

**A. I. Nº** - 129118.0002/11-4  
**AUTUADO** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV  
**AUTUANTES** - ELÍSIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e M<sup>a</sup> HELENA DOS SANTOS FERNANDES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 06/07/12

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0132-02/12

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUENTES DESTE ESTADO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO RETIDO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. b) DEDUÇÃO INDEVIDA A TÍTULO DE DEVOLUÇÃO. A exigência relacionada a infração 1 se refere ao imposto sobre operações de devoluções deduzido nas GIA – ST, sem comprovação através da respectiva documentação das citadas devoluções, qual seja o visto e as formalidades exigidas na legislação. Infração não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Não acolhido o pedido para a redução da multa. Mantidas as exigências quanto as infrações 2 e 3 não impugnadas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/09/2011, para exigência de ICMS no valor de R\$366.691,07, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$312.782,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, conforme demonstrativos às fls. 08 a 21. Em complemento consta: *O recolhimento a menor do ICMS retido decorreu de dedução indevida do imposto a recolher no mês, de parcelas a título de devolução de ICMS retido em operações anteriores, conforme indicação nas GIAS ST e demonstrado no ANEXO I, contudo sem apresentar notas fiscais emitidas, e visadas pelo fisco estadual, para fins de ressarcimento do imposto, conforme preceituam os dispositivos regulamentares (Protocolo 10/92, cláusula sétima: Convênio 81/93, cláusulas quarta e oitava, RICMS/BA aprovado pelo Decreto de nº 6.284/97, arts. 368, 374) e nem quando intimada, na presente fiscalização, a empresa, através do seu representante legal, apresentou provas efetivas (fiscais/contábeis) da devolução física das mercadorias, quer sejam pelo desfazimento do negócio, por erro de pedido que necessitasse a substituição da mercadoria, ou mesmo, na ocorrência de devolução simbólica, a concomitante emissão de Nota Fiscal emitida para terceiros.*
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS retido, no valor de R\$52.340,69, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente aos meses de julho de 2009 e janeiro de 2010, conforme demonstrativos às fls. 22 a 23. Em complemento consta: *Fatos ocorridos nos meses de julho/2009 e janeiro/2010 nas operações realizadas com refrigerante e cerveja, conforme demonstrativo no Anexo II.*
3. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de

R\$1.568,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, referente ao mês de junho de 2009, conforme demonstrativos às fls. 34 a 59. Em complemento consta: *Falta de inclusão na base de cálculo para fins de substituição tributária, de despesas lançadas nas notas fiscais eletrônicas, relativamente às operações com refrigerantes e cervejas conforme demonstrado no Anexo III.*

O sujeito passivo, através de seus advogados, destaca a tempestividade de sua defesa constante às fls.161 a 184, transcreve as infrações, delimitando sua impugnação à infração 01, com base nas seguintes razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

Quanto aos itens 02 e 03, informa que o crédito tributário foi devidamente recolhido, conforme DAE às fl. 250 a 251, e requer com fulcro no art. 156, I, do CTN, a extinção dos referidos valores.

Com relação ao item 01, invoca o art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99 para arguir que nenhum dos dispositivos enquadrados (cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92) especificam, com precisão, a infração imputada, razão porque, arguiu a nulidade da autuação, por entender que faltou fundamento legal e os dispositivos citados como infringidos tratam dos procedimentos a serem adotados quanto ao recolhimento do ICMS-ST retido, não servindo para amparar a acusação fiscal de utilização indevida do ICMS (crédito fiscal) decorrente da devolução de produtos por ela comercializados.

Sustenta que se tratando de devolução de mercadoria, o direito ao crédito existe, por garantia legal (arts. 322, I, 368, 651 e 653 do RICMS/BA).

Assim, frisa que não houve adequação do ato infracional às pretensas disposições normativas que justificariam sua reprovação, representando violação ao art. 142, do CTN, por ausência de perfeita individualização da matéria tributável, impedindo o perfeito exercício do contraditório e da ampla defesa.

Observa que o art. 18, II, do RICMS/BA dispõe que são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa, e o inciso IV, “a”, do mesmo dispositivo legal, dispõe que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Transcreve a doutrina e a jurisprudência no âmbito do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF/BA - 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - AI Nº - 207110.1205/99-6, ACÓRDÃO JJF Nº 2027/00, DOE - 02/08/00; e 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL – AI Nº 206865.0007/01-8, ACÓRDÃO 3ª CJF Nº 0384-12/02).

Além disso, aduz que houve afronta ao artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), e enfatiza que a atividade fiscal é regida pelo princípio da legalidade administrativa, e que o dever de prova é do Fisco, quanto à ocorrência do fato gerador e de todos os elementos a ele relativos, cabendo à fiscalização o dever de apurar o montante tributável, determinar a matéria tributável e calcular o montante do tributo devido, tudo, obviamente, amparado em prova efetiva das informações contidas no lançamento, ou seja, que no caso houve inversão do Ônus da Prova. Transcreve a jurisprudência na esfera administrativa pelo Conselho de Contribuintes e no âmbito judicial, bem como lições de renomados tributaristas.

No mérito, aduz que a autuação se refere à utilização indevida do ICMS decorrente de devolução de mercadoria, em decorrência de não ter apresentado o registro das devoluções, tendo a autuação, assim, se lastreado apenas nos dados dispostos na Guia de Informação e Apuração do ICMS – ST, deixando de verificar os registros de entrada nos livros fiscais.

Salienta que embora seja dever do Fisco comprovar a infração, traz aos autos a comprovação de que os documentos fiscais que acompanham os produtos em devolução, e listados pela fiscalização, estão lançados no registro de entrada (doc. fl.252), nos termos dos arts. 322, I, 368, 651 e 653 do RICMS/BA.

Afirma que a documentação anexada está regular, estando as devoluções devidamente comprovadas e registradas, donde se conclui pela regularidade de seus créditos e operações, não sendo devida a análise apenas nas GIAS. Transcreveu ementas de julgamentos do CONSEF para fundamentar seu argumento.

Quanto a multa aplicada de 150%, citou duas razões que no seu entender afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal. Transcreveu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), e lições de renomados professores de direito tributário sobre esta questão.

Ao final, requer:

- 1) a extinção dos créditos tributários em virtude do pagamento das infrações 02 e 03;
- 2) a nulidade do lançamento fiscal por ausência de descrição legal precisa, preterição do direito de defesa e inversão do ônus da prova;
- 3) no mérito, caso superadas as preliminares, a declaração da improcedência da infração 01, uma vez que a utilização do crédito decorrente da devolução de mercadorias é legítimo como forma de anular a operação de saída (débito), caso contrário configuraria enriquecimento ilícito do Estado; bem como, pela exorbitância da multa aplicada ou, subsidiariamente, a redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).
- 4) a juntada posterior das notas fiscais (doc.fls.253 a 1.033) de forma mais legível;
- 5) requer que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, no endereço situado na Rua da Hora, 692, Bairro do Espinheiro, Recife, Pernambuco, CEP 52020-010.

Na informação fiscal às fls.1.035 a 1.047, as autuantes esclareceram que: *1- A empresa apresentou os arquivos magnéticos de forma correta, exceção ao AM do mês de março/09, onde constam todas as operações realizadas sujeitas à retenção do ICMS para o Estado da Bahia por nota fiscal emitida; 2- O estabelecimento, ora autuado, vem apresentando regularmente o documento denominado GIA-ST que é o resumo do ICMS retido e a recolher; 3- O ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorre da celebração de convênios e protocolos onde são descritos os produtos sujeitos à substituição tributária, os procedimentos a adotar e as obrigações respaldadas na Lei Complementar 87/96 e alterações posteriores, cujo imposto é apurado nota a nota; 4- No Código Tributário Nacional - CTN (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - art. 96), consta que a expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.*

Registram que o sujeito passivo, a despeito de ter arguido preliminares de nulidade, apresentou seu arrazoado no mérito, o que, no seu entender, demonstra a clareza das infrações descritas, quer seja na tipificação, no complemento ou na descrição dos fatos.

Explicam que:

1. A auditoria que resultou no lançamento tributário foi realizada tomando por base informações constantes nos arquivos magnéticos, enviados pela empresa à SEFAZ, por força do Convênio 57/95, em documentos fiscais emitidos eletronicamente (NF-e) e em informações disponíveis nas Secretarias de Fazenda dos estados.
2. Após apuração do ICMS devido por substituição, tomando por base os registros nos arquivos magnéticos transmitidos à SEFAZ/BA, fizeram o cotejamento com o imposto arrecadado e com o declarado nas GIAS-ST enviadas ao estado pelo autuado. E que cotejando o imposto apurado e os recolhimentos efetuados, foram identificadas diferenças entre o imposto a recolher e o recolhido.
3. Nas GIAS-ST constavam valores, lançados a título de ressarcimento por devolução, e que foram

abatidos do ICMS-ST a recolher, nos meses respectivos indicados nos demonstrativos anexos, ao Estado da Bahia. E que a partir dessa constatação foi exigido do contribuinte, durante a fiscalização e antes do encerramento da fiscalização (v. fls.128 a 130- intimação datada em 27/07/2011, postada em 28/07/2011 e entregue ao destinatário em 01/08/2011): **a)** *cópias das notas fiscais de devoluções de mercadorias indicadas nas GIAS-ST; b)* *cópias das notas fiscais emitidas para fins de abatimento do ICMS-ST nas operações subsequentes visadas pela SEFAZ, conforme preceituam as normas regulamentares (Conv. 81/93, cláusulas quarta e oitava; Protocolo 10/92, cláusula sétima; RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, art. 368); c)* *cópias dos respectivos conhecimentos de transporte, apresentando, ainda, o seguinte: a) Se houve substituição da mercadoria devolvida, favor enviar cópia das NFs de saídas subsequentes à entrada em devolução, vinculando os respectivos documentos; b) Se houve desfazimento do negócio, enviar cópias dos lançamentos contábeis registrando o cancelamento parcial e/ou total da operação de venda; c) Caso os produtos tenham retomado simbolicamente, apresentar, além das cópias das notas fiscais de retorno simbólico, as cópias das respectivas notas fiscais emitidas em nome do novo destinatário, vinculando os respectivos documentos.*

Assim, justificam que o item 01, conforme descrição na inicial, teve como infração recolhimento a menor do ICMS retido por substituição nos meses indicados no Anexo I do respectivo PAF.

Rebateram os argumentos defensivos dizendo que o autuado não trouxe aos autos cópias de nota fiscal emitida e visada pelo fisco para tal fim e/ou provas materiais capazes de comprovar a efetividade das operações, conforme preceituam os dispositivos legais: Cláusula terceira, parágrafos 1º, 2º e 3º, Cláusula sétima do Convênio ICMS 81/93; artigo 368, I, II, e III, artigo 374, I e II, parágrafo 2º, do RICMS/97.

Quanto às provas apresentadas na defesa, observam se tratam de cópias do Livro de Entrada de Mercadorias, que em nada acrescenta, pois reflete as GIAS, cópias de notas fiscais emitidas por alguns clientes, em grande parte ilegíveis, a ponto do próprio autuado requerer prazo para substituição de parte desses documentos (até agora não substituídos), conforme pedido em sua impugnação à fl.183, cópias estas sem amarrações e sem demonstração do efetivo desfazimento do negócio como, por exemplo, prova do retorno real da mercadoria, com a apresentação dos conhecimentos de transporte ou, quando simbólico, a transmissão de propriedade a terceiro; a devolução efetiva para substituição do produto - nos casos de erro na especificação, defeito, etc., - com nova saída do produto substituído, e ainda, lançamentos contábeis nos livros próprios (RAZÃO por exemplo) com a anulação da baixa da duplicata quando da operação a *prazo ou devolução do pagamento quando a vista, etc.*

Assim, sustentam que não se trata de simples crédito fiscal como quer fazer crer o autuado, pois com relação a crédito, como citado na LC 87/96, a que o contribuinte se refere, o Estado onde ele está localizado é que deve apurar, e à Bahia cabe exigir o recolhimento do imposto retido por substituição tributária apurado nos documentos fiscais emitidos e registrados nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte. E que qualquer valor diferente desse deve ser apresentado documentos e lançamentos fiscal/contábil que acoberte a redução de valores, o que dizem, não foi feito nem quando intimado e nem tampouco na peça defensiva.

Concluem dizendo que o autuado não procedeu conforme as normas citadas nem emitindo os documentos necessários para fim do ressarcimento, momento em que o fisco ao dar visto na nota fiscal, caso tivesse sido emitida para tais fins, procederia aos exames fiscais e nem tampouco apresentou provas fiscais e contábeis do desfazimento do negócio.

Transcreveram a jurisprudência do CONSEF sobre a matéria em questão, a saber;

ACÓRDÃO Nº 4050410 -16/12/2010 CONSEF

– 4ª JUNTA

PAF Nº 129118.0107/09-9

Ementa: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O visto e as formalidades exigidas na legislação não são meros caprichos da burocracia

administrativa, mas procedimentos necessários para atestar a real correspondência entre os pleiteados "créditos" do ICMS-ST e as alegadas devoluções de mercadorias. Não atendidos os requisitos regulamentares, torna-se impossível chancelar a postura adotada pelo contribuinte. Negado o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

ACÓRDÃO Nº 750311 -13/04/2011 CONSEF  
3ª JUNTA

PAF Nº 129118.0102/10-0

Ementa: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. Infração não impugnada. b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O autuado acostou ao presente PAF as notas fiscais de ressarcimento, elidindo a exigência fiscal constante da infração 03, permanecendo inalterados os demais valores exigidos. Retificada a multa da infração 02. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência e perícia. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

ACÓRDÃO Nº 3020511 - 24/11/2011 CONSEF  
5ª JUNTA

PAF Nº 129118.0104/09-0

Ementa: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDAS DE BEBIDAS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. a) IMPOSTO RETIDO A MENOS. Infração 1 não impugnada, e infrações 3 e 4 procedentes. b) IMPOSTO NÃO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração procedente. Atendido o pedido de diligência, não foram apresentadas as provas cabíveis para elidir as infrações contestadas. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

ACÓRDÃO Nº 2800111 - 19/10/2011 CONSEF  
– 1ª JUNTA

PAF nº 129118.0103/10-7

Ementa: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS QUENTES. a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O autuado não apresentou os elementos indispensáveis para confirmação do efetivo retorno das mercadorias e, conseqüentemente, do desfazimento do negócio, sendo indevida a dedução dos valores retidos e não recolhidos, conforme procedido. Infração subsistente. c) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 4º da Lei nº 7.014/96, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento de saída da mercadoria do estabelecimento do sujeito passivo e não no momento de emissão da nota fiscal, conforme sustentado pelo impugnante. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

Concluem pugnano pela procedência da infração 01.

Constam às fls. 1.049 a 1.051, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$30.150,99.

#### **VOTO**

Inicialmente, verifico que não existe lide quanto aos itens 02 e 03, referente a falta de retenção do ICMS retido e da retenção a menor, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos valor de R\$52.340,69 e R\$1.568,19, inclusive o sujeito passivo comprovou já ter efetuado o recolhimento do débito no total de R\$53.908,88 (valor principal), conforme cópia do DAE (docs.fls. 250 e 251).

Cumpr registrar que embora o DAE às fls.250 e 251, conste o recolhimento do valor principal de R\$53.908,88, nos documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, consta que foi pago o valor de

R\$30.150,99 (docs.fls. 1.049 a 1.051). Apresento abaixo um demonstrativo comparativo dos referidos valores, visando facilitar a apuração real dos valores que deverão ser homologados pelo órgão competente.

ESPECIFICAÇÃO	DAE FLS.250/251	SIDAT FLS.1064/1066
Valor Principal	53.908,88	30.150,98
Acréscimos Moratórios	9.508,92	5.073,65
Multa por Infração	9.703,59	37.896,86
Total	73.121,39	73.121,49

Desta forma, subsistem integralmente os valores R\$52.340,69 (item 02) e R\$1.568,19 (item 03).

Inicialmente, quanto ao pedido do patrono do autuado para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva (Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, no endereço situado na Rua da Hora, 692, Bairro do Espinheiro, Recife, Pernambuco, CEP 52020-010), há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores. No caso, as intimações as fls.125 a 157, foram feitas corretamente em nome e endereço do sujeito passivo cadastrado na SEFAZ.

os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

**III** - as decisões não fundamentadas;

**IV** - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Quanto à infração 01, no tocante a nulidade suscitada na defesa, a pretexto de que o enquadramento legal não especifica com precisão a infração imputada, e de preterição do direito de defesa, tenho a observar que não assiste razão ao sujeito passivo, tendo em vista que:

a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de da infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara a infração, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao item 01, o fulcro da autuação é de que o autuado deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Apesar de está assim descrita, consta no complemento à descrição do fato no corpo do auto de infração que: *O recolhimento a menor do ICMS retido decorreu de dedução indevida do imposto a recolher no mês, de parcelas a título de devolução de ICMS retido em operações anteriores, conforme indicação nas GIAS ST e demonstrado no ANEXO I, contudo sem apresentar notas fiscais*

*emitidas, e visadas pelo fisco estadual, para fins de ressarcimento do imposto, conforme preceituam os dispositivos regulamentares (Protocolo 10/92, cláusula sétima: Convênio 81/93, cláusulas quarta e oitava, RICMS/BA aprovado pelo Decreto de nº 6.284/97, arts. 368, 374) e nem quando intimada, na presente fiscalização, a empresa, através do seu representante legal, apresentou provas efetivas (fiscais/contábeis) da devolução física das mercadorias, quer sejam pelo desfazimento do negócio, por erro de pedido que necessitasse a substituição da mercadoria, ou mesmo, na ocorrência de devolução simbólica, a concomitante emissão de Nota Fiscal emitida para terceiros.*

Portanto, pelo que se vê, de acordo com os esclarecimentos constantes na peça inaugural acima transcrita, a exigência fiscal se refere a operações declaradas nas GIAS/ST como devolução, sem a apresentação das notas fiscais emitidas e visadas pelo Fisco e a documentação fiscal contábil comprobatória de tais operações, conforme preceituam os dispositivos legais (Conv. ICMS 45/99, cláusula segunda; Conv. ICMS 81/93, cláusulas quarta e oitava; RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, arts. 368 e 374), tudo conforme demonstrativo e documentos às fls.08 e 12 a 35.

Analizando as “Guia Nacional de Informações do ICMS Substituição Tributária – GIA – ST”, constato que os valores objeto do presente lançamento tributário são os que foram declarados no Campo “ICMS Devoluções Mercadorias”.

O autuado não nega sua obrigação em efetuar a substituição tributária nas operações de vendas que realizar para os contribuintes no Estado da Bahia, haja vista está sediado no Rio de Janeiro e encontra-se cadastrado na SEFAZ/BA como substituto tributário.

No caso, a questão discutida nos autos diz respeito a falta de comprovação dos valores declarados nas GIA – ST como devoluções.

Com relação ao argumento defensivo de que a utilização do crédito decorrente da devolução de mercadorias é legítimo como forma de anular a operação de saída (débito), observo que a questão deve ser dirimida levando as disposições contidas na legislação tributária que rege a matéria.

Rege a legislação tributária, que na hipótese de devolução de mercadorias, sendo a devolução efetuada por distribuidores inscritos localizados no Estado da Bahia, estes elaborarão demonstrativo onde se comprovarão essas operações e os documentos que as acobertaram, devendo ser observado o disposto no art. 368 do RICMS/BA, enquanto que as devoluções promovidas diretamente por revendedores não inscritos devem ser acobertadas por Nota Fiscal Avulsa, que deve ser solicitada junto à Repartição Fazendária competente, devendo ser observado o disposto no inciso "do § 1º do art. 368 do RICMS/BA.

A mercadoria devolvida só gerará crédito para efeito de dedução do imposto pago por substituição tributária se for emitida nota fiscal para a operação com a indicação da nota fiscal original, ou seja, a que acobertou a saída da mercadoria ora devolvida, devendo necessariamente ser visada no posto fiscal do percurso, principalmente pelo Posto Fiscal de fronteira.

Assim, o contribuinte, ao receber mercadorias em devolução, deverá, na escrituração do Registro de Entradas, observar o seguinte (art. 362 do RICMS-BA):

- a) o documento fiscal relativo à devolução ou retorno será lançado com utilização das colunas "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", na forma regulamentar;
- b) na coluna "Observações", na mesma linha do lançamento referido no item anterior, serão lançados os valores da base de cálculo e do imposto retido relativos à devolução, utilizando-se colunas distintas para essas indicações, sob o título comum "Substituição Tributária";
- c) se o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, os valores relativos ao imposto retido e à respectiva base de cálculo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum "Substituição Tributária".

Além disso, a Nota Fiscal emitida para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas para a

remetente, deverá conter destaque do imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem e terá como natureza da operação "Devolução", devendo ser feita anotação, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", acerca do número, da série e da data da Nota Fiscal de origem, conforme determina o art. 368 do referido diploma regulamentar; bem como mencionar o motivo da devolução.

Portanto, considerando que o autuado não comprovou ter cumprido o acima alinhado, cujos documentos apresentados não comprovam a ocorrência dos valores lançados como devolução, sem oferecimento à tributação, fica mantida a infração.

Na defesa, o patrono do autuado sustenta que a utilização do crédito decorrente da devolução de mercadorias é legítimo como forma de anular a operação de saída (débito), caso contrário configuraria enriquecimento ilícito do Estado; bem como, pela exorbitância da multa aplicada ou, subsidiariamente, a redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Quanto ao apelo do contribuinte no sentido da redução da multa a um patamar razoável (entre 20% e 30%), observo que o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de recolhimento do imposto, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Apreciando a alegação defensiva de confiscatoriedade das multas, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129118.0002/11-4**, lavrado contra **CIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$366.691,07**, acrescido da multa de 60% sobre R\$53.908,88 e 150% sobre R\$312.782,19 previstas no artigo 42, incisos V "a" e II "e" da E dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR