

PROCESSO - A.I. Nº 275290.0301/14-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS (AMBEV)
RECORRIDOS - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS (AMBEV) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0239-03/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0309-11/18

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 nas 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 - Decreto nº 14.242/12. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Mantido o lançamento. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

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).”

Ocorrida instrução processual, tendo o Contribuinte contestado o Auto de Infração em sua Impugnação Inicial, bem como o Autuante proferido seus argumentos via manifestação fiscal, a referida Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela Procedência em Parte nos seguintes termos:

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 defendente 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 às 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 defendente 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 estabelecida 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 resarcimento 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 preenche 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 resarcimento por devolução e que foram abatidos do ICMS-ST a recolher, intimou o defendente 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 explica 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 pesa a extensiva e articulada argumentação desenvolvida 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 pesa 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.

Em razão de a desoneração ter ultrapassado o valor de R\$100.000,00, a Junta recorreu de Ofício da Decisão.

Inconformada, a empresa Recorrente interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação do Acórdão nº 0239-03/16 pelos seguintes argumentos:

Após tecer um breve relato dos fatos, a Recorrente listou as razões que motivaram o seu pedido de reapreciação da Decisão de primeira instância, já que:

1. No tocante a infração 1 se ratificou a improcedência do lançamento em razão das notas fiscais canceladas devidamente escrituradas e informadas por meio da EFD;
2. Em relação a infração 2, em função de se tratarem de créditos decorrentes de operações desfeitas e registradas mediante notas fiscais de devolução, e que a autoridade fiscal promoveu a cobrança da integralidade de crédito tributário de operação desfeita com base em mero descumprimento de obrigação acessória; e,
3. Em relação a infração 3 (item b), face autoridade autuante objetivar a cobrança de suposto crédito tributário de ICMS-ST, pretensamente devido pela Recorrente com base na aplicação da MVA mesmo tendo sido estabelecido no Estado da Bahia o preço fixado (pauta fiscal) para as operações com refrigerantes, nos moldes do art. 23 da Lei nº 7.014/1996.

Critica a Decisão de piso, por entender que o erro da mesma consiste em desprezar a realização de diligência fiscal para as infrações 1 e 2, bem como, pelo abandono de toda a matéria de prova documental trazida ao processo.

Ressalta que os documentos indicados no processo referem-se a escrituração fiscal da Companhia/Recorrente, documentos elaborados e transmitidos à Fazenda Estadual através da Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Lembra que, 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. Trata-se, 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.

Assim, entender 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.

Afirma que a Decisão recorrida faltou com verdade material, e se apegou a mero procedimento acessório, para imputar uma exigência onde sequer houve circulação de mercadoria, ou registrada a sua devolução, conforme evidenciado na Escrituração Fiscal mencionada.

No que diz respeito a infração 3 (item b), defende que a autuação não deve prosperar face a autoridade autuante objetivar a cobrança de suposto crédito tributário de ICMS-ST, pretensamente devido pela Recorrente com base na aplicação da MVA mesmo tendo sido estabelecido no Estado da Bahia o preço fixado (pauta fiscal) para as operações com refrigerantes, nos moldes do art. 23 da Lei nº 7.014/1996.

Segue suas razões recursais apontando detalhadamente os fundamentos de seu entendimento.

Entende pela improcedência da infração 1 pela insubsistência da exigência fiscal por conta da inexistência de fato gerador, em virtude do cancelamento da operação.

Informa que a infração 1 gira em torno do fato da Recorrente ter deixado de recolher o 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.

Assim, a JJJ entendeu que a documentação apresentada, qual seja: escrituração fiscal e declarações dos destinatários de que não receberam as referidas notas fiscais; não seria suficiente para comprovar a não ocorrência das operações autuadas, colacionando trechos da Decisão no bojo do Recurso.

Aduz que a Decisão recorrida corroborou o posicionamento do Auditor Autuante, que, considerou insuficientes os documentos apresentados.

Registra que, ao exigir a juntada de um documento que comprove a motivação do cancelamento das notas fiscais está a autoridade fiscal, com a chancela do julgamento recorrido, a tratar uma operação de venda de bebidas, como se fosse da compra de grandes maquinários.

Explica que a dinâmica das operações da empresa Recorrente impõe um ritmo acelerado no atendimento dos pedidos abertos, isso implica em emissão de notas fiscais, por exemplo, muito antes da remessa da mercadoria. Tal procedimento visa resguardar as operações da autuada, e evitar que operações de venda fiquem atrasadas/retidas, por questões relativas à emissão da documentação fiscal.

Afirma ainda que em função de variáveis de mercado, como demanda de prazos, despesas e aspectos sazonais, ocorrem situações onde os pedidos são alterados/cancelados de forma muito rápida, sendo que pedidos já processados (e com notas fiscais já emitidas), mesmo antes do embarque da mercadoria, fossem alterados, implicando 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.

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

Alega a Recorrente 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 pelo fiscal autuante e respaldado na decisão ora recorrida.

Não obstante tratar-se de ato inerente à atividade fiscalização, a Contribuinte empreendeu esforços no sentido de obter declarações de seus destinatários com vistas a certificar que as notas autuadas não foram recebidas por tais empresas e promoveu a juntada dos referidos

comprovantes.

Assim, aduz que, apesar do zelo do Autuante, este deixou de proceder à verificação da existência de cancelamentos das notas fiscais na mesma data em que foram emitidas, e que estão a seguir listadas:

	Notas fiscais canceladas na escrituração fiscal da Ambev	Total ICMS
jan/11	63064 - 63063 - 63194 - 63197 - 63196 - 63200 - 63415 - 64116 - 63415 - 64115 - 64114	R\$ 105.161,93
fev/11	64378 - 64379 - 64384 - 64196 - 64397 - 64410 - 64408 - 64411	R\$ 64.924,81
abr/11	69209 - 69210 - 69211 - 69213 - 69214 - 69215	R\$ 56.764,79
mai/11	71480 - 71481 - 72154 - 72493 - 72494 - 72496 - 72500 - 72608 - 72609 - 72736	R\$ 78.738,58
jun/11	73052 - 73429 - 73949 - 73950 - 94411 - 74412 - 74429	R\$ 67.557,40
ago/11	77346 - 78613 - 78615	R\$ 8.192,83
nov/11	85019 - 85020 - 85021 - 85022	R\$ 40.239,47
jan/12	93361	R\$ 8.769,60
fev/12	93736 - 93743 - 95672 - 95673 - 95674 - 95676 - 95677 - 95678	R\$ 61.348,24
mar/12	99944	R\$ 21.454,81
abr/12	98405 - 98406 - 98407 - 98408 - 98409 - 98410 - 98411 - 98490 - 98491 - 98492 - 98943 - 98506 - 98509 - 98723 - 98832 - 98870 - 98922 - 98870 - 98922 - 98923 - 98925 - 98938 - 98939 - 98940 - 98941 - 989942 - 99194 - 99195 - 99196 - 99209 - 99226 - 99228 - 99379 - 99381 - 99384 - 99397 - 99494 - 99498 - 99642 - 99967 - 99968 - 100147 - 100148	R\$ 358.770,32
mai/12	102844 - 102845 - 102848 - 102849 - 102850 - 102852 - 102853	R\$ 68.559,18
jun/12	103220 - 103222 - 103223 - 103224 - 103225 - 103226 - 103578 - 103579 - 103682 - 103812 - 104447 - 105378 - 105380 - 105379 - 105382 - 105383	R\$ 101.784,96
jul/12	105786 - 105937 - 105939 - 105941 - 105942 - 106259 - 106265 - 106910 - 106914 - 106917 - 107163 - 107164 - 107465 - 107468 - 107469 - 107471 - 107472 - 107474 - 107530	R\$ 233.967,34
ago/12	108390 - 108392 - 109243 - 109638	R\$ 45.890,29
out/12	112612 - 112613 - 112614 - 112620 - 112695 - 112696 - 112699 - 114932	R\$ 75.325,77
nov/12	115139 - 115543 - 115544	R\$ 42.808,81
dez/12	115544	R\$ 29.973,96
mar/13	126218 - 126224	R\$ 16.285,17
abr/13	128246 - 128245	R\$ 25.003,86
TOTAL		R\$ 1.511.522,12

Deste modo, com base nas informações prestadas, assevera que 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 na Escrituração Fiscal da Recorrente.

Assim, defende que diante da comprovação de que não houve qualquer ato infracional ao ponto de gerar imposto a ser recolhido, a reforma da decisão com a declaração da improcedência total do Auto de Infração é o único remédio para o presente caso.

Quanto a infração 2, entende pela improcedência da mesma por conta da existência de créditos fiscais decorrentes de notas fiscais de devolução.

Entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que a Recorrente não carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, que seriam: *juntamente com cópia documentação comprobatória planilha discriminada 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; e 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.*

Pontua a Recorrente que esse é 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.

Assim, a Recorrente juntou ao presente requerimento relação das notas fiscais autuadas e suas respectivas notas fiscais de devolução.

Esclarece ainda que, além da impossibilidade de apresentação de documentação diversa, a Decisão recorrida merece reforma, principalmente, devido ao entendimento equivocado da autoridade fiscal, corroborado pela decisão de piso, ao desconsiderar o crédito de ICMS referentes a devoluções de mercadorias, haja vista a inexistência de fato gerador que enseje a tributação imposta.

Explica que em caso de devolução de mercadoria, o que ocorre nada mais é do que a anulação da operação já tributada. Nessa hipótese, havendo o desfazimento da operação de circulação já tributada, exsurge o direito de crédito, para anular o débito da saída, de todo indevido por efetiva inocorrência do fato gerador da exação.

Fundamenta seu entendimento no art. 309 do RICMS, bem como art. 150, §7º da CF/88.

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

Assim, o imposto lançado, e ora impugnado, incide sobre o fato gerador presumido que não se realizou, caracterizando o confisco e o enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que está exigindo o pagamento do imposto sem fato gerador.

Informa que traz aos autos a comprovação da devolução dos produtos listados pela fiscalização, conforme pode ser constatado por meio das notas fiscais apresentadas, nos termos dos arts. 368 e 651 do RICMS/BA, bem como nas cláusulas terceira e quarta do Convênio ICMS 81/93.

Assim, conforme se depreende, aduz que a documentação da Recorrente está regular, estando às devoluções devidamente comprovadas, donde se concluir pela regularidade de seus créditos e operações. Nesse compasso, não há 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.

Colaciona acórdão deste CONSEF sobre a improcedência em casos semelhantes e frisa que embora a Decisão recorrida entenda que não houve a devida comprovação, é observado nos registros de apuração planilhados pela própria autoridade fiscal a comprovação da devolução face a 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.

de Infração nº 275290.0301/14-5											
DEMONSTRATIVO DÉBITO ICMS-ST RETIDO E NÃO RECOLHIDO, EM VIRTUDE DE DEDUÇÃO NO MONTANTE RETIDO, A TÍTULO DE DEVOLUÇÕES NÃO COMPROVADAS - EXERCÍCIO 2011											
Notas Fiscais de Devoluções / Notas Fiscais de Vendas Originárias			Dados das Notas Fiscais			COMPROVAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DAS MERCADORIAS					
Evento	Nº Nota Fiscal	Série	IE do Destinatário	Data de Emissão	ICMS-ST (R\$)	Quant.	Nº do Pedido	Descrição do Produto	ICMS-ST (R\$) Item	ICMS-ST (R\$) Proporcional	Comprovação dos Retornos em Devolução / Comprovação das Saídas Originárias
NF DEV.	460.351	20	73.626.293/0008-67	14/01/11	2.136,73	1.589	acordo comercial	PEPSI COLA LATA 350M	2.136,73	2.136,73	Não apresentou comprovação
NF ORIG.	52.968	1	73.626.293/0008-67	01/10/10		2.288	381824	PEPSI COLA LATA 350M	3.076,77		Apresentou canhoto
NF DEV.	460.352	20	73.626.293/0008-67	14/01/11	128,03	95	acordo comercial	PEPSI COLA LIGHT LATA	128,03	128,03	Não apresentou comprovação
NF ORIG.	58.339	1	73.626.293/0008-67	30/11/10		286	380890	PEPSI COLA LIGHT LATA	385,43		Apresentou canhoto
NF DEV.	460.353	20	73.626.293/0008-67	14/01/11	201,09	153	acordo comercial	GUARANA ANTARCTICA	201,09	201,08	Não apresentou comprovação
NF ORIG.	52.968	1	73.626.293/0008-67	01/10/10		286	381824	GUARANA ANTARCTICA	375,88		Apresentou canhoto
NF DEV.	460.354	20	73.626.293/0008-67	14/01/11	97,26	74	acordo comercial	GUARANA ANTARCTICA	97,26	97,25	Não apresentou comprovação
NF ORIG.	52.968	1	73.626.293/0008-67	01/10/10		572	381824	GUARANA ANTARCTICA	751,75		Apresentou canhoto
NF DEV.	482.687	20	73.626.293/0008-67	20/01/11	4.276,60	4.800	acordo comercial	CHOPP BRAHMA CLARO	4.276,60	4.276,61	Não apresentou comprovação
NF ORIG.	59.883	1	73.626.293/0008-67	13/12/10		5.500	389917	CHOPP BRAHMA CLARO	4.900,28		Apresentou canhoto
NF DEV.	506.190	20	73.626.293/0008-67	26/01/11	8.582,86	5.720	acordo comercial	PEPSI COLA LATA 350M	8.582,86	8.582,88	Não apresentou comprovação
NF ORIG.	63.564	1	73.626.293/0008-67	22/01/11		7.436	394658	PEPSI COLA LATA 350M	11.157,75		Apresentou canhoto

Acredita que tal situação torna nulo/improcedente o Auto de Infração, pois há flagrante víncio de motivação, porquanto a conclusão final apostava 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 Decreto nº 7.629/1999, e, por similaridade, art. 2º, parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/65.

Deste modo, considerando o erro de apuração levantado, entende pela 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, sendo indispensável a realização de perícia para que restem ratificados os fatos e erros ora evidenciados pela Recorrente, e comprovada a regularidade do creditamento no desfazimento das operações.

Quanto a infração 3 (item B), foi lhe imputada a cobrança de suposto crédito tributário de ICMS-ST, pretensamente devido pela Recorrente, em razão da incorreção na composição da base de cálculo do tributo, sob a justificativa de que a empresa deveria aplicar 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 nº 7.014/1996.

Informa que a Recorrente é 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*”.

Assim, cita o art. 155, XII, “b” bem como art. 8, §2º da LC 87/96.

Ademais, esclarece que em relação aos produtos comercializados pela Recorrente (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.

Assim, 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 nº 7.014/96 e o Decreto nº 13.780/12 que trata sobre o ICMS-ST nas operações refrigerantes.

Informa que, a despeito do recolhimento regular efetuado pela Recorrente, o Fisco pretende aplicar a MVA o que, por certo, não seria possível, vez que tal prática fiscal é apelidada de “gatilho”, visto que altera os critérios de composição da base de cálculo do ICMS-ST de forma automática, com o único objetivo de promover um aumento forçado de arrecadação.

Assim, à luz da interpretação conferida pelo E. Supremo Tribunal Federal ao art. 150, § 7º, da Constituição Federal, 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.

Cita entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria e finaliza aduzindo tratar-se 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.

Acrescenta que tal prática 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.

Nesse sentido cita Decisão do STF que ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1851/AL, cujos efeitos abarcam toda a coletividade (chamado efeito *erga omnes*), firmou o entendimento de que “*o fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final*”.

Ante o exposto, defende a Recorrente que resta amplamente demonstrada a necessidade de ser afastada a pretensão do Fisco, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Colaciona jurisprudência acerca da matéria adotada na esfera judicial (TJPI, TJMG, TJPE, TJRJ e TJMA), os quais já vêm reconhecendo que, tendo ocorrido o fato gerador, da mesma forma em que incabível a restituição ao contribuinte na hipótese de base de cálculo superior ao efetivamente devido, sob o mesmo raciocínio e em atenção ao princípio da isonomia, é igualmente indevida a cobrança de excessos exigidos a título de substituição tributária, cuja incidência ocorre de forma definitiva.

Ademais, segue alegando a exorbitância e o caráter confiscatório da multa aplicada.

Assim sendo, requer a Recorrente a admissibilidade e provimento da peça recursal para reconhecer/declarar a improcedência da autuação, no tocante a infração remanescente; ou ainda, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada, ou, ao menos, sua redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Ademais, protesta-se provar o alegado por todos os meios de provas permitidos em direito, tais como a juntada posterior de documentos, e, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, o que desde já se requer, sob pena de cerceamento de defesa.

Por fim, requer-se, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, cujo endereço encontra-se na peça recursal.

Em Sessão de Julgamento realizada em 25.05.2017, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu converter o feito em diligência à PGE/PROFIS (fls. 1133/1135) para emissão de Parecer Jurídico sobre o tema abordado pelo contribuinte.

Em Parecer exarado, o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, manifestou-se no sentido de que a matéria ora discutida teve no RE 593849 repercussão geral reconhecida, tendo alterado o entendimento do STF sobre o regime de substituição tributária do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), entendendo-se que o contribuinte teria direito à diferença entre o valor do tributo recolhido previamente e aquele realmente devido no momento da venda, não havendo que se falar em definição de base imponível imutável.

Aponta que tal decisão modificou radicalmente o posicionamento anterior abraçado pelos Tribunais Superiores em que se definia na substituição tributária que a base de cálculo definida para as operações subsequentes teria uma feição de definitividade, não cabendo, desta forma, nem cobrança de diferenças pelo Estado, quando o valor presumido fosse inferior ao valor final da operação, nem em sentido inverso, no sentido da restituição em nome do contribuinte.

Cita o entendimento do voto vencedor do Ministro Lewandowski, onde o tributo só se torna efetivamente devido com a ocorrência do fato gerador, e a inocorrência total ou parcial exige a devolução, sob pena de ocorrência de confisco ou enriquecimento sem causa do Estado.

Conclui que tal raciocínio empreendido sobre o tema joga uma pá de terra nas discussões atinentes a “pauta fiscal” ou “gatilho”. O que importa, de acordo com o novo cenário jurisprudencial, é a base de cálculo no momento da ocorrência do fato gerador real, não mais no momento do fato gerador presumido.

Assim, o valor estimado para a operação final de circulação serve como baliza para definição da restituição ou complemento do tributo. Neste sentido, em relação ao processo em testilha, o lançamento restaria fulminado pela nova orientação jurisprudencial, entretanto a que se considerar o que segue.

A situação colocada hipoteticamente no recurso inexiste no caso prático, tendo em vista que norma legal que deu sustentação a inconformidade não mais vigia à época dos fatos geradores, ou seja, existia a pauta fiscal somente quando existente o Termo de Acordo com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, por conta da alteração procedida pela Alteração nº 07 do Decreto nº 14.242/12.

Assim, observa-se que o lançamento decorreu não da utilização da regra “gatilho”, uma vez que no exercício de 2013 já não existia suporte legal para utilização da pauta fiscal na ST de

refrigerantes por contribuintes que não detivessem Termo de Acordo com o Estado da Bahia. Desta forma, com efeito, o questionamento veiculado por conduto da presente diligência, com a devida licença, nada afeta a decisão referente ao presente lançamento.

De mais a mais, explica ainda o i. Procurador que, mesmo imaginando que a tese recursal possuísse fundamento a se justificar a restituição do valor pago a maior na substituição tributária, não se aplicaria ao caso vertente, porquanto definido na decisão sob o pálio do recurso repetitivo, que o pedido de restituição do indébito de créditos definitivamente constituídos, só se aplicaria para atingir casos posteriores ao julgamento, e, na hipótese de situações pretéritas à mudança de paradigma, os processos já em trâmite judicial em que se propugnava pela restituição do indébito.

Tal entendimento foi acolhido pela Procuradora Assistente Dra. Paula Morris Matos.

Em manifestação (fls. 1453/1460), o contribuinte, quanto a assertiva da Procuradoria de que a alteração promovida pela alteração nº 7 do Decreto nº 14.212/12, a partir do exercício de 2013 não existia suporte legal para utilização de pauta fiscal os contribuintes que não detivessem Termo de Acordo firmado com o Estado, afirma que o referido Decreto nada dispõe sobre a revogação das portarias estaduais que fixavam a pauta fiscal. Ademais, de acordo com a própria procuradoria, a pauta fiscal continuava sendo aplicada a determinados contribuintes, ou seja, não houve a revogação da pauta fiscal no Estado da Bahia no período autuado.

Reforça que não há nenhum dispositivo legal, federal ou estadual, que legitime a aplicação do maior valor entre a apuração por regime de pauta fiscal e de MVA.

Explana que, ao contrário do pretendido no lançamento impugnado, a ordem legal estabelecida para fins de apuração da base de cálculo do ICMS ST é a seguinte: havendo pauta/preço médio fixado esse deverá ser utilizado como base de cálculo, e, apenas na sua falta, será utilizada margem de lucro.

Repisa os termos do Recurso Voluntário sobre a matéria, requerendo a improcedência do lançamento fiscal, em virtude da inexistência das infrações nele apontadas.

VOTO

Primeiramente, cabe-nos analisar o Recurso de Ofício.

O presente Recurso de Ofício foi originado pela redução da infração 01 promovida pelo Fiscal Autuante, no valor de R\$3.840.181,28, referente à competência de 11/2013, em razão do Processo de Restituição de nº 172296/2013-2, o qual se encontra pendente de deliberação.

O Auditor Fiscal assim procedeu, sendo acompanhado pelo julgador de primeira instância, que fundamentou seu acatamento nos seguintes termos:

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, remanescente o débito no valor de R\$1.511.522,12.

Incontestável que tal redução foi aplicada de forma acertada, já que se passaram mais de 90 dias sem a manifestação do Fisco sobre o valor recolhido, o que valida a redução. Assim, a infração 1 passou a ser valorada em R\$1.511.522,12.

Deste modo, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício em análise.

Quanto ao Recurso Voluntário, o mesmo visa a reapreciação da Decisão de piso, sendo tal recurso uma cópia dos fundamentos trazidos em sede de defesa inicial, não contendo nenhum fato novo.

Alega a empresa Recorrente que os documentos não foram analisados pelo Julgador da primeira

instância, o que não procede, vez que todos os pontos abordados na impugnação inicial foram detalhadamente analisados e confrontados.

No pertinente a infração 1, a qual trata de 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, o Recorrente insiste na defesa de que operações autuadas foram canceladas, não tendo havido circulação das mercadorias.

Reconhece que, por uma falha, os cancelamentos não foram feitos no Portal da NF-e da SEFAZ, constando o cancelamento tão somente na escrituração fiscal da empresa.

Como bem pontuado pelo julgador de piso: *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.*

Para fortalecer seus argumentos, a empresa recorrente também anexou algumas Declarações dos destinatários, os quais informam que não receberam as referidas notas fiscais (fls. 1229 a 1236).

Ainda assim, anexa tabela de notas fiscais canceladas na escrituração fiscal da empresa, a título de amostragem.

Apesar dos esforços empreendidos pela Recorrente para comprovar que não houve circulação das mercadorias, com a apresentação dos cancelamentos na escrituração fiscal, não se pode ultrapassar a esfera legal, que determina o *iter* a ser percorrido para o efetivo cancelamento das notas fiscais.

O Ajuste SINIEF em sua Cláusula décima determina o prazo de 24h para o cancelamento, em caso de não circulação da mercadoria. Já a Cláusula décima terceira trata do procedimento de cancelamento, sendo tais determinações reproduzidas no RICMS/BA em seu art. 231-K (aprovado pelo Decreto nº 6284/97) e atualmente pelos arts. 92 e 94 do mesmo Regulamento.

Deste modo, o cancelamento apenas em sua escrituração fiscal não é suficiente para que se desconsidere a infração, vez que os documentos apresentados pela empresa recorrente não são suficientes para a comprovação da não circulação das mercadorias.

Assim, entendo pela subsistência da infração 1, mantendo o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal.

A infração 2 tem a mesma descrição da infração 1, com o seguinte complemento diferenciador: *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 comprovasse o desfazimento do negócio e o retorno físico das mercadorias, e que respaldassem tal dedução.*

Vislumbramos aqui a mesma problemática ocorrida na infração 01, qual seja: a falta de comprovação adequada por parte da empresa recorrente que, mais uma vez, não seguiu as determinações legais.

Novamente o recorrente não apresentou documentações que elidissem a infração, pois as GIAs ST anexas não comprovaram as devoluções das mercadorias.

De mais a mais, a Autoridade Fiscalizadora oportunizou à Recorrente a elucidação da infração, intimando-a para 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 - Convênio ICMS 81/93, Protocolo ICMS 10/92 e os artigos 368 e 374 do RICMS-BA/97 e os artigos 299 e 301 RICMS-BA/12.

Ocorre que foram apresentados os mesmos documentos da defesa inicial, em total

descumprimento do solicitado.

Deste modo, subsiste também a infração 2, em conformidade com a decisão de primeiro grau.

No pertinente a infração 3, a mesma trata de 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).

A Recorrente reconheceu as parcelas referentes ao item a, insurgindo-se tão somente quanto ao item b.

A mesma questão já foi travada em outros processos administrativos deste CONSEF, inclusive contra esta Recorrente. Deste modo, evitando delongas necessárias, colaciono o voto do i. Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, ACÓRDÃO CJF nº 0232-12/16, que, com clareza salutar, expôs o entendimento adotado nesta matéria com o qual me coaduno em sua completude. Vejamos:

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ªJJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$853.458,73, em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

Tendo o Recorrente reconhecido a Infração 2, o objeto da lide se resume à Infração 1.

Inicialmente aduz o Recorrente ser nulo o lançamento por ausência da correta tipificação da suposta infração cometida. Ora, não pode assistir razão ao Recorrente. No presente PAF foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, e que, da mesma forma, teriam sido respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Outrossim, o Recorrente demonstrou pleno conhecimento da infração que lhe foi imputada, não sendo essa uma questão nova para o mesmo, uma vez que existem outros autos de infração sobre a mesma lide, a exemplo do Auto de Infração nº 207349.0004/14-4. Assim, indefiro a preliminar de nulidade arguida.

No mérito, a questão controversa que se discute nos presentes autos diz respeito ao fato de que o autuado calculou e recolheu o ICMS-ST com base em pauta fiscal, por entender que à época dos fatos geradores (janeiro a dezembro de 2013), vigorava, sem restrições, a pauta fiscal nos termos do Art. 23 da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que o inciso IV do § 11 do Art. 289 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 (que aprovava a utilização da pauta fiscal) foi revogado pela Alteração nº 7 ao RICMS/BA através do Decreto nº 12.242 de 24/12/12, com efeitos a partir de 01/01/13, conforme abaixo:

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

(...) § 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal: (grifo não original).

IV - revogado;

O inciso IV do § 11º do art. 289 foi revogado pela Alteração nº 7 (Decreto nº 14.242, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12), efeitos a partir de 01/01/13. Redação originária, efeitos até 31/12/12:

“IV - refrigerantes;”

Como visto acima, com a revogação do inciso IV do § 11 do Art. 289 do RICMS/BA vigente, o cálculo da ST nas operações interestaduais com refrigerantes, à partir do mês de janeiro/2013, deixou de ser com base na utilização da pauta fiscal.

Por outro lado, por intermédio do Decreto nº 14.295 de 31/01/13, passou a vigor a regra encartada no inciso VI do § 11 do Art. 289 de acordo com a Alteração nº 10 (Decreto nº 14.295, de 31/01/13, DOE de 01/02/13), efeitos a partir de 01/02/13 a 31/07/13, que voltou a permitir a utilização da pauta fiscal, porém condicionado a existência de Termo de Acordo celebrado entre os contribuintes e a SEFAZ, o que não foi feito no presente caso:

“VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias.”

De maneira que, diante das alterações promovidas na legislação tributária estadual, acima delineadas, à partir do mês de janeiro de 2013 não havia previsão para utilização da pauta fiscal para fim de cálculo do ICMS-ST nas operações interestaduais com refrigerantes, estando, ao meu entender, correta a autuação. Por estas razões, não procede a irresignação do Recorrente.

Ademais, a existência na lei de previsão que permite a utilização de pauta fiscal não garante a ele o direito de sua utilização, que foi condicionada à regulamentação.

No tocante as multas aplicadas, apesar da irresignação do autuado em relação ao seu patamar, inclusive com citação de julgados oriundos de Tribunais Superiores, elas estão corretamente aplicadas e possuem previsão na Lei nº 7.014/96, não sendo da alçada desta CJF a redução de penalidade por descumprimento de obrigação principal, razão pela qual devem ser mantidas nos percentuais de 60%.

Ressalto, ainda, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação posta, (Art. 167 do RPAF/BA).

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Assim, entendo pela manutenção da infração 3.

Quanto à nulidade suscitada, a mesma não deve prosperar, vez que o PAF cumpriu com todas as formalidades para sua existência legal.

Em relação a Diligência solicitada, informo que a 3ª JJF, em sessão realizada em 30/03/2016, converteu o feito em diligência para elucidar as questões trazidas pelo recorrente, o que não ocorreu, já que a mesma apresentou planilha cujas informações adicionais não justificaram a não apresentação dos documentos fiscais/comprobatórios das devoluções.

Deste modo, incabível o pedido de outra diligência, estando o processo apto para o julgamento.

Ademais, entendo que os princípios constitucionais e as decisões judiciais servem de fundamento para as decisões a serem proferidas em âmbito administrativo, mas, em regra, não se pode afastar a aplicação da norma prevista na legislação estadual sob a alegação de inconstitucionalidade, ainda mais quando nem mesmo os Tribunais Superiores têm jurisprudência pacífica sobre qual o limite do percentual de multa para o descumprimento de obrigação principal. Assim, deixo de apreciar o argumento recursal referente aos percentuais da multa em virtude da delimitação da competência deste E. CONSEF.

Por fim, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 275290.0301/14-5, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.012.001,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.935.440,56 e 150% sobre R\$3.076.560,45, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos V, “a” e II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologada a quantia já paga.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS