

A. I. Nº - 282219.1103/14-7  
AUTUADO - CAF - CRYSTAL ÁGUAS DO NORDESTE LTDA.  
AUTUANTE - RUBENS MINORU HONDA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 03.06.2015

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0093-04/15

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. Autuado comprova o desfazimento de uma das operações objeto da autuação. Acusação parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração lavrado em 05/11/2014 para exigir crédito tributário no valor de R\$7.293,48, acrescido de multa de 150%, em face da seguinte acusação: *"Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia"*, relativamente aos meses de junho e setembro/2013 e fevereiro/2014.

Devidamente cientificado, o autuado, por intermédio de seu patrono, ingressou com impugnação, onde, após se reportar quanto a tempestividade da defesa, sua apresentação em meio eletrônico, esclarecimento inicial e os fatos que ensejaram a autuação, adentrou aos fundamentos de mérito, argumentando que o autuante deixou de considerar em seu levantamento fiscal algumas notas fiscais que tiveram o ICMS-ST destacado porém não recolhido, porque ocorreu o desfazimento da operação.

Pontua que a operação realizada pela Nota Fiscal nº 11.278 foi cancelada, tendo sido emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 11.299, a qual foi juntada aos autos, fl. 51, visando a comprovação. Diz que o mesmo ocorreu no período de 2014, relativamente a Nota Fiscal nº 12.719, porém não faz juntada de qualquer documento quanto a esta nota fiscal.

Cita e transcreve artigo pertinente a devolução de mercadorias constante da legislação do ICMS do Estado de Alagoas para concluir que a legislação é clara e direta, sendo que o ICMS-ST correspondente às operações canceladas deve ser abatido do valor a recolher no período, concluindo que não há como subsistir o lançamento.

Em seguida passa a se referir ao que denomina *"Da exorbitância da multa aplicada"*, destacando dois motivos que, ao seu entender, afastam a possibilidade de aplicação de multa no patamar de 150%: (i) ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Discorre sobre as questões acima pontuadas, onde menciona decisão do CARF, princípios constitucionais, doutrina e decisões do STF, para concluir neste tópico que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora. Em consequência, requer o reconhecimento da improcedência da autuação no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, pugna pela redução ao patamar entre 20 e 30%.

Pede, ainda, que seja levado em consideração o benefício da dúvida, visto que o Art. 112 do CTN, o qual transcreveu, é claro em afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Cita entendimento de Tribunais Superiores a este respeito,

pedindo, ao final, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração, protestando e requerendo, ainda, todos os meios de provas permitidos em direito, juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil e tudo o mais que concorra para a prática da Justiça.

O autuante presta informação fiscal, fls. 56 e 57, argumentando que as alegações da autuada não conseguem elidir a Ação fiscal, visto que:

- Os Estados da Bahia e Alagoas são signatários dos Protocolos ICMS 10/92 e 11/91, inclusive na época do período fiscalizado.
- A empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito sob o número 089.169.818 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário estando, portanto, subordinado ao cumprimento das normas dispostas nos retro citados Protocolos, bem como as do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais da substituição tributária, em todas as suas operações de mercadorias para o Estado da Bahia com os produtos a eles vinculados.

Com relação à alegação de desfazimento das operações de venda elencado na defesa, diz que o autuado apenas apresentou comprovação de uma das Notas Fiscais, sendo que a segunda Nota Fiscal não foi apresentada comprovação do desfazimento da operação.

Com isso, reconhece a Nota Fiscal 11.278 de 18/09/2013 com devolução da mercadoria através da NF 11.299 de 19/09/2013, cujo DANFE foi anexado ao processo às fl. 51. Com relação a NF 12.719 de 05/02/2014 diz que não houve comprovação de desfazimento como também, a Nota Fiscal Eletrônica continua válida em nossos sistemas, portanto não reconhece a alegação apresentada.

Quanto a alegação de exorbitância da multa aplicada e solicitação de redução dela, pelo contribuinte, cita que a tipificação da multa decorre de Lei e o seu cálculo é feito automaticamente pelo sistema da SEFAZ em estrito cumprimento à legislação pertinente, não cabendo a esta fiscalização qualquer intervenção ou decisão discricionária.

Em conclusão, diz que excluído o valor da contestação referente a NF 11.278, o valor corrigido relativo ao período de Setembro de 2013 passa de R\$3.228,78 para R\$2.017,96.

Foram juntados aos autos, fls. 60 e 61, extratos de pagamento do débito das parcelas reconhecidas como devidas pelo autuado nos valores de R\$688,25 referente a junho/13 e R\$2.017,96 referente a setembro/13, cujos valores foram pagos com a adição da multa de 150%.

## VOTO

De início verifico que não remanesce mais lide em relação aos lançamentos pertinentes ao mês 06/2013 no valor de R\$688,25 o qual subsiste integralmente e R\$2.017,96 referente ao mês de setembro/13, cujo valor original lançado foi reduzido corretamente pelo autuante para este patamar, visto que, o documento de fl. 51, referente ao DANFE nº 11.299 comprova a ocorrência da devolução da operação relacionada a Nota Fiscal nº 11.278, subsistindo parcialmente este item. Em consequência, os valores já pagos e pertinentes a estes dois itens deverão ser homologados pelo setor competente desta SEFAZ.

Antes de me pronunciar a respeito da ocorrência relativa ao último item da autuação, ou seja, o mês de fevereiro/14, no valor de R\$3.376,45, única que se discute neste momento, afasto o pedido de perícia e de diligência fisco-contábil requerido pelo autuado em razão de não serem necessários à formação do meu convencimento, ante aos elementos já presentes nos autos.

Diferentemente do ocorrido em relação ao mês 06/2013, onde o autuado carrou aos autos prova incontestada do desfazimento da operação, em relação ao mês 02/2014 se limitou a fazer uma vaga referência dizendo *que o mesmo ocorreu no período de 2014*, sem citar sequer o período e o documento fiscal correspondente e sem juntar aos autos qualquer comprovação de que ocorreu a devolução das mercadorias. Note-se que esta nota fiscal eletrônica continua como válida no

sistema, o que detona a ocorrência da operação. Diante destes fatos e considerando que o autuado não comprovou a ocorrência do desfazimento da operação em relação a Nota Fiscal nº 12.719 de 05/02/2014, fica mantida a exigência no valor de R\$3.376,45 pertinente ao mês de fevereiro/14.

Quanto a multa aplicada no percentual de 150%, independentemente dos argumentos trazidos pelo autuado, vejo que é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96, em seu Art. 42, inciso V "a" para este tipo de ocorrência, isto é, imposto retido e não recolhido, portanto corretamente aplicada. Já em relação as decisões de Tribunais Superiores citadas pelo autuado elas não possuem efeitos vinculantes aos órgãos julgadores administrativos, portanto não se aplicam ao caso aqui sob análise.

No tocante ao pedido de redução ou cancelamento da multa no percentual de 150%, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, não existe previsão no Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA para tal procedimento pelo órgão julgador de primeira instância, podendo o autuado, se assim entender, valer-se da regra prevista pelo Art. 159 do referido Regulamento.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$6.082,66, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **282219.1103/14-7** lavrado contra **CAF - CRYSTAL ÁGUAS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$6.082,66** acrescido da multa de 150% prevista no Art. 42, inciso V "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR