

A. I. Nº - 294888.0007/18-7  
AUTUADA - FRANCO E ALMEIDA LTDA.  
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/07/2019

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0102-05/19**

**EMENTA:** ICMS. REFRIGERANTES. OPERAÇÕES SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. Constatadas diferenças de imposto devidas por substituição tributária, tendo como componente quantitativo a MVA. Contribuinte não consegue elidir a acusação fiscal. Nulidades rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

De começo, cabe esclarecer que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos manifestos feitos pelos agentes participantes do processo.

O lançamento ora sob discussão, lavrado em 29/10/2018, no valor histórico de imposto de R\$291.668,91, afora acréscimos, aponta que a autuada reteve e recolheu a menos ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, tudo conforme demonstrativo de débito, extrato do INC contendo recolhimentos, DANFEs e CD contendo relação das notas fiscais de saídas e registros de saídas, anexos ao PAF.

A infração ganhou o código 07.02.02.

A exigência aludiu a fatos geradores ocorridos de novembro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014.

Teve a conduta enquadramento no art. 8º, II, da Lei nº 7014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, com multa de 60%, estabelecida no art. 42, II, “e”, da Lei retro mencionada.

Dão suporte à cobrança, na sequência do PAF, o termo de início de fiscalização (fl. 04), a intimação para apresentação de livros e documentos, via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE (fl. 05), a intimação para apresentação de livros e documentos, pelas vias convencionais, especificamente para apresentar o RUDFTO (fl. 06), Dados Cadastrais da autuada extraídos do INC (fl. 07, frente e verso e 08), parecer final nº 16214/2017, exarado no processo administrativo 19788620168 (fl. 09, frente e verso), demonstrativo chamado AUDIF 205 – Substituição Tributária – ICMS – Retenção Recolhido a Menor – 2013 (fl. 10), demonstrativo analítico do roteiro AUDIF 205 – 2013 (fls. 11/13), demonstrativo chamado AUDIF 205 – Substituição Tributária – ICMS – Retenção Recolhido a Menor – 2014 (fl. 14), demonstrativo analítico do roteiro AUDIF 205 – 2014 (fls. 15/27), Relação de DAEs – 2013 (fl. 28), Relação de DAEs – 2014 (fl. 29), Relação de DAEs – 2015 (fl. 30), Relação de DAEs – 2016 (fl. 31, frente e verso), Relação de DAEs – 2017 (fl. 32, frente e verso), Relação de DAEs – 2018 (fl. 33), guias de recolhimento (fls. 34/47), Relação de Processos tributários extraídos do INC (fl. 48) e recibo de entrega de livros e levantamentos fiscais (fl. 49).

Ciente do lançamento em 12.11.2018, a impugnação (fls. 54/59) foi protocolada em 10.01.2019, conforme registro presente nos autos (fl. 53).

Após afiançar a tempestividade da defesa e descrever os fatos irregulares, a autuada abre uma preliminar de nulidade do auto de infração, no sentido de inexistir pertinência lógica entre a

realidade e o ato praticado pelo autuante, até porque este último sequer apontou de forma clara os documentos fiscais que serviram de base para a autuação, além de deixar de referenciar cristalinamente qual a suposta infração perpetrada. Já no mérito, a impugnante continua a levantar nulidades do lançamento, por lhe faltar uma base legal específica e detalhada aplicável à suposta irregularidade, tão-somente pautado em indícios; depois discorre pela presença de vício material na autuação, pela circunstância de não haver correlação entre a conduta praticada e a norma legal indicada como infringida, em desrespeito ao princípio da motivação dos atos administrativos; em seguida, enumera falhas materiais que invalidam a acusação fiscal, quais sejam, ausência na via do contribuinte do “visto” do “saneador” e ausência da assinatura da autoridade competente, ao contrário do que ocorreu com outro sujeito passivo, ausência de descrição dos fatos ensejadores da autuação, ausência de esclarecimentos sobre a metodologia de cobrança pela MVA, visto que os produtos “refrigerantes” têm a substituição tributária calculada pela pauta fiscal, até porque nela há menção às bebidas comercializadas pela empresa, vale dizer, “Meu Rei” e “Coroa”, descrição da infração divergente do valor supostamente apurado, além da lavratura de cinco autos de infração na mesma fiscalização, quando deveria ser formalizado um único lançamento.

Requer, afinal, o reconhecimento de estar a presente exigibilidade do crédito suspensa, nos termos do art. 151, III, do CTN, a nulidade do auto de infração em face da inexistência dos pressupostos objetivos essenciais típicos do ato administrativo, e o envio à Procuradoria para feitura de opinativo.

Acompanharam a contestação a via do contribuinte do presente auto de infração (fl. 61, frente e verso), cópia de auto de infração lavrado contra o “Supermercado Ideal” (fl. 63), documentos de representação legal (fl. 64) e CD contendo a peça impugnatória (fl. 65).

No seu informativo fiscal (fls. 66/67), o preposto fazendário sustenta que o auto de infração foi lavrado em obediência aos preceitos do RPAF-BA, sendo improcedente o argumento de cerceamento de defesa em virtude de terem sido efetivados lançamentos distintos, conforme prevê o parágrafo único do art. 40 do mesmo diploma regulamentar. Ademais, aduz que o auto de infração foi lavrado para cobrar imposto pela falta de pagamento de ICMS, devido por substituição tributária, conforme demonstrativos elaborados, nos quais constam os critérios usados para a apuração da base de cálculo, sem falar na alegação de que não houve recolhimentos a serem reconhecidos nestes períodos. Enfim, como a empresa não apresentou documentos e/ou demonstrativos capazes de mudar a infração, considera o lançamento subsistente.

O CD apenso (fl. 68) traz apenas a escrita fiscal do contribuinte, o informativo fiscal e os levantamentos já entregues a ele através do recibo de fl. 49.

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

## VOTO

Inicialmente, deve-se apreciar os aspectos formais do processo.

Em preliminar, a autuada sustenta haver desconexão lógica entre os fatos e a autuação, inclusive porque restou obscura a demonstração dos documentos que lastrearam a acusação fiscal e vacilante a precisão da irregularidade cometida.

Não assiste razão ao contribuinte.

A cobrança atinge diferenças de imposto em função do contribuinte ter considerado a menor a

base de cálculo para efeito de substituição tributária nas operações internas com refrigerantes, levando em conta a adoção da Margem de Valor Agregado – MVA.

Os demonstrativos elaborados pela fiscalização atestam indubitadamente ter sido esta a irregularidade.

Deles teve acesso o sujeito passivo, nomeadamente através do recibo de entrega dos levantamentos fiscais de fl. 49.

Ademais, ficou patenteada na autuação a infração praticada, inclusive o seu enquadramento legal, tanto na Lei Instituidora do ICMS como no Regulamento baiano do imposto.

#### **Afasto a preliminar.**

Sendo assim, o auto de infração obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de extemporaneidade e consequente revelia.

Não há vícios de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória pode atuar neste PAF, conforme atesta o documento de fl. 64, não contrariado pela fiscalização.

Vejo também atendidos o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No mérito, objeta a empresa questões que perpassam também por aspectos formais.

Inicie-se pelo pedido expresso de reconhecimento dos efeitos previstos no art. 151 do CTN, feito em destaque à fl. 59, item 5-I. Em verdade, a própria interposição da peça impugnatória já faz disparar automaticamente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sem necessidade de se fazer textualmente um requerimento neste sentido. Não se trata de remédio processual que possa ser recebido no efeito devolutivo ou suspensivo. Necessariamente, há que se suspender a exigibilidade do crédito, até exaurimento da discussão do processo neste CONSEF.

Como se disse, há elementos probatórios suficientes para caracterizar a infração, suplantando muito além da área especulativa de indícios. O enquadramento legal está consonante com a legislação de regência.

De outra sorte, a autuação está alicerçada em fatos e circunstâncias devidamente motivadas.

Os demonstrativos confeccionados pela auditoria apontam sintética e analiticamente do que se trata a infração.

Os levantamentos analíticos acusam, dentre outras informações, o número do documento fiscal, a data de emissão, a descrição da mercadoria, a quantidade comercializada, o tipo de embalagem, a base de cálculo para a substituição tributária (ST) prevista na legislação, indicando-se, item a item, os valores a serem recolhidos, somados mês a mês.

Por sua vez, os levantamentos sintéticos indicam os valores devidos por mês, os valores já recolhidos pelo sujeito passivo e as respectivas diferenças, transportadas para o auto de infração.

Destarte, inexiste qualquer vício material na exigência fiscal.

Por outro lado, já apreciando outra alegação defensiva, os fatos foram perfeitamente descritos no auto de infração. Para compreender-se a irregularidade, não há necessidade de se discorrer longamente sobre ela. A acusação parte do fato de que o contribuinte reteve e recolheu a menos o imposto devido por substituição tributária, alusivo às operações internas subsequentes, nas vendas que praticou no território baiano. Ademais, referenciou-se que os arquivos eletrônicos espelhantes dos levantamentos - parte indissociável do lançamento – suportaram a exigência fiscal.

Outrossim, totalmente dispensável constar na via do contribuinte a assinatura da autoridade fazendária responsável pelo saneamento do auto de infração. Este é um procedimento de controle interno que prescinde de registro na cópia entregue ao contribuinte. O importante é que tais assinaturas constem nas vias que integram o PAF, conforme se vê na fl. 01. O fato disto constar em outro auto de infração não significa que seja medida compulsória. Não há dispositivo cogente na legislação que imponha a aposição de tal formalidade na via a ser entregue ao sujeito passivo.

Em acréscimo, a opção de terem sido lavrados vários autos de infração não ofende qualquer disposição normativa, muito menos cerceia qualquer direito de defesa. Ao revés, facilita o exercício da contestação pelo estabelecimento autuado, que disporá de prazos e processos separados, cada um deles com 60 dias para oferecimento de impugnação, no sentido de expor com tranquilidade as razões que entende contrárias à pretensão. Pior seria se todas as infrações fossem lançadas num só PAF, dispondo a empresa de um único prazo de 60 dias para agitar todos os aspectos defensivos.

Tratando da questão essencialmente de mérito suscitada na impugnação, sustenta-se que não houve esclarecimento da metodologia de cobrança pela MVA, visto que, para efeito da substituição tributária, os refrigerantes possuem a base de cálculo fixada em pauta fiscal.

Sobre esta questão, a legislação de regência aplicável aos fatos geradores alcançados pela auditoria determina que, no caso de refrigerantes, a substituição tributária terá como base quantitativa de incidência a pauta fiscal, desde que o contribuinte solicite – e consiga do Estado um Termo de Acordo para que possa adotar este regime jurídico.

Cabe menção ao art. 289, §11, VI, do RICMS-BA, cuja redação reproduzida abaixo passou a surtir efeitos a partir de 01.8.2013:

*“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*

(...)

*§ 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal:*

(...)

*VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos localizados neste estado, desde que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias”.*

O parecer final exarado pela SEFAZ baiana e Termo de Acordo consequente, juntados à fl. 09 (frete e verso), assegura ao contribuinte a adoção da pauta fiscal somente em 2017, muito tempo depois dos fatos imponíveis tocados na presente autuação, que tiveram como marco final dezembro de 2014.

Nestas circunstâncias, estava o sujeito autuado adstrito ao regime jurídico da margem de valor agregado (MVA) no tocante à quantificação da base de cálculo com refrigerantes, não sendo permitido nesta época adotar-se valores pautais para tributação, mesmo havendo na IN 04/2009 a referência de escape *Outros Refrigerantes*.

Ademais, os demonstrativos analíticos feitos pelo autuante e encaminhados para a empresa destacam inelutavelmente qual foi o componente quantitativo usado para se totalizar a base de cálculo da ST. Neste sentido, basta verificar na coluna denominada “Critério”, onde se vê, durante todo o período auditado, a utilização da Margem de Valor Agregado (MVA).

Assim, está bem definido nos autos qual a metodologia empregada pela fiscalização na quantificação da base imponível das mercadorias sujeitas a tributação antecipada, sendo insubstancial a construção defensiva neste particular.

De todo o exposto, considero a autuação inteiramente PROCEDENTE.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **29488.0007/18-7**, lavrado contra **FRANCO E ALMEIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$291.668,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA