao destinatário a responsabilidade pela substituição tributária nas suas operações de saída.

“§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;”

Portanto, é correta a exigência da tributação nas saídas subsequentes das referidas mercadorias, independentemente de ter havido retenção indevida pelo remetente.

Verifico que foram considerados nas planilhas demonstrativas da autuação os valores de crédito de ICMS relativos às transferências interestaduais, mas ressalto 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 relativa às operações subsequentes realizadas pelos destinatários, o que é objeto de outro Auto de Infração.

Em relação às alegações de constitucionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada, saliento que a mesma está prevista na Legislação Tributária Estadual, especificamente no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, em conformidade com o Art. 167, I e III, do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Destaco que já há precedente desta matéria nesta 2ª CJF, mediante o Acórdão CJF nº 0295-12/17, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 207095.1002/15-5, excluindo apenas o

período decadencial, lavrado pelo mesmo Autuante em relação ao próprio Autuado, em período anterior.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207095.0008/17-8**, lavrado contra **ENGARRAFAMENTO COROA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.765.255,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2019.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS