

PROCESSO - A. I. Nº 129118.0004/11-7
RECORRENTE - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0222-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 28/07/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0171-12/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES COM BEBIDAS. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO SITUADO NO ESTADO DA PARAÍBA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Fatos demonstrados nos autos. Alegado pelo contribuinte, sem a apresentação de provas, que se trata de devoluções de mercadorias e de documentos cancelados. Mantidos os lançamentos. Rejeitadas a solicitação de diligência e a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, por meio do qual foram atribuídos ao sujeito passivo quatro ilícitos tributários, sendo objeto do presente Recurso as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 2 – falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [empresa situada 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%;

Consta, ainda, o seguinte: “*O recolhimento a menor do ICMS retido nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2009, decorreu de dedução indevida do imposto de parcela a título de devolução de ICMS retido em operações anteriores, sem contudo 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 nº 6.284/97, arts. 368, 374) e nem quando intimada, na presente fiscalização, a empresa, através do seu representante legal, apresentou provas (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 com a concomitante emissão de Nota Fiscal emitida para terceiros. Tudo conforme indicação nas GIAs ST e demonstrado no ANEXO III*”.

Infração 3 - falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [empresa situada 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%;

Consta, ainda, o seguinte: “*Fato apurado no mês de janeiro/2008 (competência), sem o respectivo recolhimento no mês de fevereiro, quando do cotejamento entre o cálculo do ICMS ST, tomado por base os dados declarados das operações sujeitas à ST, constantes nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ/BA, por força do Convênio 57/95, nas informações transmitidas à SEFAZ, relativamente às NF-e (Nota Fiscal Eletrônica), e os recolhimentos efetuados (v. demonstrativo – Anexo I) e documentos acostados*”.

Infração 4 - falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [empresa situada 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%.

Consta, ainda, o seguinte: “*A falta de recolhimento foi apurada no cotejamento entre as NF-e (notas fiscais eletrônicas) emitidas e transmitidas à SEFAZ e os arquivos magnéticos enviados por força do Convênio ICMS 57/95, e, ainda, com as informações constantes nas GIAs ST e nos recolhimentos efetuados nos exercícios de 2009 e 2010, bem assim através da confirmação da situação das NF-e no banco de dados nacional (V. Anexo IV e cópias do DANFE e NF-e extraídas da base de dados transmitidas à SEFAZ)*”.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

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 propiciassem 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 pudessem 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 vício 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.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, suscitando a nulidade das infrações 2, 3 e 4, em razão da “ausência de descrição legal precisa dos fatos e usurpação do direito de defesa”. Afirma que a própria Junta de Julgamento Fiscal consignou tal fato, embora tenha superado tal preliminar ao fundamento de que não teria havido prejuízo para a defesa.

Aduz que, não obstante tenha “sinalizado os artigos do RICMS/97” em sua impugnação, isso não quer dizer que a omissão do Fisco estaria sanada e, sendo assim, manter o lançamento seria macular o disposto no artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Entende que a acusação fiscal encontra-se desprovida de justificação legal, o que retira a sua validade e inquia de nulidade o lançamento. Transcreve a doutrina e a jurisprudência e conclui que há efetiva violação à lei, em virtude de erro material, “uma vez que a ausência do dispositivo infringido atinge a própria identificação da matéria tributável”.

No mérito, em relação à infração 2, alega que, embora tenha comprovado a devolução dos produtos por meio da apresentação do livro Registro de Entradas, “o acórdão recorrido persiste na premissa da ausência documental das devoluções”.

Acrescenta que “a manutenção da autuação chega até a surpreender, isso porque não foram considerados os registros de entrada, ficando apenas restrito a analisar as GIAs”, sendo notório que “a GIA reflete o que está disposto nos registros fiscais e contábeis da Impugnante, de modo que, havendo dúvida ou qualquer indício de algo fora dos contornos legais, caberia ao autuante ter analisado os registros, e não simplesmente lavrado a autuação desamparada de fatos subjacentes que a legitime”.

Prossegue dizendo que “não se pode descurar que o fato gerador do ICMS é a operação mercantil de circulação de mercadorias, sendo a nota fiscal o instrumento destinado a documentar a ocorrência de tal fato imponível, e não a substituí-lo, de modo que, uma vez desfeita a operação, o documento fiscal não detém o condão de manter a exigibilidade de um tributo indevido, por ausência de suporte fático”.

Conclui que “conforme se depreende da análise do Livro de Registro de Entradas, a documentação do recorrente está regular, estando às devoluções devidamente comprovadas e registradas, donde se concluir pela regularidade de seus créditos e operações. Nesse compasso, não há possibilidade de considerar indevidos os créditos fiscais com base em mera presunção do Fisco, realizada à vista de uma análise superficial e apenas das GIAs”. Transcreve ementas

de decisões deste CONSEF para corroborar seu entendimento.

Quanto à infração 3, alega que a Junta de Julgamento Fiscal deixou de apreciar os documentos apresentados por ocasião de sua defesa, pois, caso contrário, “*teria constatado que a diferença de R\$ 16.438,49 refere-se, na realidade, aos créditos por Entradas em Devoluções naquele período (doc. 05 da Impugnação), e, como consabido, não há se falar na incidência de ICMS-ST em operação desfeita*”.

Aduz que “*a devolução da mercadoria anula a operação tributada anteriormente, o que gera, automaticamente, o direito de crédito que resultará na anulação do débito da saída, indevido por efetiva inocorrência do fato gerador da exação*”, restando claro que “*a diferença de R\$ 16.438,69, identificada entre o valor inicialmente apurado e aquele efetivamente recolhido em razão da devolução das mercadorias corresponde exatamente ao crédito por entradas, inexistindo, portanto, saldo devedor a ser cobrado*”, conforme a planilha que apresentou.

No que tange à infração 4, esclarece que a suposta irregularidade foi apurada pelo cotejo entre as notas fiscais eletrônicas transmitidas, as Guias de Informação e Apuração do ICMS – ST e os recolhimentos efetuados nos exercícios de 2009 e 2010, englobando “*o total de nove notas fiscais canceladas nos livros fiscais de saída, as quais não foram consideradas pelo Fisco sob o argumento de que continuavam com o status de autorizada*”.

Argumenta que, ao desconsiderar a documentação apresentada, a fiscalização violou o princípio da verdade material, basilar do processo administrativo, tendo em vista que, “*no tocante às NF-e 5765, 15005, 15011, 15014 e 10883 (todas do exercício de 2009), que somam o montante de R\$ 48.228,25, necessário salientar que estas foram objeto de “denúncia espontânea” à SEFAZ/PB (doc. 06 da Impugnação), razão pela qual é indevida a incidência de multa*”.

Acrescenta que, em face da nova sistemática eletrônica de emissão das notas fiscais, “*detectou a ocorrência de alguns equívocos administrativos internos no tratamento da resposta eletrônica automática da SEFAZ quanto aos documentos fiscais emitidos em contingência*”, porém, “*verificando que havia transcorrido o prazo legal de 168 horas, o recorrente apresentou a denúncia, informando à SEFAZ/PB que realizou a correção de toda a escrituração pertinente às operações citadas, o que, ressalte-se, é possível verificar do simples exame do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED Fiscal*”.

Conclui dizendo que é improcedente a exigência fiscal, “*primeiramente, diante da inexistência do fato gerador da exação, uma vez que os documentos fiscais foram cancelados sem que ocorresse a circulação das mercadorias, além de não ser possível a cobrança da multa como pretende o autuante, em razão da apresentação da denúncia espontânea*”.

Com relação à outra parcela das notas fiscais listadas na autuação (NF-e 23750, 26246, 32718 e 34858), alega que o autuante deixou de observar que foram canceladas e substituídas por documentos fiscais emitidos posteriormente (doc. 07 da Impugnação), por meio dos quais realizou os recolhimentos do ICMS, de acordo com a planilha que apresentou.

Apenas para fins de argumentação, diz que a multa de 150% é inconstitucional e deve ser afastada ou reduzida a patamar razoável, pelas seguintes razões: a) ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação da multa em tela; b) exorbitância da penalidade aplicada, com violação ao princípio do não-confisco, consagrado no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Transcreve decisões judiciais a respeito e ressalta que “*em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra à esfera do confisco*”.

Por fim, pede a realização de diligência “*a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades*

apontadas em seu desfavor”, além da nulidade das imputações 2, 3 e 4, por ausência de descrição legal precisa, preterição do direito de defesa e inversão do ônus da prova.

No mérito, solicita a improcedência das infrações 2, 3 e 4, uma vez que não há imposto a ser recolhido diante do cancelamento das operações, e, subsidiariamente, pede o cancelamento da multa aplicada ou, ao menos, a sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Requer, ainda, “*que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade*”.

O Recurso Voluntário foi considerado intempestivo pela repartição fazendária, porém o presidente do CONSEF proveu a impugnação ao arquivamento do Recurso voluntário, interposto pelo contribuinte.

A PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, sob os seguintes fundamentos:

Diz que o recorrente repetiu os mesmos argumentos articulados em sua impugnação inicial, todos já apreciados na Decisão proferida pela primeira instância administrativa, e, portanto, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Entende que as infrações estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária, tendo o autuante logrado descrever com clareza solar o infrator, os fatos geradores, as bases de cálculo e os dispositivos legais infringidos, enquanto que as arguições de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório não devem ser acolhidas, posto que o lançamento tributário atende aos pressupostos e requisitos de validade formal descritos no artigo 39 do RPAF/99 e, ademais, o autuado demonstrou a compreensão perfeita do cerne das imputações, tendo citado os artigos 322, inciso I, 368, 651 e 653, do RICMS/97.

Diz que as alegações de inconstitucionalidade da multa devem ser rechaçadas, pois falece a este CONSEF a competência para apreciá-las, ao teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, além do que a penalidade indicada está prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Aduz que o pedido de diligência deve ser indeferido, por falta de amparo legal, pois o recorrente não logrou colacionar aos autos as provas materiais de suas alegações, nem justificou a impossibilidade de trazer ao processo tais elementos, consoante o artigo 147, incisos I e II, do RPAF/99.

No mérito, menciona que, até o momento, o recorrente não logrou comprovar a devolução das mercadorias, ou seja, o desfazimento das operações mercantis, e ressalta que o presente PAF foi convertido em diligência pela Junta de Julgamento Fiscal, em busca da verdade material, para que o autuado, no prazo de 30 dias, “*disponibilizasse os documentos e registros fiscais que provassem as respectivas devoluções*”.

VOTO

Inicialmente, saliento que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente, Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, no endereço constante do Recurso Voluntário, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

O recorrente suscitou a nulidade das infrações 2, 3 e 4, sob a alegação de cerceamento de defesa em decorrência da ausência de descrição legal precisa da infração.

Considero que não deve ser acatada a preliminar suscitada, uma vez que a descrição dos fatos, embora resumida, encontra-se compreensível e, ademais, o autuante fez constar, em cada uma das imputações, um adendo em que esclarece os motivos do lançamento.

Efetivamente, está com a razão o julgador de primeira instância, ao mencionar que não poderiam ter sido citados, como enquadramento legal, os acordos interestaduais de que são signatários os Estados de origem e destino das mercadorias e sim, a legislação interna baiana que oferecesse suporte à autuação.

Entretanto, como bem explicado no voto do acórdão recorrido, não houve prejuízo para o exercício do contraditório, pois o autuado demonstrou que compreendeu perfeitamente do que estava sendo acusado. Ademais, é pacífico o entendimento neste CONSEF de que o contribuinte se defende dos fatos a si imputados e não do enquadramento legal, pois a ninguém é dado desconhecer a legislação. Por fim, o § 2º do artigo 18 do RPAF/99 dispõe que “*Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado*”.

Quanto ao mérito, constato que, nas infrações 2, 3 e 4, o ICMS foi lançado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição [empresa situada no Estado da Paraíba], relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia.

No que tange às infrações 2 e 3, o recorrente alegou que os produtos foram devolvidos, conforme o que consta do livro Registro de Entradas, o que não teria sido levado em conta pela Junta de Julgamento Fiscal.

Como se trata de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, em caso de desfazimento da operação, a legislação prevê o ressarcimento do imposto. Para que isso ocorra, todavia, é preciso que esteja devidamente comprovada a devolução, consoante o que previa, à época, o artigo 358 do RICMS/97.

Verifico, pelo exame dos autos, que as autuantes solicitaram do contribuinte, mediante intimação, cópias dos elementos que comprovassem as alegadas devoluções (fls. 111-112, 114 e 120-121), não tendo sido atendidas. Além disso, o órgão julgador de piso, na busca da verdade material, determinou a realização de diligência para que “*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*”.

Em resposta à intimação, o autuado enviou correspondência anexando documentos gravados em meio eletrônico, com a informação de que os documentos são os mesmos já apresentados na intimação originalmente enviada pelas autoridades fazendárias.

Uma das autuantes, por seu turno, informou que o contribuinte não apresentou os Conhecimentos de Transporte e os documentos contábeis que pudessem provar que as alegadas devoluções aconteceram e 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 acrescentavam aos elementos dos autos, uma vez que apenas traduziam em números os argumentos do autuado.

Por fim, nenhum elemento de prova foi trazido ao PAF por ocasião da apresentação do Recurso Voluntário. Sendo assim, considero que não foram elididas as imputações 2 e 3 do presente Auto de Infração e mantendo, em sua integralidade, a Decisão da primeira instância.

No que tange à infração 4, o recorrente alegou que a autuação envolve 9 (nove) notas fiscais canceladas, sendo que, destas: a) 5 (cinco) teriam sido objeto de Denúncia Espontânea (NF-e nºs 5765, 15005, 15011, 15014 e 10883 [20883]; b) as demais (NF-e nºs 23750, 26246, 32718 e 34858), haviam sido substituídas por outras, por meio das quais os recolhimentos do imposto teriam sido

efetuados.

Com o intuito de buscar a verdade material, a Junta de Julgamento Fiscal converteu os autos em diligência às autuantes para que reexaminassem as provas apresentadas pelo autuado em face dos controles de que dispõe o Fisco e, caso tais elementos não fossem considerados suficientes, que se intimasse o autuado para, no prazo de 30 dias, apresentasse as provas adicionais pertinentes.

Em atendimento à diligência, foi informado que as notas fiscais mencionadas continuavam na situação de “autorizada” no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica e que a “denúncia espontânea” a que se refere o contribuinte 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.

Por fim, nenhum elemento de prova foi trazido ao PAF por ocasião da apresentação do Recurso Voluntário. Dessa forma, concluo pela manutenção da Decisão recorrida no que se refere à quarta infração.

Ressalto, ainda, que a multa indicada na autuação, equivalente a 150% do valor do imposto lançado, é a prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não havendo, assim, o alegado caráter de confisco. Ademais, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, consoante o teor do artigo 125, inciso I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB).

Saliento que foram lavrados diversos autos de infração contra este contribuinte em idêntica matéria à que ora se analisa, tendo o Conselho de Fazenda Estadual decidido pela procedência dos lançamentos, consoante os Acórdãos CJF nºs 0091-11/13 e 0281-13/13.

Por fim, o pedido de redução de multa não pode ser apreciado por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois a competência para reduzir ou dispensar multa por descumprimento de obrigação principal é exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, mediante pedido específico e atendidos os requisitos regulamentares.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 129118.0004/11-7, lavrado contra COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, devendo ser intimado o recorrente 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 150% sobre R\$154.958,48, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS