

PROCESSO - A. I. Nº 206973.0026/22-0
RECORRENTE - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0172-05/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0041-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA BASE DE CÁLCULO ADOTADA. IRRETROATIVIDADE E PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS DE INSTRUÇÕES NORMATIVAS. Dois intervalos de tempo são visíveis na infração em foco: aquele compreendido entre março e julho de 2018 envolve a discussão da IN 04/18, cuja publicação não fez retroagir os efeitos de diminuição dos valores das bases imponíveis estabelecidas. Já aquele compreendido em fevereiro, maio e outubro de 2021 envolve a discussão da Instrução Normativa nº 02/21 só passar a produzir efeitos jurídicos cinco dias após a sua publicação, ou seja, 20.5.2021, de sorte que deve prevalecer o argumento empresarial; corretamente retirado da cobrança, pela JJF, o período anterior a esta data, do mês de maio. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0172-05/23-VD), que julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/09/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 715.491,12, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim descrita pelo órgão da instância originária:

“Infração 01 – 007.002.002 – reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo, devido dentro do regime da Substituição Tributária (ST), incidente antecipadamente nas vendas internas subsequentes destinadas à comercialização.

As alterações da pauta fiscal constantes da I.N. 04/2009 não foram observadas imediatamente pelo contribuinte, gerando diferenças de imposto a recolher.

Datas dos fatos geradores e enquadramento legal apontados no corpo do lançamento de ofício”.

A JJF apreciou a lide no dia 18 de setembro de 2023, tendo decidido unanimemente pela Procedência Parcial, nos seguintes termos (fls. 112 a 115):

“VOTO

Há uma questão preliminar levantada na impugnação que se encontra superada, haja vista os atos processuais praticados ulteriormente.

Com razão, a empresa alegou cerceio do seu direito de defesa em decorrência de não ter recebido os demonstrativos analíticos dos fatos geradores alusivos aos meses de maio e outubro de 2021.

Efetivamente, os autuantes admitiram o lapso e trataram imediatamente de fazerem chegar ao conhecimento do sujeito passivo as planilhas faltantes. Não bastasse isso, a antiga relatoria – com a concordância do Colegiado – converteu o processo em diligência com o fito de dar ciência ao contribuinte do informativo fiscal e da documentação nele apensada, reabrindo-se o prazo de defesa de sessenta dias.

Após as medidas processuais adotadas, o contribuinte pode se manifestar a respeito dos demonstrativos fiscais atinentes a 2021, conforme se vê na peça processual renovatória da defesa, fl. 94, de sorte que não há mais que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Preliminar superada.

Resta prejudicado o pleito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em face da impugnação. Constitui consequência jurídica da suspensão da exigência do tributo a inconformação administrativa do contribuinte. Isto se extrai diretamente do art. 151, III do CTN, de modo que nada há que se apreciar a este respeito.

Dito isto, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios - constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indeferido qualquer pedido de realização de diligência. Já há nos fôlios processuais os elementos probatórios suficientes para elucidarem a questão, sobretudo após o cumprimento das diligências solicitadas por este Colegiado.

A exigência atine a ICMS retido a menor em operações sujeitas à Substituição Tributária (ST), em face das operações subsequentes destinadas à revenda, cujas bases de cálculo são extraídas de pautas fiscais publicadas periodicamente pelo Estado.

Há dois períodos bem delineados alcançados pela autuação: um primeiro que vai de março a julho de 2018 e um segundo que envolve fevereiro, maio e outubro de 2021.

Quanto a este último intervalo de tempo, o argumento empresarial foi no sentido de que a IN 02/21 foi veiculada em 15/5/2021, com produção de efeitos jurídicos cinco dias após a sua publicação, isto é, a partir de 20/5/2021, de sorte que improcede a cobrança para os dias 14, 15, 16, 17, 18 e 19/5/2021. De fato, os autuantes incluíram estes seis dias na planilha dos débitos e a mudança de pauta só passou a valer juridicamente em 20/5/2021.

Retirando-se da cobrança este intervalo temporal, remanescem procedentes em 2021 as quantias abaixo de ICMS-ST, por mês:

Mês Valor histórico

Fev/21 33,16

Mai/21 0,00

Out/21 386,57

Quanto ao primeiro intervalo de tempo, a tese empresarial foi no eixo de sustentar que não participou da atualização das pautas fiscais e que os valores estabelecidos na IN 01/2018 estavam acima da realidade, entre 20% e 30%. Os memoriais trazidos pela empresa tabelam esta distorção. Tanto é – continua a defendente – que, depois de sua intervenção junto às autoridades fazendárias, foi publicada a IN 04/2018, diminuindo os valores das pautas fiscais dos refrigerantes comercializados pela impugnante.

Consultando-se o teor da IN 04/18, junto à fl. 42, verifica-se que referido veículo normativo saiu no DOE em 05/7/2018, com validade cinco dias após a sua publicação, sem efeitos retroativos para afetar os valores constantes da IN 01/18, fls. 38 a 41.

A autuação cobriu exatamente esse período, isto é, março a julho de 2018. A empresa continuou recolhendo o imposto com base na pauta anterior à publicada através da IN 01/18.

Com razão a fiscalização. Não há como fazer retornar os efeitos de uma norma se inexistente no texto da Instrução Normativa determinação nesse sentido. Haveria outros meios para o contribuinte, desejoso em não pagar o tributo na medida estabelecida, evitar que autuação posterior fosse efetuada.

Argumento empresarial improcedente.

Auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no total histórico de imposto de R\$ 710.786,96, devendo ser adotados para fins de liquidação os demonstrativos de débito do auto de infração, retirando-se apenas desse cômputo o mês de maio de 2021”.

Respalado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 125 a 128, no qual, após aduzir a tempestividade da peça e sintetizar os fatos, argumenta que a autuação não merece prosperar em relação a março a julho de 2018, tendo em vista a inaplicabilidade a si das normas da IN (Instrução Normativa) nº 01/2018.

Conforme a descrição da autuação, os auditores entenderam que o recorrente deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS-ST dos períodos imediatamente subsequentes às diversas alterações promovidas na IN 04/2009, alcançando assim os meses de março a julho de 2018, fevereiro, maio e

outubro de 2021.

Com referência a março a julho de 2018, os preços a serem praticados nas operações com refrigerantes eram determinados pela Instrução Normativa nº 01/2018. Ocorre que essa IN (01/2018) estabeleceu as pautas de forma ilegal, o que majorou os preços dos seus produtos e minorou aqueles dos concorrentes. Para fins de reunir e fixar os valores da pauta, a SEFAZ convidou diversos dos seus concorrentes, mas não o convidou.

Tal situação levou à fixação dos preços dos seus produtos bem acima dos praticados efetivamente no mercado, o que somente foi corrigido com a edição da IN 04/2018 (com validade a partir de 10/07/2018, sem efeitos retroativos), a qual trouxe os números para um patamar real.

Ocorre que a JJF deixou de considerar a ilegal situação da elaboração de uma reunião em que tiveram chance de se manifestar apenas os concorrentes do sujeito passivo e, ainda, que resultou na fixação de valores de produtos maiores do que os praticados, o que foi reconhecido pelo Estado por meio da edição da Instrução Normativa nº 04/2018.

Traça considerações de significado e doutrinárias acerca do princípio da verdade material, após abordar o da impessoalidade, pugnando pela sua observação e concluindo pela *“inaplicabilidade da IN 01/2018”*.

Fornece endereço para correspondências processuais e pede deferimento.

VOTO

A lavratura do presente Auto de Infração diz respeito ao ICMS retido a menor em operações sujeitas à Substituição Tributária (ST), em face das operações subseqüentes destinadas à revenda, cujas bases de cálculo são extraídas de pautas fiscais publicadas periodicamente pelo Estado por intermédio de Instruções Normativas, as quais não foram observadas de imediato pelo sujeito passivo.

Há dois períodos diferentes alcançados pelo lançamento de ofício, inclusive com demonstrativos distintos para cada um deles: o primeiro, que vai de março a julho de 2018 (objeto do Recurso Voluntário); e o segundo, não abordado na peça de apelo, que envolve fevereiro, maio e outubro de 2021.

Apenas para que se tenha noção do que houve no julgamento originário em referência a fevereiro, maio e outubro de 2021 (o segundo período, não contestado no Recurso), à fl. 65, ao se manifestar, o então defendente arguiu a *“inaplicabilidade da alteração da pauta fiscal contida na IN 02/2021 às operações realizadas pela autuada de 14 a 19/05/2021”*.

De fato, os autuantes incluíram estes seis dias na planilha dos débitos e a mudança de pauta só passou a valer juridicamente em 20/5/2021, motivo pelo qual a exigência de maio de 2021 foi afastada pela JJF.

No que se refere a março a julho de 2018 (objeto do Recurso Voluntário), a tese recursal foi a de que o recorrente não participou da reunião da SEFAZ destinada à atualização das pautas fiscais e que os valores estabelecidos na Instrução Normativa nº 01/2018 estavam acima da realidade.

Tanto isso é verdade – segundo alega – que, depois de sua intervenção junto às autoridades fazendárias foi publicada a Instrução Normativa nº 04/2018, diminuindo os valores das pautas fiscais dos refrigerantes que comercializa.

A Instrução Normativa nº 04/18 foi publicada no Diário Oficial do Estado em 05/7/2018, com validade cinco dias após a sua publicação, sem efeitos retroativos para afetar os valores constantes da Instrução Normativa nº 01/18.

A autuação cobriu exatamente esse período, isto é, março a julho de 2018, e o recorrente continuou de forma não autorizada na legislação recolhendo o imposto com base na pauta anterior à publicada através da Instrução Normativa nº 01/18.

A questão de não ter sido convidado a participar da reunião que definiu os valores da IN 01/18 não é da alçada deste Conselho de Fazenda, a quem cabe exercer a tutela legal de acordo com o ordenamento jurídico.

Com relação ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99, especialmente aqueles concernentes ao Domicílio Tributário Eletrônico.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0026/22-0, lavrado contra **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para pagar o imposto no valor de **R\$ 710.786,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS