

A. I. N° - 206912.0002/17-3
AUTUADO - MONDELEZ BRASIL NORTE E NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - VLADIMIR MIRANDA MORGADO e JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22.11.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0205-04/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL, DESTINADAS A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RETIDO. **b)** IMPOSTO NÃO RETIDO. Restou confirmada a condição de substituto tributário do sujeito passivo, bem como, a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento a menos do imposto exigido. De igual forma a sua responsabilidade pela não retenção e recolhimento do imposto exigido. Após saneamento, houve diminuição da exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/03/2017, exige o ICMS no valor total de R\$90.255,22 em decorrência da falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia. Período: março, 2013, novembro 2014, janeiro, agosto de 2015, março e junho a dezembro de 2016. Multa de 150%.

O autuado, através de representante legalmente constituído, impugna o lançamento fiscal (fls. 28/42). Informa ser indústria dedicada à fabricação e à comercialização de produtos alimentícios, notadamente, chocolates, biscoitos, dentre outros e que realiza vendas à contribuintes localizados neste Estado da Bahia e que a sua defesa encontra-se tempestiva.

Que o Auto de Infração exige ICMS sob a acusação de que teria recolhido a menor o imposto retido nas operações referentes aos meses de março/2013, novembro/2014, janeiro e agosto/2015, a título de substituição nas vendas realizadas dentro do Estado da Bahia e que teria deixado de retê-lo, nos meses de março e junho a dezembro/2016, em desacordo com o Protocolo 50/05.

Contudo, o lançamento fiscal teve ser cancelado pelos seguintes motivos a seguir elencados.

DIFERENÇA DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/2013, NOVEMBRO/2014, JANEIRO E AGOSTO/2015 – neste período, a fiscalização deixou de considerar alguns valores decorrentes de notas fiscais de devoluções de mercadorias, cujas entradas foram registradas nos meses objeto da autuação. Dessa forma, por força da previsão contida no art. 12, da Lei nº 7.014/96, os créditos decorrentes do ICMS-ST retidos e recolhidos nessas operações devem ser consideradas na apuração do valor devido de ICMS-ST no mês de retorno da mercadoria. Tal previsão encontra-se, também, inserida no art. 299, do RICMS/12 e que este CONSEF assim tem se posicionado (A. I. N° - 269358.0008/13-3).

Passa a demonstrar seus argumentos por mês.

. **Março de 2013** – informa que escriturou suas saídas com a incidência do ICMS-ST à Bahia no valor de R\$1.272.967,33, o que gerou um valor a pagar no montante de R\$116.775,35 (Doc. 02). Ocorre que algumas das vendas realizadas foram objetos de “devoluções” e “retornos”, devendo, necessariamente, ser compensado do valor de ICMS-ST a pagar. Neste mês teve

devolução/retorno das mercadorias, cujas notas fiscais anexou, o que determinou o recolhimento de ICMS-ST no montante de R\$116.775,35, conforme declarado no Sintegra GIA-ST. Ocorre que neste mês apurou o valor de R\$15.965,68 a ser creditado em decorrência das entradas da empresa, em razão das devoluções registradas.

Em assim sendo, o ICMS-ST devido no mês de março de 2013 foi de R\$100.809,67, devidamente recolhido em GNRE (Doc. 03), como atesta os próprios fiscais autuantes no “Quadro Resumo” do auto de infração. Não há que se falar em diferença a ser exigida.

. **Novembro de 2014** – neste mês ocorreu o mesmo fato. Na apuração mensal, conforme declarado em GIA-ST (Doc. 13), o valor total de ICMS-ST retido foi de R\$205.267,53. Ocorrem “devoluções” e “retornos” no valor de R\$10.146,85 (conforme indica por documento fiscal e notas fiscais anexadas – Doc. 04). Assim, o montante de ICMS-ST devido no mês de novembro de 2014 foi de R\$195.120,68, devidamente recolhido em GNRE (Doc. 05), como consta no “Quadro Resumo” do Auto de Infração. Não há que se falar em diferença a ser recolhida.

. **Janeiro de 2015** – o mesmo fato aconteceu. Apurou valor de ICMS-ST a pagar de R\$181.474,62. Ocorrem “devoluções” e “retornos” no valor de R\$18.288,25 (conforme indica por documento fiscal e notas fiscais anexadas – Doc. 06). Assim, o montante de ICMS-ST devido no mês de janeiro de 2015 foi de R\$163.186,37, devidamente recolhido em GNRE (Doc. 07), como consta no “Quadro Resumo” do Auto de Infração. Mais uma vez, não há que se falar em diferença a ser recolhida.

. **Agosto de 2015** - o mesmo fato aconteceu. Apurou valor de ICMS-ST a pagar de R\$365.235,65. Ocorrem “devoluções” e “retornos”, no valor de R\$11.244,85 (conforme indica por documento fiscal e notas fiscais anexadas – Doc. 08). Assim, o montante de ICMS-ST devido no mês de agosto de 2015 foi de R\$353.990,80, devidamente recolhido em GNRE (Doc. 13), como consta no “Quadro Resumo” do Auto de Infração. Não há que se falar em diferença a ser recolhida.

Diz estar apensando aos autos mídia digital contendo os arquivos da apuração do ICMS-ST (Doc. 13).

FALTA DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/2016, JUNHO A DEZEMBRO DE 2016.

Alega que devem ser tais ocorrências canceladas por dois motivos:

1º - em algumas notas fiscais contidas no “Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST Não Retido” havia realizado o recolhimento complementar.

2º - a respeito das notas fiscais emitidas para os contribuintes Vitoria Atacadista de Alimento (CNPJ 06.191.199/0002-38) e Lojas Le Biscuit S.A (CNPJ 16.233.389/0048-19) estava desobrigado da retenção do imposto.

A respeito do seu primeiro argumento, nos meses de junho, julho e outubro de 2016 emitiu notas fiscais complementares para o recolhimento de ICMS-ST não retido, de modo a complementar o recolhimento de ICMS faltante. Desse modo, das notas mencionadas na autuação, foram emitidas as seguintes notas fiscais complementares, com o consequente recolhimento do tributo:

NFe	Período	NFe de Comp.	Data Recolhimento	Valor	Documento
74771-15	jun/16	79703-15	23/09/2016	1.037,73	DOC.10
74772-15	jun/16	79705-15			
75477-15	jun/16	79706-15			
75485-15	jun/16	79704-15			
76840-15	jul/16	77461-15	09/08/2016	2.556,75	DOC.10
76841-15	jul/16	77460-15			
80703-15	out/16	80830-15	09/11/2016	14.833,86	DOC.10
80747-15	out/16	80831-15			

Em relação ao seu segundo argumento, informa que os contribuintes Vitoria Atacadista de Alimentos (CNPJ 06.191.199/0002-38) e Lojas Le Biscuit S.A (CNPJ 16.233.389/0048-19) possuem ACÓRDÃO CJF Nº 0205-04/17

Regime Especial específico com o Estado da Bahia, no qual restou estabelecido que sejam eles os responsáveis tributários, ou seja, desonera o contribuinte substituto do recolhimento do tributo, conforme previsão contida no art. 7º-B do Decreto nº 7.799/00, que transcreve.

Informa que a “Lojas Le Biscuit” firmou o Termo de Acordo através do processo administrativo nº 20193520144 (Doc. 11) e a “Vitória Atacadista de Alimentos” pelo de nº 15431820088 (Doc. 11).

Por este fato, apresenta todas as notas fiscais que não poderiam fazer parte da autuação (fls. 38/39) e entende que a exigência do imposto ora discutido deve ser cancelada.

Diz estar apensando aos autos mídia digital contendo os arquivos da apuração do ICMS-ST (Doc. 13).

Passa a impugnar a multa aplicada por ter cunho confiscatório. Comenta a respeito do inciso IV, do art. 150, da Constituição Federal e observa que, embora o texto constitucional não faça menção expressa à aplicação do Princípio da Vedaçāo ao Confisco às multas fiscais, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de aplicá-lo, também, a elas. Neste sentido, apresenta jurisprudência do STF para embasar seu argumento, bem como, para firmar entendimento de que as “*as multas excessivas, que ultrapassam o razoável para punir os transgressores e prevenir para que o ilícito não volte a acontecer, caracterizam o confisco de forma indireta, sendo vedado pela Constituição da República*”.

Diz que o STF já consolidou o entendimento de que o arbitramento de multa superior ao valor do tributo é flagrantemente confiscatória, apresentado decisões e que o art. 112, II, do CTN (transcrito) também acolhe seu argumento.

Diante de todo o exposto, requer:

- a) *Cancelada a cobrança, objeto deste Auto de Infração, pois restou comprovada a inexistência de débitos de ICMS-ST, seja com relação à infração 01, seja com relação a infração 02.*
- b) *afastada a aplicação de multa no caso concreto, eis que flagrantemente confiscatória.*

Os autuantes prestam informação fiscal (fls. 1797/1803). Inicialmente informam que o autuado apensou aos autos muitos documentos fiscais que não possuem qualquer correlação com a matéria ora em lide, “*transbordando os autos em desnecessários oito volumes que poderiam muito bem ser reduzidos a menos da metade*”.

Passam a tecer considerações a respeito dos argumentos de defesa na forma apresentada.

DIFERENÇAS DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/13, NOVEMBRO/14, JANEIRO/2015 E AGOSTO/2015 – entendem que o impugnante incorreu em equívoco de metodologia quando afirmou que as diferenças a pagar detectadas na auditoria decorreram de devoluções efetuadas pelos seus clientes, com o consequente aproveitamento do respectivo crédito fiscal quando do retorno, uma vez que as diferenças apuradas partiram da confrontação entre o recolhido pela empresa - cujos valores constam no sistema de arrecadação do Estado da Bahia - e o imposto retido nas notas fiscais de venda, cuja relação se encontra, por amostragem, às fls. 15/20 e toda ela já disponibilizada em mídia digital.

Nesta esteira, as notas fiscais de devoluções apontadas na impugnação já haviam sido abatidas pelo contribuinte - e consideradas também pela Auditoria - quando da apuração do valor a ser recolhido nos meses em discussão. Em assim sendo, considerar, novamente, tais documentos fiscais nas diferenças indicadas no Auto de Infração implicava em diminuir, novamente, o montante apurado e recolhido pelo sujeito passivo, uma vez que, “*quando da apuração do ICMS-ST e determinação do montante a ser recolhido, a empresa aponta os valores de retenção do mês e deduz as devoluções ocorridas no período*” encontrado o valor que foi recolhido e que consta no sistema de arrecadação desta SEFAZ, valor já considerado na auditoria realizada, “*portanto já cotejando as notas de devolução que o sujeito passivo reprisa na sua peça impugnatória*”.

No entanto, somente três notas fiscais de devolução juntadas nos oito volumes do presente processo se referem a notas fiscais de vendas indicadas na relação amostrada às fls. 15/20 (e disponibilizada toda ela em mídia digital para o contribuinte), associadas aos meses em que foram encontradas diferenças de imposto retido e não recolhido (março/2013, novembro/2014, janeiro/2015 e agosto/2015). Tais documentos foram os únicos que serviram para reduzir o montante autuado de retido e não recolhido. E esta verificação e análise foram realizadas documento a documento, de modo que as notas fiscais de venda retiradas, total ou parcialmente, são as seguintes, resultando na exclusão parcial da quantia cobrada:

Período	NF devolução	NF venda	Devolução	Valor a abater
Março/13	126540	20048	parcial	2.242,93
Novembro/14	126540	48359	Total	8.975,78
Novembro/14	478868	48156	Total	830,05
Novembro/14	91	48797	Total	1.094,96

O fato é que a maior parte dos documentos fiscais de retorno de mercadorias foi anexada na impugnação sem qualquer correlação com o período autuado.

E da análise das notas fiscais com este código operacional, informam:

1. *Um razoável número de notas fiscais de devolução não aponta em seu corpo qual a nota fiscal originária de venda, de sorte que se torna impossível associar, por exemplo, se a devolução se refere a uma nota fiscal de venda efetuada em um dos períodos em que se constatou resíduos de recolhimento. Ex: NFs 1007 (fls. 193), 187244 (fls. 219) e 336976 (fls. 1393).*
2. *Embora irrelevante para o deslinde da questão, vez que o importante é identificar se a nota originária de venda se reporta a um dos quatro meses alcançados pela autuação, outro razoável número de notas de devolução foram indicadas pelo contribuinte na sua impugnação como emitidas em uma data, quando, na verdade, foram emitidas em data diferente. Este é o caso das NFs 130921 (indicada como de 07/8/2015 mas emitida em 01/7/2015 - fls. 1365, vol 5), 188990 (indicada como de 14/01/2015 mas emitida em 18/12/2014 - fls. 1307, vol. 4) e 197022 (indicada como de 07/8/2015 mas emitida em 20/7/2015 - fls. 1445, vol. 5).*
3. *Igualmente desimportante para o desfecho do processo, muitas notas fiscais de devolução foram juntadas mais de uma vez aos autos. Ex: 195741 (fls 1421 e 1485, vol 5), 851402 (fls. 837 e 996, vol. 3) e 1428910 (fls. 635 e 724, vol. 3).*
4. *E um terceiro contingente considerável de notas fiscais de devolução se reporta a 2016, ano em que não foram identificadas diferenças entre o retido e o recolhido, posto que as diferenças encontradas se reportam aos meses de março/2013, novembro/2014, janeiro e agosto de 2015. Aqui se incluem as NFs 3606983 (fls. 371, vol. 2), 1223964 (fls. 328, vol. 2) e 1191689 (fls. 1099, vol. 4).*

Diante do saneamento realizado apresentam um novo demonstrativo de débito relativo aos meses e anos ora comentados.

Período	Débito lançado	Débito revisto
Março/13	9.936,88	7.693,95
Novembro/14	5.658,22	0
Janeiro/15	11.617,53	11.617,53
Agosto/15	4.762,20	4.762,20

AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTOS NOS MESES DE MARÇO E JUNHO A DEZEMBRO DE 2016.

Em relação ao argumento do impugnante de que, posteriormente, emitiu nota fiscal complementar fazendo o destaque do ICMS-ST e providenciando o seu recolhimento, dizem que reexaminaram os documentos de fls. 36/37, momento em que constataram que de fato houve recolhimento posterior. Em assim sendo, excluíram as notas de venda correspondentes inseridas no levantamento original.

No que diz respeito ao argumento de que as vendas às empresas "Vitória Atacadista de Alimentos" e "Lojas Le Biscuit" não sofreram a retenção porque ambas possuem Termo de Acordo, nos termos do art. 7º-B do Dec. nº 7.799/00, entendem assistir razão parcial ao contribuinte.

Efetivamente, a empresa "Lojas Le Biscuit" possui Termo de Acordo para transacionar com seus fornecedores interestaduais sem se submeter à retenção do imposto, mesmo se aquele estiver localizado em unidade federativa signatária de acordo interestadual – apensa aos autos cópias dos pareceres intermediário e final a respeito deste Termo de Acordo.

Porém a empresa "Vitória Atacadista de Alimentos" não possui autorização da Bahia para ele próprio fazer a substituição tributária. O seu Termo de Acordo (cópias dos pareceres também anexadas) é no sentido de ser reduzida a base de cálculo nas importações e saídas internas de bebidas alcoólicas das posições NCMs 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208.

E não bastasse isso, remanesceram outros clientes que sequer foram mencionados pelo impugnante.

Com a comprovação de pagamento pelas notas de complemento e pela exclusão de operações que de fato não se submetem à substituição tributária, apresentam novo demonstrativo de débito, a saber:

Período	Débito lançado	Débito revisto
Março /16	366,14	366,14
Junho /16	833,11	90,64
Julho /16	2.265,19	0
Agosto/16	1.340,95	1.340,95
Setembro/16	16.125,60	10.663,53
Outubro/16	16.998,94	545,07
Novembro/16	11.999,60	471,37
Dezembro/16	8.350,96	2.001,69

Passam a contra argumentar a respeito da impugnação da multa aplicada.

No que toca à aplicação da multa de 150% pela falta de retenção identificada, dizem assistir razão ao contribuinte. Inclusive, no Novo Demonstrativo de Débito que apensaram retificaram o equivoco.

No mais, entendem que não há que se falar em natureza confiscatória da penalidade aplicada, uma vez que a previsão de multas está no CTN (arts.136 e 137) e os montantes de 60% e 150% defluem do art. 42, II, “e” e V, “a” da Lei nº 7.014/96.

E continuam: *“É indvidoso que o crédito tributário é formado do imposto e consectários, dentre os quais se destaca a penalidade aplicável quando se constata o cometimento de uma infração, inexistindo ilegalidade na sua cobrança. É possível se admitir violação ao princípio de vedação de confisco quando a punição econômica prevista é de tal monta que implique em transferência abusiva do bem particular para o patrimônio público. Seria possível pensar em multa com efeito de confisco se da sua aplicação resultasse em montante muito próximo ou*

equivalente ao próprio valor da mercadoria o que, nem de longe, se caracterizou no presente lançamento. Até porque a própria legislação baiana prevê reduções substanciais de seu valor caso haja o pagamento da dívida”.

Pugnam pela procedência em parte do Auto de Infração.

Chamado para tomar conhecimento do saneamento realizado pelos autuantes (fls. 1818/1819) a empresa se manifesta (fls. 1821/1831). Após indicar todo o saneamento realizado pelos fiscais autuantes, diz que ainda subsistem cobranças que, ainda, devem ser canceladas.

DIFERENÇAS DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/13, NOVEMBRO/14, JANEIRO/2015 E AGOSTO/2015 – não é verdadeira a informação prestada pelos autuantes de que já havia sido considerados os créditos fiscais decorrentes das notas fiscais de devolução, conforme prova, fartamente, toda a documentação carreada aos autos, ou seja, estes créditos não foram considerados. Para consubstanciar seu argumento apresenta o demonstrativo “Quadro Resumo – Demonstrativo de Débito” realizado pelos autuantes em sua manifestação.

Ressalta que a auditoria se restringiu, simplesmente, a comparar o “Total Retido (NFe)” e o “Total Recolhido (DAE/GNRE)”. E, ao contrário do que dizem os fiscais autuantes, “*em momento algum o auto de infração cogita – seguir menciona – qualquer das notas fiscais de “devolução” – que influem no resultado do cálculo*”. Ou seja, tais créditos fiscais não foram considerados conforme comando do art. 12, da Lei nº 7.014/96.

Ainda discorda dos fiscais a respeito de que as cópias das notas fiscais carreadas aos autos não foram suficientes à comprovação dos referidos créditos fiscais, na medida em que não se referem às vendas realizadas. Diz que “*como pormenorizadamente trazido em Impugnação apresentada, todas as devoluções foram devidamente juntadas, sendo, inclusive, relacionadas em quadros descritos contidos em itens 2.1.1, 2.1.2, 2,1,3 e 2.1.4 da Impugnação*”, inclusive sendo reconhecido pelos fiscais a redução do Auto de Infração.

Que embora tenha trazido, “a título de reforço” notas fiscais relativas a períodos posteriores ao que ora se discuti (Doc. 04), as notas fiscais de devolução e os respectivos recibos do SINTEGRA relativos ao período autuado – março (Doc. 02 e 03), janeiro/15 (Doc. 06 e 07) e agosto/15 (Doc. 08 e 09), foram, efetivamente, individualizados (Doc. 03), razão pela qual os argumentos dos fiscais não procedem.

E, continua, os demais documentos foram apensados aos autos objetivando dar suporte à apuração do período e para demonstrar que a diferença encontrada pela fiscalização tem por origem, exclusivamente, a não consideração das devoluções existentes, conforme informado em sua primeira manifestação e ora, sucintamente, transcrito.

Com tais colocações, afirma que os valores remanescentes são indevidos.

FALTA DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/2016, JUNHO A DEZEMBRO DE 2016 – pontua a aceitação pelos autuantes do Termo de Acordo da empresa “Le Biscuit S/A” e a discordância dos mesmos em relação a respeito da empresa “Vitória Atacadista de Alimentos”.

Não aceita tal discordância na medida em que, como comprova o Parecer Final exarado no âmbito do Processo nº 15461820088, esta empresa teve deferido, pela SEFAZ/BA, o Termo de Acordo por ela proposto, momento em que aderiu ao Regime Especial previsto no Dec. nº 7.799/00. Cola em sua defesa o Parecer Final exarado por esta SEFAZ/BA (fl. 1827), enfatizando que pelo mesmo aquela empresa aderiu ao Regime Especial previsto no nominado Decreto.

Com este argumento, volta a apresentar os documentos fiscais que devem ser excluídos da autuação.

Passa a contestar o valor da multa aplicada, trazendo toda a sua argumentação anteriormente feita.

Diante de todo o exposto, requer novamente:

c) *Cancelada a cobrança, objeto deste Auto de Infração, pois restou comprovada a inexistência*

de débitos de ICMS-ST, seja com relação à infração 01, seja com relação a infração 02.

d) afastada a aplicação de multa no caso concreto, eis que flagrantemente confiscatória.

Chamado para manifestarem-se a respeito da nova manifestação realizada pelo defendant, os autuantes (fls. 1834/1836) ratificam a sua primeira informação e complementam, apresentando o detalhamento “passo a passo” da metodologia aplicada na presente auditoria, qual seja:

1. Verificaram, em cada período de apuração, o valor do ICMS nos documentos fiscais de venda.
2. Anularam as vendas em que foi identificado o desfazimento do negócio jurídico. Foram consideradas as notas fiscais de devolução de mercadorias nas quais se identifica no seu bojo o número do documento fiscal de venda, apurando, assim, o que chamaram de “vendas válidas”, que “*se encontram na relação de notas fiscais já acostadas ao processo e disponibilizada em mídia digital*”.
3. Diminuíram do montante retido de imposto nas vendas realizadas no mês, o imposto constante nas notas fiscais de devoluções, chegando ao imposto retido a recolher.
4. Compararam o valor do imposto retido a recolher com o valor do imposto recolhido no período correspondente, que consta no sistema de arrecadação da SEFAZ/BA.
5. Sendo o valor a recolher maior do que o recolhido foi exigido o ICMS conforme o presente lançamento fiscal.

Com a apresentação da defesa, foram retirados desta relação alguns documentos fiscais haja a vista a comprovação do desfazimento da operação comercial, o que reduziu o montante a ser exigido.

Que cabe ao contribuinte, se entender que ainda existem vendas com devoluções, juntar novos documentos fiscais nos quais estejam consignadas as notas fiscais da venda respectiva. Como não houve mais apensacão de notas fiscais de devoluções que comprovem o desfazimento das operações comerciais autuadas, o valor lançado retificado deve ser mantido.

Quanto à empresa “Vitória Atacadista de Alimentos”, o acordo firmado não alude à transferência da sujeição passiva da empresa autuada ao seu cliente. Apenas autoriza a redução da base de cálculo nos moldes do Dec. nº 7.799/00, inclusive como atesta o próprio defendant em sua manifestação (fls. 1827). E completam: “*Evidentemente, redução de base imponível nada tem a ver com a responsabilidade da substituição ficar para o destinatário situado na Bahia*”.

Reiteram tudo que disseram a respeito da multa aplicada quando da anterior informação e reafirmam a procedência parcial da autuação.

VOTO

O autuado foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS retido e devido em decorrência da substituição tributária, nas operações de saídas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no território baiano.

Primeiramente, ressalto que a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é atribuída ao autuado, considerando que está localizado em Pernambuco, Estado signatário de convênio que atribui ao mesmo tal condição, combinado com o Convênio ICMS 81/93 que “*estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal*”.

Em segundo, aponto uma situação singular existente no presente lançamento fiscal. Embora a acusação tenha sido a falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, na realidade existiram duas situações. A primeira diz respeito ao

recolhimento a menor do imposto retido e a segunda, a falta de sua retenção e, consequentemente, o seu não recolhimento.

Esta situação consta expressamente provada nos demonstrativos elaborados pelos fiscais autuantes. E diante dela foi que o contribuinte defendeu-se, indicando ter havido duas infrações no presente lançamento fiscal.

Poderia esta circunstância seguir caminho de alegação à nulidade do lançamento fiscal. No entanto, o próprio impugnante, além de não o fazer, demonstrou, cabalmente, seu entendimento a respeito da situação, defendendo-se com todos os meios de provas que possuía de todas elas.

Afora que os próprios fiscais autuantes, quando da informação fiscal, as separou ao apontar o percentual da multa aplicável para as duas situações, ou seja: 150% para o recolhimento a menor do imposto retido e de 60% pela falta de sua retenção e, consequentemente, o não recolhimento do ICMS, sendo dado a conhecer ao contribuinte tal saneamento.

Em assim sendo, determina o RPAF/BA:

Art. 18. São nulos:

[...]

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade

Diante do exposto, entendo sanada a matéria a este respeito.

E, dando prosseguimento ao presente voto, sigo a mesma orientação dada pelo defendant, inclusive seguida pelos próprios fiscais autuantes.

DIFERENÇAS DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/13, NOVEMBRO/14, JANEIRO/2015 E AGOSTO/2015 – IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOR.

Toda a base de argumentação da empresa é que não foram abatidos do imposto apurado pelo fisco os créditos fiscais a que tinha direito (art. 12, da Lei nº 7.104/96) tendo em vista o desfazimento de vendas realizadas no período de apuração (devoluções), uma vez que os fiscais, apenas, realizaram uma comparação entre o valor do ICMS retido nos documentos fiscais e os recolhimentos realizados, quer através de DAEs ou GNREs. Que, em qualquer momento, estas devoluções foram sequer mencionadas nos levantamentos fiscais.

Por seu turno, os autuantes argumentam que a metodologia aplicada no lançamento fiscal foi a seguinte: consideraram as notas de vendas que continham a retenção do imposto, anularam aquelas em cuja nota de devolução apontava a nota fiscal de venda respectiva, resultando nas notas fiscais que chamaram de “válidas” para a auditoria. Após, compararam este resultado com os valores apurados e recolhidos pela própria empresa. As diferenças remanescentes foram exigidas.

A princípio, o argumento de defesa poderia ter pertinência, pois não consta (apenas se sabe do fato através das informações fiscais) que o levantamento “Relação de Notas Fiscais Eletrônicas com ICMS ST Destacado” (fls. 15/20), base da autuação, foi apresentado já com a anulação das operações comerciais (vendas) onde houveram devoluções, quer parciais ou totais, de mercadorias. Deveria nele constar tal informação.

Entretanto, para todos os meses autuados, o impugnante relacionou, mês a mês, todas as notas fiscais que foram emitidas por seus clientes para devolução de mercadorias. E, basicamente, colacionou aos autos nos oito volumes do processo cópias destes documentos fiscais.

Com base em toda esta documentação, os fiscais autuantes, documento por documento e mês a mês, a analisou, constatando que somente três notas fiscais das inúmeras apresentadas tinham correlação com a autuação, como consta no Relatório do presente Acórdão, o que motivou a exclusão do ICMS exigido do mês de novembro de 2014 e diminuição daquele referente ao mês de março de 2013.

Esta situação foi contestada pelo defensor por entender que como havia apresentado uma relação mês a mês com as suas identificações, as cópias dos documentos fiscais e parte de sua escrituração, estaria provada a inconsistência da autuação.

Neste específico caso, razão assiste aos fiscais autuantes quando expressam o entendimento de que para que haja o desfazimento de uma operação comercial, por devolução quer parcial ou total, é necessário que seja emitido documento fiscal de devolução pelo recebedor das mercadorias. No entanto, este documento fiscal deve, por força inclusive de uma obrigação legal, indicar o documento original (no caso concreto desta lide a venda realizada) para que se possa ter a certeza que esta devolução aconteceu. Sem este procedimento torna-se quase impossível a sua prova, que, ressalto, deve ser feita pelo próprio contribuinte, ou seja, é dele o ônus de desconstituir o fato apurado.

Observo que a escrituração destas notas fiscais de devoluções deve, por obrigação, ser realizada. No entanto, esta escrituração não faz prova efetiva de que determinada venda, realizada através de determinado documento fiscal foi devolvida através de determinado documento fiscal de devolução. A prova concreta e que maior base dá ao fato é a correlação do documento fiscal original com o de devolução.

E para corroborar a análise feita pelos autuantes, cito exemplos, referente ao mês de agosto de 2015 (mês em que não houve qualquer exclusão do valor do ICMS originalmente apurado) com base na relação pelo defensor apresentada e a cópia do documento fiscal para embasar toda a argumentação dos autuantes.

NF-e de devolução nº 1393634 (fls. 1350/1358) – sua data de emissão não é de 17/08/2015, mas sim de 26/06/2015. Refere-se a devoluções de mercadorias acobertadas pela NF-e original de nº 44772, documento este que não faz parte da autuação.

NF-e de devolução nº 130921 (fls. 1359/1366) – sua data de emissão não é de 07/08/2015, mas sim de 01/07/2015. Refere-se a devoluções de mercadorias acobertadas pela NF-e original de nº “15/57959”, documento este que não faz parte da autuação.

NF-e de devolução nº 20361 (fls. 1367/1374) – sua data de emissão não é de 06/08/2015, mas sim de 30/06/2015. Refere-se a devoluções de mercadorias acobertadas pela NF-e original de nº 58148 de 20/06/2015, documento este que não faz parte da autuação.

NF-e de devolução nº 2489 (fls. 1375/1381) – Diz respeito a devoluções de mercadorias acobertadas pela NF-e original de nº 58782 de 08/07/2015. Este documento fiscal não faz parte da autuação.

NF-e de devolução nº 336976 (fls. 1382/1394) – sua data de emissão não é de 17/08/2015, mas sim 29/06/2015. Refere-se a “devolução de vencidos NF devolução referente proforma 5572321572”. Não se sabe a que devolução este documento fiscal de devolução se refere.

NF-e de devolução nº 2474 (fls. 1395/1402) – É uma NF-e emitida pelo próprio autuado para devolução de mercadorias á empresa Peixoto Com. Ind e Serviço de Trans S/A. Consta nas informações complementares deste documento fiscal: “*Doc. Interno NF: 0004014769 – Ped Mondalez: 5572331176 – Ped. Cliente: 211605 ... Retorno Ref NF 000058117*”. Mesmo que se admita que esta nota de devolução seja de uma venda realizada pelo impugnante, a NF-e nº 58117 não foi autuada.

NF-e de devolução nº 137131 (fls. 1404/1411) – sua data de emissão não é de 25/08/2015, mas sim 05/08/2015. Refere-se a devoluções de mercadorias acobertadas pela NF-e original de nº “15/59500”, documento este que não faz parte da autuação.

NF-e de devolução nº 195741 (fls. 1412/1422) – sua data de emissão não é de 17/08/2015, mas sim 17/06/2015. Refere-se a devoluções de mercadorias acobertadas pela NF-e original de nº 57307, documento este que não faz parte da autuação.

Em assim sendo, e neste momento, somente posso alinhar-me ao entendimento dos fiscais autuantes e mantenho parcialmente a ICMS exigido nos referidos meses na forma apresentada quando do saneamento realizado.

FALTA DE RECOLHIMENTO NOS MESES DE MARÇO/2016, JUNHO A DEZEMBRO DE 2016 - IMPOSTO NÃO RETIDO E CONSEQUENTEMENTE NÃO RECOLHIDO. O impugnante apresenta dois argumentos para desconstituir o imposto relativo aos meses autuados,

O primeiro é que em algumas notas fiscais (que indicou) existentes no “Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST Não Retido”, havia realizado o recolhimento complementar, trazendo prova do alegado. Este argumento foi acolhido pelos fiscais autuantes quando prestaram a informação fiscal.

O segundo é de que os contribuintes Vitoria Atacadista de Alimento (CNPJ 06.191.199/0002-38) e Lojas Le Biscuit S.A (CNPJ 16.233.389/0048-19) possuíam Regime Especial específico com o Estado da Bahia, através de Termo de Acordo, no qual restou estabelecido que eles fossem os responsáveis tributários pelo recolhimento do ICMS-ST, conforme previsão contida no art. 7º-B do Decreto nº 7.799/00, fato este que o desonera de proceder à retenção e, consequentemente, o recolhimento do imposto.

Diante do Processo nº 20193520144 (cópia fls. 1812/1815), de fato a empresa Lojas Le Biscuit S.A firmou com o Estado da Bahia Termo de Acordo onde restou como responsável tributário à retenção e recolhimento do imposto, como segue:

“A retenção e recolhimento do ICMS pelo de responsabilidade do detentor deste Termo de Acordo, Art. 7ºB do Decreto 7799/00, ainda que as mercadorias sujeitas à substituição tributária sejam adquiridas de fornecedores localizados neste ou em outros estados signatários de acordos interestaduais, conforme estabelece o § 2º do art. 7º-B do Decreto 7.799/00” - (fls. 1813 dos autos).

Em assim sendo, não existe discordância de qualquer parte que as vendas realizadas à nominada empresa não poderiam constar da autuação. Os autuantes as excluíram.

No entanto, em relação á empresa “Vitoria Atacadista de Alimento” (CNPJ 06.191.199/0002-38) a situação é diversa. Ela, realmente, firmou Termo de Acordo com este Estado (Processo nº 15461820088 - fl. 1525) em 20/10/2008 *“para adoção de redução de base de cálculo do ICMS, conforme previsto no Decreto 7.799/00 e alterações posteriores. Ressaltamos, porém, que o benefício ora pretendido alcança tão somente as mercadorias relacionadas aos CNAE’s constantes no anexo único do Decreto 7799/00 e que não estejam enquadradas na Substituição Tributária”* (grifos não original). E foi este Termo de Acordo que o próprio impugnante colacionou em sua última manifestação (fls. 1827) onde consta expressamente que o benefício se refere à redução de base de cálculo.

Em 03/11/2016 a empresa “Vitoria Atacadista de Alimento” firmou novo Termo de Acordo (Processo nº 17174720162 - fls. 1808/1811) cujo deferimento foi o seguinte: *“Ementa: Termo de Acordo Decreto 7799/00 – art. 3º F. Redução na base de cálculo das operações da importação e nas saídas internas de bebidas alcóolicas das posições NCMs 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208 – PELO DEFERIMENTO”* (grifo não original).

Como se denota, ambos os Termos de Acordo da nominada empresa tem por base o Dec. nº 7.799/00, mas não tem qualquer vinculação com a responsabilidade tributária com relação as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, mas sim, e tão somente, em relação à redução de base de cálculo de mercadorias. Inclusive no primeiro Termo de Acordo expressamente as exclui e, no segundo acordo, o regime especial é somente para as operações da importação e nas saídas internas de bebidas alcóolicas das posições NCMs 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208.

Em assim sendo, sem pertinência com a presente lide o argumento de defesa a respeito desta referida empresa. Aqui não se discute base de cálculo e sim a responsabilidade, ou não, do recolhimento do imposto em relação às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

Diante do exposto, mantendo a autuação na forma apresentada pelos autuantes quando de sua informação fiscal.

Quanto ao pedido de exclusão ou mesmo adequação (redução) da penalidade decorrente do descumprimento da obrigação principal, com base na alegação defensiva do caráter confiscatório da multa, acarretando ofensa às garantias constitucionais, não há como acolher tal pretensão. A penalidade lançada está prevista na Lei nº 7.014/96, não se incluindo na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de constitucionalidade, nos termos previstos no art. 167 do RPAF/BA.

No entanto e diante de tudo ora exposto, deve ser feita a correção da multa de 150% em relação ao exercício de 2016, pois o que se constatou foi a falta de retenção e o consequente não recolhimento do imposto, o que implica na multa de 60%.

Voto pela Procedência Parcial da autuação conforme demonstrativo a seguir.

DATA OCORRÊNCIA	ICMS	MULTA (%)	LEI Nº 7.014/96 EM RELAÇÃO ÁS MULTAS APLICADAS
mar/13	7.693,95	150	Art. 42, V, “a”
jan/15	11.617,53	150	Art. 42, V, “a”
ago/15	4.762,20	150	Art. 42, V, “a”
mar/16	366,14	60	Art. 42, II, “e”
jun/16	90,64	60	Art. 42, II, “e”
ago/16	1.340,95	60	Art. 42, II, “e”
set/16	10.663,53	60	Art. 42, II, “e”
out/16	545,07	60	Art. 42, II, “e”
nov/16	471,37	60	Art. 42, II, “e”
dez/16	2.001,69	60	Art. 42, II, “e”
TOTAL	39.553,07		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2069120002/17-3, lavrado contra **MONDELEZ BRASIL NORTE NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.553,07**, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$24.073,68 e de 150% sobre o valor de R\$15.479,39, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA