

A. I. Nº - 281331.0902/14-6  
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV  
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA  
ORIGEM - IFEP COMERCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/03/2016

## 1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0039-01/16

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. **a)** RETENÇÃO DO ICMS-ST A MENOS. Razões de defesa suficientes para elidir parte da acusação. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS-ST. Razões de defesa não são insuficientes para elidir a acusação. Registro de cancelamento da NF-e na escrita fiscal e EFD não são suficientes para comprovar o cancelamento da operação. Desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, o cancelamento de Autorização de Uso da NF-e deve ocorrer em até 24 h no próprio sistema de Nota Fiscal Eletrônica (art. 92, do RICMS/12). Após o prazo de 24h e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso (§ 1º). De outra parte, notas fiscais de ressarcimento de ICMS ST, a legislação exige a identificação da nota fiscal de devolução que motivou o ressarcimento; bem assim o número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria (art. 299 do RICMS/BA). Item subsistente. Afastada as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2014, exige o ICMS, no valor de R\$ 118.021,20, inerente aos ano de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls. 13 a 45 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 08.07.02: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o valor de R\$36.339,12, com multa de 60%, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de maio a dezembro de 2013.

Consta da descrição dos fatos: "*Conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 - Quadro Resumo - ICMS ST Retido a menor (Valores em R\$) - RESUMO - ICMS ST DEVIDO 2013 (pág. 12) e demonstração analítica no Relatório Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menor 2013 (págs. 13 a 28). Esta fiscalização teve como base os dados obtidos da base corporativa de NFe da SEFAZ-BA e informações eletrônicas do contribuinte, constante da base corporativa de dados da SEFAZ-BA.*"

INFRAÇÃO 2 - 08.07.01: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o valor de R\$ 81.682,08, com multa de 150%, relativo às operações

interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de janeiro e novembro de 2013.

Consta da descrição dos fatos: "*Conforme demonstrado resumidamente na Tabela II - Demonstrativo Informações GIA ST X Arrecadação X ICMS ST Retido NFe X Crédito Solicitado / Utilizado - Janeiro e Novembro de 2013* (pag. 31 a 37), além de documentação comprobatória da Infração 03: Relação de DAEs - Ano 2013 (pag 38), comprovantes de pagamentos (pags. 39 a 41) e Parecer Pedido de Crédito Processo SIPRO 172317/2013-9 (pags. 42 a 43).

*Esta fiscalização teve como base os dados obtidos da base corporativa de NFe da SEFAZ-Ba e informações eletrônicas do contribuinte, constante da base corporativa de dados da SEFAZ-Ba.*"

Às fls. 53 a 66 dos autos, o autuado apresenta defesa, na qual suscita os seguintes argumentos:

Inicialmente, esclarece que tomou ciência do auto de infração em 26/09/2014. Assim, considerando o prazo concedido de 30 dias este iniciou em 29/09/2014, findando em 28/10/2014. Logo, a impugnação é tempestiva e merece ser conhecida.

A Impugnante informa que reconheceu e quitou parcialmente o crédito tributário conforme quadro demonstrativo a seguir:

Infração	Competência	Valor Principal	Multa	Valor principal reconhecido
1	Divesas	R\$ 36.339,12	R\$ 21.803,47	R\$ 1.581,62
2	30/11/2013	R\$ 72.156,09	R\$ 108.234,14	R\$ 42.957,61
			TOTAL	R\$ 44.539,23

Em razão do exposto, com base no art. 156, I, do CTN, diz que se encontram extintos os créditos referentes a esta parte do auto de infração, cuja guia requer a juntada posterior.

Diz, então, que a presente impugnação restringir-se-á a parcela da infração 1 e 2, que, conforme restará demonstrada a seguir, a cobrança é indevida.

Destaca que, o saldo remanescente do auto de infração não deve prosperar em razão de que a autoridade fiscal deixou de observar o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA, bem como não considerou a existência de notas fiscais canceladas e créditos decorrentes de devoluções de mercadorias.

Por outro aspecto, a exorbitância da multa aplicada, correspondente a 60% e 150% do valor da suposta operação não tributada, é inadequada ao caso em apreço, e finda por configurar intuito confiscatório no lançamento perpetrado pela autoridade autuante.

Preliminarmente argüi nulidade do Auto de Infração por (i) Erro na Apuração do Tributo. (ii) Ausência de Liquidez e Certeza do Lançamento Fiscal. (iii) Autuação por Presunção.

Consigna o Autuante que a Impugnante teria promovido retenção e recolhimento a menor do ICMS na qualidade de substituto tributário. Diz que, para comprovar sua assertiva, o Fisco formula planilhas de apuração contendo a relação individualizada das notas fiscais. Ocorre que as referidas planilhas não são suficientes para demonstrar a suposta infração descrita pelo Autuante.

É que, além de partir de presunção de recolhimento a menor – desconsiderou, a realidade fática da operação mercantil da Impugnante, na qual são deterioradas, descartadas e quebradas várias unidades diuturnamente – diz que, o agente fiscal também incorreu em equívoco ao adotar critério quantitativo diverso do estabelecido na legislação que rege o ICMS Baiano, porquanto, dentre outros fatores, deixou de computar o percentual de perdas previsto na legislação de regência.

Ou seja, diz que a autuação foi realizada por presunção absoluta de que as mercadorias comercializadas não estavam acondicionadas em embalagens de vidro. Ao assim proceder, observa que, a autoridade autuante findou por macular a autuação de completa nulidade, seja

porque efetuou lançamento por presunção da base de cálculo, afastando-se por completo da realidade dos documentos fiscais por ele mesmo levado em consideração na fiscalização; seja porque, em razão disso, retirou por completo a certeza, clareza e liquidez exigidas no lançamento do crédito tributário.

Destaca que, agindo de forma contrária às expectativas do processo administrativo tributário, a autoridade fiscal trouxe a confirmação de que o auto de infração foi lavrado sem certeza do crédito tributário, sem delimitar, com precisão, seus aspectos quantitativos (base tributável e alíquota).

Limitou-se, noutros termos, a afirmar a irregularidade na apuração do imposto/crédito, sem indicar, de modo preciso, claro e completo como tais cálculos e recolhimentos deveriam ter sido efetuados, afrontando, assim, os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta aos arts. 142, do CTN, ao art. 5º, LIV e LV, da CF.

Por mais estas razões, diz que é de ser declarada a NULIDADE do Auto de Infração, diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário, a fim de prestigiar a segurança jurídica.

Dos fundamentos de mérito, em relação a insubsistência da infração 1. Diz que a autuação gira em torno do fato da Impugnante ter retido a menor ICMS qualidade de sujeito passivo por substituição relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

Ocorre que, apesar do zelo do Autuante, diz que este deixou de computar em sua apuração o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST, nas operações realizadas com bebidas acondicionadas em embalagens de vidro previsto no artigo art. 289, § 13 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12):

*Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*

(...)

*§ 13. Nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, é admitido o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.*

Pede para observar, por exemplo, a apuração anexa ao Auto de Infração referente ao período de dezembro de 2013:

Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia		SAT / DAT Metro / IFEP		02808708011303		Cia Beb Américas - Ambev								
Item	Cfop	Produto	Aliquota Int	Ori	val Produt	IPI	Outras Desc	ICMS Proprio Calc	MVA/ Pauta	N.F. Qtde	IC ST	BC ST Calculada	BC ST Reduzida	Fund Pobr
2	6401	38712 BRAHMA CHOPP 300ML	19	7	5.648,66	861,58	0,00	395,41	140,00	864	15.468,33	15.621,58	15.621,58	312,00
<i>Diferença da N.F. 127.528 (Devido - Retido) : 1.274,40</i>														
NF-e	127.667	Emissão: 26/12/2013	CNPJ	01352916000173	DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS SERTANEJA LTDA	PROT 10/92								
1	6401	38711 SKOL 300ML	19	7	35.035,55	3.446,32	8.667,30	1.845,78	140,00	3456	839,36	71.554,97	71.554,97	1.431,10
<i>Diferença da N.F. 127.667 (Devido - Retido) : 1.431,10</i>														
NF-e	127.688	Emissão: 26/12/2013	CNPJ	56228356004129	CRBS S/A	PROT 10/92								
1	6401	38711 SKOL 300ML	19	7	23.274,78	3.446,32	0,00	1.629,23	140,00	3456	63.489,33	64.130,64	64.130,64	1.282,00
<i>Diferença da N.F. 127.688 (Devido - Retido) : 1.282,00</i>														
NF-e	127.733	Emissão: 27/12/2013	CNPJ	56228356004129	CRBS S/A	PROT 10/92								
1	6401	38711 SKOL 300ML	19	7	23.274,78	3.446,32	0,00	1.629,23	140,00	3456	489,33	64.130,64	64.130,64	1.282,00
<i>Diferença da N.F. 127.733 (Devido - Retido) : 1.282,00</i>														
NF-e	127.769	Emissão: 27/12/2013	CNPJ	56228356004471	CRBS S/A	PROT 10/92								
1	6401	38711 SKOL 300ML	19	7	23.274,78	3.446,32	0,00	1.629,23	140,00	3456	63.489,33	64.130,64	64.130,64	1.282,00

Como se observa, diz que o fiscal autuante utilizou-se de base equivocada para levantamento do

suposto recolhimento a menor de ICMS, pois não observou corretamente que as notas fiscais autuadas envolviam cervejas acondicionadas em vasilhames de vidro, enquadrados no direito ao abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, promovendo, assim, distorções insuperáveis na apuração.

De tal modo, consoante os documentos supra colacionados, e demais notas fiscais anexadas ao presente processo, comprova-se a imprecisão da acusação fiscal de retenção e recolhimento a menor de ICMS, face a notória falha de majoração indevida da base de cálculo correspondente a não dedução de 1% previsto no artigo art. 289, § 13 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12).

Nesse sentido, destaca que, comprovado que inexiste saldo a recolher nos períodos de janeiro e fevereiro de 2012, a declaração da improcedência do lançamento fiscal combatida é o único remédio para o presente caso.

Dos fundamentos de mérito, em relação à insubsistência da infração 2. Diz que, a autuação gira em torno do fato da Impugnante ter deixado de recolher o ICMS retido, fato que foi pretensamente constatado pelo cotejo entre as notas fiscais eletrônicas transmitidas e os recolhimentos efetuados no período.

Apesar do zelo do Autuante, destaca que, este deixou de proceder à verificação da existência de cancelamentos das notas fiscais na mesma data em que foram emitidas, e ora listadas como imposto retido e não recolhido, conforme se depreende dos documentos, que diz anexar.

Aduz, por sua vez, que o fato gerador do ICMS é a operação mercantil de circulação de mercadorias, servindo a nota fiscal apenas para documentar a ocorrência de tal fato, jamais para substituí-lo. Assim, uma vez cancelada a operação, o documento fiscal, por si só, não tem o condão de manter a exigibilidade de um tributo indevido.

Diz que, de acordo com o auto de infração, na competência de janeiro de 2013, consta um recolhimento a menor de R\$ 9.525,99. Analisando os relatórios e escrituração contábil da Impugnante, foi possível constatar que o valor exigido a título de ICMS não recolhido é decorrente da Nota Fiscal-e nº 90.054, emitida em 17/01/2013, cujo ICMS-ST é de igual valor, ou seja R\$ 9.525,99, e cuja operação não se realizou, tendo em vista ter sido cancelada na escrituração fiscal da Defendente, conforme demonstrado abaixo, no livro fiscal de saída e SPED Fiscal no Bloco C, registro C100.

C100 1 3 55 02 1 90054 31130102808708011303550010000900541497388431 1111
c100 1 1 1 55 02 1 00055 21120107908708011202550010000000551000227516 1111

Observa que, por falha na comunicação do sistema AMBEV, o documento permaneceu ativo na base da SEFAZ – NFe, entretanto, não houve a circulação da mercadoria, uma vez que a nota fiscal está cancelada.

Destarte, diz que resta clara a improcedência da infração, pois não houve recolhimento a menor do ICMS ST, haja vista que o fato gerador presumido não se efetivou. Nestes termos, destaca que, manter o auto de infração em relação aos valores ora impugnados implica no afastamento da verdade material, e na penalização indevida da Impugnante com a ficção da ocorrência de um fato gerador inexistente!

Ainda, em relação à infração 2, quanto a competência Novembro de 2013, exige a fiscalização o pagamento do montante principal de R\$ 72.156,09. Diz que, como destacado no início da presente defesa, concordou parcialmente com os valores autuados, razão pela qual procedeu, no prazo da defesa, com o recolhimento do valor principal de R\$ 42.957,61.

O saldo remanescente de R\$ 29.201,48, é composto dos valores de R\$10.324,58 (nota fiscal cancelada) e R\$ 18.876,90 (créditos decorrentes de devoluções de mercadorias).

Neste sentido, cabe evidenciar que do valor cobrado no mês de novembro/2013 foi constatado

que a Nota Fiscal-e nº 124.032, de 27/11/2013, cujo ICMS-ST é de R\$10.324,58, está cancelada na escrituração fiscal da Companhia, conforme demonstrado abaixo, no livro fiscal de saída e SPED Fiscal no Bloco C, registro C100:

|C100|1|0|55|02|1|124032|31131102808708011303550010001240321918109976|

Assim, diz que, manter a autuação quando não há prejuízo para o Estado diante da inexistência de imposto a ser recolhido, seria condenar a Impugnante a um confisco, o que, por certo, é vedado.

No mais, e apenas para argumentar, diz que, no máximo o Fisco poderia ter autuado por descumprimento de obrigação acessória, sob o argumento de que a Impugnante não informou o cancelamento dos documentos fiscais, nos termos do art. 93 do RICMS, ou seja, por não ter regularizado o status da nota fiscal junto ao Fisco e ao Portal da NF-e, jamais cobrar o ICMS-ST de operação que não ocorreu.

Assim, observa que, demonstrada a inexistência do fato gerador mencionado pelo Fisco, uma vez que foram canceladas as notas fiscais, o presente feito não pode prosperar, posto que o lançamento, como fonte de constituição do crédito tributário, deve ser certo de modo a espelhar e comprovar a exigência fiscal. E no presente caso, as provas carreadas aos autos, demonstram que o Fisco promoveu um lançamento sem fato gerador do imposto.

Por essa razão, diz que não pode prosperar a pretensão do Fisco, por ferir não só o princípio da estrita legalidade e da segurança jurídica, mas a todo um conjunto de preceitos constitucionais, como o confisco.

No tocante ao entendimento da autoridade fiscal em desconsiderar o crédito de ICMS referente devoluções de mercadorias no valor de R\$ 18.876,90, não há como aceitar a referida infração, haja vista a inexistência de fato gerador que enseje a tributação imposta.

Diz que, no caso de devolução de mercadoria, o que ocorre nada mais é do que a anulação da operação já tributada. Nessa hipótese, havendo o desfazimento da operação de circulação já tributada, ex-surge o direito de crédito, para anular o débito da saída, de todo indevido por efetiva inocorrência do fato gerador da exacão.

Por outro aspecto, observe-se que o crédito decorrente das devoluções das mercadorias está devidamente escriturado e declarado perante a SEFAZ/BA, conforme se depreende da Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS ST (GIA-ST):

ESTADO DA BAHIA GUIA NACIONAL DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - GIA-ST			Versão 2.08
1 - <input type="checkbox"/> GIA-ST SEM MOVIMENTO	4 - UF Favorecida BA		5 - Período de Referência 11/2013
2 - <input type="checkbox"/> GIA-ST RETIFICAÇÃO	22 - Nome da UF Favorecida BAHIA		6 - Inscrição Estadual na UF Favorecida 89655917
23 - Nome, Firma ou Razão Social COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV		24-DDD/Telefone ( )	7 - Valor dos Produtos 2.369.000,62
25 - Endereço Completo RODOVIA MG 238, S/N			
26 - Município / UF SETE LAGOAS / MG	27 - CEP 35703-106	28 - Inscrição no CNPJ 02.808.708/0113-03	8 - Valor do IPI 210.344,96
DECLARO, SOB AS PENAS DA LEI, QUE OS DADOS LANCADOS NESTA GUIA SÃO A EXPRESSÃO DA VERDADE E CIENTE ESTOU QUE, VENCIDOS OS PRAZOS ESTABELECIDOS, O DEBITO DECLARADO E NÃO PAGO SERÁ INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA, DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA EM VIGOR NA UNIDADE DA FEDERAÇÃO FAVORECIDA.			
29 - Nome do Declarante JOSE CARLOS POCIDONIO DE MORAIS JUNIOR		30 - CPF/MF 321.773.748-20	9 - Despesas Acessórias 0,00
31 - Cargo do Declarante na Empresa CONTADOR		32 - DDD/Telefone (019) 33135695	10 - Base de Cálculo do ICMS Próprio 1.494.022,96
34 - E-mail JOSECARLOS.MORAES@AMBEV.COM.BR		33 - DDD/Fax (019) 33135695	11 - ICMS Próprio 104.581,58
35 - Local e Data SETE LAGOAS, 10/12/2013		36 - Informações Complementares FECOP ST BA 80991,57	12 - Base de Cálculo do ICMS-ST 4.049.578,64
37 - Datas de Vencimento do ICMS-ST		13 - ICMS Retido por S.T. 592.660,95	
		14 - ICMS de Devoluções de Mercadorias 18.876,90	
		15 - ICMS de Ressarcimentos 0,00	
		16 - Crédito de Período Anterior 0,00	
		17 - Pagamentos Antecipados 0,00	
		18 - ICMS-ST Devido	

Aduz que, esse direito ao crédito por devolução é constitucionalmente e legalmente assegurado e não pode ser prejudicado imotivadamente pela entidade fiscal. Cita o art. 309, inc. VIII, do RICMS/BA e o art. 150, § 7º, Constituição Federal.

Diz que, há de se ressaltar que o documento que garante o direito à restituição, constitucionalmente prevista são as notas fiscais de devolução indicadas no art. 368, I, do RICMS, e estas encontram-se, todas, acostadas a presente peça de defesa.

Sendo assim, aduz que, ao se exigir imposto quanto inexiste fato gerador, fica caracterizado o confisco e o enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que está exigindo o pagamento do imposto sem fato gerador. Tal situação diz que demonstra a temeridade do lançamento fiscal, pois viola o art. 142, do CTN, por ter sido efetuado sem comprovação efetiva do fato gerador e matéria tributável.

Além do mais, diz que, não se pode desconsiderar 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.

Portanto, diante do exposto, diz que, a improcedência da exigência fiscal se impõe, pois, caso contrário, estar-se-ia corroborando com o enriquecimento sem causa do Estado, pois houve débito na saída que deve ser estornado com o crédito da entrada, ou seja, estar-se-ia permitindo a tributação sem subjacente fato gerador.

Argüi mero descumprimento de obrigação acessória. Princípio da Verdade Material. Diz que, é possível perceber, tanto da análise do detalhamento acima como da documentação acostada, não há que se falar em não recolhimento de ICMS-ST, por sua vez, em recolhimento a menor do imposto, quando, através da documentação apresentada e do detalhamento da apuração do imposto (substituto), que se tratam de operações canceladas, e créditos decorrentes de devolução de mercadorias.

Observa que, embora tenha restado demonstrada a inexistência de recolhimento a menor, não havendo, portanto, valores a serem cobrados, faz-se necessário relembrar um segundo ponto, por cautela: o erro no cumprimento de obrigação acessória não pode dar ensejo à cobrança do imposto, quando demonstrada a inexistência do fato gerador, como ocorreu no caso em análise.

Ressalta que esta matéria já foi objeto de discussão em diversos Tribunais Regionais Federais do país, sendo pacífico o entendimento no sentido de que, não há imposto a ser cobrado, quando ocorre mero equívoco no cumprimento obrigação acessória. Cita algumas ementas de julgados.

Isso porque, uma vez inexistente a operação de circulação de mercadoria, não é razoável o Fisco apegar-se a pequeno erro de declaração, quando este na verdade não sofreu prejuízo algum. Destaca que, se ao efetuar o cancelamento da operação, se equivocou ao não promover as declarações necessárias perante o fisco estadual, tal engano é perfeitamente sanável se na própria escrituração fiscal da Impugnante constam o registro do cancelamento da operação, e confirmação da não ocorrência do fato gerador.

Destaca que, em casos como este, seria devido, quando muito, multa por descumprimento de obrigação acessória, visto que comprovado que recolheu o imposto em sua totalidade.

Por outro lado, diz que, mesmo diante da comprovação da improcedência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% e 150% sobre o valor principal.

Destaca que, duas são as razões que 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.

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que 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.

Afora isso, em relação a segunda questão, diz que se percebe 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.

Por meio de tal dispositivo, diz que a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Apresentando considerações de estudiosos, bem assim citandos alguns julgados do STF, diz que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Conseqüentemente, requer-se, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Ante o exposto, requer a Impugnante: (1) a extinção parcial do crédito tributário relativo às infrações 1 e 2, em função de seu pagamento; (2) em sede de preliminar, reconhecer/declarar a nulidade da autuação; (3) no mérito, o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência da exigência fiscal remanescente constante nas infrações 1 e 2 porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação; e (4) caso não acolhido o pleito anterior, requer-se a anulação da multa imposta, haja vista a falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%, conforme precedentes do STF.

Requer-se sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Os autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 173 a 187 dos autos, em primeiro plano traz aos autos todos os termos da defesa, para em seguida apresentar suas contra-razões, conforme a seguir:

De modo preliminar, por medida de cautela, salienta que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (Art.143 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho 1999 – RPAF).

Diz que, a empresa autuada é contribuinte regular, desde 16/08/2010, inscrita sob o número 089.655.917 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, tendo como atividade, fabricação de cervejas e chopes estando, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis. Isto posto, destaca que vai oferecer as contestações aos argumentos da deficiente, seguindo a mesma ordem processual apresentada pela defesa em sua peça de impugnação.

Da tempestividade da defesa. Diz que registra sua concordância quanto ao cumprimento tempestivo da apresentação da defesa por parte do contribuinte.

Dos fatos, aduz que, após reconhecer, em caráter preliminar, e quitar parcialmente o crédito tributário exigido neste PAF, a autuada refere-se a sua insatisfação quanto: (1) ao não abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST previsto no art. 289, § 13 do RICMS/BA; (2) a não consideração pela auditoria de notas fiscais canceladas e créditos decorrentes de devoluções de mercadorias; e (3) exorbitância da multa aplicada de 150% do valor da operação.

Neste contexto, diz que, por uma questão metodologia e do claro entendimento do documento de informação fiscal, estas questões serão tratadas em itens específicos existentes no próprio

documento de defesa da autuada.

Preliminarmente diz que, por estar ainda fazendo os seus registros, em âmbito preliminar, deixa para tratar dos assunto, no detalhe que a legislação requer, nos itens subseqüentes, quando e onde a autuada detalhou seus argumentos em caráter específico. Entretanto, registra sua discordância quanto a clareza e conteúdo dos demonstrativos apensados ao Auto de Infração.

Como cita o próprio contribuinte, diz que foram anexados relatórios de "*apuração contendo a relação individualizada das notas fiscais*" com tratativas individualizadas, item a item, com as informações e os valores necessários e suficientes para o claro, fácil e inequívoco entendimento dos valores cobrados.

Fato importante a registrar, quanto ao entendimento pela autuada, destaca que foi a aceitação de parte do débito da infração 1 e a possibilidade de identificar erro, quanto a redução legal da base de cálculo, tendo em vista o acondicionamento em embalagens de vidros, informações estas todas contidas nos relatórios em discussão.

Assim, diz que não há do que se falar em não entendimento ou insuficiência de informação dos relatórios de cálculo do ICMS ST devido.

Dos fundamentos de mérito, em relação a argüição de improcedência da infração 1, face a existência de previsão legal para abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações com mercadorias acondicionadas em embalagens de vidro.

Diz concordar com os argumentos da defesa quanto à redução de 1% (hum por cento) do valor da base de cálculo do ICMS-ST, nas operações com mercadorias acondicionadas em embalagens de vidro.

Para adequação e justeza dos valores devidos, diz que gerou novo relatório com dados das notas fiscais mantidas, excluindo, assim, as notas fiscais que tiveram seus cálculos feitos erradamente, por não considerar a redução em questão (págs. 188 e 189). Destaca que refez a "TABELA I – NOVO QUADRO RESUMO – ICMS ST Retido a Menor / Quadro resultado da revisão Informação Fiscal Dez 14" (pág. 190) que originalmente estava acostado ao presente PAF à página 12.

Dos fundamentos de mérito, em relação a argüição de improcedência da infração 2, quanto as competências de Janeiro e Novembro de 2013, face a existência de notas fiscais canceladas e créditos fiscais decorrentes de notas fiscais de devolução.

Em relação a referência: Janeiro/2013 - Nota fiscal cancelada. Diz que, a Nota Fiscal nº 90.054, emitida pela autuada em 17/01/2013, não se encontra cancelada, como pode ser verificado na base de dados de nota fiscal eletrônica, disponibilizado nacionalmente e anexado a este PAF (pág. 45) no CD, com os arquivo da Auditoria, através da chave de acesso: "31130102808708011303550010000900541497388431".

Assim, entende ser inconcebível se falar em nota fiscal cancelada. O processo de emissão e cancelamento de nota fiscal é assunto de caráter legalmente normatizado. Perante a legislação tributária vigente, não é suficiente o cancelamento da mesma, "*na escrituração fiscal da Companhia*", conforme alega a autuada.

Forma e prazo de cancelamento consta da legislação vigente e sua desobediência não pode ser simplesmente considerado uma questão acessória, inclusive por tratar de cobrança de débito tributário, ICMS ST, destacado na mesma. Fato é que a nota fiscal foi regularmente emitida em 17/01/2013 e até a presente data consta da base de dados de notas fiscais eletrônicas.

Considera, assim, quanto a este item, improcedente o reclame da defesa ao tempo em que mantém a autuação sem alteração.

Em relação a referência: Novembro/2013 - Nota fiscal cancelada. Esclarece que discutirá tão somente o valor contestado de R\$ 29.201,48, tendo em vista que do total cobrado no mês de novembro de 2013 é de R\$ 72.156,09 e que o contribuinte concordou com o débito de R\$ 42.957,61.

O valor em discussão divide-se em duas questões: (1) R\$ 10.324,58 - referente a nota fiscal cancelada. A Nota Fiscal nº 124.032 de 27/11/2013, não se encontra cancelada, como pode ser verificado na base de dados de nota fiscal eletrônica, disponibilizado nacionalmente e anexado a este PAF (pág. 45) no CD, com os arquivo da Auditoria, através da chave de acesso: "31131102808708011303550010001240321918109976".

Como já registrado anteriormente, entende ser inconcebível se falar em nota fiscal cancelada. O processo de emissão e cancelamento de nota fiscal é assunto de caráter legalmente normatizado.

Diz que, perante a legislação tributária vigente, não é suficiente o cancelamento da mesma, "*na escrituração fiscal da Companhia*", conforme alega a autuada. Forma e prazo de cancelamento consta da legislação vigente e sua desobediência não pode ser simplesmente considerado uma questão acessória, inclusive por tratar de cobrança de débito tributário, ICMS ST, destacado na mesma. Fato é que a nota fiscal foi regularmente emitida em 27/11/2013 e até a presente data, consta da base de dados de notas fiscais eletrônicas.

Considera assim, quanto a este item, improcedente o reclame da defesa ao tempo em que mantem a autuação sem alteração.

Quanto ao valor de R\$ 18.876,90 - referente a créditos decorrentes de devoluções de mercadorias. Este item, mantendo a metodologia usada pela defesa, reportará a seguir.

Diz que, ao analisar a peça de defesa da autuada, não foram acostadas as notas fiscais de ressarcimento do ICMS ST, citadas na mesma. Buscando esclarecer e comprovar o ressarcimento registrado na GIA ST, intimou o contribuinte a apresentar, no tempo regimentalmente estabelecido os documentos fiscais comprobatórios das operações.

Assim, diz ter elaborado e apensado a este Processo Administrativo Fiscal "ARRAZOADO PARA INTIMAÇÃO CONTRIBUINTE" (págs. 157 a 159), no qual registra os seguintes esclarecimentos e razões para intimar o contribuinte:

*"A Autuada, em sua impugnação acostada a este Processo Administrativo Fiscal - PAF, através do Processo SIPRO nº 204406/2014-5 de 28/10/2014 (págs. 52 a 155), referencia-se, em diversos momentos, a existência na peça de defesa, de Notas Fiscais de devolução de mercadorias. Verifica-se estas citações especificamente nos itens:*

- a) *Item 4.2. Insubsistência da infração 02. Competências de Janeiro e Novembro de 2013. Improcedência face a existência de notas fiscais canceladas e créditos fiscais decorrentes de notas fiscais de devolução.*
- b) *Item 4.2.3 Referência: Novembro/2013. Créditos ICMS devolução de mercadorias*
- b) *Item 5. DOCUMENTOS JUNTADOS*

*Constam acostados a presente defesa os seguintes documentos:*

*...*

*5. Notas fiscais de devolução;*

*... entretanto, não há nenhuma nota fiscal de devolução de mercadorias anexadas ao presente PAF.*

*Assim, necessário que seja intimado o contribuinte, para que sejam acostados a este PAF, os documentos de devolução citados, com as exigências acessórias legais atendidas, sob pena de serem os reclames da autuada desconsiderados por falta de comprovação."*

Após solicitação da autuada e consequente autorização por parte do Inspetor da IFEP Comércio, foram acostadas pela defesa as notas fiscais de ressarcimento de ICMS ST de números, 215519 e 800264 datadas ambas de 29/11/2013 e nos valores de R\$ 17.662,56 e R\$ 1.214,34, respectivamente.

Destaca que, mesmo em caráter superficial da documentação apresentada, ficou legalmente impossibilitados em aceita-las como válidas, para atender o requerido pelo contribuinte, tendo em vista que não atende a legislação vigente.

Diz que, determina o RICMS em seu artigo 299 que na hipótese de ressarcimento o contribuinte deverá emitir uma nota fiscal, com finalidade exclusiva, contendo obrigatoriamente, dentre outras exigências, a *identificação da nota fiscal de devolução que motivou o ressarcimento e o*

número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria.

**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;**

Evidenciado fica que as notas fiscais, apensadas pela defesa neste presente PAF, e acima referenciadas, não atende a legislação, pois não incluiu as exigências requeridas:

1. identificação da nota fiscal de devolução que motivou o ressarcimento;
2. número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria.

Considera assim, quanto a este item, improcedente o reclame da defesa ao tempo em que mantém a autuação sem alteração, por não comprovar documentalmente a devolução de mercadoria e consequentemente o ressarcimento do ICMS ST, pretensamente pago pela autuada.

Do mero descumprimento de obrigação acessória. Princípio da Verdade Material. diz que, como já referencia em itens anteriores, não se caracteriza, no caso em discussão, “*erro no cumprimento de obrigação acessória*”. A emissão de nota fiscal está vinculada a uma obrigação principal, qual seja, o pagamento de imposto devido ao estado da Bahia, como sujeito passivo do ICMS ST.

Alerta, que em nenhum dos pareceres apresentados pela autuada, em sua peça de defesa, há referência a questão em pauta, qual seja: cancelamento de nota fiscal como uma simples obrigação acessória.

Finaliza, considerando assim, quanto a este item, improcedente o reclame da defesa, ao tempo em que, mantém a autuação sem alteração, por não concordar com a impugnante que a mesma comprovou o cancelamento das operações, que o erro cometido pela autuada foi no não cumprimento de obrigação acessória e que este erro não pode ensejar à cobrança do imposto.

Quanto a exorbitância da multa aplicada, entende que não lhe compete e sequer tem autoridade para discutir o percentual da multa aplicada. Diz que o trabalho, de ofício, é verificar dentro de uma realidade contábil fiscal apresentada, se há ilícitos fiscais e dentro da legislação vigente aplicar as penalidades legais estabelecidas. Foi o que fez e o presente PAF é o resultado deste trabalho de auditoria. Questões formais e de méritos do trabalho realizado, são competências e responsabilidades do autuante. Quanto aos ditames legais, não tem a competência de discuti-los. Diz que a multa aplicada é a determinada em lei para o fato fiscal que entende enquadrar-se.

Dos documentos juntados, diz que, embora registre a defesa que “*acostou ao presente PAF*”, dentre outros documentos, no seu item quinto, “*Notas fiscais de devolução*”; registra a bem da verdade, que esta não foram acostadas tempestivamente na peça de defesa deste PAF, o que obrigou a intimar o contribuinte a apresentá-las, como forma de comprovação do ressarcimento requerido pelo mesmo (pags. 157 a 159).

Por fim, entende o Autuante, estarem devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a pertinente ação fiscal, em face de evidente evasão de impostos devidos ao Estado da Bahia, na forma prevista na legislação em vigor.

Por isso ratifica a autuação e solicita deste Conselho de Fazenda o julgamento procedente em parte do Auto de Infração em lide, levando-se em conta que foram revistos os valores dos débitos apurados da infração 1, para que se manifeste a verdadeira justiça.

Voltando aos autos, a defendant, em atendimento à intimação para se manifestar sobre a informação fiscal, vem tempestivamente apresentar suas razões.

Diz que, de acordo com a informação fiscal, os auditores responsáveis pela autuação reconhecem a improcedência relativa a parte impugnada da infração 1, no valor de R\$ 34.757,50, uma vez não observadas as disposições no artigo previsto no artigo 289, § 13 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12).

Aduz que, o referido reconhecimento pela improcedência do lançamento vem a ratificar a preliminar de nulidade do auto de infração ante a ausência de liquidez e certeza do crédito fiscal autuado.

No tocante a infração 2, que remanesce em relação a discussão sobre notas fiscais canceladas (DANFEs 90054 e 124032), e notas fiscais de resarcimento (DANFEs 215519 e 800264), alega o auditor fiscal que a emissão das notas fiscais está vinculada a uma obrigação principal, e por isso eventual falha em tais documentos não caracteriza descumprimento de obrigação acessória e que tornaria exigível a integralidade do imposto.

De plano, diz evidenciar equívoco perpetrado pelo nobre auditor fiscal. Primeiro porque o artigo 113 do Código Tributário Nacional é claro em definir o que é obrigação principal (caracterizadora da exigência do imposto), e o que é obrigação acessória (ensejadora de aplicação de multas pelo seu descumprimento).

Nestes termos, aduz que, a cobrança do ICMS só é legitimada mediante a efetiva ocorrência do fato gerador. Inexistindo o fato gerador, ou mesmo quando houver o desfazimento da operação, não pode o fisco ater-se a erro formal de procedimento (descumprimento de obrigação acessória) passar a exigir a integralidade de um imposto inexigível. Destaca que não há margem para dúvidas, a obrigação tributária principal só surge com a ocorrência do fato gerador, sem este não há que se falar em cobrança de imposto.

Assim, diz que, existência de um documento fiscal não baixado no portal da nota fiscal eletrônica (DANFEs 90054 e 124032), ou mesmo emitido com erro de preenchimento de uma nota fiscal de resarcimento (DANFEs 215519 e 800264), como nos casos em análise, caracterizam-se como possível descumprimento de obrigação acessória (art. 113, § 2º) e, por isso, jamais poderiam servir para a cobrança do imposto propriamente dito, eis que não correu o fato gerador do tributo.

Reitera a importância da informação, o fato gerador do ICMS é a operação mercantil de circulação de mercadorias, servindo a nota fiscal apenas para documentar a ocorrência de tal fato, jamais para substituí-lo.

Por oportuno, cabe informar que esta matéria já foi objeto de discussão em diversos Tribunais Regionais Federais do país, sendo pacífico o entendimento no sentido de que, não há imposto a ser cobrado, mesmo quando ocorreu o erro no cumprimento de obrigações acessórias. Cita algumas ementas.

Por fim, diante de toda questão desenvolvida, e considerando o desprezo que a autoridade fiscal goza em relação a escrita fiscal da Contribuinte (registre-se a consternação da Contribuinte ao tomar ciência que este tipo de argumento tenha partido de um auditor fiscal do Estado da Bahia), a realização da perícia técnica conforme requerido na inicial se torna relevante e indispensável para evidenciar a inexistência de irregularidades.

Diante do exposto, em face das informações fiscais apresentadas, e reiterando todos os argumentos e pedidos constantes na Impugnação ofertada, requerer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade do lançamento fiscal impugnado, ou subsidiariamente,

reconhecer/declarar inexistentes as irregularidades apontadas na autuação.

Requer, por fim, sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Voltando aos autos, o Fiscal Autuante às fls. 208 a 215, mantém todo o seu posicionamento expressado na informação fiscal inicial.

## VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais parte foi acolhida pelo autuante quando da sua informação fiscal.

Preliminarmente é argüida a nulidade do Auto de Infração por (i) *Erro na Apuração do Tributo*. (ii) *Ausência de Liquidez e Certeza do Lançamento Fiscal*. (iii) *Autuação por Presunção*.

Como bem destacou o d. Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, na fl. 81 dos autos, têm-se às fls. 1 à 37, os relatórios contendo a relação individualizada das notas fiscais, que dão sustentação à autuação, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário.

Nas fls. 12 a 29, têm-se o relatório que se relaciona a apuração do débito da infração 1; nas fls. 30 a 37, têm-se o relatório que se relaciona a apuração do débito da infração 2. Relatórios estes que considero suficientes para afastar a argüição do defendant de ausência de liquidez e falta de certeza do lançamento; e muito menos a argüição de autuação por presunção, vez que se trata de cometimentos de erros pontuais de retenção a menor ou falta de retenção do ICMS-ST, relativo a algumas operações de circulação de mercadorias realizadas pelo defendant no ano de 2013, apuradas através do desenvolvimento do roteiro de auditoria relacionado a nota fiscal eletrônica.

Sobre o erro na apuração do tributo, no que depreende o § 1º, do art. 18, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não há que se arguir nulidade do procedimento fiscal, dado que as eventuais incorreções cometidas na autuação possam serem corrigidas, como assim ocorreu na infração 1, com redução do débito tributário a partir das considerações de impugnação apontadas pelo sujeito passivo na defesa.

Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendant.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o montante de R\$118.021,20, relativo a duas irregularidades, sendo a primeira em razão ter procedido a retenção a menor do ICMS-ST no valor de R\$36.339,12, a segunda por ter deixado de efetuar a retenção do ICMS-ST no valor de R\$81.682,08, e os consequentes recolhimentos aos cofres Público do Estado, todos na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.

O autuado apresentou impugnação parcial tanto para primeira, quanto para a segunda acusação, reconhecendo os valores a seguir indicado: Infração 1, o valor de R\$1.581,62; Infração 2, o valor de R\$42.957,61. Em relação à primeira infração, a qual tem o valor original lançado de ICMS R\$ 36.339,12 (fl. 1), por substituição na qualidade de sujeito passivo, sob a acusação de ter efetuado a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento a menos decorrente de vendas realizadas

para contribuintes localizados no Estado da Bahia, o defensor alega que d. Fiscal Autuante deixou de computar em sua apuração o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST, nas operações realizadas com bebidas acondicionadas em embalagens de vidro previsto no artigo art. 289, § 13 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

Dos fundamentos de mérito, em relação a arguição de improcedência da infração 1, face a existência de previsão legal para abatimento de 1% da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações com mercadorias acondicionadas em embalagens de vidro, diz o d. Fiscal Autuante concordar com os argumentos da defesa quanto à redução de 1% do valor da base de cálculo do ICMS-ST, nas operações com mercadorias acondicionadas em embalagens de vidro.

Para adequação e justeza dos valores devidos, diz o autuante que gerou novo relatório com dados das notas fiscais mantidas, excluindo, assim, as notas fiscais que tiveram seus cálculos efetuados erradamente, por não considerar a redução em questão (págs. 188 e 189). Destaca que refez a "TABELA I – NOVO QUADRO RESUMO – ICMS ST Retido a Menor" (pág. 190), conforme a seguir:

Dt. ocorrência	Valor Histórico
31/05/2013	R\$59,12
30/06/2013	R\$67,97
31/07/2013	R\$535,56
31/08/2013	R\$195,20
30/09/2013	R\$139,45
31/10/2013	R\$309,46
30/11/2013	R\$205,59
30/12/2013	R\$69,57
<b>Total Infração 1</b>	<b>R\$1.581,92</b>

Com isso o demonstrativo de débito da infração 1 é alterado do valor de R\$36.339,12 para o valor de R\$1.581,62, que é o reconhecido pelo defensor na defesa. Em sendo assim, não vendo nada que desabone a alteração do demonstrativo de débito da infração efetuado pelo d. Agente Fiscal, voto pela subsistência parcial da infração 1 no valor reconhecido pela defesa.

Em relação à segunda infração, a qual tem o valor lançado originalmente de ICMS R\$81.682,08, por substituição na qualidade de sujeito passivo, sob a acusação de ter deixado de proceder o recolhimento aos cofres do Estado da Bahia, decorrentes de vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, o defensor reconhece o valor de R\$42.957,61, remanescendo o valor de R\$38.724,47.

Dos fundamentos de mérito, em relação a insubsistência do saldo remanescente da infração 2, diz, o defensor, que o d. Fiscal Autuante deixou de proceder à verificação da existência de cancelamentos de notas fiscais na mesma data em que foram emitidas, que faz parte integrante do demonstrativo de débito, relativo ao saldo remanescente da autuação.

Diz que, de acordo com o auto de infração, na competência de janeiro de 2013, consta um recolhimento a menor de R\$9.525,99. Analisando os relatórios e escrituração contábil, diz constatar que o valor exigido a título de ICMS não recolhido é decorrente da Nota Fiscal-e nº 90.054, emitida em 17/01/2013, cujo ICMS-ST é de igual valor, ou seja R\$ 9.525,99, e cuja operação não se realizou, tendo em vista ter sido cancelada na sua escrita fiscal, conforme diz constar no livro fiscal de saída e SPED Fiscal no Bloco C, registro C100, na forma da imagem trazida aos autos, que faz parte integrante de sua defesa na fl.56 dos autos.

Sobre o registro de cancelamento da Nota Fiscal-e nº 90.054, emitida em 17/01/2013, na escrita fiscal do defensor, cujo ICMS-ST é de R\$ 9.525,99, não há controvérsia entre as partes, a lide reside no fato do d. Fiscal Autuante entender que não se pode falar em nota fiscal cancelada, quando até a presente data está constando da base de dados de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ/BA como autorizada, e, por conseguinte do repositório nacional administrado pela Receita Federal do Brasil.

Neste contexto, resta razão o d. Fiscal Autuante, pois, o simples registro na escrita fiscal de cancelamento de uma nota fiscal eletrônica, não significa dizer que aquela nota fiscal está cancelada para os fins a qual se destina, com a autorização de uso dada pela SEFAZ/BA, quando da sua emissão.

Desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, que é o caso objeto em análise, o emitente da nota fiscal tem 24 horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, permissão para cancelar a operação (art. 92 do RICMS/BA), o que não foi efetuado. Por outro lado, após o referido prazo, no caso do Estado da Bahia, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso. (§ 1º, do art. 92). Também, não se vê nos autos qualquer movimentação do defendantem nesse sentido.

Em sendo assim, coaduno com posição do d. Agente Fiscal em manter no demonstrativo de débito da infração 2 o valor de R\$ 9.525,99 relacionado a Nota Fiscal-e nº 90.054, emitida em 17/01/2013, com a autorização de uso dada pela SEFAZ ativa até a presente dada. Portanto procedente este item da infração 2.

Ainda, em relação a infração 2, quanto a competência Novembro de 2013, exige a fiscalização o pagamento do montante principal de R\$72.156,09. Diz o defendantem que, como destacado na defesa, concordou parcialmente com os valores autuados, razão pela qual procedeu, no prazo da defesa, com o recolhimento do valor principal de R\$ 42.957,61, restando o saldo de R\$ 29.201,48, que é composto dos valores de R\$10.324,58 (nota fiscal cancelada) e R\$18.876,90 (créditos decorrentes de devoluções de mercadorias).

Neste contexto, aduz, o defendantem, que, o valor remanescente, cujo ICMS-ST é de R\$10.324,58, cobrado no mês de novembro/2013, refere-se a Nota Fiscal-e nº 124.032, de 27/11/2013 e está cancelada na sua escrituração fiscal e SPED Fiscal no Bloco C, registro C100 , indicado na defesa à fl. 57 dos autos.

Quanto ao valor de R\$18.876,90, diz referir-se a créditos decorrentes de devoluções de mercadorias. Sobre tal valor, aduz o defendantem que, não há como aceitar a acusação para este valor, haja vista a inexistência de fato gerador que enseje a tributação imposta. Destaca que, no caso de devolução de mercadoria, o que ocorre nada mais é do que a anulação da operação já tributada. Nessa hipótese, havendo o desfazimento da operação de circulação já tributada, surge o direito de crédito, para anular o débito da saída, por efetiva incorrencia do fato gerador da exação.

Observa, o defendantem, que o crédito decorrente das devoluções das mercadorias está devidamente escriturado e declarado perante a SEFAZ/BA, conforme se depreende da Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS ST (GIA-ST) constante dos termos da defesa na pág. 57 dos autos.

Sobre o registro do cancelamento da Nota Fiscal-e nº 124.032, emitida em 27/11/2013, na escrita fiscal do defendantem, cujo ICMS-ST é de R\$10.324,58, não há controvérsia, como já explicitado acima quanto ao cancelamento da Nota Fiscal-e nº 90.054, emitida em 17/01/2013, a lide reside no fato do d. Fiscal Autuante entender que não se pode falar em nota fiscal cancelada, quando até a presente data está constando da base de dados de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ/BA como autorizada, e, por conseguinte do repositório nacional administrado pela Receita Federal do Brasil.

Neste contexto, resta razão o d. Fiscal Autuante, pois, o simples registro na escrita fiscal de cancelamento de uma nota fiscal eletrônica, não significa dizer que aquela nota fiscal está cancelada para os fins a qual se destina, com a autorização de uso dada pela SEFAZ/BA, quando da sua emissão.

Desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, que é o caso objeto em análise, o

emitente da nota fiscal tem 24 horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, permissão para cancelar a operação (art. 92 do RICMS/BA), o que não foi efetuado. Por outro lado, após o referido prazo, no caso do Estado da Bahia, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso (§ 1º, do art. 92). Também, não se vê nos autos qualquer movimentação do defendantem nesse sentido.

Em sendo assim, coaduno com posição do d. Agente Fiscal em manter no demonstrativo de débito da infração 2 o valor de R\$10.324,58 relacionado a Nota Fiscal-e nº 124.032, emitida em 27/11/201, com a autorização de uso dada pela SEFAZ ativa até a presente dada. Portanto procedente este item da infração 2.

Relativamente ao valor de R\$18.876,90, referente a créditos registrado na GIA ST, constante da pág. 57 do autos, decorrentes de devoluções de mercadorias, também coaduno com o posicionamento do d. Agente Fiscal de que as notas fiscais de resarcimento de ICMS ST de números, 215519 e 800264 datadas ambas de 29/11/2013 e nos valores de R\$17.662,56 e R\$1.214,34, respectivamente, não atendem as exigências requeridas para apropriação na sua escrita fiscal do crédito decorrentes de devolução de mercadorias ou de desfazimento de negócio relativo a mercadorias recebidas com imposto retido, no que depreende o art. 299 do RICMS/BA.

Vez que, restou evidenciado que as notas fiscais, apensadas pela defesa neste presente PAF, não incluiu as exigências requeridas pela legislação, ou seja, a identificação da nota fiscal de devolução que motivou o resarcimento; bem assim o número, a série, se houver, e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria. Desta forma, entendo como assertivo o posicionamento do d. Agente Fiscal na manutenção do valor de R\$18.876,90 do demonstrativo de débito da infração 2.

Logo, voto pela procedência total da infração 2.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de qualquer decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente em parte a infração 1 e totalmente procedente a infração 2.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281331.0902/14-6, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.264,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.581,92 e 150% sobre R\$81.682,08, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR