

A. I. Nº - 206912.0003/17-0
AUTUADO - MONDELEZ BRASIL LTDA
AUTUANTES - VLADIMIR MIRANDA MORGADO e JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.02.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0008-02/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. O Autuado comprovou que foram efetuadas devoluções das mercadorias, elidindo a acusação. 2. FALTA DE RETENÇÃO. Acusação elidida em parte mediante comprovação da emissão de notas fiscais complementares e o consequente recolhimento do imposto e pela concessão de Termo de Acordo para deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento para um dos destinatários. Preliminar de nulidade não acolhida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/03/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$105.541,76, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 08.34.01 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que os valores foram lançados com base no Quadro Resumo - Demonstrativo de Débito e Relatórios Analíticos das operações contidas em cada Nota Fiscal, documentos apensados ao presente processo. Infração apurada nos meses de abril de 2013, janeiro e agosto de 2014, no valor de R\$ 43.461,15, sendo aplicada a multa de 150%, prevista no Art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 08.34.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Consta que os valores foram lançados com base no Quadro Resumo - Demonstrativo de Débito e Relatórios Analíticos das operações contidas em cada Nota Fiscal, documentos apensados ao presente processo. Infração apurada nos meses de junho a dezembro de 2016, no valor de R\$ 62.080,61, sendo aplicada a multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado ingressou com impugnação (fls. 26 a 46), onde afirmou que a Autoridade Fiscal deixou de analisar de forma completa a apuração e desconsiderou algumas entradas, alguns recolhimentos complementares e acordos firmados com o próprio Estado, que demonstram inexistir qualquer débito.

Na Infração 01, alegou que o valor apontado pela fiscalização é indevido, pois se restringiu à comparação entre o valor retido nas notas fiscais de saída e o valor recolhido em GNRE, deixando de considerar alguns valores decorrentes de notas fiscais de devolução de produtos, cujas entradas foram registradas nos meses objeto da autuação.

Informou ter anexado mídia digital com os arquivos da apuração do período, demonstrando as entradas e saídas registradas, bem como notas fiscais onde foram registradas as devoluções e relação indicando os valores dos itens devolvidos.

Disse que acostou notas fiscais e GNRE do período de junho a dezembro de 2016, bem como arquivo digital com os arquivos de apuração do ICMS-ST, e que a Infração 02 também deve ser cancelada, por duas razões:

- i. efetuou o recolhimento complementar para algumas notas fiscais listadas no Demonstrativo de Apuração do ICMS-ST Não Retido, nos meses de junho, julho e outubro de 2016, conforme relação apresentada, regularizando a situação;
- ii. estava desobrigado da retenção em relação às demais notas fiscais, todas emitidas para os contribuintes Vitoria Atacadista de Alimentos, CNPJ 06.191.199/0002-38, e Lojas Le Biscuit S.A., CNPJ 16.233.389/0048-19, que possuem Regime Especial específico com o Estado da Bahia, Processos nº 201935/2014-4 e 154318/2008-8, respectivamente, desonerando o contribuinte substituto do recolhimento do tributo, que fica a encargo do substituído, conforme a previsão contida no Art. 7º-B do Decreto nº 7.799/00.

Requeru o cancelamento da cobrança, objeto deste Auto de Infração, e a extinção da multa aplicada ou a sua redução, em razão do seu eminente caráter abusivo e confiscatório, conforme legislação e ementas e excertos de votos de Ministros do STF que colacionou.

Os Autuantes, em sua informação fiscal (fls. 3.577 a 3.581), falaram que o Autuado anexou muitos documentos fiscais que não possuem qualquer correlação com a matéria autuada e que as notas fiscais de devolução apontadas na impugnação foram consideradas na auditoria.

Explicaram que consideraram as notas de venda que contiveram a retenção do imposto, anularam aquelas em cuja nota de devolução se aponta a nota fiscal de venda respectiva e compararam o resultado com os valores apurados e recolhidos, remanescendo, após este cálculo, diferenças entre o valor retido e o pago nos meses em epígrafe.

Informaram que efetuaram a conferência documento a documento, verificando que os retornos comprovados não dizem respeito ao período alcançado pela fiscalização, já que nenhuma das centenas de notas fiscais de devolução apontadas na peça impugnatória e apensadas ao PAF se reporta aos meses em que foram encontradas diferenças de imposto retido e não recolhido.

Acrescentaram que:

- 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 3166 (fl. 99, vol. 1), 1422509 (fl. 3528, vol. 11) e 3485 (fl. 485, vol. 2).
- 2) 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 23023 (indicada como de 30/01/2014, mas emitida em 25/09/2013 - fl. 527, vol. 2), 105960 (indicada como de 06/01/2014, mas emitida em 06/12/2013 - fl. 546, vol. 2) e 118344 (indicada como de 13/08/2014, mas emitida em 17/07/2014 - fl. 697, vol. 2).
- 3) muitas notas fiscais de devolução foram juntadas mais de uma vez aos autos. Ex: NFs 23023 (fls. 527 e 613, vol. 2), 118344 (fls. 697, vol. 2, e 802, vol. 3) e 179165 (fls. 1673, vol. 5, e 1896, vol. 6).
- 4) e um 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 a outros períodos. Aqui se incluem as NFs 423017 (fl. 2406, vol. 8), 414861 (fl. 2375, vol. 7) e 438354 (fl. 2975, vol. 9).

Em relação à Infração 02, relataram que assiste razão parcial ao Autuado, pois constataram que de fato houve recolhimento posterior e o cliente LOJAS LE BISCUIT S/A 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, conforme cópias dos pareceres intermediário e final que anexaram, tendo retirado as notas de venda correspondentes inseridas no levantamento original.

Afirmaram que o cliente VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA não possui autorização da Bahia para ele próprio fazer a substituição tributária, já que o Termo de Acordo que o citado

contribuinte possui é apenas no sentido de reduzir a base de cálculo nas importações e saídas internas “de bebidas alcoólicas das posições NCM 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208...”.

Ressaltaram ainda que remanesceram outros clientes que sequer foram mencionados pelo Autuado, em cujas operações não se verificou a retenção tributária. Apresentaram novo demonstrativo de débito, tendo o valor histórico sido reduzido para R\$321,62, R\$ 6.597,41, R\$786,11, R\$1.084,65 e R\$342,76, respectivamente, no período de agosto a dezembro de 2016, e excluído nos meses de junho e julho de 2016.

Disseram que 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.

Requereram a procedência parcial da autuação.

O Autuado, em nova manifestação (fls. 3.594 a 3.605), afirmou que, apesar do reconhecimento parcial na Informação Fiscal, subsistiram algumas cobranças que, da mesma forma, devem ser canceladas.

Quanto à Infração 01, disse que o Auto de Infração, em momento algum, cogita ou menciona qualquer das notas fiscais de devolução que influenciem no resultado do cálculo, cujas entradas foram registradas nos meses objeto da autuação, tendo sido apenas comparado, conforme consta no quadro comparativo juntado pelos Autuantes, o “Total Retido (NFe)” e o “Total Recolhido (DAE/GNRE)” para, ao fim, encontrar a suposta insuficiência de recolhimento.

Alegou que todas as notas fiscais de devolução foram devidamente juntadas, sendo, inclusive, relacionadas em quadros descritivos da impugnação, e que a apuração foi anexada em mídia eletrônica, reiterando os argumentos trazidos na impugnação.

No tocante à Infração 02, aduziu que o teor do parecer proferido no Processo nº 154318/2008-8, de seu cliente VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA, é enfático em estabelecer a possibilidade de utilização das vantagens do Regime Especial instituído pelo Decreto nº 7.799/00, devendo ser anulado o Auto de Infração impugnado.

Repetiu o pleito pelo cancelamento da cobrança, objeto deste Auto de Infração, e pela extinção da multa aplicada ou a sua redução, em razão do seu eminente caráter abusivo e confiscatório, conforme legislação e ementas e excertos de votos de Ministros do STF que colacionou.

Os Autuantes, em nova informação fiscal (fls. 3.607 a 3.609), explicaram a metodologia empregada para detectar diferenças entre o tributo retido e o recolhido, informando que as chamadas vendas validadas se encontram na relação de notas fiscais já acostadas ao processo e disponibilizada em mídia digital:

“Passo 1: Verifica-se em cada período de apuração o valor retido de ICMS nos documentos fiscais de venda.

*Passo 2: São anuladas as vendas em que foi identificado o desfazimento do negócio jurídico, isto é, são consideradas as notas de devolução de mercadorias nas quais se identifica no seu bojo o número da NF respectiva de venda. Deste exercício se tem o que podemos chamar de **vendas validadas**.*

Passo 3: Diminui-se o montante retido de imposto nas vendas efetuadas no mês com o imposto constante nas notas de devolução das vendas desfeitas, chegando-se ao imposto retido a recolher.

Passo 4: Compara-se o valor do imposto retido a recolher com o valor do imposto recolhido no período correspondente, este último registrado no sistema de arrecadação da Sefaz da Bahia.

*Passo 5: Se o valor a recolher for **maior** do que o valor recolhido, há ainda uma diferença a ser cobrada, justamente o que foi levantado por esta Auditoria nos meses mencionados.”*

Asseveraram que cabe ao contribuinte, se entender que ainda há vendas estornadas apontadas na citada relação, juntar novas notas de devolução nas quais fiquem consignadas as notas fiscais da venda respectiva que, se reconhecidas pelos Autuantes, serão retiradas da multicitada relação e, via de consequência, abatidas do valor lançado.

Reiteraram que o parecer tributário que redundou na concessão do Termo de Acordo do cliente VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA apenas autoriza a redução da base de cálculo, nos moldes do Decreto nº 7.799/00, bem como quanto ao dito na Informação Fiscal sobre o caráter confiscatório da penalidade, e reafirmaram a procedência parcial da autuação.

Na assentada do julgamento, o Autuado requereu a nulidade da autuação por se mostrar em desacordo com o princípio da Legalidade, conforme entendimento do Acórdão JJF nº 0205-04/17, e diligência à empresa VITORIA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA para confirmar o pagamento do imposto pela mesma.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação (fls. 23 e 24).

Verifico que, na autuação decidida pelo Acórdão JJF nº 0205-04/17, as duas infrações foram reunidas em uma só, o que não ocorreu neste Auto de Infração. Além disso, conforme disposto no §2º do Art. 18 do RPAF/99, não deve ser declarada a nulidade se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Diante do exposto, afasto o requerimento de nulidade.

Rejeito o pedido de diligência, nos termos do Art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para formar a minha convicção.

Na Infração 01, verifico que a lide se desenvolve em relação às devoluções de mercadorias, tendo o Autuado alegado que não foram consideradas todas as devoluções ocorridas a cada mês e apresentado cópia das notas fiscais de devolução enquanto os Autuantes afirmaram que consideraram todas as notas de devolução.

Analisando as notas fiscais acostadas, constato que assiste razão ao Autuado. Não foram consideradas no levantamento todas as notas fiscais de venda nem todas as notas fiscais de devolução, sejam emitidas pelos clientes ou pelo próprio Autuado. Os registros do Sintegra e da GIA-ST corroboram os valores indicados pelo Autuado.

Entendo que não importa a data de emissão da nota fiscal de devolução nem o período que a nota fiscal de venda ora devolvida foi emitida, o abatimento do imposto referente às devoluções deve ser efetuado na apuração do mês em que a nota fiscal de devolução ou a nota fiscal de entrada foi registrada na escrita fiscal.

Por exemplo, se a nota fiscal de devolução foi registrada na escrita fiscal no mês de abril, deve ser ressarcido o imposto neste mês, não importando se sua emissão foi efetuada em mês anterior, bem como se a nota fiscal de venda das mercadorias ora devolvidas foi registrada em mês anterior.

Diante do exposto, a Infração 01 é improcedente.

No tocante à Infração 02, os Autuantes reconheceram que o Autuado emitiu notas fiscais complementares e efetuou o recolhimento do imposto devido pela emissão das notas fiscais nº 104.497, 105.067, 105.068, 106.184, 106.185, 109.070 e 109.118.

Também reconheceram que não é devido o imposto nas saídas destinadas à empresa Lojas Le Biscuit S/A, em função de possuir Termo de Acordo para deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento para a mesma, conforme Processo SIPRO nº 201935/2014-4 (fls. 3.586 e 3.587).

Entretanto, os Autuantes sustentaram que a empresa Vitória Atacadista de Alimentos Ltda. não possui autorização semelhante, conforme alegado pelo Autuado, acostando o parecer final do Processo SIPRO nº 154618/2008-8 (fls. 3.588 e 3.589) para provar sua tese.

Verifico que o referido Termo de Acordo não autoriza o deslocamento da responsabilidade pela retenção e recolhimento para a empresa Vitória Atacadista de Alimentos Ltda., mas apenas concede a redução de base de cálculo do ICMS. Embora ambos os benefícios sejam autorizados pelo Decreto nº 7.799/00, a concessão de cada um depende de autorização expressa no Termo de Acordo.

Observo que não foi efetuada nenhuma impugnação quanto à venda efetuada à empresa Estrelas Comercial de GLP, mediante a nota fiscal nº 109.037. Contudo, verifico que este lançamento não consta no demonstrativo que deu origem ao Auto de Infração. Neste diapasão, não há como imputar ao contribuinte a nova exigência após a lavratura do Auto de Infração, somente através de nova ação fiscal.

Sendo assim, a Infração 02 é procedente em parte no valor total de R\$ 2.535,14, relativo às saídas destinadas à empresa Vitória Atacadista de Alimentos Ltda., conforme demonstrativo abaixo:

| Data de Ocorrência | Valor Histórico após Julgamento |
|--------------------|---------------------------------|
| 30/06/2016 | R\$ 0,00 |
| 31/07/2016 | R\$ 0,00 |
| 31/08/2016 | R\$ 321,62 |
| 30/09/2016 | R\$ 0,00 |
| 31/10/2016 | R\$ 786,11 |
| 30/11/2016 | R\$ 1.084,65 |
| 31/12/2016 | R\$ 342,76 |
| Total | R\$ 2.535,14 |

Por fim, o pedido da redução da multa aplicada relativa a obrigação principal foge à competência desta Junta por falta de previsão normativa. Quanto às alegações de inconstitucionalidade da multa aplicada, devo dizer que não cabe a este órgão administrativo julgar tais questões, mas tão somente efetuar o controle de legalidade, nos termos do Art. 167, I, do RPAF/99, e é certo que as multas aplicadas se encontram dentro da ordem legal vigente, nos termos da Lei nº 7.014/96, conforme se infere da capitulação legal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0003/17-0**, lavrado contra **MONDELEZ BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.535,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como dos acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF, 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, 31 de janeiro de 2018.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR