

PROCESSO - A. I. Nº 281331.0901/14-0
RECORRENTE - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV [AMBEV S.A.]
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0160-01/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/03/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0010-11/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO ESTABELECIDO NO ESTADO DE SÃO PAULO. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DESTINADAS A CONTRIBUINTES SITUADOS NO ESTADO DA BAHIA. **a)** RETENÇÃO DE ICMS EFETUADA A MENOS. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS RETIDO. Fato demonstrado nos autos. Parte dos valores lançados foi pago após o início do procedimento fiscal, ficando descaracterizada a espontaneidade. Alegação, sem prova, da existência de créditos fiscais de períodos anteriores relativos a devoluções de mercadorias. Mantido o lançamento, recomendando-se a homologação dos valores pagos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/09/2014 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 954.183,15, acrescido de multas, em decorrência do cometimento de 3 infrações, das quais, somente é objeto do Recurso Voluntário a infração 03, a seguir transcrita, *in verbis*:

Infração 03. *Deixou de proceder o recolhimento de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados [sic] no Estado da Bahia. Total de Infração R\$ 862.123,37, multa de 150%.*

Após a apresentação da Defesa administrativa (fls. 46 e 68), conversão do feito em diligência e da correspondente Informação Fiscal (fls. 211 a 229), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que dirimiui a lide nos seguintes termos:

VOTO

Este Auto de Infração é composto de 3 lançamentos. Foi impugnado apenas o item 3º.

O item impugnado contém cinco parcelas. As duas primeiras parcelas são relativas a 31.1.12 e 28.2.12, nos valores de R\$ 333.298,36 e R\$ 330.990,61, respectivamente. O autuado alega que tinha créditos de períodos anteriores, decorrentes de devoluções de mercadorias, que não foram observados pela fiscalização. Alega que os valores foram declarados nas GIAs-ST, cuja composição é reproduzida nas tabelas às fls. 49-50, onde consta que em janeiro de 2012 havia créditos de períodos anteriores no valor de R\$ 929.004,99 e no mês de fevereiro os créditos de períodos anteriores totalizavam R\$ 436.290,15.

De fato, conforme prevê o § 1º do art. 258 do RICMS/12, na GIA-ST devem ser informadas as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária destinadas a contribuintes situados neste Estado, realizadas no mês anterior, devendo ser especificado o valor dos produtos, o valor do IPI, despesas acessórias, a base de cálculo do ICMS-ST, o ICMS retido por substituição tributária, o ICMS de devoluções de mercadorias, o ICMS de ressarcimentos, crédito do período anterior, pagamentos antecipados, ICMS-ST devido, repasse de ICMS-ST referente a combustíveis, crédito para o período seguinte, total do ICMS-ST a recolher e transferências efetuadas.

Porém não basta declarar essas coisas na GIA-ST, é preciso também que os valores se baseiem em documentos adequados. Neste caso, em face da alegação da defesa, o fiscal autuante intimou o contribuinte para que ele apresentasse as Notas Fiscais de devoluções de mercadorias, uma vez que, embora na defesa seja feita referência a Notas Fiscais de devoluções de mercadorias que teriam sido anexadas, as Notas não foram anexadas, havendo apenas três cópias de Notas Fiscais de “Ressarcimento de ICMS ST”.

Atendendo à intimação, o contribuinte anexou três Notas Fiscais, que são as mesmas que já haviam sido anexadas à defesa originária. O autuado não provou ter procedido como preveem o art. 368 do RICMS/97 e o art. 299 do RICMS/12. Além disso, as Notas Fiscais apresentadas (fls. 206/208) não contêm a identificação das Notas Fiscais de devolução que motivaram o ressarcimento, e também não indicam os números e as datas dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, conforme previsão das alíneas “c” e “d” do inciso II do art. 299 do RICMS/12.

Mantenho por essas razões os valores lançados relativamente a janeiro e fevereiro de 2012, de R\$ 333.298,36 e R\$ 330.990,61, respectivamente.

Quanto à parcela com data de ocorrência de 31.3.12, no valor de R\$ 105.299,54, o autuado alega igualmente sua improcedência em virtude da existência de créditos fiscais de períodos anteriores não considerados pela fiscalização. Não fez prova do que alega.

Ainda com relação à referida parcela de março de 2012, o autuado observa que recolheu o valor de R\$ 100.491,73, em virtude de uma apuração incorreta da empresa, que lançou, por equívoco, crédito fiscal de período anterior em valor superior ao efetivamente apurado, porém alega que remanesce a cobrança indevida em relação ao saldo de R\$ 4.807,81, que representa créditos de períodos anteriores que devem ser compensados.

Ao prestar a informação, o fiscal autuante reconheceu que, com relação à “competência 31/03/2013” [leia-se 31/03/2012], com débito total de R\$ 105.299,54, foi pago o valor de R\$ 100.491,73, e registra que, por uma questão de ofício, verificou que consta o pagamento na base de dados da SEFAZ, devendo os valores da multa e dos juros ser calculados pela área técnica responsável.

Tendo em vista que os pagamentos foram feitos depois da autuação, mantenho o valor lançado, devendo ser homologados os valores já pagos.

No tocante à parcela de 31.10.13, foi lançado o valor de R\$ 42.940,75. O autuado informou na defesa que recolheu apenas o valor da multa, com a redução legal, uma vez que antes da lavratura do Auto de Infração já havia recolhido o valor principal. Alega que essa parcela seria improcedente em face do pagamento do valor exigido com juros, efetuado em 29.8.14, ou seja, quase um mês antes da ciência do Auto de Infração. Aduz que pagou a multa no prazo de defesa, fazendo jus à redução legal da multa.

Ao prestar a informação, o fiscal declarou que foram identificados dois pagamentos, em 29.8.14, nos valores de R\$ 50.183,65 e R\$ 6.997,08, e, por uma questão de ofício, verificou que eles constam na base de dados da SEFAZ (fls. 185/187), sendo que esses pagamentos não dispensam a multa e os juros, tendo em vista que a quitação foi feita intempestivamente em 29.8.14, estando o autuado sob fiscalização, que se iniciou em 14.7.14. Como o pagamento foi feito com indicação da inscrição de outra filial da empresa, o fiscal sugere que o CONSEF encaminhe o processo à DARC (Diretoria de Arrecadação), para as providências de controle que forem necessárias.

De fato, os pagamentos foram feitos quando o autuado já se encontrava sob ação fiscal. Mantenho o valor lançado, devendo ser homologados os valores já pagos.

Quanto à parcela de 30.11.13, foi lançado o valor de R\$ 49.594,11. O autuado sustenta a improcedência, em virtude da existência de créditos fiscais decorrentes de Notas Fiscais de ressarcimento.

A defesa explica que o valor lançado, R\$ 49.594,11, representa a diferença entre o valor apurado e o valor reconhecido no processo de restituição nº 172313/2013-3 (R\$ 31.079,24) e os valores informados na GIA-ST a título de créditos decorrentes de devolução (R\$ 18.514,53). Aduz que concordou com o resultado do julgamento administrativo, razão pela qual procedeu, no prazo da defesa, ao recolhimento do imposto no valor principal, de R\$ 31.079,24. Discorda do entendimento da autoridade fiscal em desconsiderar o crédito de ICMS referente a devoluções de mercadorias no valor de R\$ 18.514,53.

O autuado não fez prova das alegadas devoluções, apesar de ter sido intimado a apresentar as Notas de devolução. As Notas Fiscais apresentadas (fls. 206/208) não contêm a identificação das Notas Fiscais de devolução que motivaram o ressarcimento, e também não indicam os números e as datas dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, conforme previsão das alíneas “c” e “d” do inciso II do art. 299 do RICMS/12.

Ao prestar a informação, o fiscal declarou que, quanto à “competência 30/11/2013”, com débito total de R\$ 49.594,11, foi pago o valor parcial de R\$ 31.079,24, e, por uma questão de ofício, verificou que consta o pagamento na base de dados da SEFAZ.

Tendo em vista que o pagamento foi feito após a autuação, mantenho o valor lançado, devendo ser homologado o valor já pago.

O autuado reclama da multa aplicada (item 3º), alegando ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude, e exorbitância da penalidade, em violação ao princípio do não confisco. Pede a redução da multa para 20%, conforme precedentes do STF.

Quanto a esse aspecto, cumpre dizer que não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto. Quanto à redução da multa para 20%, esta Junta não tem competência para deliberar nesse sentido.

Tendo em vista que houve pagamentos feitos com indicação da inscrição de outra filial da empresa, sugiro que a repartição fiscal, no procedimento de homologação dos valores pagos, diligencie junto à DARC (Diretoria de Arrecadação) as providências de controle que forem necessárias.

Há um requerimento no sentido de que as intimações relativas a este feito sejam feitas em nome do Dr. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, sob pena de nulidade. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressaltando-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 homologadas as quantias já pagas.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 321 a 263), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua Defesa, anteriormente apresentada, e refazendo os pedidos já postulados.

Após apontar a tempestividade do recurso e fazer uma breve síntese dos fatos e razões recursais, passa a expor os fundamentos para modificação do julgado de primeira instância, em relação à infração 03 e suas 05 competências ou ocorrências.

No que tange as competências de **janeiro e fevereiro** de 2012, diz que tais ocorrências são improcedentes em face da existência de créditos fiscais de períodos anteriores que não foram considerados, devidamente declarados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS – ST (GIA ST) do período autuado, transcrevendo a composição de tais documentos em sua petição.

Assegura que “em janeiro e fevereiro de 2012, o recorrente detinha créditos de períodos anteriores no valor total de R\$ 929.004,99 e R\$ 436.290,15, respectivamente, devidamente apropriados e declarados, e que não foram considerados pela fiscalização no momento da lavratura do auto”.

Diz que inexistiu saldo a recolher no período analisado e que a “GIA reflete o que está disposto nos registros fiscais e contábeis do recorrente, de modo que, havendo dúvida ou qualquer indício de algo fora dos contornos legais, caberia ao fiscal ter analisado os registros, e não simplesmente lavrar autuação desamparada de fatos subjacentes que a legitime”.

Assegura que o pagamento do ICMS – ST por meio de créditos fiscais existentes em períodos anteriores é a concretização do princípio da não-cumulatividade e que o direito de compensação é previsto no artigo 25, inciso I, c/c 26 caput, ambos da Lei Estadual nº 7.014/96, que colaciona aos autos.

Em relação a competência de **março de 2012**, autuada no valor principal de R\$ 105.299,54, o recorrente reconhece a procedência da exigência fiscal no valor de R\$ 100.491,73, explicando que “em função de uma apuração incorreta da Companhia que lançou, por equívoco, crédito fiscal de período anterior em valor superior ao efetivamente apurado, porém, remanesce a cobrança indevida em relação ao saldo de R\$ 4.807,81, que representam créditos de períodos anteriores efetivamente devidos e que devem ser compensados”

Com base nessa tese, assegura que não houve qualquer ato infracional ao ponto de gerar imposto a ser recolhido, devendo ser declarado improcedente “em relação ao saldo remanescente da competência de março de 2012”.

Quanto à competência de **outubro de 2013**, onde se exige R\$ 42.940,75, diz que a importância foi

recolhida com juros em 29/08/2014, conforme documentos que anexa e traz no corpo do texto (GNRE, comprovante de recolhimento de GNER, DAE relativo ao recolhimento do FECOP de outubro de 2013 e comprovante de recolhimento do DAE), asseverando que o recolhimento foi feito um mês antes da data da ciência do presente lançamento.

Diante deste pagamento anterior, diz que faz jus ao benefício de redução legal da multa e que, consoante o artigo 122, incisos I e IV do RPAF c/c o artigo 156, I do CTN, é improcedente a autuação fiscal no tocante ao valor principal.

Por fim, no que tange a **novembro de 2013**, alega a improcedência da ocorrência face à existência de créditos fiscais decorrentes de notas fiscais de ressarcimento. Lembra que tal competência exige o pagamento do montante principal de R\$ 49.594,11, *“valor este representativo da diferença entre o valor apurado e aquele reconhecido no Processo de Restituição nº 172313/2013-3 (R\$ 31.079,24) e os valores informados na GIA ST a título de créditos decorrentes de devolução (R\$ 18.514,53)”*.

Diante destas constatações, afirma que concordou com o resultado do julgamento administrativo e procedeu, no prazo da defesa, com o recolhimento do valor principal de R\$ 31.079,24. Quanto ao restante, referente a devoluções de mercadorias no valor de R\$ 18.514,53, assevera que *“não há como aceitar a referida infração, haja vista a inexistência de fato gerador que enseje a tributação imposta”*. Embasa a sua tese de direito ao crédito por devolução citando os artigos 309 do RICMS/BA - 12 e o artigo 150, §7º da CF.

Pontua também que os documentos que garantem o direito à restituição são as notas fiscais de devolução indicadas no art. 368, I, do RICMS, que, segundo afirma *“encontram-se, todas, acostadas a presente peça de defesa”*.

Alega que o fato gerador presumido não se consumou e que diante da verdade material trazida aos autos, a penalização do recorrente é indevida, bem como, a sua manutenção é confisco, violando o artigo 142 do CTN.

Aduz, com base neste quadro, que com a comprovação da devolução dos produtos listados pela fiscalização, por meio das notas fiscais apresentadas, que respeitara os requisitos previstos nos arts. 368 e 651 do RICMS/BA, bem como nas cláusulas terceira e quarta do Convênio ICMS nº 81/93, que transcreve.

Em outro tópico, passa a tratar sobre a exorbitância da multa aplicada. Alega que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: *“(i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco”*.

Em relação ao primeiro ponto, diz que as penalidades de tal jaez *“dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente”*.

Quanto ao segundo ponto, assegura que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Para socorro de suas afirmativas, colaciona ementa do Acórdão nº 9101-00.5496 do CARF e ementas da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075 e do Recurso Extraordinário nº 754554, julgados no STF.

Nos pedidos, clama pelo reconhecimento da improcedência da infração 03, por não existir irregularidades e, sucessivamente, pela anulação da multa imposta devido a falta de comprovação do intuito da fraude ou, sucessivamente, pela redução para o patamar de 20%, conforme precedentes do STF.

Em termos, os autos foram remetidos a PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 305 a 307, a preclara Procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, após breve histórico do processo, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Diz que a arguição de nulidade do Auto de Infração deve ser rechaçada, pois não apresenta falhas capazes de gerar prejuízos ao contribuinte.

Ressalta que todas as alegações versando sobre a inconstitucionalidade da multa aplicada não poderão ser apreciadas pelo CONSEF em face do art. 167, II do RPAF/BA. Ademais, explica que o princípio que veda a criação de tributo com efeito confiscatório, não alcança a multa, por ter natureza jurídica diversa.

Afiança que na hipótese em tela, a multa aplicada está prevista expressamente no art. 42, inciso V, 'a' da Lei nº 7.014/96, bem como, a arguição de violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade não encontra fundamento jurídico.

Quanto ao pedido de extinção do crédito tributário, diante de seu pagamento, alerta que a repartição fazendária deverá proceder a homologação dos valores recolhidos em favor dos cofres estaduais, de acordo com a própria Decisão de primeiro grau.

Quanto as alegações de mérito, coloca que o recorrente não logra em comprovar a devolução das mercadorias e, conseqüentemente, o desfazimento da operação mercantil. Ressalta que as notas fisais apresentadas às fls. 206 a 208 *“não contêm a identificação das notas fisais de devolução que motivaram o ressarcimento, e também não indicam os números e as datas dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias, conforme estabelecido nas alíneas ‘c’ e ‘d’, do inciso II, do art. 299 do RICMS/12”*.

Ao fim, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de 3 infrações, das quais somente é objeto do irresignação a infração 3, que cobra a falta de recolhimento do ICMS retido.

Em seu arrazoadado, o contribuinte reafirma os argumentos esposados em sede de defesa e apreciados pela Primeira Instância, alegando que são improcedentes as cinco ocorrências da infração 3 (nos meses de janeiro 2012, fevereiro 2012, março 2012, outubro 2013 e novembro 2013), apontando o seguinte:

- a) **janeiro e fevereiro** de 2012, diz que tais ocorrências são improcedentes em face da existência de créditos fiscais de períodos anteriores
- b) **março de 2012**, autuada no valor principal de R\$ 105.299,54, o recorrente reconhece a procedência da exigência fiscal no valor de R\$ 100.491,73, explicando que *“em função de uma apuração incorreta da Companhia que lançou, por equívoco, crédito fiscal de período anterior em valor superior ao efetivamente apurado, porém, remanesce a cobrança indevida em relação ao saldo de R\$ 4.807,81*
- c) **outubro de 2013**, onde se exige R\$ 42.940,75, diz que a importância foi recolhida com juros em 29/08/2014, conforme comprovante de recolhimento do DAE), asseverando que o recolhimento foi feito um mês antes da data da ciência do presente lançamento
- d) **novembro de 2013**, alega a improcedência da ocorrência face à existência de créditos fiscais decorrentes de notas fiscais de ressarcimento.

Compulsando os autos, observo que reparo algum merece a Decisão de piso.

Quanto a alegação de crédito referente às ocorrências de janeiro e fevereiro de 2012, andou bem a JF em dizer que *“não basta declarar essas coisas na GIA-ST, é preciso também que os valores se*

baseiem em documentos adequados”.

Intimada para comprovar o crédito anotado na GIA-ST de janeiro e fevereiro de 2012, o autuado somente anexou três Notas Fiscais que não estão de acordo com o quanto estabelecido no artigo 368, III do RICMS/97 e o artigo 299, II do RICMS/12, como *“não contêm a identificação das Notas Fiscais de devolução que motivaram o ressarcimento, e também não indicam os números e as datas dos documentos fiscais de aquisição das mercadorias”.*

Para melhor entendimento da situação, faz-se necessária a colação os artigos 368 do RICMS/97 e 299 do RICMS/12, vigentes à época dos fatos:

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;

III - visando à compensação do imposto:

a) o remetente estornará o débito fiscal correspondente à Nota Fiscal referida no inciso I no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS;

b) para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra Nota Fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor que tenha retido originariamente o imposto, contendo as seguintes indicações, nos campos próprios, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto (Conv. ICMS 56/97):

1 - o nome, o endereço, o CGC e a inscrição estadual do fornecedor;

2 - como natureza da operação: "Ressarcimento do ICMS";

3 - a identificação da Nota Fiscal de sua emissão referida no inciso I, que tiver motivado o ressarcimento;

4 - o número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria;

5 - o valor do ressarcimento, que corresponderá ao valor do imposto anteriormente antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso;

6 - a declaração: "Nota Fiscal emitida para efeito de ressarcimento, de acordo com as cláusulas terceira e quarta do Convênio ICMS 81/93";

c) serão enviadas ao fornecedor:

1 - a 1ª via da Nota Fiscal de ressarcimento (alínea anterior);

2 - cópias reprográficas dos documentos fiscais referidos nos itens 3 e 4 da alínea anterior;

*d) o estabelecimento fornecedor que, na condição de responsável por substituição, houver efetuado a retenção do imposto, ao receber a 1ª via da Nota Fiscal emitida para fins de ressarcimento, nos termos da alínea “b”, poderá deduzir o valor do imposto retido, do próximo recolhimento a ser feito a este Estado ou à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento, conforme o caso, observado, nas operações interestaduais, o disposto na **alínea “d” do inciso II do art. 374** (Conv. ICMS 56/97);*

(...)

Art. 299. *Nas hipóteses de devolução ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido:*

I - o remetente estornará o débito fiscal correspondente à nota fiscal de devolução no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS;

II - para efeito de ressarcimento do imposto anteriormente retido, o remetente emitirá outra nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do respectivo fornecedor que tenha retido originariamente o imposto, contendo as seguintes indicações, nos campos próprios, vedada qualquer indicação no campo destinado ao destaque do imposto:

- a) o nome, o endereço, o CNPJ e a inscrição estadual do fornecedor;
- b) como natureza da operação: “Ressarcimento do ICMS”;
- c) a identificação da nota fiscal de devolução, que tiver motivado o ressarcimento;
- d) o número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria;
- e) o valor do ressarcimento, que corresponderá ao valor do imposto anteriormente antecipado, total ou proporcionalmente, conforme o caso;

III - o estabelecimento fornecedor que, na condição de responsável por substituição, houver efetuado a retenção do imposto, ao receber a 1ª via da nota fiscal emitida para fins de ressarcimento, visada nos termos do § 4º, poderá deduzir o valor do imposto retido, do próximo recolhimento a ser feito a este Estado;

IV - a nota fiscal de ressarcimento será escriturada:

- a) pelo emitente, no Registro de Saídas, utilizando-se apenas as colunas “Documentos Fiscais” e “Observações”, fazendo constar nesta a expressão “Ressarcimento de imposto retido”;
- b) pelo destinatário do documento, sendo estabelecido neste Estado, no Registro de Apuração do ICMS, em folha subsequente à destinada à apuração do imposto referente às operações próprias, destinada à apuração do imposto por substituição tributária, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos”, com a expressão “Ressarcimento de imposto retido”.

§ 1º Em substituição ao procedimento recomendado no caput, poderá o contribuinte que efetuar a devolução utilizar como créditos fiscais ambas as parcelas do imposto, o normal e o antecipado, constantes no documento de aquisição das mesmas mercadorias, total ou proporcionalmente, conforme o caso, a serem lançados no quadro “Crédito do Imposto – Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS.

§ 2º O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição do respectivo produto pelo estabelecimento.

§ 3º Quando for impossível determinar a correspondência do ICMS retido à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o valor do imposto retido quando da última aquisição do produto pelo estabelecimento, proporcional à quantidade saída.

§ 4º A nota fiscal emitida para fim de ressarcimento deverá ser visada pelo órgão fazendário em cuja circunscrição se localize o contribuinte, acompanhada de relação discriminando as operações, salvo as operações com combustíveis e lubrificantes, cujas notas fiscais deverão ser visadas pela COPEC.

§ 5º Na hipótese de o imposto ter sido recolhido por antecipação pelo adquirente, o ressarcimento do imposto antecipado, quando cabível, será feito mediante pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Portanto, corroboro com a Decisão de primeira instância e mantenho as ocorrências de janeiro e fevereiro de 2012.

Quanto à ocorrência de março de 2012, o sujeito passivo alega que do valor de R\$ 105.299,54, reconhece e recolheu o valor de R\$ 100.491,73, porém alega que remanesce a cobrança indevida em relação ao saldo de R\$ 4.807,81, que representa créditos de períodos anteriores que devem ser compensados. Da mesma foram o contribuinte não comprova a procedência desse crédito, mas afirma somente que têm direito.

Assim, aplico o quanto disposto no artigo 142 do RPAF e considero que houve recusa da parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente dispunha, importando na presunção de veracidade da afirmação da fiscalização.

Quanto à ocorrência relativa a outubro de 2013, restou indicado pelo Fiscal Autuante que o pagamento realizado pelo contribuinte em 29.08.14, se dera após o início da ação fiscal (14.07.14), ou seja, o sujeito passivo não mais teria direito aos benefícios da Denúncia Espontânea.

Assim, a infração é procedente, os valores recolhidos devem ser homologados pela repartição fazendária e, deve-se perquirir o pagamento do saldo remanescente.

No que tange a parcela de novembro de 2013 no valor de R\$49.549,11, a empresa concorda com o lançamento no valor de R\$ 31.079,24, mas alega que havia créditos decorrentes de devolução de mercadorias no valor de R\$ 18.514,53, e assim discorda da autuação.

Novamente o autuado não logra êxito em comprovar o quanto alega, eu que, as notas fiscais apresentadas não contemplam os requisitos previstos no artigo 299, II do RICMS/12, acarretando na não verificação do seu direito de crédito.

Impende ressaltar que esta mesma empresa já foi alvo de outro lançamento fiscal que cobrava a falta de recolhimento do imposto retido em idêntica situação. Nesta senda, trago à colação o voto do Acórdão CJF nº 0034-11/15, da lavra da Conselheira Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, ao qual eu convirjo integralmente, que assim decidiu a lide, *in verbis*:

No mérito, entendo que não há guarida para o procedimento adotado pelo recorrente.

De fato, o direito ao crédito pela devolução é constitucionalmente previsto, ocorre, todavia que para que o recorrente alcance esse direito, deve observar os procedimentos legais previstos para a situação.

Neste contexto, a falta de apresentação da documentação necessária para tal fim, cria óbice para que o recorrente utilize os créditos que entende ter direito, de modo que, não existe no presente auto violação ao direito constitucional de direito ao crédito, mas sim a falta de comprovação legal por parte do Sujeito Passivo de que tem esse direito.

Merece destaque o fato que, na busca da verdade material, o feito foi convertido em diligência por duas oportunidades, todavia, o recorrente não logrou êxito em apresentar a documentação que lhe foi solicitada.

Isto porque, as cópias das notas fiscais apresentadas são insuficientes para tal fim.

Como bem ressaltou a JJF e a PGE/PROFIS, não houve a correta observância pelo recorrente dos preceitos legais pertinentes à matéria, especificadamente, os arts. 337-A, §1º, 219, §15º e 362 do RICMS, o que impediu a confirmação da devolução das mercadorias.

Ato contínuo, a primeira instância foi bastante explicativa em quais seriam os procedimentos necessários para o utilização do crédito proveniente da devolução de mercadoria cuja tributação se dá por antecipação, Decisão com a qual coaduno.

Por fim, verifico que a multa aplicada à infração é expressamente previstas no artigo 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, estando, portanto, legalmente prevista para a infração apurada.

Quanto a sua constitucionalidade, e consequentemente, a sua proporcionalidade, falece competência a esse Colegiado se manifestar sobre a questão, por força do art. 167, I, do RPAF/BA.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

Sendo assim, entendo que a infração 3 é Procedente, conforme julgamento de base.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281331.0901/14-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV [AMBEV S.A.]**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$954.183,18**, acrescido das multas de 60% sobre R\$92.059,81 e 150% sobre R\$862.123,37, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS