

A.I. N° - 129118.0004/11-7

AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV

AUTUANTES - ELISA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e MARTA HELENA DOS SANTOS FERNANDES

ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

INTERNET - 08. 10 .2013

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0222-01/13**

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES COM BEBIDAS. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO SITUADO NO ESTADO DA PARAÍBA.** **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Fatos demonstrados nos autos. Alegado, sem prova, que se trata de devoluções de mercadorias e de documentos cancelados. Mantidos os lançamentos. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/11, apura seguintes fatos:

1. retenção de ICMS efetuada a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição [situado no Estado da Paraíba], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.612,91, com multa de 60%;
2. falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [situado no Estado da Paraíba], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 42.354,57, com multa de 150%;
3. falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [situado no Estado da Paraíba], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 16.438,49, com multa de 150%;
4. falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [situado no Estado da Paraíba], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 96.165,42, com multa de 150%.

O autuado apresentou defesa (fls. 131/158) informando que providenciou o pagamento do débito do item 1º.

Suscita preliminar de nulidade dos lançamentos dos itens 2º, 3º e 4º, alegando ausência de descrição legal precisa e usurpação do direito de defesa. Toma por fundamento o art. 18, II e IV, “a”, do RICMS/BA [leia-se: do RPAF/BA], porque nenhum dos dispositivos enquadrados especifica com precisão a infração cometida, pois os dispositivos citados como infringidos tratam dos procedimentos a serem adotados quanto ao recolhimento do ICMS retido, sendo que, ao descrever as infrações supostamente cometidas, o autuante acusou que a empresa a) nos itens 2º e 3º, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS decorrente de devolução de produtos, e b) no item 4º, deixou de recolher ICMS relativo a operações que foram canceladas antes da ocorrência do fato gerador. Argumenta que, pelo cotejo das situações fáticas com as premissas normativas invocadas, não há como se enquadrar os fatos descritos nas normas indicadas na autuação, porque, tratando-se de devolução de mercadorias, o direito ao crédito existe, além de não ser possível exigir o recolhimento de ICMS referente a operação

que não se concretizou, e por conseguinte não houve adequação do pretenso ato infracional às pretensas disposições normativas, o que a seu ver representa violação ao art. 142 do CTN. Observa que, de acordo com o art. 18, inciso II, do RICMS/BA [do RPAF/BA], são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa, e o inciso IV, “a”, dispõe que é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, ficando assim retirada a validade do Auto de Infração, além de cercear o direito ao contraditório e à ampla defesa, implicando sua nulidade. Cita jurisprudência do CONSEF. Alega afronta ao art. 142 do CTN. Socorre-se de jurisprudência do Conselho de Contribuintes e de opiniões doutrinárias, bem como de julgados do STJ, do TRF da 4ª Região e do TAT/PE.

Quanto ao mérito, relativamente ao item 2º, sustenta a improcedência do lançamento, assinalando que a autuação gira em torno do fato de a empresa ter pretensamente se creditado indevidamente do ICMS da substituição tributária decorrente da devolução de mercadorias, implicando recolhimento a menos do imposto devido, porque a empresa não apresentou o registro das devoluções, tendo a fiscalização se baseado apenas nas GIAs. Observa que o fisco não nega o direito ao crédito, mas condiciona a sua utilização à apresentação do lançamento das devoluções. Estranha que o autuante não tenha verificado os registros de entrada, restringindo-se a analisar as GIAs, as quais refletem o que consta nos registros fiscais e contábeis, de modo que, havendo dúvida ou qualquer indício de algo fora dos contornos legais, caberia ao autuante ter analisado os registros, e não simplesmente lavrar a autuação, e portanto tal situação demonstra a temeridade do lançamento fiscal, pois viola o art. 142 do CTN.

Aduz que traz aos autos a comprovação de que os documentos fiscais que acompanharam os produtos em devolução estão lançados no Registro de Entradas (doc. 4), embora tal prova devesse ser feita pelo fisco. Cita os arts. 322, 368 e 651 do RICMS/97. Lembra que a devolução de mercadoria é a anulação de operação anterior, já tributada, e havendo o desfazimento da operação já tributada, exsurge o direito de crédito, para anular o débito da saída, por ser este indevido em virtude da inocorrência do fato gerador da exação. Chama a atenção para a análise do Registro de Entradas, dizendo que a documentação da empresa está regular, estando as devoluções devidamente comprovadas e registradas, não sendo possível considerar indevidos os créditos fiscais com base em mera presunção do fisco numa análise superficial e apenas das GIAs.

Impugna também o item 3º, alegando que a imputação fiscal não tem condições de prosperar porque, se o autuante tivesse feito uma simples análise dos livros fiscais relativamente ao mês de janeiro de 2008, teria percebido que a diferença de R\$ 16.438,49 se refere aos créditos por entradas em devoluções naquele período (doc. 5), e não há incidência de imposto em operação desfeita. Frisa que a referida diferença de R\$ 16.438,69, identificada entre o valor inicialmente apurado e o que foi recolhido, corresponde exatamente ao crédito pelas entradas, em razão da devolução das mercadorias correspondentes, conforme quadro demonstrativo que apresenta.

No tocante ao item 4º, observa que essa autuação engloba 9 Notas Fiscais canceladas, conforme o Registro de Saídas. Aduz que no caso das NF-e 5765, 15005, 15011, 15014 e 10883 [20883], elas foram objeto de denúncia espontânea à SEFAZ da Paraíba (doc. 6), pelo fato de, em virtude da nova sistemática eletrônica de emissão de Notas Fiscais, ter sido detectada a ocorrência de alguns equívocos no tratamento da resposta eletrônica automática da SEFAZ quanto aos documentos fiscais emitidos em “contingência”, e, verificando que havia transcorrido o prazo legal de 168 horas, a empresa apresentou a denúncia, informando à SEFAZ da Paraíba que realizou a correção de toda a escrituração pertinente às citadas operações, fato esse que pode ser verificado num simples exame do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED Fiscal).

Alega que, em face da referida denúncia espontânea relativa ao cancelamento das Notas Fiscais após o prazo legal de 168 horas, é improcedente a exigência fiscal, por inexistência do fato gerador da exação, uma vez que os documentos fiscais foram cancelados sem que ocorresse a circulação das mercadorias.

Com relação à outra parcela das NF-e 23750, 26246, 32718 e 34858, reclama que o fiscal deixou de observar que as referidas Notas Fiscais foram canceladas e substituídas por documentos fiscais emitidos posteriormente (doc. 7), e os documentos foram informados à SEFAZ no ato da emissão, como também foram lançados no Registro de Saídas e consequentemente se refletem no Registro de Apuração, e o imposto da substituição tributária foi recolhido. Protesta que, ao lavrar o Auto de Infração sem verificar o que poderia ter ocorrido, o fisco laborou em equívoco, concluindo, por presunção, que não houve recolhimento do tributo.

Reclama da exorbitância da multa aplicada, sem comprovação de fraude que justificasse tal multa, e em violação ao princípio do não confisco.

Pede que se declare a improcedência da autuação, com a extinção do crédito tributário e anulação dos lançamentos consubstanciados nos itens 2º, 3º e 4º, ou sua improcedência, e, subsidiariamente, a nulidade da multa ou sua redução a um patamar razoável, entre 20% e 30%.

Requer que todas as intimações sejam efetuadas em nome do advogado cujo nome indica (fl. 158), sob pena de nulidade.

Juntou documentos.

Os fiscais autuantes prestaram informação (fls. 277/297) dizendo que trabalharam com os elementos apresentados pelo autuado através dos arquivos magnéticos e das GIAs-ST, que são o resumo do ICMS retido e a recolher.

Quanto à preliminar de nulidade, observam que o autuado apresentou seu arrazoado de mérito, demonstrando a clareza das imputações. Dizem que o autuado durante a fiscalização não atendeu a nenhuma intimação. Informam que a fiscalização foi feita tomando por base os arquivos magnéticos e as informações eletrônicas disponíveis.

No mérito, informam que com relação ao item 2º fizeram o cotejo dos dados dos arquivos magnéticos com o imposto arrecadado e o declarado nas GIAs-ST, comparando o imposto apurado com os recolhimentos, tendo sido identificadas diferenças. Dizem que observaram que nas GIAs-ST constavam valores lançados a título de ressarcimento por devolução, que foram abatidos do imposto a ser recolhido, e, a partir dessa constatação, intimaram o autuado para apresentar cópias das Notas Fiscais de devolução de mercadorias indicadas nas GIAs-ST, bem como cópias das Notas Fiscais emitidas para fins de abatimento do imposto nas operações subsequentes visadas pela SEFAZ, e cópias dos respectivos Conhecimentos de Transporte, exigindo também que, se tivesse havido substituição da mercadoria devolvida, deveria a empresa enviar cópias das Notas Fiscais de saídas subsequentes à entrada em devolução, vinculando os respectivos documentos; se tivesse havido desfazimento do negócio, deveria a empresa enviar cópias dos lançamentos contábeis registrando o cancelamento parcial ou total da venda; e caso os produtos tivessem retornado simbolicamente, deveria a empresa 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.

Dizem os fiscais que não obtiveram esses esclarecimentos, e na defesa o autuado não foi capaz de trazer aos autos cópias de Nota Fiscal emitida e visada pelo fisco para tal fim ou provas materiais capazes de comprovar a efetividade das operações, e o que se observa é a anexação de cópias do Registro de Entradas, que em nada acrescenta, pois reflete as GIAs-ST, cópias de Notas Fiscais emitidas por cliente e cópia de uma Nota Fiscal de entrada, cópias estas sem amarrações e sem demonstração do efetivo desfazimento do negócio.

Transcrevem trechos do Convênio ICMS 81/93, do Protocolo ICMS 10/92 e dos arts. 368 e 374 do RICMS/97. Dizem que não se trata de simples crédito fiscal, e cabe à Bahia exigir o recolhimento do imposto retido apurado nos documentos fiscais emitidos e registrados nos arquivos magnéticos, de modo que qualquer valor diferente deste está sujeito à apresentação de documentos e lançamentos que acobertem a redução, porém foram anexadas apenas cópias de Notas Fiscais de devolução e cópia

do respectivo lançamento no Registro de Entradas, não tendo sido apresentada cópia de Nota Fiscal emitida para fins de ressarcimento visada pelo fisco, e mesmo quando intimado na fiscalização, o autuado não apresentou documentos fiscais e contábeis comprovando o desfazimento do negócio ou a substituição das mercadorias, dentre outras hipóteses citadas na intimação, bem como cópias dos Conhecimentos de Transporte.

Com relação ao item 3º, dizem os autuantes que adotaram o mesmo tipo de cotejo, e, por não ter sido atendida a intimação, foi exigida a diferença do imposto declarado e recolhido, relativamente ao que o autuado alega se tratar de devolução, porém deveria o autuado trazer aos autos provas que autorizassem a reduzir o valor do imposto a ser recolhido, conforme comentários feitos em relação ao item 2º.

Quanto ao item 4º, os fiscais observam que os resumos dos documentos emitidos eletronicamente foram impressos no “portal” da NF-e da fazenda nacional, e consta que as NF-e 5765, 15005, 15011, 15014, 20883, 23750, 26246, 32718 e 34858 se encontram e situação normal de “autorizada”, sendo que o autuado alega que algumas foram canceladas e outras foram canceladas com substituição de documentos. Dizem os autuantes que, ao emitir e transmitir NF-e, não pode a empresa ao seu bel-prazer cancelar documentos fiscais emitidos a qualquer tempo, e muito menos deixar de lançar o imposto destacado, com o recolhimento subsequente ao imposto retido, com o simples argumento de que foram emitidas outras Notas em substituição.

No tocante às NF-e 5765, 15005, 15011, 15014 e 20883, em relação às quais o autuado alega ter comunicado ao fisco paraibano os seus cancelamentos, os fiscais informam que tal comunicação foi feita quase um ano depois, e o que o autuado chama de denúncia espontânea é um requerimento que não cita em seu bojo número de Nota Fiscal e nem foi protocolado diretamente na SEFAZ, e sim enviado por AR em 30.12.10, e até o presente nada consta nos registros do “ambiente” nacional e estadual quanto à indicação do fato com o número do respectivo protocolo de atendimento.

Com relação às NF-e 23750, 26246, 32718 e 34858, para as quais o autuado alega que foram canceladas e que novas Notas foram emitidas em substituição, os fiscais informam que imprimiram extratos das mencionadas novas Notas eletrônicas, mediante chave de acesso, e aduzem que, mesmo que o regramento permitisse cancelamentos dessa forma, os pedidos de compra (PCA) e faturas indicados nessas Notas são diferentes daqueles que foram objeto da autuação.

Transcrevem o Ajuste SINIEF 7/05. Observam que o art. 231-K do RICMS/97 reproduziu as regras do referido ajuste.

Opinam pela procedência dos itens 2º, 3º e 4º.

O processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 342/344), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

- a) item 2º: tendo em vista a alegação do autuado de que a autuação decorre do fato de a empresa ter pretensamente se creditado indevidamente do imposto relativo a devolução de mercadorias, recolhendo por isso a menos o imposto retido, e de que a fiscalização se limitou a verificar as GIAs, foi solicitado que os autuantes intimassem o autuado para que, no prazo de 30 dias, pusesse à disposição da fiscalização os documentos e registros fiscais que provassem as devoluções, não significando tal medida que devessem ser anexadas cópias de todos os documentos, mas que os documentos fossem postos à disposição da fiscalização para os exames necessários, devendo os autuantes, de posse dos elementos que fossem exibidos pelo autuado, prestar nova informação, refazendo o lançamento, se fosse o caso;
- b) item 3º: tendo em vista a alegação do autuado de que a diferença apurada diz respeito aos créditos por entradas em devoluções ocorridas em janeiro de 2008, foi solicitado que fosse intimado o autuado para que, no prazo de 30 dias, pusesse à disposição da fiscalização os documentos e registros fiscais que provassem as devoluções, não significando tal solicitação que devessem ser

anexadas cópias de todos os documentos, mas que os documentos fossem postos à disposição da fiscalização para os exames necessários, devendo os autuantes, de posse dos elementos que fossem exibidos pelo autuado, prestar nova informação, refazendo o lançamento, se fosse o caso;

- c) item 4º: em face da alegação do autuado de que este lançamento envolve 9 Notas Fiscais canceladas, e destas, 5 teriam sido objeto de Denúncia Espontânea (NF-e 5765, 15005, 15011, 15014 e 10883 [20883], e de que, em relação a outras Notas (NF-e 23750, 26246, 32718 e 34858), elas foram canceladas e substituídas por outras, através das quais os recolhimentos foram efetuados, foi solicitado que fossem reexaminadas as provas apresentadas pelo autuado e checadas em face dos controles e recursos de que dispõe o fisco, e, caso tais elementos não fossem considerados suficientes, que se intimasse o autuado para, no prazo de 30 dias, apresentar as provas adicionais pertinentes, devendo os autuantes, de posse dos elementos que fossem exibidos pelo autuado, prestar nova informação, refazendo o lançamento, se fosse o caso.

Um dos autuantes prestou informação (fls. 349-350) dizendo que intimou o autuado para colocar à disposição da fiscalização os documentos comprobatórios das alegadas devoluções, bem como do efetivo cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas, e em resposta a empresa enviou correspondência (fl. 347) juntando documentos gravados em meio eletrônico, informando na mencionada correspondência que esses documentos são os mesmos já apresentados na intimação de novembro de 2011. A autuante informa que, analisando a documentação constante no DVD-Rom, observou tratar-se dos mesmos documentos já acostados às fls. 239 a 274, além de três planilhas eletrônicas que nada acrescentam, uma vez que tão somente traduzem em números os argumentos do autuado, e mais uma vez o autuado não apresentou os Conhecimentos de Transporte e os documentos contábeis que pudessem provar que as alegadas devoluções aconteceram. Quanto ao alegado cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas, a autuante informa que elas continuam na situação de “autorizada” no portal nacional da Nota Fiscal Eletrônica. Informa que as três infrações têm a mesma natureza porque, nos três casos, houve emissão de Notas Fiscais com retenção de ICMS, mas não aconteceu o recolhimento, seja por alegada devolução não comprovada de mercadorias, seja por cancelamento não comprovado de Notas Fiscais, e portanto nos três casos o imposto foi retido e não recolhido, razão por que as infrações foram lançadas com o mesmo código, e por óbvio a tipificação da multa é a mesma. Conclui dizendo manter a acusação fiscal.

## VOTO

Este Auto de Infração é composto de 4 lançamentos.

O autuado reconheceu o débito do item 1º e providenciou o pagamento.

Foi suscitada em preliminar a nulidade dos lançamentos, alegando o autuado ausência de descrição legal precisa, porque nenhum dos dispositivos enquadrados especifica com precisão a infração cometida.

Houve uma falha nesse aspecto, porque as autoridades autuantes citaram no enquadramento apenas os convênios. Os convênios são fontes nas quais se baseiam os dispositivos da legislação interna do ente tributante. Quando ocorre alguma infração à legislação, baseando-se esta em convênio, não se pode dizer que o contribuinte “infringiu” o convênio, pois o que ele infringe é a legislação interna do ente tributante.

Em se tratando de substituição tributária, prevê o art. 9º da Lei Complementar nº 87/96 que a adoção desse regime depende de acordo específico (convênio ou protocolo) celebrado pelos Estados interessados. Isso não significa que seja o convênio ou protocolo que estabeleça a responsabilidade. É evidente que convênio ou protocolo não podem definir quem seja contribuinte ou responsável, pois a definição do sujeito passivo da obrigação tributária só pode ser feita por lei: CTN, art. 97, III. Em atenção ao princípio da legalidade, mesmo no caso de substituição tributária nas operações interestaduais, também é necessário que a definição do responsável seja feita por lei, quer se trate de

operações internas, quer de operações interestaduais, sendo que, nas operações interestaduais, a lei de cada Estado depende de acordo (convênio ou protocolo), nos termos do referido art. 9º da Lei Complementar nº 87/96. Esse requisito é uma decorrência de outro princípio, o princípio da territorialidade da lei, haja vista que a lei de um Estado somente tem eficácia dentro do seu território. Para ter eficácia em relação a pessoas situadas em outro Estado, a lei depende da celebração de acordo (convênio ou protocolo) com o outro ou outros Estados.

Nesse sentido, assim prevê o art. 9º da Lei Complementar nº 87/96:

“Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.”

Note-se, porém, que o art. 9º da Lei Complementar nº 87/96 não diz que a definição do sujeito passivo seja feita por meio de acordo (convênio ou protocolo) – o que o art. 9º prevê é que a lei depende da celebração de acordo entre os Estados interessados.

Noutros termos: o fato de o art. 9º da Lei Complementar nº 87/96 prever que a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais depende de acordo específico celebrado pelos Estados interessados, isso não significa que seja o convênio ou protocolo que estabeleça a obrigação, ou que seja o convênio ou protocolo que atribua a responsabilidade pela retenção do imposto. Convênio e protocolo de substituição tributária não obrigam os contribuintes. Convênios e protocolos são pactos que vinculam apenas as pessoas de direito público que os subscrevem. O contribuinte não é signatário dos convênios e protocolos. Por conseguinte, o contribuinte não é parte de tais acordos. Os Estados é que, ao firmarem tais acordos, ficam obrigados a conduzir-se conforme o que foi por eles pactuado, devendo pôr em sua legislação regras consentâneas com o que foi acordado com o outro ou outros Estados.

É impróprio, portanto, dizer-se que o contribuinte infringiu este ou aquele convênio. Só quem pode infringir um convênio ou protocolo relativo a substituição tributária são os seus signatários, caso deixem de cumprir aquilo que foi pactuado em tais acordos.

Do mesmo modo que é impróprio dizer-se que este ou aquele convênio “define” como responsável esta ou aquela categoria de pessoa, haja vista que, nos termos do art. 97, III, do CTN, a definição do sujeito passivo da obrigação tributária só pode ser feita por lei.

Em suma, mesmo em se tratando de operação interestadual, o intérprete precisa verificar o que prevê a legislação interna sobre substituição tributária relativamente à mercadoria em questão, partindo do pressuposto de que o legislador interno levou em conta o que a Bahia convencionou com os outros Estados.

No caso em exame, trata-se de operações com bebidas. As mercadorias são provenientes da Paraíba. Tais mercadorias são objeto de convênio do qual são signatários a Bahia e a Paraíba. A lei baiana, autorizada por convênio, atribui ao remetente a obrigação pela retenção do imposto relativo às operações subsequentes neste Estado. Por essas razões, concluo que o autuado é parte legítima para figurar no polo passivo da relação jurídica em discussão.

Não houve prejuízo para a defesa, pois, apesar da omissão dos autuantes no enquadramento, o autuado demonstrou na defesa que compreendeu perfeitamente o que foi imputado, e quanto ao direito citou e transcreveu os arts. 322, I, 368, 651 e 653 do RICMS/97.

Dou por superada por essas razões a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, noto que o teor da descrição das três infrações impugnadas é o mesmo: falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [situado no Estado da Paraíba], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia.

Quando é realizada uma operação e depois ocorre a devolução da mercadoria, a devolução representa o desfazimento da operação, o que faz com que aborte o fato gerador da obrigação tributária, devendo-se anular os efeitos da tributação, mediante creditamento do imposto indevidamente debitado.

No caso de imposto retido pelo substituto tributário, a legislação prevê o ressarcimento do imposto do imposto retido e recolhido, quando a operação se desfaz (devolução da mercadoria). Mas para isso o fato precisa ser provado.

À época, o RICMS/BA regulava os procedimentos atinentes ao ressarcimento do imposto retido ou antecipado no art. 358. A matéria é também objeto do Convênio ICMS 56/97. Noto que de acordo com as intimações às fls. 111-112, 114 e 120-121 as autoridades autuantes solicitaram cópias dos elementos que comprovassem as devoluções. Segundo as autuantes, as provas não foram apresentadas.

O autuado é estabelecido na Paraíba. Alega que as autuantes não examinaram seus livros e documentos, tendo-se baseado apenas nas GIAs. De fato, não é razoável que a empresa envie pelos Correios cópias de toda sua documentação, bem como dos livros fiscais e contábeis. Porém precisava pôr à disposição do fisco os elementos solicitados, para serem verificados, “in loco”. Porém, no caso em questão, a fiscalização não precisava de “tudo”, precisava apenas dos elementos especificados nas referidas intimações às fls. 111-112, 114 e 120-121. Foram solicitadas cópias apenas dos documentos ali especificados. Não foram solicitados os livros fiscais e contábeis. Sendo assim, o autuado poderia ter fornecido as cópias, se dispunha dos documentos, como poderia também declarar, por exemplo, a impossibilidade da remessa das cópias, em razão do volume excessivo, se fosse o caso. Mas isso não foi alegado. O autuado simplesmente não atendeu às intimações.

Na fase de instrução, este órgão julgador, visando à busca da verdade material, e para que se propiciasse ao autuado ampla oportunidade de defesa, determinou diligência para que, com relação aos itens 2º e 3º, as autuantes intimassem o autuado para que, no prazo de 30 dias, pusesse à disposição da fiscalização os documentos e registros fiscais que provassem as devoluções. No despacho da diligência foi assinalado que tal solicitação não significava que devessem ser anexadas cópias de todos os documentos, mas que os documentos fossem postos à disposição da fiscalização para os exames necessários, devendo os autuantes, de posse dos elementos que fossem exibidos pelo autuado, prestar nova informação, refazendo o lançamento, se fosse o caso.

Em resposta à intimação, a empresa enviou correspondência juntando documentos gravados em meio eletrônico, informando na mencionada correspondência que esses documentos são os mesmos já apresentados na intimação de novembro de 2011. A autuante informa que, analisando a documentação constante no DVD-Rom, observou tratar-se dos mesmos documentos já acostados às fls. 239 a 274, além de três planilhas eletrônicas que nada acrescentam, uma vez que tão somente traduzem em números os argumentos do autuado, e mais uma vez o autuado não apresentou os Conhecimentos de Transporte e os documentos contábeis que pudesse provar que as alegadas devoluções aconteceram.

Não foram elididas portanto as imputações dos itens 2º e 3º.

Na referida diligência, no tocante ao item 4º, em face da alegação do autuado de que este lançamento envolve 9 Notas Fiscais canceladas, e destas, 5 teriam sido objeto de Denúncia Espontânea (NF-e 5765, 15005, 15011, 15014 e 10883 [20883], e de que, em relação a outras Notas (NF-e 23750, 26246, 32718 e 34858), elas foram canceladas e substituídas por outras, através das quais os recolhimentos foram efetuados, foi solicitado que fossem reexaminadas as provas apresentadas pelo autuado e checadas em face dos controles e recursos de que dispõe o fisco, e, caso tais elementos não fossem considerados suficientes, que se intimasse o autuado para, no prazo de 30 dias, apresentar as provas

adicionais pertinentes, devendo os autuantes, de posse dos elementos que fossem exibidos pelo autuado, prestar nova informação, refazendo o lançamento, se fosse o caso.

Em atendimento à diligência, foi informado que, quanto ao alegado cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas, as Notas continuam na situação de “autorizada” no portal nacional da Nota Fiscal Eletrônica.

As autuantes já haviam assinalado na informação anterior que a “denúncia espontânea” a que o contribuinte se refere consistiu na verdade em uma comunicação feita pela empresa ao fisco paraibano quase um ano depois dos fatos, num requerimento que não cita número de Nota Fiscal e nem foi protocolado diretamente na SEFAZ, e sim enviado por AR, e até agora nada consta nos registros do “ambiente” nacional e estadual quanto à indicação do fato com o número do respectivo protocolo de atendimento.

Assim sendo, concluo que também não foi elidida a imputação do item 4º.

O autuado reclama da exorbitância das multas aplicadas, alegando violação ao princípio do não confisco, e pleiteia sua nulidade ou redução a um patamar razoável, entre 20% e 30%.

As multas, de 150%, têm previsão legal. O que poderia haver era alguma inadequação das multas, haja vista que, pelas circunstâncias envolvidas neste caso, nos 3 itens impugnados – 2º, 3º e 4º – caberia analisar se se trata de imposto retido e não recolhido (caso em que a multa é de 150%), ou se se trata de utilização indevida de crédito fiscal (caso em que a multa é de 60%) por falta de comprovação de devolução de mercadorias. Porém, pelo que consta nos autos, prevalece a situação de que não houve as aludidas devoluções, e por conseguinte se trata de imposto retido e não recolhido.

A defesa requer à fl. 158 que as intimações relativas a este feito sejam feitas em nome do advogado, no endereço ali indicado. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum víncio se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129118.0004/11-7**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 158.571,39**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 3.612,91 e de 150% sobre R\$ 154.958,48, previstas no art. 42, II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR