

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0239-03/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO ESTABELECIDO NO ESTADO DE SERGIPE. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DESTINADAS A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS RETIDO. O sujeito passivo não comprovou nos autos o efetivo cancelamento das notas fiscais registradas em sua EFD e mantidas como autorizadas no sistema de notas fiscais eletrônicas. Excluído da exigência a glosa de crédito no valor decorrente de Pedido de Restituição pendente com mais de noventa dias, consoante previsão do art. 78 do RPAF-BA/99. Fato demonstrado nos autos. Mantida parcialmente a infração 01. O impugnante não elidiu a acusação fiscal da infração 02, uma vez que não comprovou o desfazimento do negócio na devoluções arroladas no levantamento fiscal. Infração subsistente. **b)** RETENÇÃO DE ICMS EFETUADA A MENOS. Demonstrado nos autos que o impugnante mesmo não possuindo Termo de Acordo com a SEFAZ, continuou usando a Pauta Fiscal nas operações com refrigerantes após a Alteração nº 10 do RICMS - Dec. nº 14.242/12. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/09/2014, para exigência de crédito tributário no valor total de R\$11.852.182,56, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 08.06.01. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, fevereiro, março a junho, agosto e novembro de 2011, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2012, março, abril e novembro de 2013. Exigido o valor de R\$5.351.703,40, acrescido da multa de 150%. Demonstrativo às fls. 11 a 18.

Consta como complemento: “Fato apurado no cotejamento entre o montante do ICMS-ST retido nas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e os recolhimentos efetuados, conforme demonstrativos do Anexo I e documentos acostados ao PAF (CD ROM contendo NF-e e Relação de DAEs/GNRES). Ressaltamos que está reclamação fiscal não contempla as devoluções não comprovadas, objeto do próximo item.”;

Infração 02 - 08.06.01. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no

Estado da Bahia, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Exigido valor de R\$1.565.038,33, acrescido da multa de 150%. Demonstrativo às fls. 19 a 23.

Consta como complemento: “A infração ocorreu de dedução indevida do ICMS-ST retido a recolher, conforme declarado nas GIAs-ST a título de devoluções (parte não comprovada), sem apresentação, quando intimado, das Notas Fiscais emitidas e visadas pelo Fisco para tal fim e, nem tampouco, dos documentos suficientes que comprovassem o desfazimento do negócio e o retorno físico das mercadorias, e que respaldassem tal dedução. Tudo conforme demonstrativos do Anexo II e documentos acostados ao PAF (CD ROM contendo GIAs-ST e NF-e; e CDS ROM contendo documentos enviados pelo contribuinte).”;

Infração 03 - 08.06.02. Retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, nos meses de outubro a dezembro de 2011, janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$4.935.440,83, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 24 a 62.

Consta como complemento: “Em consequência de: a) Aplicação de MVA (Margem de Valor Adicionado) a menor (100% em vez de 140%) nas operações interestaduais com cerveja em lata Brahma Chopp, nos exercícios de 2011 a 2013; b) No exercício de 2013 utilizou pauta fiscal em vez de MVA para determinação da base de cálculo do imposto nas operações interestaduais com refrigerantes; e c) Aplicação de alíquota interna menor que 19% nas operações com cervejas em embalagem de vidro (exercício de 2013).”

O impugnante apresenta impugnação às fls. 69 a 99, depois de observar a sua tempestividade e resumir o teor da acusação fiscal, informa inicialmente reconhece como parcialmente devido a quantia exigida na infração 02 - parcela das competências de julho e outubro/2013 e na infração 03 - itens “a” e “c”, no valor principal de R\$1.114.610,46.

Declara que promoveu o recolhimento do referido crédito em Documento de Arrecadação - DAE próprio, cujo valor total contempla as reduções legais, razão pela qual, com base no art. 156, inciso I, do CTN, encontra-se extinto o crédito referente aos valores reconhecidos e pugna pela juntada posterior do comprovante de pagamento do DAE.

Ao cuidar da infração 01 que gira em torno da falta de recolhimento do ICMS retido, fato que foi pretensamente constatado pelo cotejo entre as notas fiscais eletrônicas transmitidas ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, as Guias de Informação e Apuração do ICMS - ST e os recolhimentos efetuados no período de janeiro de 2011 a novembro de 2013. Sustenta a insubsistência da exigência fiscal pela inexistência de fato gerador, em virtude do cancelamento da operação.

No tocante ao período janeiro de 2011 a abril de 2013, diz que apesar do zelo, a Autuante deixou de proceder à verificação da existência de cancelamentos das notas fiscais na mesma data em que foram emitidas, e que estão discriminadas em listagem que colaciona à fl. 302, identificando as notas fiscais canceladas em sua escrituração fiscal, e cujo fato gerador não ocorreu, porém permanecem ativas na base da SEFAZ/BA e no Portal da NFe, no valor de R\$1.511.522,12.

Destaca que, com base nas informações ora prestadas, os valores considerados pela fiscalização para o período de janeiro de 2011 a abril de 2013 são irreais, pois incidentes sobre fatos geradores que jamais ocorreram, e alheios às informações declaradas em sua Escrituração Fiscal.

Ressalta 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.

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

observando que diante da comprovação de qualquer ato infracional ao ponto de gerar imposto a ser recolhido, a declaração da improcedência total do auto de infração é o único remédio para o presente caso. Remata mencionando que ao lavrar o auto de infração, sem verificar outras questões que poderiam ter ocorrido no desenvolvimento de sua atividade, o Fisco findou por laborar em equívoco, ao concluir, por presunção, que não houve recolhimento do ICMS devido.

Assinala que, considerando o erro de apuração levantado, e que por uma falha sistemática o cancelamento das notas fiscais não foi informado no sistema da SEFAZ/BA e no Portal da NF-e, a necessidade de perícia contábil é cogente para o deslinde da questão, posto que o levantamento levado a efeito pelo fiscal autuante está eivado de vícios de apuração.

Diz 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. Continua frisando que no presente caso foi promovido um lançamento sem fato gerador do imposto, com base exclusivamente nas presunções que não se sustentariam após uma análise pormenorizada de sua escrita fiscal.

Pondera que, no máximo, o Fisco poderia ter autuado por descumprimento de obrigação acessória, sob o argumento de que não foi informado o cancelamento dos documentos fiscais, nos termos do art. 93 do RICMS-BA/12, ou seja, por não ter regularizado o status da nota fiscal junto ao Fisco e ao Portal da NF-e, mas jamais cobrar o ICMS-ST de operação que não ocorreu.

Aduz que, se efetivamente tivesse ocorrido alguma irregularidade seria, unicamente, o pretenso descumprimento de obrigação acessória relativamente ao procedimento de registro de cancelamento da operação, o que, como cediço, apenas autoriza a aplicação de multa - art. 113, §3º, do CTN, mas nunca para permitir concluir-se que, por descumprimento de uma obrigação acessória, ter-se-ia “convalidada” a ocorrência de fato gerador inexistente.

Sustenta que, por essa razão 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.

Afirma não bastar que a administração tributária constituir e executar, mas para atingir os fins a que se destina, é necessário o crédito tributário estar obrigatoriamente revestido de certeza, legalidade, bem como demonstrar o respeito às garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente ao contribuinte, o que não parece ser o caso. Assim sendo, assinala que, como não houve por parte do Fisco segurança quanto aos fatos que lhe foram imputados, uma vez que, como acima elencado, fica demonstrada a improcedência do lançamento.

Sustenta que, caso contrário, estar-se-ia indo de forma contrária ao preceito demonstrado pelo Professores Ives Gandra e Vittorio Cassone, cujos ensimentos sobre o tema reproduz.

Acrescenta que mesmo se houvesse permissão legal e, para tanto, viesse a prosperar os efeitos da cobrança do imposto por presunção, essa exigência estaria estagnada ante os preceitos contidos na lei maior (CTN), conforme disciplinam, entre outros, os artigos 97, 100, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 144, 146, expressando as limitações constitucionais do poder de tributar.

Pugna pela improcedência relativa ao período de novembro de 2013. Existência de crédito decorrente de pedido de restituição nº 172296/2013-2 pendente de deliberação da SEFAZ/BA, art. 33 da Lei 7.014/96, art. 78 do Dec. 7.629/99.

Diz que ainda no tocante a infração 01, remanesce o período de novembro de 2013, em que a autoridade autuante alega que houve o recolhimento a menos no expressivo montante de R\$3.840.181,28. Destaca a evidente impertinência do lançamento, e ressalta a sua improcedência por uma questão pública e notória. Revelando que na sua condição de empresa de capital aberto, e de maior empresa de bebidas frias da América Latina, não adota a prática de operacionalizar mercadorias sem o devido recolhimento do imposto retido, e, uma operação de tamanho vulto

como a ora impugnada, representaria milhares de operações sem o devido recolhimento do tributo, por ser algo impensável para uma companhia de seu porte.

No tocante a análise de mérito do valor glosado, afirma ser o valor originário de legítimo crédito fiscal de sua titularidade, razão pela qual é improcedente o lançamento da autoridade fiscal, inclusive com a imputação de penalidade de 150%. Revela que se impõe seu direito ao creditamento do referido valor, uma vez que em 27/08/2013 protocolou Pedido de Restituição de ICMS/ST - Doc. 04, fls. 388 a 391, tombado sob o nº 172296/2013-2, ao Estado da Bahia, em virtude do recolhimento a mais de ICMS ST no período de 25 de setembro de 2011 a 07 de outubro de 2011. Remata lembrando que passado o prazo de 90 dias do pedido de restituição, e não havendo manifestação do fisco, estava autorizado a creditar-se, em sua escrita fiscal do valor objeto do pedido, conforme preconizado no art. 33 da Lei 7.014/96 e art. 78, do Dec. 7.629/99 que viabilizam a referida tomada de crédito.

Relata que, em estrita observância ao exposto nos artigos citados realizou o creditamento da quantia R\$3.840.181,28, valor este que fora tomado totalmente na apuração de novembro de 2013 (passados os 90 dias). Continua esclarecendo que possuía, há época do lançamento, e ainda possui, pois desconhece a existência de qualquer parecer final e irrecorrível sobre o pedido de restituição nº 172296/2013-2, o direito ao crédito total de R\$3.840.181,28, não havendo que se falar em falta de recolhimento do ICMS-ST, considerando que resta comprovado o devido pagamento do imposto.

Aduz, por essas razões, que a única conclusão, diante da temeridade do Auto de Infração, é a declaração de sua improcedência também em relação ao período de novembro 2013, uma vez que a legislação estadual permite a utilização do crédito fiscal, passados 90 dias do pedido de restituição sem manifestação da fazenda.

Em relação a infração 02, informa que identificou falhas nas competências de julho e outubro de 2013, razão pela qual promoveu o recolhimento do montante principal de R\$274.671,48.

Em relação ao saldo remanescente da referida infração, destaca que o entendimento da autoridade fiscal em desconsiderar o crédito de ICMS referente às devoluções de mercadorias é inaceitável, haja vista a inexistência de fato gerador que enseje a tributação imposta. Frisa que no caso de devolução de mercadoria, o que ocorre nada mais é do que a anulação da operação já tributada e nessa hipótese, havendo o desfazimento da operação de circulação já tributada, exsurge o direito de crédito, para anular o débito da saída, de todo indevido por efetiva inexistência do fato gerador da exação.

Assinala que esse direito ao crédito por devolução é constitucional e legalmente assegurado e não pode ser prejudicado imotivadamente pela entidade fiscal. Destaca o que disposto no art. 309 do RICMS/BA e a Constituição Federal, em seu art.150, cujo teor reproduz.

Ressalta que o documento que garante o direito à restituição, constitucionalmente prevista são as notas fiscais de devolução indicadas no art. 368, inciso I, do RICMS, e estas se encontram, todas, acostadas a presente peça de defesa. Menciona que o imposto lançado, e ora impugnado, incide sobre o fato gerador presumido que não se realizou. Remata frisando restar clara a improcedência da infração, pois não houve recolhimento a menos do ICMS ST, haja vista que o fato gerador presumido não se efetivou.

Ressalta que manter o Auto de Infração em relação aos valores impugnados implica afastamento da verdade material, e na sua penalização indevida com a ficção da ocorrência de um fato gerador inexistente. Acrescenta que, sendo assim, 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, o que viola o art. 142, do CTN, por ter sido efetuado sem comprovação efetiva do fato gerador e matéria tributável.

Revela que embora seja dever do Fisco comprovar a infração, traz aos autos a comprovação da devolução dos produtos listados pela fiscalização, conforme pode ser constatado por meio das

notas fiscais apresentadas em anexo (doc. 05), nos termos dos artigos. 368 e 651 do RICMS/BA, bem como nas cláusulas terceira e quarta do Convênio ICMS nº 81/93, que transcreve.

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

Reafirma que sua documentação está regular, estando às devoluções devidamente comprovadas, donde se conclui pela regularidade de seus créditos e operações. Sustenta não haver possibilidade de considerar indevido o creditamento sob a alegação de recolhido de ICMS a menor, com base em mera presunção do Fisco, realizada à vista de uma análise superficial.

Frisa que em casos análogos, o CONSEF vem decidindo pela improcedência do lançamento fiscal, citando como exemplo os Acórdãos JJF nº 0295/99 e CJF nº 0628/99.

Afirma 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.

Frisa que, embora o auditor alegue que não houve a devida comprovação, é observado nos registros de apuração planilhados pela própria autoridade fiscal a comprovação da devolução em face da relação das notas fiscais de devolução e notas fiscais de origem, porém, por razões não informadas no auto, tais valores foram desconsiderados na apuração final do lançamento. Reproduz recorte do anexo II do auto de infração em que resta demonstrado que mesmo as notas fiscais comprovadamente relacionadas a nota fiscal de origem e nota fiscal de devolução não foram consideradas pela autoridade fiscal no momento do lançamento, acostado às fl. 307, verso.

Diz que esse fato, per se, também torna nulo/improcedente o Auto de Infração, pois há flagrante víncio de motivação, por quanto a conclusão final aposta no ato administrativo (auto de infração) não condiz com a própria realidade fática reconhecida pela autoridade autuante (relativamente às devoluções), havendo, portanto, perfeita tipificação à situação nulificante prevista no art. 18 do RPAF-BA/99, e, por similaridade, art. 2º, parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/65. Continua asseverando que, significa dizer que, ao menos em parte, a matéria de fato em que se fundamentou a autuação (devoluções de mercadorias não comprovadas) é materialmente inexistente, pois, dessa parcela, o próprio fiscal já reconheceu que houve indicação e apresentação de documentos relativos à devolução realizada, razão por que deveria ter sido excluído dos cálculos da autuação, o que, não tendo ocorrido, impede a correta apuração da base tributável, tornando ilíquido e incerto o lançamento.

Assinala que considerando o erro de apuração levantado, a necessidade de aferição dos documentos ora juntados é cogente para o deslinde da questão, posto que o levantamento levado a efeito pelo fiscal autuante está eivado de vícios de apuração. Continua destacando que pelas mesmas razões, indispensável a realização de perícia para que restem ratificados os fatos e erros ora evidenciados, e comprovada a regularidade do creditamento no desfazimento das operações.

Ressalta que, por questões operacionais, durante a fiscalização não foi possível fornecer a documentação relacionando a integralidade das notas de devolução com as notas fiscais de origem, porém assevera está empreendendo as buscas necessárias com a finalidade de promover a juntada posterior nos presentes autos das respectivas notas fiscais de origem, e que servirão de base para o trabalho pericial a ser empreendido no sentido de ratificar a efetiva devolução das mercadorias.

Nestes termos, diz restar demonstrada a inexistência de descumprimento da obrigação tributária, impondo-se o julgamento pela improcedência do item 02 da autuação.

Ao tratar da infração 03 apontada pela autuante que exige crédito tributário de ICMS-ST, pretensamente devido, em razão da incorreção na composição da base de cálculo do tributo, sob o fundamento de justificativa de que deveria ser aplicada a MVA ao seu valor, mesmo tendo sido estabelecido no Estado da Bahia o preço usualmente praticado no mercado (pauta fiscal), nos moldes do art. 23, da Lei 7.014/96, inicialmente esclarece ser empresa atuante no ramo da fabricação e comercialização de bebidas que, no exercício regular de sua atividade, figura como contribuinte de diversos tributos, dentre os quais o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobretudo na qualidade de Contribuinte Substituto - ICMS-ST, em operações na qual a legislação lhe impõe a responsabilidade pela retenção antecipada do tributo devido nas operações futuras – a chamada “substituição tributária pra frente”, em conformidade com o art. 155, inciso XII, alínea “b”, da CF/88. Continua revelando que a Lei Complementar nº 87/96 estabeleceu as normas para instituição do ICMS, regulamentando o instituto da substituição tributária, nos termos do art. 8º, que reproduz.

Esclarece que no caso para os produtos que comercializa - bebidas, foram editados os Protocolos ICMS 10/92 e 11/91, que estabelecem que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária será o preço máximo de venda ao consumidor, sugerido pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente (pauta fiscal), sendo aplicável a MVA na sua falta, Cláusula terceira, que reproduz. Continua explicando que a Lei Complementar nº 87/96 remeteu às Leis Estaduais, que invariavelmente declinaram aos Decretos Estaduais, a competência para regulamentação da matéria, tendo sido no Estado da Bahia editada a Lei 7.014/96, art. 23, e o art. 289 do RICMS-BA/12. Arremata revelando que a base de cálculo a ser utilizada nas operações de substituição tributária “para frente” será, via de regra, e para o período autuado, o preço fixado por meio de pauta fiscal.

Informa que estabelecido o valor presumido do ICMS-ST por meio das Instruções Normativas nº 068/2012 - doc. 06, ao compor a base de cálculo do tributo, utilizou-se desses valores e efetuou o recolhimento do tributo devido. Aduz que, a despeito do recolhimento regular que efetuou, o Fisco pretende aplicar a MVA o que, por certo, não seria possível.

Revela que essa prática fiscal é mesmo pertinentemente apelidada de “gatilho”, visto que altera os critérios de composição da base de cálculo do ICMS-ST de forma automática.

Pondera que à luz da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 150, §7º, da CF/88, instituidor do ICMS-ST no ordenamento jurídico (quando do julgamento da ADI 1851/AL), a base de cálculo do tributo, que, por sua própria natureza é presumida, deve ser adotada em caráter definitivo, tanto nas situações em que se verifique recolhimento de imposto sobre base majorada, como nas situações em que se apure recolhimento do imposto sobre base reduzida.

Lembra que, uma vez antecipado o fato gerador do tributo, salvo na hipótese de sua ulterior não ocorrência, a base de cálculo presumida torna-se definitiva, não havendo que se falar em ajustes ou restituição, para qualquer dos lados.

Cita os ensinamentos dos juristas, Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, esposados em parecer específico acerca do tema ora em discussão, cujo trecho reproduz.

Afirma que se trata de mecanismo que viola o princípio da isonomia, pois favorece unicamente o Fisco, na medida em que o “gatilho” assegura maior tributação caso as vendas realizadas pelo contribuinte tenham preço superior ao pautado, mas não garante ao contribuinte menor tributação, caso essas mesmas operações indiquem preço final inferior ao pautado. Pontuando que o Fisco exige a diferença, quando o valor da pauta for inferior ao preço final, mas não é possível o inverso, como se o acordo que ensejou o estabelecimento dos preços finais “presumidos” só tivesse valor contra os contribuintes. Acrescenta destacando que, além disso, viola também o princípio da segurança jurídica, pois o critério utilizado para definição da base de cálculo é inteiramente aleatório, podendo ser aplicado a uma venda e à outra não, sem qualquer previsibilidade.

Registra que nesse sentido que o STF ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1851/AL, cujos efeitos abarcam toda a coletividade (chamado efeito *erga omnes*), firmou o entendimento de que o fato gerador presumido não é provisório, mas definitivo.

Pondera que na realidade, não é necessário grande esforço interpretativo para verificar que o intuito do legislador em estabelecer a pauta fiscal é justamente simplificar o trabalho da própria fiscalização, em concretização ao princípio da praticabilidade tributária, pois fixam-se valores presumidos - que se tornam definitivos - para as mercadorias comercializadas pelas indústrias, reduzindo a evasão fiscal.

Lembra que o preço médio ponderado, na forma prevista pelo art. 8º, inciso II, §§ 4º e 6º da Lei Complementar nº 87/96, busca sempre o valor usual das mercadorias no mercado (com a participação tanto do Estado como das empresas envolvidas), o que, por sua própria natureza, permite a ocorrência de vantagens ou desvantagens isoladas, mas que sempre tenderá, no final das contas, ao equilíbrio. Prossegue esclarecendo que a adoção do preço médio ponderado, obviamente com a participação conjunta do Estado e contribuinte, põe ambos em uma situação de igualdade, impedindo, ao compensar tais vantagens e desvantagens, que quaisquer das partes interessadas possam ser beneficiadas de forma desproporcional. Revela que os casos pontuais de vantagens para um dos lados envolvidos serão “amortizados” pelas vantagens outorgadas isoladamente ao outro.

Ressalta que, ainda que o Fisco discorde do posicionamento do STF, não seria possível a cobrança da diferença entre o valor da pauta e o valor final de venda. Isso porque, tendo o STF expressamente declarado a constitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13/97, não cabe ao Fisco afastar a sua aplicação com base unicamente em seu entendimento, sob pena de violação ao disposto no parágrafo único do art. 142, do CTN, segundo o qual “*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”, e art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da CF, que dispõe que “*cabe à lei complementar regular forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*”.

Ante o exposto, diz restar amplamente demonstrada a necessidade de ser afastada a pretensão do Fisco, em relação ao item 03 da autuação sob pena de violação ao princípio da legalidade.

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

Cita duas razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tais patamares: *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, diz ser cediço 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. Pontua que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Em relação ao segundo ponto frisa 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, inciso IV, da CF/88. Acrescenta observando que por meio de tal dispositivo, 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.

Depois de trazer a baila ensinamentos de juristas pátrios e de decisões de tribunais superiores para corroborar com sua tese esposada de as multas aplicadas de modo desproporcional servem

única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

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

Afirma que, diante de toda questão desenvolvida, e para que não paire qualquer dúvida, uma vez que a autoridade fiscal não observou o cancelamento das operações e o pedido de restituição no tocante a infração 01, e a existência de notas fiscais de devolução devidamente relacionadas com as notas fiscais de origem em relação a infração 02, a realização da diligência fiscal/perícia se torna relevante e indispensável, seja para constatação da verdade material, seja para a revisão contábil dos créditos tomados, a fim de ratificar a regularidade dos mesmos.

Observa que, com vistas a atender as exigências do art. 145 do Dec. nº 7.629/99, formula os quesitos iniciais, inclusive identificando as notas fiscais, a serem respondidos pelo expert, sem prejuízo de outros que se façam necessários para o deslinde da controvérsia.

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.

Solicita a concessão de 30 dias de prazo para juntada das Notas Fiscais da operação de origem e desfeitas através das Notas Fiscais de devolução

Conclui requerendo o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência da exigência fiscal porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação e 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.

A autuante presta informação fiscal, fls. 1167 a 1190, depois de resumir as razões de defesa do apresenta as argumentações que se seguem.

Inicialmente observa que o autuado está obrigado a emissão da Nota Fiscal Eletrônica; o estabelecimento, ora autuado, vem apresentando regularmente o documento denominado GIA-ST que é o resumo do ICMS retido e a recolher; o ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorre da celebração de convênios e protocolos onde são descritos os produtos sujeitos à substituição tributária, os procedimentos e as obrigações respaldados na Lei Complementar 87/96 e alterações posteriores, cujo imposto é apurado nota a nota; no Código Tributário Nacional - CTN, art. 96, consta que a expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Registra o fato de que a empresa apresentou seu arrazoado no mérito, o que demonstra a clareza das infrações descritas, quer seja na tipificação, no complemento ou na descrição dos fatos.

Releva que a auditoria foi realizada tomando por base informações constantes em documentos fiscais emitidos eletronicamente (Notas Fiscais Eletrônicas), em documentos fiscais e informações constantes em outros sistemas disponíveis, tais como INC e SIGAT.

No que diz respeito à infração 01, afirma que após apuração do ICMS devido por substituição, tomando como base o somatório dos valores relativos ao ICMS-ST retidos nas Notas Fiscais Eletrônicas enviadas ao Estado pelo Autuado, fls.14 a 58, efetuou a comparação entre o montante mensal a recolher, abatidos os valores relativos às devoluções informadas nas GIAs-ST que serão analisadas no próximo item, e o imposto efetivamente recolhido. Diz que nesse cotejamento, foram identificadas diferenças entre o imposto a recolher e o recolhido, conforme pode ser verificado na planilha consolidada intitulada “Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST Retido

nas Notas Fiscais Eletrônicas e Não Recolhido, Exceto Devoluções - Resumo Exercícios de 2011 a 2013”, fl. 13.

Assinala que, com o intuito de elucidar a questão, foi enviado correio eletrônico, com as mencionadas planilhas devidamente anexadas, à autuada solicitando informações sobre o motivo das divergências encontradas, fls. 273 e 274, e até a data limite para o fechamento da Ordem de Serviço não obteve resposta à questão levantada.

Destaca que, ante o silêncio do Autuado, foi lavrado o Auto de Infração contendo a reclamação fiscal em sua totalidade.

Registra que, agora, o impugnante informa que parte do valor autuado - R\$1.511.522,12 - seria relativa a notas fiscais canceladas e o restante - R\$3.840.181,28, refere-se ao Processo de Restituição nº 172296/2013-2, valor creditado devido a ter transcorrido 90 dias sem haver manifestação do fisco, conforme autoriza o art. 33 da Lei nº 7.014/96. Registra quanto a esse último valor, pesquisa ao Sistema de Controle de Pareceres Tributários - CPT revelou que, de fato, existe o mencionado processo e que este se encontra, ainda, sem deliberação, o que autoriza o procedimento adotado pela autuada.

Relativamente à primeira parte, explica que as notas fiscais gravadas no CD ROM, fl. 189, foram baixadas do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ/BA e têm a situação “Autorizada” tanto neste Sistema quanto no Portal da Nota Fiscal Eletrônica da Fazenda Nacional, fato este, reconhecido pelo Autuado, fl. 302, quando também sustenta que tais notas fiscais eletrônicas foram canceladas em sua escrituração fiscal.

Esclarece que as normas são publicadas em Diários Oficiais, ao emitir e transmitir NF-e aos órgãos públicos não poderá a empresa, ao seu bel prazer, cancelar documentos fiscais emitidos a qualquer tempo e muitos menos, deixar de lançar o imposto destacado, abatendo seus valores do recolhimento subsequente do imposto retido, com o simples argumento de que foram canceladas em sua escrituração fiscal. Sustenta que para o cancelamento de um documento fiscal eletrônico autorizado e, portanto, válido, devem ser seguidas as normas da legislação tributária pertinente: Ajuste SINIEF 07/05, art. 231-K do RICMS-BA/97 e art. 92 do RICMS-BA/12, cujo teor transcreve.

Declara que a simples providência de cancelar as notas fiscais eletrônicas em sua escrituração fiscal não é suficiente para que haja o perecimento da obrigação tributária. Assinala que, uma vez autorizado e emitido o documento em meio virtual, ele já está valendo para todos os efeitos, cabendo ao contribuinte, se for o caso, providenciar o seu cancelamento no mesmo meio de emissão.

Observa que o Autuado limita-se a informar no processo que as notas fiscais eletrônicas foram canceladas em sua escrituração fiscal, contudo não apresentou qualquer prova de que o fato gerador não tenha se concretizado.

No que concerne à Infração 01, diz entender que, do montante autuado no valor de R\$5.351.703,40 deve ser abatido R\$3.840.181,28, da competência do mês 11/2013, referente ao Processo de Restituição nº 172296/2013-2, que está pendente de deliberação; remanescendo o valor de R\$1.511.522,12.

Ao cuidar da infração 02, ressalva que não reconheceu, em momento algum, que o simples relacionamento entre a Nota Fiscal de devolução e a Nota Fiscal originária, por si só, provaria o efetivo retorno da mercadoria. Assevera que tal assertiva não é verdadeira, posto que a análise dos demonstrativos do Anexo II, fls. 62 a 91, mostra, de forma cabal, que mesmo as Notas Fiscais de devolução que estão vinculadas às originárias estão marcadas como “Não apresentou comprovação” na coluna “Comprovação da Circulação das Mercadorias”, justamente porque o contribuinte fiscalizado não apresentou documentos que comprovassem a efetiva circulação das mercadorias nas operações relativas à devolução.

Explica que, dando continuidade à fiscalização da empresa, efetuou o cotejamento entre o valor calculado com o imposto arrecadado e, também, com o declarado nas GIAs-ST enviadas eletronicamente ao Estado pela Autuada. Observa que constatou nas GIAs-ST valore, lançados a título de ressarcimento por devolução, e que foram abatidos do ICMS-ST a recolher, ao Estado da Bahia, nos meses respectivos indicados no demonstrativo do Anexo II. Prossegue assinalando que a partir dessa constatação foi exigido do contribuinte, durante a fiscalização e antes de seu encerramento, mediante intimação, fls. 206 a 207, que apresentasse cópias dos seguintes documentos comprobatórios do desfazimento da operação: 1) notas fiscais de devoluções de mercadorias indicadas nas GIAs-ST; 2) notas fiscais emitidas para fins de abatimento do ICMS-ST nas operações subsequentes visadas pela SEFAZ/BA, conforme preceituam as normas regulamentares (Conv. 81/93, cláusulas terceira, quarta e oitava; Protocolo 10/92, cláusula sétima; RICMS-BA/97, artigos 368 e 374; RICMS-BA/12, artigos 299 e 301).

Revela que se o contribuinte não dispusesse das notas fiscais visadas pela SEFAZ/BA, como foi o caso deveria apresentar cópias dos documentos a seguir listados, objetivando a comprovação das saídas e do efetivo retorno das mercadorias em devolução: a) Notas Fiscais de Devoluções, com vinculação às respectivas Notas Fiscais de Saídas originárias, e cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRCs relativos aos retornos das mercadorias devolvidas; b) Notas Fiscais de Saídas originárias, e dos respectivos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRCs; c) Na hipótese do art. 374 do RICMS-BA/97; e do art. 301, do RICMS-BA/12, enviar cópias das Notas Fiscais de aquisição das mercadorias e das Notas Fiscais de Saídas efetuadas pelos destinatários para outras Unidades da Federação, bem assim cópias das GNRES – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - relativas ao ICMS-ST recolhido em favor da Unidade Federada de destino das mercadorias; d) Se houve substituição da mercadoria devolvida, enviar cópias das Notas Fiscais de saídas subsequentes à entrada em devolução, vinculando os respectivos documentos; e) Se houve desfazimento do negócio enviar cópias dos lançamentos contábeis no livro RAZÃO registrando o cancelamento parcial e/ou total da operação de venda e os lançamentos contábeis dos créditos efetuados a favor dos clientes; f) Caso os produtos tenham retornado simbolicamente, apresentar, além das cópias das Notas Fiscais de retorno simbólico, as cópias das respectivas Notas Fiscais emitidas em nome do novo destinatário vinculando os respectivos documentos.

Friza que atendendo à intimação, o Autuado enviou CD ROM com os mesmos documentos acostados às fls. 394 a 459, e 3 a 701 do Processo apensado ao PAF nº 326744/2014-5, como pode ser verificado no cotejamento entre esses documentos e os listados nas planilhas, fls. 62 a 91. Assinala que o Autuado não apresentou nada de novo, que já não tenha sido analisado quando dos trabalhos de auditoria.

Afirma que analisados os documentos enviados em meio digital, contatou o Autuado, através do e-mail, fl. 249, informando: 1) A dilação do prazo concedida; 2) Informação de que sua alegação de que a “inaplicabilidade das Notas Fiscais emitidas para fins de abatimento do ICMS-ST a recolher” é totalmente infundada, posto que é prevista na legislação vigente; 3) Também aponta a falta de fundamento de sua alegação de que a “disponibilização do rol com os números dos respectivos CTRCs, não se faz necessária a identificação do número do Conhecimento de Transporte em relação ao registro das notas fiscais em questão”, pois, ao contrário do alegado, a apresentação dos CTRCs com sua vinculação às Notas Fiscais de Saídas originárias e dos CTRCs relativos aos respectivos retornos das mercadorias, também vinculados, são indispensáveis para a comprovação de que, efetivamente, aconteceram as saídas das mercadorias em operação de vendas e/ou transferências e que, de igual forma, aconteceu a circulação das mercadorias relativamente ao seu retorno em devolução; e que o Autuado deveria providenciar o rol e apresentar as cópias desses documentos, conforme intimado.

Revela que os dispositivos da legislação vigente citada no e-mail acima, e, também, na intimação enviada, relativa à dedução a título de devolução e/ou desfazimento do negócio são os seguintes:

Convênio ICMS 81/93, Protocolo ICMS 10/92, RICMS-BA/97, art. 368 e art. 374, RICMS-BA/12, art. 299. art. 301.

Ressalta, pelo expedito, haver todo um procedimento estabelecido na legislação tributária a ser seguido para autorizar a utilização do crédito fiscal no caso de devoluções de mercadorias e a Nota Fiscal de ressarcimento, visada pelo fisco baiano, é o documento que autoriza ao contribuinte o abatimento dos valores do ICMS-ST relativamente às mercadorias devolvidas.

Registra que como o Autuado não preencheu os citados requisitos, necessária se faz a comprovação das saídas originárias e dos efetivos retornos em devolução, e, para tanto, foi o contribuinte intimado, fl. 207, a apresentar as Notas Fiscais de Saídas originárias, as Notas Fiscais de Devolução e os respectivos CTRCs - Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas. Continua esclarecendo que a comprovação se dá com a vinculação entre todos os citados documentos, como explicado ao Autuado através de e-mail, fl. 260.

Assevera que o autuado não apresentou quaisquer documentos que comprovassem os retornos das mercadorias em devolução, que, portanto, restaram não comprovadas, à exceção das Notas Fiscais de devolução nº 774.073 e 544.903 do exercício de 2012; e 161.399 e 215.753 do exercício de 2013, cujas Notas Fiscais de retorno foram carimbadas em Postos Fiscais do Estado da Bahia, como pode ser verificado nas planilhas às fls. 63 a 91 e no CD ROM à fl. 189.

Ressalta, ainda, que o Autuado recebeu comunicação eletrônica detalhando toda análise efetuada nos documentos que enviou, em atendimento à intimação relativa a devoluções de mercadorias, conforme e-mail às fls. 285 a 286, porém, não obteve do Autuado, à época e nem agora em sua impugnação, qualquer manifestação a respeito do assunto, se limitando à juntar ao PAF cópias das Notas Fiscais já enviadas por ocasião da intimação.

No tocante à Infração 03, esclarece que cuida do ICMS-ST retido a menos nas Notas Fiscais Eletrônicas, em decorrência de: - a) Aplicação de MVA (Margem de Valor Adicionado) a menos (100% em vez de 140%) nas operações interestaduais com cerveja em lata Brahma Chopp, nos exercícios de 2011 a 2013; - b) No exercício de 2013 utilizou pauta fiscal em vez de MVA para a determinação da base de cálculo do imposto nas operações interestaduais com refrigerantes; e c) Aplicação de alíquota menor que 19% nas operações interestaduais com cervejas em embalagem de vidro - exercício de 2013. Arremata informando que o Autuado acatou as parcelas a) e c), insurgindo-se, apenas, quanto à parcela b).

Enfatiza que não houve comparação entre o valor estabelecido em pauta fiscal e a Margem de Valor Adicionado - MVA para a determinação da base de cálculo e, por consequência, do imposto a recolher e, sim, a aplicação do disposto na legislação tributária, no caso o inciso VI do §11 do art. 289, do RICMS-BA/12.

Explica que o dispositivo que autorizava a utilização da pauta fiscal no caso de refrigerantes, o inciso IV do mesmo parágrafo e artigo, foi revogado pela Alteração nº 7 (Dec. nº 14.242, publicado no Diário Oficial do Estado – DOE de 15 e 16/12/12), produzindo efeitos no período compreendido entre 01/01/13 a 31/01/13. De 01/02/13 a 31/07/13, vigeu a Alteração nº 10 (Dec. nº 14.295, DOE de 01/02/13), que permitia a utilização da pauta fiscal somente para contribuintes substitutos que possuíssem Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ/BA. A partir de 01/08/13 até os dias atuais, com a vigência da Alteração nº 15 (Dec. nº 14.681, DOE de 31/07/13), o universo dos contribuintes que poderiam utilizá-la ficou mais limitado, posto que seu uso ficou restrito aos contribuintes que, além de serem obrigados a possuir Termo de Acordo, precisam ser contribuintes substitutos localizados no Estado da Bahia, conforme dispositivos citados, cujo teor transcreve.

Frisa ser vedada a utilização da pauta fiscal para os contribuintes que não atendem aos requisitos previstos no RICMS/BA, a base de cálculo a ser utilizada é a prevista nas Cláusulas terceira e quarta do Protocolo nº 10/92, combinado com o item 37 do Anexo 1 do RICMS/BA, que transcreve. Prossegue pontuando restar claro nos dispositivos da legislação tributária (RICMS/BA) a forma da

determinação da base de cálculo, não cabendo, portanto, se falar de confisco ou enriquecimento ilícito do Estado. Remata lembrando que o Autuado, não possuindo Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, como é o caso, não poderia continuar utilizando a pauta fiscal a partir de 01/01/13, motivando a autuação ora examinada.

Sustenta que o critério de definição da base de cálculo não é aleatório, isto é, alterável a cada operação, visto que está definido na legislação pertinente e é aplicável a todos os contribuintes que realizam operações interestaduais de vendas de refrigerantes para o Estado da Bahia e que não possuam Termo de Acordo.

Nesse sentido, revela que o valor do imposto devido não foi, como alegado, alterado para mais após a saída das mercadorias do estabelecimento do contribuinte; o valor reclamado no Auto de Infração é a diferença entre o valor correto do ICMS-ST que teria que ser recolhido e valor recolhido a menos, não havendo, portanto que falar de cobrança por operações futuras, que, supostamente, teriam maior valor.

No que diz respeito às multas aplicadas, informa que estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e, portanto, não há o que se falar em ilegalidade.

Quanto ao pedido de perícia, assevera que seu entendimento é que, caso o Autuado dispusesse de provas materiais de suas alegações, deveria tê-las acostadas aos autos, por ocasião de sua impugnação.

Alerta que, estranhamente, o Autuado acostou documentos alheios ao PAF às fls. 443, 445 e 447; e fls. 36, 48, 236 e 240 do Processo nº 326744/2014-5, apensado.

Ressalta que em relação às infrações reconhecidas não houve pagamento total do débito.

Conclui, por tudo quanto exposto, e a exceção de parte da Infração de nº 01, no que tange ao Processo de Restituição nº 172296/2013-2, ainda em análise, requerendo a procedência das demais exigências objetos da presente lide, por inexistir na defesa elementos capazes de elidir a ação fiscal.

Constam às fls. 1195 a 1204, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

Em pauta suplementar esta 3ª JJF converteu os autos em diligência à Infaz de origem, fl. 1205 para que o autuado fosse intimado a apresentar:

- Infração 01 - Comprovação do efetivo cancelamento das operações relativas às notas fiscais listadas em sua defesa, fl. 302. Deverá ser demonstrada, de forma inequívoca, a motivação do cancelamento e a justificativa para o não cancelamento das referidas notas fiscais no ambiente nacional de notas fiscais eletrônicas, no qual foram geradas e canceladas, tão-somente, na escrituração fiscal. Sem prejuízo de quaisquer outras comprovações, deverão ser carreados aos autos: pedido do cliente e/ou cancelamento, comprovações de que tais operações não foram registradas na escrita fiscal (entradas) do estabelecimento destinatário;
- Infração 02 - Apresentar, juntamente com cópia documentação comprobatória, planilha discriminando, para cada nota fiscal de devolução arrolada no levantamento fiscal, “Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST Retido e Não Recolhido, em Virtude de Devoluções não Comprovadas”, fls. 62 a 91, e CD, fl. 189, a documentação que lastreou a circulação, o ingresso no estabelecimento autuado com a respectiva escrituração em seu estoque das mercadorias retornadas em devolução, objeto deste item da autuação.

Caso atendida a solicitação pelo sujeito e reste comprovada, de forma inequívoca, a efetiva devolução das mercadorias em questão, devem ser elaborados novos demonstrativos de apuração e de débito, promovendo às correspondentes exclusões.

Ao atender a intimação para o atendimento da diligência o impugnante se manifesta às fls. 1214 a 1216, nos termos seguintes.

No tocante à infração 01, sobre a comprovação do efetivo cancelamento das operações relativas às notas fiscais listadas em sua defesa, fl. 302, registra, de início, que, ao exigir a juntada de um documento que comprove a motivação do cancelamento das notas fiscais está o auditor a tratar uma operação de venda de bebidas, tal qual estivéssemos tratando compra de grandes maquinários. Observa que no exercício de sua atividade operacional, a dinâmica das operações impõe um ritmo acelerado no atendimento dos pedidos abertos, isso implica emissão de notas fiscais, por exemplo, muito antes da remessa da mercadoria. Continua mencionando que tal rotina tem por objetivo resguardar as operações da autuada, e evitar que operações de venda fiquem atrasadas/retidas, por questões relativas à emissão da documentação fiscal.

Pondera que, em função de variáveis de mercado, como demanda, prazos, despesas e aspectos sazonais, é uma atividade onde os pedidos são alterados/cancelados independente de forma muito rápida, de forma que pedidos já e processamento (e com notas fiscais já emitidas), mesmo antes do embarque da mercadoria sejam alterados, o que implica no cancelamento da nota anteriormente emitida para se adequar à nova solicitação.

Observa que em tais situações, sequer, há o envio da mercadoria ao destinatário, razão pela qual não há como se exigir uma documentação que registre a motivação para o cancelamento, pois a mercadoria que é efetivamente encaminhada para o cliente é definitiva.

Reconhecer que ocorreu um flagrante vício no cumprimento da obrigação acessória pertinente ao cancelamento de tais documentos no portal da nota fiscal eletrônica. Declara que esse fato que está sendo apurado internamente, com vistas a estabelecer fluxos internos que tais erros não se perpetuem.

Revela que não possui meios de apresentar a escrita fiscal dos destinatários das mercadorias para “comprovar” que não houve o ingresso dos produtos nesses destinatários, tal qual requerido na intimação, ora atendida. Frisa que tal requerimento é totalmente despropositado, e impertinente, pois, diferentemente da SEFAZ/BA, não possui acesso a esses documentos, não sendo possível lhe exigir que apresente documentos que não são de sua titularidade (ou mesmo acesso), e pior, que já estão de posse da SEFAZ/BA.

Diz se tratar de ato próprio da fiscalização, bastando, para tanto, que a própria autoridade fiscal acesse os registros fazendários dos destinatários, e promova análises na escrita fiscal para apurar se as notas autuadas foram registradas nos respectivos livros de entrada. Acrescenta mencionando que caso a fiscalização adote essa medida preventiva (e inerente ao trabalho de fiscalização), com certeza, observará que tais notas jamais circularam.

Informa que não obstante tratar-se de ato inerente à atividade fiscalização, empreendeu esforços no sentido de obter declarações de seus destinatários com vistas a certificar que as notas autuadas não foram recebidas por tais empresas, requerendo a juntada da referida documentação.

No tocante à solicitação pertinente à infração 02, afirma que já consta esclarecido, que, considerando a dinâmica das operações na atividade de venda de bebidas, e com vistas a evitar atrasos nas operações em função da emissão das notas fiscais, os documentos fiscais de cada operação são emitidos muito antes do embarque das mercadorias, o que implica, no caso de alterações nos pedidos o cancelamento/devolução de tais notas e a emissão de outras notas em substituição. Continua assinalando que tal procedimento permite que no momento em que as mercadorias embarquem para remessa ao destinatário toda a documentação fiscal esteja ajustada para acompanhar a operação, evitando atrasos por questões fiscais. Diz ser esse o caso das notas fiscais autuadas, razão pela qual inviável a exigência para comprovação de que houve “circulação e retorno”, pois, efetivamente, tais notas nunca circularam.

Afirma que com vistas a comprovar a devolução das mercadorias, e contribuir com o trabalho fiscal, junta ao presente requerimento relação das notas fiscais autuadas e suas respectivas notas fiscais de devolução. Aduz que, com base em tal informação será possível à autoridade fiscal

aferir o registro de tais notas na escrita fiscal da impugnante, e, definitivamente, reconhecer o equívoco da autuação.

Diz reforçar os termos de defesa, ressaltando que os documentos indicados na intimação se referem a itens de sua escrituração fiscal, documentos estes elaborados e já transmitidos à Fazenda Estadual através da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Prossegue enfatizando que, em sendo assim, e por força do próprio Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, a Escrituração Fiscal é a via adequada para registro das operações realizadas, bem como para fins de apuração do ICMS a recolher. Revela que se trata de documentação exigida por lei, pelo regulamento estadual e que contempla todas as operações realizadas, sendo, o mais robusto meio de prova, pois evidencia todo o resultado econômico e operacional decorrente das operações realizadas pelo Contribuinte.

Sustenta seu entendimento de que o lançamento fiscal é equivocado quando se apegue apenas a obrigações acessórias para impor uma tributação quando, sequer, houve fato gerador, tal qual no caso dos autos.

Assevera que manter o lançamento fiscal nos termos perpetrados, caracteriza descompromisso com a verdade material, pois se restringe a mero procedimento acessório para imputar uma exigência onde sequer houve circulação de mercadoria, conforme evidenciado na Escrituração Fiscal já mencionada.

Lembra 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. Registra que, uma vez cancelada a operação, ou registrada a sua devolução, o documento fiscal, por si só, não tem o condão de manter a exigibilidade de um tributo indevido.

Cita como exemplo, uma situação onde a operação não foi realizada por meio de nota fiscal eletrônica, o simples fato da autorização da SEFAZ/BA para emissão do documento físico seria suficiente para imputar o fato gerador do tributo. Diz ser evidente que não.

Pondera que mesmo se por uma questão técnica as notas fiscais permanecem autorizadas no Portal da SEFAZ, ou mesmo as notas de devolução não possuam algum requisito específico, não houve a circulação de mercadorias ensejadoras da autuação, portanto, ilegítima a manutenção do lançamento fiscal realizado sem a verificação da ocorrência do fato gerador em total afronta o art. 142 do CTN.

Assinala que nesses termos, as infrações apontadas não estão caracterizadas.

Conclui reiterando todos os termos e requerimentos já apresentados no presente processo, e requer, por sua vez, o regular trâmite do processo administrativo, notadamente com o reconhecimento da total nulidade e/ou improcedência do lançamento fiscal impugnado.

O autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 1251 a 1252, no termos a seguir enunciados.

Depois de reproduzir as ponderações do impugnante ao atender a intimação da diligência solicitada, revela que na forma já explicitada em sua informação fiscal, fls. 1167 a 1190, a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), uma vez emitida no ambiente nacional, é documento fiscal com validade jurídica para os fins a que se destina, devendo o contribuinte providenciar sua escrituração e o consequente recolhimento dos impostos devidos.

Lembra que se a operação à que esta se refere não for efetivada, em prazo não superior a vinte e quatro horas contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso e desde que não tenha havido a circulação da mercadoria, o emitente poderá solicitar seu cancelamento no mesmo ambiente em que foi emitida (Ajuste SINIEF nº 07/05).

Sustenta não ser permitido ao contribuinte cancelar documentos fiscais emitidos a qualquer tempo, deixar de lançar o imposto destacado, ou mesmo abater seus valores do recolhimento subsequente do imposto retido, com o simples argumento de que foram cancelados em sua

escrituração fiscal, estando os documentos fiscais autorizados no ambiente nacional de Notas Fiscais Eletrônicas e, portanto, válidos.

Explica que cabe ao Estado da Bahia exigir o recolhimento do imposto retido por substituição tributária apurado nos documentos fiscais emitidos. Revela que para qualquer valor diferente desse, o contribuinte deve apresentar documentos e lançamentos fiscais/contábeis que acobertem a pretendida redução. Assevera que esse procedimento não foi feito nem quando intimado e nem tampouco neste momento.

Afirma que a justificativa apresentada para a desconsideração à norma estabelecida na legislação tributária é inócuia e não pode prosperar, uma vez que o contribuinte é quem deve se adequar a esta, e, não, o contrário.

Diz ser um despropósito a tentativa do Autuado de transferir sua obrigação de comprovar a não ocorrência dos fatos geradores relativos às Notas Fiscais emitidas para a autoridade fiscalizadora. Esclarece que mesmo se fosse promovida a fiscalização nos estabelecimentos dos destinatários, a simples ausência de escrituração dessas NF-e em seus livros Fiscais e Registros Contábeis não autoriza a dedução, para além de qualquer dúvida, de que não houve, efetivamente, a circulação das mercadorias.

Reafirma que de igual maneira, e nessa mesma linha de raciocínio, as declarações dos destinatários nesse sentido, fls. 1229 a 1236, são ineficazes para a comprovação da inexistência dos fatos geradores da obrigação tributária.

Por fim, diz constatar que a planilha apresentada às fls. 1217 a 1228-A são meras cópias parciais das planilhas anexadas ao Auto de Infração às fls. 63 a 91, e cujas informações adicionais não justificam a não apresentação dos documentos fiscais/contábeis comprobatórios dessas devoluções.

Destaca que apesar de mais uma vez intimado, o autuado não apresentou documentos fiscais/contábeis hábeis que pudessem comprovar que as alegadas devoluções aconteceram. Revela que a manifestação do autuado, nada de novo acrescentou ao PAF, uma vez que se limitando a enviar declarações dos destinatários das mercadorias que não comprovam o cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas, relativamente à infração 01 ou a efetiva devolução destas, no caso da infração 02.

Frisa que, quanto ao alegado cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas, ainda hoje, 05/07/2016, estas continuam na situação de Autorizadas no ambiente nacional da Nota Fiscal Eletrônica.

Conclui asseverando que, não tendo o autuado trazido ao PAF elementos materiais capazes de elidir a acusação fiscal, mantém seu entendimento já expresso às fls. 1167 a 1190.

O impugnante intimado a cerca do resultado da diligência se pronuncia, fl. 1260 a 1265, depois de reproduzir o teor do resultado da diligência apresentado pela autuante, assim se manifesta.

Afirma que, de acordo com o entendimento da autuante, a escrita fiscal exigida no RICMS/BA é um item de ficção, desnecessário, e sem validade para fins fiscais, pois ao seu entender o único documento fiscal a comprovar/registrar uma operação é o registro no portal da NF-e da nota fiscal. Observa ser inaceitável que tal posicionamento seja externado por um auditor fiscal do Estado, pois por força do próprio Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, a Escrituração Fiscal é a via adequada para registro das operações realizadas, bem como para fins de apuração do ICMS a recolher. Remata esclarecendo que se trata de documentação exigida por lei, pelo regulamento estadual e que contempla todas as operações realizadas, sendo, o mais robusto meio de prova, pois evidencia todo o resultado econômico e operacional decorrente das operações realizadas pelo Contribuinte.

Ressalta que, no presente caso, foi além de suas obrigações tributárias e, com vistas a reforçar a demonstração de que não houve fato gerador, obteve junto aos destinatários das operações canceladas/devolvidas declarações informando que as notas fiscais autuadas não ingressaram em

seus estabelecimentos. Lembra que essa atividade, por força do art. 142 do CTN, ser de competência/dever da autoridade fiscal.

Aduz que mesmo por uma questão técnica as notas fiscais permaneçam autorizadas no Portal da SEFAZ, ou mesmo as notas de devolução não possuam algum requisito específico, não havendo a circulação de mercadorias ensejadoras da autuação, portanto, é ilegítima a manutenção do lançamento fiscal realizado sem a verificação da ocorrência do fato gerador em total afronta o art. 142 do CTN.

Afirma que, ao alvedrio da norma tributária, a autoridade fiscal sugere manter o Auto de Infração mediante uma nova hipótese de fato gerador do ICMS, qual seja, a autorização eletrônica da emissão da nota fiscal. Fato esse inadmissível e que deve ser submetido ao controle e reprovação por esse respeitável Tribunal Administrativo. Sustenta ser falho o argumento que se apega a apenas ao status da nota no portal da NF-e para impor uma tributação quando sequer houve fato gerador. Arremata assinalando que falta com verdade material o procedimento fiscal que se apega a mero procedimento acessório (cancelamento de nota fiscal no portal da NFe), para imputar uma exigência onde sequer houve circulação de mercadoria, conforme evidenciado em toda a documentação produzida no processo.

Lembra 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. Assevera que, uma vez cancelada a operação, o documento fiscal, por si só, não tem o condão de manter a exigibilidade de um tributo indevido.

Portanto, manter o lançamento fiscal nos termos perpetrados, caracteriza descompromisso com a verdade material, pois se restringe a mero procedimento acessório para imputar uma exigência onde sequer houve circulação de mercadoria, conforme evidenciado na Escrituração Fiscal já mencionada.

Por fim requer, em face das informações fiscais apresentadas, e reiterando todos os argumentos e pedidos constantes em sua impugnação ofertada, o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do lançamento fiscal, em virtude da inexistência das infrações nele apontadas.

Às fls. 1339 a 1341, a autuante presta nova informação fiscal, destacando que mais uma vez intimado o impugnante não apresentou os documentos fiscais/contábeis hábeis que pudessem comprovar o efetivo cancelamento das notas fiscais e que as alegadas devoluções aconteceram. Observa que nada de novo foi acrescentado aos autos se limitando a afirmar, sem qualquer comprovação que não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária.

Conclui mantendo seu entendimento já expresso às fls. 1167 a 1190 e fls. 1251 a 1255.

VOTO

Compulsando os autos, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte. De fato, resta evidenciado os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes às multas indicadas. Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar sobre o que está sendo imputado ao contribuinte, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento.

No que tange ao pedido de realização de perícia, não vislumbro necessidade de sua realização, haja vista que os elementos que compõem os autos e os coligidos na diligência realizada são suficientes para formação do convencimento dos julgadores e lastrear a decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido, com fulcro no art. 147, incisos I, II, do RPAF-BA/99.

No mérito, a infração 01 cuida da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, apurado no cotejamento entre o montante do ICMS-ST retido nas Notas Fiscais Eletrônicas e os recolhimentos efetuados, no período de janeiro de 2011 a novembro de 2013, conforme demonstrativos do Anexo I, fls. 13 a 58.

Em sede de defesa o impugnante protestou pela improcedência da autuação. Contestou a exigência no valor de R\$1.511.522,12, atinente ao período de janeiro de 2011 a abril de 2013, sob o fundamento de que a autuante não verificou o cancelamento das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal em sua escrituração fiscal na mesma data em que foram emitidas, consoante relação que colacionou à fl. 302, cujo fato gerador asseverou não ter ocorrido, embora as referidas notas fiscais canceladas permaneçam na base da SEFAZ/BA e no Portal da NFe.

Refutou também o defendant o lançamento relativo ao mês de novembro de 2013, pelo fato de que neste mês detinha crédito no valor de R\$3.840.181,28, decorrente de pedido de Restituição nº 172296/2013-2, cuja cópia colaciona à fls. 338 a 391, pendente de deliberação da SEFAZ, consoante previsão do art. 33 da Lei 7.014/96 e art. 78 do Dec. 7.629/99.

A autuante, ao prestar informação fiscal, manteve a autuação em relação às notas fiscais canceladas sob o fundamento de que, apesar da previsão legal de cancelamento no Ajuste SINIEF 07/05, reproduzida no art. 231-K, do RICMS-BA/97, e no art. 92 do RICMS-BA/12, a simples providencia de cancelar as notas fiscais em sua escrita fiscal não é suficiente para que haja o perecimento da obrigação tributária. Destacou que, uma vez autorizado e emitido em meio virtual ele já está valendo para todos os efeitos, cabendo ao contribuinte, se for o caso, providenciar seu cancelamento no mesmo meio de emissão. Frisou que o defendant limitou-se a informar que as notas fiscais eletrônicas foram canceladas em sua escrituração sem, contudo, apresentar qualquer prova de que o fato gerador não se concretizou.

No tocante a alegação defensiva de que o valor de R\$3.840.181,28, referente ao processo de Restituição nº 172296/2013-2, valor creditado devido a ter ultrapassado 90 dias sem haver manifestação do fisco, conforme autoriza o art. 33, da Lei 7.014/96, informou que em pesquisa ao Sistema de Controle de Pareceres Tributários constatou a existência do referido processo que se encontra ainda sem deliberação, o que autoriza o procedimento adotado pelo impugnante.

Concluiu a autuante que deve ser abatido do valor lançado o valor de R\$3.840.181,28, da competência do mês 11/2013, remanescendo o débito no valor de R\$1.511.522,12.

Depois de examinar as peças que integram esse item da autuação, constato que em relação aos cancelamentos das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal efetuados pelo autuado em sua escrita fiscal não têm o condão de elidir a acusação fiscal, haja vista que o procedimento adotado não é suficiente para comprovar inequivocamente que não ocorreram as operações nelas consignadas e, como consequência o fato gerador dela decorrente.

As Notas Fiscais Eletrônicas apontadas pelo autuado encontram-se com a situação “Autorizada” na base da SEFAZ/BA e no Portal da NF-e, onde permanecem ativas, ou seja, sem o cancelamento, portanto, em total discordância com a Cláusula décima segunda do Ajuste SINIEF 07/05, que impõe um prazo para cancelamento não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a autorização, prazo esse recepcionado pelo RICMS-BA.

Instado a comprovar nos autos o efetivo cancelamento das operações atinentes às notas fiscais canceladas somente em sua escrituração fiscal, o impugnante não logrou êxito, eis que somente carreou aos autos declarações dos destinatários de que não receberam as referidas notas fiscais, fls. 1229 a 1236, insuficientes, portanto, para comprovar o cancelamento.

É inconcebível que uma empresa do porte da autuada solicite autorização de uso de nota fiscal eletrônica no sistema e proceda seu cancelamento somente em sua escrita fiscal, sem solicitar o cancelamento no sistema, alegando, tão-somente, que por uma falha sistêmica os cancelamentos não foram informados ao sistema da SEFAZ.

Diante dos elementos trazidos aos autos, bem como do reconhecimento do sujeito passivo de que não efetuou o cancelamento das notas no sistema da SEFAZ, verifico que os registros na escrita fiscal não são suficientes para comprovar os efetivos cancelamentos das notas fiscais, não havendo qualquer informação ou documento que possa justificar tal providência.

Resta evidenciado que o sujeito passivo não procedeu conforme determina os artigos 92 e 94 do RICMS/2012, *in verbis*:

“Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço, observadas as normas constantes no art. 93. Parágrafo único. O cancelamento da NF-e em prazo superior ao definido em ato COTEPE somente poderá ser efetuado mediante requerimento dirigido ao inspetor da circunscrição fiscal do contribuinte, circunstanciando os motivos da solicitação. Art. 93. O cancelamento da NF-e somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido à Administração Tributária que a autorizou.”

“Art. 94. O contribuinte deverá solicitar, mediante Pedido de Inutilização de Número da NF-e, até o 10 (décimo) dia do mês subsequente, a inutilização de número do documento fiscal eletrônico não utilizado, na eventualidade de quebra de sequência da numeração.”

Nestes termos, convirjo com o entendimento da autuante, de que não restou demonstrado o cancelamento das notas fiscais, portanto não há provas de que as mercadorias não circularam, o que caracteriza, com tal circulação, o nascimento do fato gerador apontada pela autuante, não cabendo a arguição de que a exigência fiscal foi apurada por presunção, visto que não foi demonstrado o recolhimento do imposto exigido relativo às notas fiscais, objeto da autuação, cuja circulação da mercadoria ensejou a ocorrência do fato imponível, fazendo nascer a obrigação tributária não cumprida pelo sujeito passivo.

No que concerne ao crédito no valor de R\$3.840.181,28, da competência do mês 11/2013, apesar de restar evidenciado a existência do processo de Restituição nº 172296/2013-2, no Sistema de Pareceres Tributário da SEFAZ, nesse valor, entendo que, mesmo com a previsão estatuída pelo art. 78, do RPAF-BA/99, de que não havendo deliberação no prazo de noventa dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, entendo que deve ser anulada a exigência relativa ao período de novembro de 2011, no montante de R\$3.840.181,28.

Represento a Autoridade Fazendária para avaliar a necessidade de acompanhar o desfecho do processo de restituição e deliberar sobre os procedimentos para o estorno dos créditos lançados, a serem adotados na eventualidade de sobrevir decisão contrária ao contribuinte e irrecorrível quanto à legitimidade dos referidos créditos.

Assim, concluo pela subsistência parcial do item 01 da autuação no valor de R\$1.511.522,12,

A infração 02 também trata da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia apurada em decorrência de dedução indevida do ICMS-ST retido a recolher, conforme declarado nas GIAs-ST a título de devoluções (parte não comprovada), sem apresentação, quando intimado, das Notas Fiscais emitidas e visadas pelo Fisco para tal fim e, nem tampouco, dos documentos suficientes que comprovassem o desfazimento do negócio e o retorno físico das mercadorias, e que respaldassem tal dedução. Tudo conforme demonstrativos do Anexo II, fls. 60 a 91.

A exigência fiscal afigura-se lastreada na legislação de regência - Convênio ICMS 81/93, Protocolo ICMS 10/92, recepcionados pelos artigos 368 e 374, do RICMS-BA/97 e pelos artigos 299 e 301 do RICMS-BA/12, que estatuem o procedimento a ser seguido para autorizar a utilização de crédito no caso de devoluções de mercadorias e a Nota fiscal de ressarcimento visada pelo fisco baiano é o documento que autoriza ao contribuinte o abatimento dos valores do ICMS-ST relativo às mercadorias devolvidas.

Em suas razões de defesa o impugnante inicialmente reconheceu falhas nas competências de julho e outubro de 2013 e informou que recolhera o montante de R\$274.671,48.

Afirmou que os documentos que garantem o direito à restituição constitucionalmente prevista são as notas fiscais de devolução indicadas no inciso I do art. 368, do RICMS-BA, as quais se encontram acostadas à defesa. Sustentou que, consoante de depreende de sua documentação a regularidade das devoluções que estão devidamente comprovadas. Ressaltou por questões operacionais não foi possível fornecer a documentação relacionando a integralidade das notas fiscais de origem.

A autuante informou que constatados nas GIAs-ST valores lançados a título de ressarcimento por devolução e que foram abatidos do ICMS-ST a recolher, intimou o defendant a apresentar os documentos comprobatórios do desfazimento das operações, inclusive as notas fiscais emitidas para fins de abatimento do ICMS-ST nas operações subsequentes visadas pela SEFAZ-BA, conforme preceituam as normas regulamentares - Conv. ICMS 81/93, Protocolo 10/92 e os artigos 368 e 374 do RICMS-BA/97 e os artigos 299 e 301 RICMS-BA/12.

Assinalou que o impugnante não apresentou quaisquer documentos que comprovassem os retornos das mercadorias em devolução, portanto, não restaram comprovadas.

Mesmo intimado para o atendimento da diligência solicitada por esta 3^a JJF, o autuado não apresentou a documentação fiscais/contábeis que comprovassem as devoluções objeto da autuação.

Depois de examinar as peças que compõem esse item da autuação, constato que, de acordo com o demonstrativo de apuração que explicita para cada nota fiscal de devolução e a correspondente nota fiscal de origem o ICMS-ST retido e não recolhido em virtude de dedução no montante retido a título de devolução não comprovada, o impugnante não carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal.

Assim, concluo pela subsistência da infração 02.

Quanto à infração 03, foi apurada retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, apurada em consequência de: *i*) - aplicação de MVA a menos (100% em vez de 140%) nas operações interestaduais com cerveja em lata Brahma Chopp, nos exercícios de 2011 a 2013; *ii*) - no exercício de 2013 utilizou pauta fiscal em vez de MVA para determinação da base de cálculo do imposto nas operações interestaduais com refrigerantes; e *iii*) - aplicação de alíquota interna menor que 19% nas operações com cervejas em embalagem de vidro (exercício de 2013).

Em suas razões de defesa o impugnante se insurgiu em relação a utilização da pauta fiscal em vez da MVA no exercício de 2013.

Sustentou que o Fisco exige a diferença quando o valor da pauta é inferior ao preço final, mas não é possível o inverso, como se o acordo que ensejou o estabelecimento dos preços finais “presumidos” só prevalecesse contra o contribuinte. Assegurou que tal procedimento viola o princípio da segurança jurídica, visto que o critério utilizado para definição da base de cálculo seria inteiramente aleatório, sem qualquer previsibilidade.

A autuante em sua informação fiscal esclareceu que não ocorreria comparação entre o valor estabelecido em pauta fiscal e a Margem de Valor Adicionado - MVA, para a determinação da base cálculo e sim o disposto no inciso VI, §11, do art. 289 do RICMS-BA/12. Explicou que o dispositivo que autorizava a utilização da Pauta Fiscal no caso de refrigerantes, o inciso IV, do mesmo parágrafo foi revogado pela Alteração nº 7 - Dec. 14.242/12.

Neste termo, fica evidenciada que está clara nos dispositivos da legislação de regência a forma da determinação da base de cálculo nas operações objeto desse item da autuação.

Ademais, como bem frisou a autuante, não possuindo o impugnante Termo de Acordo com a SEFAZ, consoante a Alteração nº 10 - Dec. nº 14.295/13, não poderia continuar utilizando a pauta fiscal a partir de 01/01/2013, o que motivou a autuação.

Logo, nas operações interestaduais para contribuintes localizados no Estado da Bahia a definição da base de cálculo não é aleatória e não há que se falar em confisco ou enriquecimento do Estado. Portanto, resta patente o acerto da autuação.

Assim, concluo pela manutenção da infração 03.

No que concerne à alegação de que as multas propostas pelos autuantes são exorbitantes e têm a natureza confiscatória, em que pese a extensiva e articulada argumentação desenvolvia pela defesa, cumpre consignar que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciação de constitucionalidade de norma posta. Vale observar, no entanto, que as multas indicadas no Auto de Infração em exame têm previsão expressa no art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução das multas, observo que esta JJF não tem competência para apreciação da multa por descumprimento de obrigação principal, consoante o art. 158, do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, em que pese na esfera administrativa não ser obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado, contudo, ressalto que o não atendimento a esta solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 275290.0301/14-5, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$8.012.001,01, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.935.440,56 e de 150% sobre, R\$3.076.560,45, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso V, alínea “a”, II, aliena “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA