

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0105/09-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e REFRESCOS GUARARAPES LTDA
RECORRIDOS - REFRESCOS GUARARAPES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO- Acórdão 1ª JJF nº 0206-013/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/11/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0405-11/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. REFRIGERANTES. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A legislação prevê que não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias quando estas forem destinadas a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria. Essa regra está prevista no inciso II do art. 355 do RICMS-BA, que se baseia em orientação consubstanciada no Convênio ICMS 81/93, cláusula quinta, I, com a redação dada pelo Convênio ICMS 96/95. No presente caso, restou demonstrado, após diligência que dentre os estabelecimentos arrolados na autuação, alguns estavam cadastrados na SEFAZ/BA como fabricantes de refrigerantes, sendo incabível a exigência. Quanto ao estabelecimento localizado em Feira de Santana, a exigência se apresenta correta por estar cadastrado na condição de atacadista. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Alegação defensiva de ter havido cancelamento das operações não foi comprovada. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, e alínea “b”, do RPAF/99, interpostos pela 1ª JJF e pelo sujeito passivo, respectivamente, após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração acima epigráfico, através do Acórdão JJF nº 0206-01/10, lavrado para imputá-lo o cometimento das infrações abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a abril de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.558.693,70, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a operações destinadas a atacadistas não filiais do estabelecimento remetente;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro e maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.302,14, acrescido da multa de 150%.

No Julgado de Primeira Instância, inicialmente o Relator afastou a 1ª Infração, por não haver prova de que o lançamento de ofício foi realizado na forma da lei, e a 2ª Infração, por não haver prova de que o lançamento de ofício foi realizado na forma da lei.

gulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, que teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelos autuantes, inexistindo vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, inocorrendo, assim, qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Ainda em preliminar, rejeitou a alegação defensiva de decadência do período de janeiro a novembro de 2004, ao fundamento de que as disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, preveem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingu-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Aduziu que o entendimento prevalecente neste CONSEF é de que a disposição do artigo 150, § 4º, do CTN alcança as situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa, e que o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009, sendo o lançamento efetuado em 23/12/2009, não havendo que se falar em decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, quanto à infração descrita no item 1, julgou-a Procedente em Parte, aos seguintes fundamentos, em síntese:

- I. que o autuado, na condição de fabricante de refrigerantes estabelecido no Estado de Pernambuco, vendeu seus produtos para clientes localizados na Bahia e não realizou a retenção e, por consequência, o recolhimento do imposto, o que motivou a autuação, alegando, em sua defesa, que descabe a exigência fiscal, sob o argumento de que nas operações com a Norsa Refrigerantes Ltda. não se aplica a substituição tributária, e nas saídas para BG Bebidas Ltda. o ICMS-ST foi corretamente retido e recolhido;
- II. que, em relação à exigência fiscal relativa às operações destinadas a empresa BG Bebidas Ltda., constatou que o impugnante comprova as suas alegações com a apresentação dos documentos comprobatórios dos recolhimentos do ICMS-ST, no caso, as GNRE, elidindo a acusação fiscal quanto a esta parcela, o que é acatado pelos próprios autuantes, que em sua informação fiscal excluíram da exigência os valores referentes às operações de comercialização destinadas a empresa BG Bebidas Ltda.;
- III. que, em relação às vendas para a empresa Norsa Refrigerantes Ltda., alega o contribuinte que, nos termos da Cláusula quinta, inciso I, do Convênio ICMS 81/93, não se aplica a substituição tributária quando as operações destinarem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria, caso dos autos, haja vista que a Norsa é fabricante de refrigerante e contribuinte substituto, cabendo a esta a substituição tributária quando da saída do seu estabelecimento;
- IV. que os autuantes, por sua vez, contestam o argumento defensivo afirmando que a Norsa Refrigerantes Ltda. possui apenas duas fábricas no Estado da Bahia, localizadas nos municípios de Simões Filho (CNPJ 07196033/0025-75) e Vitória da Conquista (CNPJ 07196033/0023-03), sendo que as operações destinadas a estas unidades fabris foram totalmente excluídas do levantamento pelo exato motivo alegado pela remetente e que os estabelecimentos destinatários das operações cujo imposto está sendo exigido, localizados nos municípios de Feira de Santana, Barreiras, Ilhéus e Porto Seguro, exercem a atividade de comércio atacadista de cerveja, chope e refrigerante, não se enquadrando na condição de substitutos tributários, mas sim substituídos;
- V. que, através de diligência aos autuantes para que informassem da pelos estabelecimentos destinatários da Norsa Refrigerante conforme o cadastro da SEFAZ, ou seja, se estavam cadastrados para a fabricação de refrigerantes ou comércio atacadista de bebidas.

que, em conformidade com o referido cadastro, os estabelecimentos de Ilhéus, Porto Seguro e Barreiras tinham registrado como atividade econômica no período de 2004 a 2006 a “Fabricação de Refrigerantes”, enquanto aquele localizado no município de Feira de Santana encontrava-se cadastrado como “Comércio Atacadista de outras bebidas em geral”, ao tempo que elaboraram novo demonstrativo excluindo as operações destinadas às unidades de Ilhéus, Porto Seguro e Barreiras, conforme planilha às fls. 318 a 333;

- VI. que, assim, deve remanescer a exigência fiscal apenas quanto à filial localizada em Feira de Santana, por ser o único no período objeto da autuação – 2004 a 2006 – que, efetivamente, estava cadastrado na condição de “Comércio Atacadista de outras bebidas em geral”, sendo, portanto, de responsabilidade do autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, excluindo-se os estabelecimentos cadastrados na SEFAZ/BA como fabricantes de refrigerantes, nos termos do previsto no inciso II do art. 355 do RICMS-BA, que se baseia em orientação consubstanciada no Convênio ICMS 81/93, cláusula quinta, I, com a redação dada pelo Convênio ICMS 96/95, no sentido de que não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias quando estas forem destinadas a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria;
- VII. que no presente caso, o que existiu foi um equívoco de cadastramento na SEFAZ dos estabelecimentos da Norsa Refrigerantes que de fato exerciam atividade de comércio atacadista, porém, foram cadastrados como fabricante de refrigerantes, conforme consta no “Histórico de Atividades Econômicas” acostados aos autos, e confirmado pelos próprios autuantes, concordando com o argumento defensivo de que não lhe compete fiscalizar a atividade econômica de seus clientes, pois tal competência é do ente tributante, sendo esta indelegável;
- VIII. que, assim, mesmo que de fato os estabelecimentos tenham exercido, no período autuado, a atividade de comércio atacadista e não de fabricante de refrigerantes, não se pode impor ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, haja vista que o registro no cadastro da SEFAZ indicava se tratar de fabricantes de refrigerantes, portanto, desobrigando-o da responsabilidade pela retenção do imposto;
- IX. que, porém, dentro de uma linha de coerência, invocando o mesmo argumento defensivo de que não lhe compete fiscalizar a atividade econômica de seus clientes, caberia a este efetuar a retenção e recolhimento do ICMS, relativamente à filial da Norsa Refrigerantes, localizada em Feira de Santana, pois cadastrada na SEFAZ como comércio atacadista;
- X. que, ainda, seguindo a mesma linha de entendimento quanto ao cadastramento na SEFAZ, não vê como prosperar o argumento defensivo de que o cadastro das indústrias fornecido pelo Centro Industrial de Subaé em Feira de Santana, vinculado à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, classifica a Norsa Refrigerantes de Feira de Santana no segmento de “fabricação de produtos alimentícios e bebidas”, sendo distribuidora dos produtos da marca Coca-Cola, pois conforme consta no cadastro da SEFAZ/BA, o referido estabelecimento exerce de fato o comércio atacadista, devendo este prevalecer, e não uma classificação que, segundo os autuantes, não é exercida, apenas constando no cadastro mencionado pelo impugnante;
- XI. que, no que concerne à alegação defensiva de que o destinatário reteve e, consequentemente, recolheu o ICMS, na condição de contribuinte substituto das mesmas mercadorias adquiridas, não acolhe tal argumento, haja vista que a atribuição decorre de lei não podendo ser modificada por procedimento

que se houve um recolhimento indevido, cabe restituição dentro do prazo prescricional de 05 anos, caso assim pretenda;

XII. que, por fim, a obrigatoriedade de recolhimento do imposto somente recairá sobre o destinatário, na situação de responsabilidade supletiva, ou seja, quando se esgotar todas as possibilidade legais de exigência junto ao remetente, na condição de sujeito passivo por substituição, o que não é o caso da presente lide, devendo remanescer a exigência no valor de R\$ 749.593,93, conforme demonstrativo elaborado pelos autuante às fls. 319 a 334.

Quanto à infração descrita no item 02, assim se pronunciou a JJF, “*in verbis*”:

“No respeitante à infração 02, verifico que o impugnante apenas alega o cancelamento, porém, sem apresentar os documentos comprobatórios, mesmo tendo diversas oportunidades, tanto na defesa inicial quanto na manifestação posterior. Convém observar que a exigência fiscal diz respeito às Notas Fiscais nºs 46452, 49232 e 49233, portanto, somente sobre três notas fiscais, cuja comprovação de cancelamento poderia ser feita, se fosse o caso, sem maiores dificuldades pelo impugnante, pois, detentor de todos os documentos relativos às operações. É certo que não pode prosperar a alegação defensiva de que o ônus da prova, no caso, é do Fisco, haja vista que os documentos fiscais foram emitidos regularmente pelo autuado, contudo, houve a posterior alegação de cancelamento das operações que estes acobertavam. Indubitavelmente, a alegação defensiva exige a comprovação, mediante a apresentação dos elementos hábeis capazes de elidir a autuação. Afinal, não deve o contribuinte apenas alegar o não cometimento da infração mas, comprovar o alegado. Nesse sentido, é que o RPAF/99 estabelece nos seus artigos 142 e 143 abaixo reproduzidos: “Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”.”

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo, através de advogados regularmente constituídos, interpõe o presente Recurso Voluntário, às fls. 373 a 385, onde reitera a arguição de decadência de parte do crédito tributário da infração descrita no item 01, quanto ao período de janeiro a novembro de 2004, com base no art. 156, inciso V, combinado com o art. 150, §4º do Código Tributário Nacional.

No mérito, requer a improcedência da infração 1 quanto a parcela que remanesceu da exigência fiscal, relativa às operações efetuadas para a unidade da Norsa Refrigerantes em Feira de Santana, ao argumento de que o referido estabelecimento exerce atividade industrial, e não de comércio atacadista.

Asseverando que a Cláusula quinta, inciso I, do Convênio ICMS 81/93, repetida no art. 375, I do RICMS/BA, determina que nas operações com mercadorias destinadas a sujeito passivo por substituição relativamente à mesma espécie de mercadoria não se aplicará a substituição tributária, reitera sua alegação defensiva de que o “Histórico de Atividades Econômicas” apresentado pelos autuantes omite a informação relativa ao período autuado em relação à atividade exercida pelo estabelecimento em referência, e que o Fisco não pode desvirtuar a atividade do cliente do recorrente só para fazer prevalecer o poder da força, mediante uma autuação sem qualquer amparo legal.

Reitera, ainda, que a comprovação da real condição da Norsa Refrigerantes de Feira de Santana está no cadastro das indústrias fornecido pelo Centro Industrial de Subaé em Feira de Santana, vinculado à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, que classifica a Norsa Refrigerantes de Feira de Santana no segmento de “fabricação de produtos alimentícios e bebidas”, sendo distribuidora dos produtos da marca Coca-Cola, conforme documento já juntado aos autos, fato incontrovertido, mas rejeitado pela JJF por entender que deve prevalecer o cadastro da SEFAZ, negando valor ao cadastro da SICM, e nem atribuindo boa-fé ao recorrente, que deve prevalecer, pois não lhe compete fiscalizar a atividade econômica de seus clientes e porque o imposto exigido já foi pago pela destinatária, conforme notas fiscais do período fiscalizado que juntou aos autos, não cabendo exigir ICMS-ST em duplicidade.

Assevera, ainda, que por se tratar de produtos sujeitos à pauta fiscal, base de cálculo do ICMS-ST sofreu variação, e que, ainda que não é o que o Fisco alega, e sim à margem de valor agregado, essa incidiu sobre um valor vendido para o Erário estadual qualquer prejuízo.

Alega que o eventual desajuste na tributação apenas acarreta infração acessória, e não em recolhimento a menor do ICMS, citando e transcrevendo ementa do Acórdão JJF Nº 0113-02-05 que entende como paradigma.

No que toca à infração descrita no item 2, reitera a alegação defensiva no sentido de que as operações foram canceladas, não podendo prosperar a exigência fiscal, protestando pela juntada posterior de prova neste sentido quanto à Nota Fiscal nº 46452, e acostando aos autos, às fls. 387 e 388, notas fiscais por ele emitidas – nota fiscais de entrada – que comprovariam a devolução alegada

Finaliza seu Recurso Voluntário, requerendo que seja aplicado o art. 112 do CTN, aplicando-se a interpretação mais favorável ao contribuinte.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 392 e 393, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, entendendo que as razões recursais são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão recorrida. Quanto à arguição de decadência assevera que, em consonância com a JJF, também entende aplicável a regra o art. 173, I do CTN, por se tratar de imposto não recolhido pelo contribuinte, o qual está sendo lançado de ofício pelo Fisco, regra inserta no art. 107-A, I, do COTEB. No mérito, quanto à infração descrita no item 1, aduz que correta a JJF ao manter a exigência fiscal quanto ao estabelecimento comercial da Norsa de Feira de Santana, e que as regras da substituição tributárias que se encontram em sede de lei não podem ser alteradas ao alvedrio do contribuinte, onde haveria impossibilidade de controle e de fiscalização por parte da fazenda Estadual, que haveria de ter uma fiscalização paralela para quem entendesse agir conforme sua vontade.

Quanto ao item 2, aduz que não há prova do que alega o recorrente, não restando provada a devolução das operações, que elidiriam a acusação.

VOTO

Inicialmente, de logo devemos consignar que em relação à arguição de decadência do período de janeiro a dezembro de 2004, esta não merece a mínima guarida, visto que, em se tratando a exigência fiscal de falta de lançamento e recolhimento do imposto por parte do sujeito passivo, não há que se falar em aplicabilidade da regra disposta no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – aplicável às hipóteses em que o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa - visto que não pode se homologar o que não foi pago.

Como bem frisou a Decisão recorrida, o prazo de decadência a ser aplicado ao caso em tela é o disposto no art. 173, inciso I, do CTN, repetido no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia, ou seja, 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, como o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009, e o lançamento ocorreu em 23/12/2009, não há que se falar em decadência ou homologação tácita do lançamento.

Por outro lado, embora o recorrente apenas tenha de forma genérica suscitado nulidade do presente lançamento de ofício, não vislumbramos qualquer vício formal ou material que o inquise da mácula de nulidade, não ocorrendo qualquer das hipóteses ensejadoras de nulidade, citadas no art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, melhor sorte não o socorre. E, de fato, quanto ao item 1, a parte que remanesceu após o julgamento pela Primeira Instância resultou da comprovação pelos autuantes de que o estabelecimento destinatário – Norsa Refrigerante, localizada em Feira de Santana – exercia a época dos fatos geradores a atividade de comércio atacadista, desde a data de 18/11/1998 até a data de 04/03/2008, conforme documento extraído do sistema INC – Informações do Contribuinte – da Secretaria da Fazenda da Bahia, às fl. 232 dos autos. Não há, portanto, qualquer omissão de período no referido documento, como acusa o recorrente, pois o mesmo representa o Histórico de contribuinte, desde a sua abertura até o momento em que foi extraído.

Neste sentido, cabível a exigência do imposto a título de estabelecimento autuado – na condição de contribuinte substituto

primeira, do Protocolo ICMS 11/91, abaixo transscrito, acordo interestadual do qual a Bahia e a unidade federada de localização do autuado – PE – são signatários, não se aplicando às operações destinadas à Norsa Refrigerantes de Feira de Santana, a regra do inciso II do art. 355, trazida da Cláusula quinta, inciso I, do Convênio ICMS 81/93, citada pelo recorrente como lastro para a improcedência da exigência fiscal, já que, na qualidade de estabelecimento atacadista, não é considerado contribuinte substituto, e sim contribuinte substituído:

“Cláusula primeira Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, 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.”

Ressalto que a documentação trazida aos autos pelo recorrente – fl. 345 - como prova de que o referido estabelecimento exercia a atividade diversa, qual seja a de fabricante da mesma mercadoria industrializada pelo autuado, obtido no site do Centro Industrial de Subaé, não se presta ao seu desiderato, a uma porque os dados constantes no cadastro da SEFAZ são informados pelo próprio contribuinte – portanto, merecedores de fé - e o estabelecimento destinatário informou que sua atividade era a de comércio atacadista até quando alterou o cadastro para a condição de Fabricante de Refrigerantes e, posteriormente, logo em seguida, para Depósito Fechado, o que se deu apenas em 04/03/2008, não havendo prova concreta em sentido contrário de que não era atacadista; e, a duas, porque a leitura do referido documento demonstra que a atividade principal do referido estabelecimento é, de fato, a Distribuição de Refrigerantes Coca-cola, e que está inserido no segmento Fabricação de Produtos Alimentícios e Bebidas, o que está em consonância com atividade da empresa Norsa Refrigerantes, que tem vários estabelecimentos na Bahia, alguns fabricantes e outros meramente distribuidores.

Registre-se, ainda, que caberia ao recorrente trazer a prova de que o imposto devido foi pago pelo estabelecimento destinatário, como alega, ônus do qual não se desincumbiu, visto que as notas fiscais de saídas do referido estabelecimento, que acostou aos autos, não se prestam a comprovar tal recolhimento, por inexistência de correlação entre os produtos que adquiriu do autuado e os produtos que comercializou. Também pelo mesmo argumento rechaça-se a alegação recursal de que não houve prejuízo ao Fisco, visto que não comprovado, além do que o procedimento do autuado ao não reter e recolher o imposto devido na condição de contribuinte substituto não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, e sim, de descumprimento de obrigação principal – falta de recolhimento do ICMS/ST – passível da multa imposta no presente lançamento de ofício. Neste sentido, ainda, os acórdãos deste Conselho de Fazenda, citados pelo recorrente, não são aplicáveis ao caso em tela.

No que toca à infração descrita no item 02, apesar de alegar o recorrente desde a defesa que as operações foram canceladas, não traz prova hábil que possa desconstituir a exigência fiscal. As notas fiscais que acostou aos autos conjuntamente com peça recursal – de fls. 387e 388 - são notas de entrada, portanto emitidas pelo próprio recorrente, não comprovam a devolução, visto que, no caso de devolução de mercadorias por contribuinte inscrito, caso dos autos, cabe a este emitir a nota fiscal que acoberte a devolução das mercadorias, nos termos do art. 651 e seu Parágrafo único, do RICMS/BA, abaixo descrito.

Art. 651. Ao devolver mercadorias que tenham entrado no estabelecimento, a qualquer título, o contribuinte ou pessoa obrigada à emissão de Nota Fiscal emitirá este documento, com destaque do imposto, se for o caso, a fim de dar curso às mercadorias, no trânsito, e para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem, quando admitido, mencionando, nele, o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual será calculado o imposto.

Parágrafo único. Na devolução, devem ser tomadas como base de cálculo e documento originário, a não ser que este tenha sido emitido de forma irregular, hipótese em que a base de cálculo e a alíquota a serem aplicadas serão aquae corretamente.

Assim, como se trata de matéria eminentemente fática, cabendo ao sujeito passivo, que detém toda a documentação que poderia provar sua alegação, trazê-las aos autos, o que não fez até o presente momento, deve ser mantida a Decisão recorrida, aplicando-se ao caso, o disposto nos arts. 142 e 143 do RPAF/BA, abaixo transcritos, como bem ressaltou a JJF.

"Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal."

Em relação ao Recurso de Ofício, cabível diante da desoneração de parte da exigência relativa à infração descrita no item 1, concordamos com a JJF no sentido de que, embora os estabelecimentos da Norsa Refrigerantes, localizados nas cidades de Ilhéus, Porto Seguro e Barreiras, de fato não exercessem atividade fabril – o que é ratificado pelos fiscais autuantes – como assim constava expressamente dos sistemas da SEFAZ, ao contrário da real atividade econômica por eles exercida – comércio atacadista de bebidas e refrigerantes – não se pode imputar ao recorrente responsabilidade, como estabelecimento vendedor, pela falha da SEFAZ em manter em seus sistemas informação equivocada ou até mesmo eivada de má-fé por parte do contribuinte aqui estabelecido, exigindo-lhe que efetuasse a retenção e o recolhimento do ICMS/ST, quando a legislação desobriga desta condição o contribuinte que destina mercadoria a outro sujeito passivo por substituição, nos termos dos artigos acima citados, não cabendo ao recorrente, como bem frisou o Relator da JJF, fiscalizar a atividade econômica de seus clientes, muito embora nos pareça estranho – mas isto numa ilação meta-jurídica – que nas relações comerciais envolvendo os produtos fornecidos pelo recorrente este desconhecesse a atividade econômica exercida por clientes tão regulares e do porte da empresa destinatária.

Também concordamos com a exclusão da exigência fiscal dos valores pertinentes às operações realizadas pelo recorrente com a empresa BG Bebidas Ltda., por ter restado comprovado que o imposto devido foi retido e recolhido pelo autuado.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269616.0105/09-2, lavrado contra **REFRESCOS GUARARAPES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$754.896,07, acrescido das multas de 60% sobre R\$749.593,93 e 150% sobre R\$5.302,14, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos II, "e", V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS