

A. I. Nº - 275290.0101/12-0
AUTUADO - PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - ELÍSIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e MARTA HELENA DOS S. FERNANDES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08.08.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-02/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao destinatário realizar a retenção do imposto referente às operações subsequentes realizadas no estado da Bahia. Comprovado pagamento de parcela da exigência fiscal. Infração parcialmente procedente. **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida pelo autuado. **c)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Contribuinte não elide a infração. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2012, exige ICMS no valor de R\$207.724,56, em decorrência das seguintes infrações:

1. efetuou a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia. Consta que o fato ocorreu no exercício de 2009 visto que o recolhimento do ICMS/ST a menos conforme GNRE relativamente à nota fiscal 4219, ocasião em que o contribuinte não estava inscrito no cadastro da SEFAZ/BA, além de não ter incluído o produto Chivas Regal na base de cálculo do ICMS/ST sobre a nota fiscal 11310. Valor R\$31.743,02, multa de 60%.
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, no mês de junho de 2009, no valor de R\$45.525,03, acrescido da multa de 150%;
3. deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos meses de abril, maio, agosto e setembro de 2009, no valor de R\$130.456,51 acrescido da multa de 60%.

O autuado em sua impugnação (fls. 164/176), através de seus advogados legalmente constituídos, mandatos procuratórios à fls. 195/196, reproduz as infrações que lhe foram imputadas e diz que o auto de infração não merece prosperar por se encontrar em descompasso com a realidade dos fatos. Registra que a defesa é tempestiva, pois atende ao requisito temporal de admissibilidade.

Sobre a infração 01 afirma que teria recolhido o ICMS-ST relativamente às notas fiscais nº 4219 de 08.04.09 e 11310 de 18.11.2009, confessa entretanto, que tal recolhimento foi realizado a menos nos valores de R\$1.345,16 e R\$1.519,93, respectivamente, totalizando R\$2.865,09.

Menciona que embora no levantamento fiscal conste o valor correto devido, conforme acima indicado, o valor apontado pela fiscalização na descrição da infração fl. 03, do Auto de Infração monta R\$31.743,02.

Afirma que se considerado o valor pago pelo autuado antes da autuação, deve ser exigida a diferença no valor de R\$2.865,09 e acréscimos legais, requerendo a juntada da guia com o valor devidamente recolhido, doc. 06.

No tocante à infração 02, afirma que a aplicação da multa de 150% encontra-se equivocada, visto que não teria deixado de recolher imposto retido por substituição, pois em verdade realizou o referido recolhimento, porém por um equívoco, o fez para o Estado de Pernambuco e não para a Bahia como deveria ter acontecido.

Assevera que por lapso manifesto, recolheu ao estado de Pernambuco o imposto retido sobre as notas fiscais nº 5906 e 5907 emitidas em 03 e 04.06.2009 respectivamente, no montante de R\$22.762,64 cada uma perfazendo o crédito tributário exigido nesta infração no montante de R\$45.525,28 conforme GNREs anexas doc. 07.

Frisa que não houve de sua parte, qualquer tentativa de fraude à legislação do estado da Bahia, visto que os valores foram retidos e recolhidos integralmente, porém com um erro no preenchimento da guia para o estado de Pernambuco. Diz que a multa aplicada de 150% se afigura desproporcional à infração cometida, já que não é razoável, pois não se tratou de fraude ou dolo, mas sim de equívoco, o qual, diz está corrigindo mediante o pagamento que efetiva.

Frisa que a administração fazendária deve pautar o arbitramento de uma penalidade tomando por base os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre a penalidade aplicada e o resultado que se buscou atingir.

Requer a juntada da guia devidamente recolhida, que contempla os valores exigidos na infração 02 no montante de R\$45.525,03 e acréscimos legais lançados doc. 06 e solicita a restituição dos valores recolhidos relativamente às multas aplicada de 150% do valor do imposto ou a compensação dos referidos valores com créditos tributários futuros.

No que tange à infração 03, afirma que o entendimento da fiscalização não se coaduna com a realidade dos fatos. Alega que tendo em vista a necessidade de pronto atendimento a diversos clientes, firma um grande número de negócios para emitindo diariamente diversas notas fiscais para acompanhamento do trânsito de mercadorias.

Diz que diante do dinamismo de suas operações comerciais, é rotineiro e comum o cancelamento pelos clientes da contratação dos fornecimentos de mercadorias requeridas em um prazo curto de tempo, após a emissão das notas fiscais, podendo ocorrer até na mesma data de suas emissões.

Frisa que este fato ocorreu no presente caso e grande parte do crédito tributário exigido neste lançamento fiscal é decorrente da emissão de notas fiscais de vendas que, antes mesmo de serem embarcadas, ou seja, terem saído do seu estabelecimento, tiveram suas vendas canceladas pelo cliente. Reitera que a acusação fiscal de falta de retenção e recolhimento do imposto originou-se da emissão de notas fiscais de mercadorias cujas vendas foram canceladas, logo o imposto só seria devido caso a operação se concretizasse.

Diz que para regularizar este procedimento, visto que não era possível o cancelamento de nota fiscal após ter decorrido um dia de sua emissão, procedeu a emissão de notas fiscais de retorno, doc. 08, visando atender aos procedimentos internos de seu sistema para reintegração virtual das mercadorias no estoque das empresas. Aduz que esta operação possui natureza de vendas canceladas, não havendo qualquer prejuízo ao Fisco baiano, visto que as mercadorias não chegaram a sair de seu estabelecimento.

Diz que sua alegação tanto corresponde à verdade que nem o próprio estado de Pernambuco exigiu o imposto da operação própria realizada, pois as operações de fato, não ocorreram. Invoca

o inciso I do art. 2º da Lei 7.014/96 que dispõe sobre a não ocorrência do fato gerador do ICMS, quando não há circulação de mercadorias, que diz ter acontecido neste caso.

Reconhece ter deixado de recolher o imposto devido sobre as notas fiscais 5584, 5585, 8807, 8808, 9281 e 9282 totalizando R\$25.853,87 e requer a exclusão dos demais documentos relacionados no levantamento fiscal inerente a esta infração, visto que afirma que as operações de vendas foram canceladas, portando não ocorreu o fato gerador do ICMS.

Conclui dizendo reconhecer os valores contidos nas infrações conforme segue: infração 01 – R\$2.865,09; infração 02 – R\$45.525,03 e infração 03 - R\$25.853,87 totalizando R\$74.243,99.

Requer o que segue: (a) sejam juntadas as guias de recolhimento dos valores reconhecidos; (b) em relação à infração 01, seja considerada a diferença do valor que já foi pago antes da autuação; (c) em relação ao item 02, o reconhecimento da não aplicação da multa agravada de 150%; (d) em relação ao item 03, seja dado integral provimento aos termos da impugnação (e) caso se entenda necessário, a determinação de diligência a fim de se comprovar os fatos alegados.

As autuantes procederam à informação fiscal fls. 310/323. Repetem as infrações apontadas e resumem as alegações defensivas.

Sobre a infração 01, dizem que o autuado reconheceu parcialmente a infração, no valor de R\$2.865,09, com os devidos acréscimos moratórios e multa. Esclarecem que verificando novamente o lançamento observam que não foram levadas em consideração as parcelas relativas aos recolhimentos já efetuados, conforme GNRE acostada à fl. 244 (R\$4.367,08) e demonstrativo acompanhado de GNRE, às fls. 246 e 247 (R\$24.510,85). Assim, uma vez confirmada a duplicidade do lançamento, acatam as razões de defesa quanto à diferença de R\$28.877,93, para considerar o correto valor de R\$2.865,09, recolhido pela Autuada.

A respeito da infração 02, informam que o autuado reconheceu e recolheu integralmente o valor reclamado, com os devidos acréscimos moratórios e multa, contestando somente a aplicação desta última, no percentual de 150%, que, segundo argumenta, não pode prosperar, porque não se tratou de fraude ou dolo, vez que o imposto fora recolhido ao Estado de Pernambuco.

Ressaltam que em nenhum momento foi tratado o fato como fraude fiscal, mas tão somente como infração aos dispositivos legais citados, que redundaram na falta do recolhimento do ICMS retido por substituição tributária, conforme detalhado no Anexo II deste PAF (fls. 16 a 35).

No tocante à infração 03, dizem que o autuado reconheceu parcialmente a infração, recolhendo o valor de R\$25.853,87 (principal) com os devidos acréscimos moratórios e multa, relativamente às NF-e nº 5584, 5585, 8807, 8808, 9281 e 9282.

Quanto ao ICMS retido nas demais NF-e, o contribuinte alega que se tratou de cancelamento pelos clientes, da contratação do fornecimento das mercadorias antes de seu embarque e que, diante da impossibilidade de seu sistema interno em efetuar o cancelamento de nota fiscal depois de decorrido um dia de sua emissão, emitindo notas fiscais de retorno, acostando DANFES às fls. 264 a 307 (doc. 08). Acrescenta que tal procedimento visa atender aos controles internos de seu sistema para reintegração virtual das mercadorias no estoque na empresa, não havendo qualquer prejuízo ao Fisco Baiano, e que nem o Estado de Pernambuco exigiu o ICMS relativo à operação própria.

Mencionam que analisando os documentos acostados às fls. 264 a 307 (doc. 08) verificam se tratar de DANF's relativos às NF-e nº 4160, 4170, 4171, 4325, 4355, 4356, 4369, 4532, 4534, 4678, 4679, 4700, 4705, 4731, 4917, 5008, 5069, 5145, 5202, 5234 e 5235, que têm por natureza da operação "Vendas de Produção do Estabelecimento", aos quais foram acrescentados, também, os DANF's das NF-e nº 4364, 4362, 4361, 4519, 4617, 4520, 4667, 4755, 4756, 5280, 5279, 5278, 5277, 5283, 5282, 5281, 6221, 5284, 6222, 6233 e 6224, cuja natureza da operação é "**Devolução de Vendas**". Asseveram que quando confrontados os DANFs relativos às NF-e de saídas com os de entradas de mercadorias, observam que os valores são iguais, o que, segundo a visão do Autuado, anularia as operações. Contudo não há, nesses últimos, qualquer vinculação às NF-e que supostamente teriam originado. Esse

procedimento, não encontra amparo na legislação vigente para dedução, a título de devolução e/ou desfazimento do negócio. Transcrevem os dispositivos da legislação tributária, pertinentes à infração em tela: §§ 5º, 6º, 7º da cláusula terceira, cláusulas quarta e oitava do Convênio ICMS 81/93, incisos I, II, III do art. 368, § 2º do art. 374 do RICMS/BA.

Asseveram que conforme exposto, a legislação tributária prevê procedimento específico para devolução de mercadorias, assim como, caso em que haja o desfazimento do negócio, aos quais o procedimento adotado pela Autuada não se coaduna, portanto, não encontra amparo na legislação tributária pertinente. Cita como parâmetro, diversos julgados relativamente à matéria por esse Conselho de Fazenda: Acórdão Nº 405-04/10 – 16/12/2010, Acórdão Nº 302-05/11 – 24/11/2011, Acórdão Nº 280-01/11 – 19/10/2011.

Ademais, dizem que a Autuada apresentou, apenas, cópias de DANFs de NF-e de saídas e entradas, sem amarrações, sem demonstração do efetivo desfazimento do negócio com o consequente cancelamento dos pedidos e sem qualquer prova de reintegração virtual das mercadorias no estoque da empresa, conforme alega. Também não foi capaz de trazer aos autos qualquer comprovação de que o Estado de Pernambuco tenha dispensado o recolhimento do ICMS relativo à operação própria.

Assim, requerem ao Conselho de Fazenda Estadual que julguem procedente em parte a infração de nº 01, com a exclusão da parcela que reconhecem como lançamento em duplicidade, mantendo a infração no valor remanescente, e, ainda, que julguem totalmente procedentes as infrações de nº 02 e 03, por inexistir na defesa elementos capazes de elidir a ação fiscal.

Consta às fls. 325/327, extrato do SIGAT/SICRED com os valores reconhecidos e recolhidos pelo autuado.

VOTO

Cuida o presente auto de infração da exigibilidade de ICMS decorrente de 03 infrações mencionadas e relatadas acima que após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir alinhadas.

Preliminarmente, examinando os autos não identifiquei violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações. O PAF está revestido das formalidades legais, nele estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Os autos estão devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, na infração 01 é imputada ao autuado a retenção a menos e o consequente recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia.

Nas razões defensivas, o autuado afirmou ter recolhido o ICMS-ST relativamente às notas fiscais nº 4219 de 08.04.09 e 11310 de 18.11.2009. Anexou cópia dos documentos em que comprovou tais pagamentos, confessando, entretanto, que tal recolhimento foi realizado a menos, nos valores de R\$1.345,16 e R\$1.519,93 respectivamente, totalizando R\$2.865,09.

Examinando o demonstrativo relativo a esta infração, fl. 09, verifico assistir razão ao sujeito passivo, pois foram realizados recolhimentos, porém de forma parcial. As autuantes, por sua vez, afirmaram que verificando novamente o lançamento observaram que não foram levadas em

consideração as parcelas relativas aos recolhimentos já efetuados, conforme GNRE acostada à fl. 244 (R\$4.367,08) e demonstrativo acompanhado de GNRE, às fls. 246 e 247 (R\$24.510,85).

Dessa forma, verifico que do valor apontado no PAF para esta infração, subsiste uma diferença a recolher no valor de R\$2.865,09, conforme reconhecido pelo autuado e demonstrado à fl. 09. A infração 01 é parcialmente subsistente.

No que tange à infração 02, falta do 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, verifico que o cerne da questão é o que baliza as razões do autuado é a exigência da multa de 150% que incide na infração, prevista no art. 42, V, "a" da Lei nº 7.014/96, inexistindo qualquer discussão meritória acerca da própria infração.

O sujeito passivo em sua impugnação contesta a multa aplicada afirmando que não teria deixado de recolher o imposto retido por substituição, pois realizou o referido recolhimento, porém por um equívoco, o fez para o Estado de Pernambuco e não para a Bahia como deveria ter acontecido. Afirmou que não houve de sua parte, qualquer tentativa de fraude à legislação do estado da Bahia, e que a multa aplicada de 150% se afigura desproporcional à infração cometida, já que não é razoável, pois não se tratou de fraude ou dolo, mas sim de equívoco. Solicitou a restituição dos valores recolhidos relativamente às multas aplicada de 150% do valor do imposto ou a compensação dos referidos valores com créditos tributários futuros.

Não deve prosperar a alegação defensiva de que não houve dolo ou tentativa de fraude na omissão do recolhimento do imposto, por não se configurar argumento capaz de elidir a infração que lhe foi imputada, uma vez que a multa tem previsão em dispositivo legal, o qual não condiciona a aplicação da pena à intenção do agente.

Ademais, a acusação fiscal é de falta de recolhimento do imposto, e o autuado confessou que ocorreu a infração, visto que não realizou o pagamento ao estado da Bahia como devido e sim ao estado de Pernambuco.

Não acolho a pretensão do autuado sobre a restituição ou compensação dos valores recolhidos relativamente à multa aplicada de 150% pelos motivos acima expostos, considerando o pleito defensivo não pode ser acatado por falta de previsão legal, uma vez que a dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal – como é o caso em apreciação – é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Infração integralmente caracterizada.

Relativamente à infração 03, falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, o autuado alegou que grande parte do crédito tributário exigido neste lançamento fiscal é decorrente da emissão de notas fiscais de vendas que foram canceladas pelo cliente, portanto afirmou que a operação não se realizou.

Disse que como não era possível o cancelamento de nota fiscal após ter decorrido um dia de sua emissão, procedeu à emissão de notas fiscais de retorno, visando atender aos procedimentos internos de seu sistema para reintegração virtual das mercadorias no estoque da empresa. Reconheceu ter deixado de recolher o imposto devido sobre as notas fiscais 5584, 5585, 8807, 8808, 9281 e 9282 totalizando R\$25.853,87 e pediu a exclusão dos demais documentos relacionados no levantamento fiscal, inerentes a esta infração.

Da análise dos documentos acostados às fls. 264 a 307 verifico que ao confrontar os DANFs relacionados no levantamento fiscal, demonstrativo fls.37/44 e cópias das notas fiscais fls.45/101, que têm por natureza da operação "Vendas de Produção do Estabelecimento", com aqueles trazidos pelo contribuinte em sua defesa, cuja natureza da operação é "**Devolução de Vendas**", ou seja, quando confrontados os DANFs relativos às NF-e de saídas, com os documentos de entradas de mercadorias, observo que os valores são iguais. Contudo, não há nos documentos de entradas qualquer vinculação às NF-e que supostamente teriam originado sua emissão. Concluo

que esse procedimento não encontra amparo na legislação vigente, para dedução a título de devolução e/ou desfazimento do negócio.

Acolho o entendimento exposto pelas autuantes, visto que está amparado em norma expressa que prevê procedimento específico para devolução de mercadorias, ou em que haja o desfazimento do negócio, conforme previsto nos incisos I e II do art. 368 do RICIMS/BA, *in verbis*:

"...

Art. 368. Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido e nos demais casos em que houver necessidade de fazer-se o ressarcimento do imposto retido, já tendo este sido recolhido, adotar-se-ão os seguintes procedimentos:

I - o adquirente emitirá nota fiscal para acompanhar as mercadorias a serem devolvidas ao fornecedor, calculando o imposto correspondente à saída em função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na nota fiscal de origem, total ou parcialmente, conforme o caso;

II - a nota fiscal emitida na forma do inciso anterior terá como natureza da operação "Devolução" ou "Desfazimento do negócio", conforme o caso, 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;"

Ante ao exposto constato que o autuado não logrou elidir a infração, pois não apresentou elementos de prova capazes de confirmar suas alegações. Infração mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **275290.0101/12-0**, lavrado contra **PERNOD RICARD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$178.846,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$133.321,60 e de 150% sobre R\$45.525,03, previstas no art. 42, II, alíneas "e" e V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR