

PROCESSO - A. I. Nº 269203.0009/19-8
RECORRENTE - NORSA REFRIGERANTES S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0009-04/21-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0274-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A ESTE ESTADO. **a)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte dos valores exigidos foram recolhidos tempestivamente. Mantida a correção da penalidade aplicada, com base na aplicação retroativa mais benéfica (Art. 106, II do CTN). Infração procedente em parte. Reformada a decisão. **b)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. **b.1)** OPERAÇÕES COM CERVEJA. **b.2)** OPERAÇÕES COM REFRIGERANTES. Fatos comprovados nos autos. Elementos juntados como meio de prova do pagamento do imposto foram considerados insuficientes para elidir as acusações. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES COM REFRIGERANTES. Excluídas da autuação as operações não alcançadas pelo Protocolo ICMS 10/92. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições de constitucionalidade e de exorbitância das multas aplicadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 4ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 23/09/2019, reclamando crédito tributário totalizando R\$81.027,41, em decorrência das seguintes infrações:

1. *Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (2015/2016) - R\$24.640,98 acrescido da multa de 150%.*
2. *Procedeu a retenção a menor 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 (2015) - R\$46.694,74 acrescido da multa de 60%.*
3. *Procedeu a retenção a menor 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 (2015) - R\$5.737,09 acrescido da multa de 60%.*
4. *Deixou de proceder a retenção 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 (2015) - R\$3.954,60 acrescido da multa de 60%.*

Na decisão proferida a 4ª JJF (fls. 154 a 163) inicialmente descreveu as infrações e destacou que o contribuinte autuado está localizado na cidade de Petrolina-PE e se encontra inscrito neste Estado na condição de contribuinte Substituto/Responsável ICMS Destino - CS.

Ressaltou que o autuado foi cientificado do início da ação fiscal, via DTE em 30/07/2019 (Art. 108 e

§ 1º do RPAF/BA), configurando intimação na forma regulamentar, precedido de Termo de Início de Fiscalização de 30/07/2019, com fiscalização encerrada em 30/09/2019 e lavratura do Auto de Infração em conformidade com o previsto no Art. 28, §1º do RPAF/BA, não ocorrendo a incerteza alegada pelo autuado em relação ao cumprimento para efeito de conclusão da fiscalização. Afastou a arguição de nulidade suscitada por ausência dos elementos essenciais e necessários à validade jurídica do lançamento fiscal, por não se concretizarem tais fatos.

Afastou também a nulidade sob alegação de “*preterição ao seu direito de defesa e de descumprimento expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação*”, apreciando que a autuação ampara-se em relatórios e planilhas que detalham os fatos apurados e imputados, com cópia entregues ao autuado (fl. 16), possibilitando os mais amplos meios de defesa, como o fez.

Destacou que os documentos fiscais objeto da autuação, são NFes emitidas e declarados pelo autuado, obtidas do banco de dados da SEFAZ e se encontram em poder do autuado, não havendo falta de atendimento a normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, inexistindo nulidade suscitado, por preterição ao seu direito de defesa e inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Indeferiu o pedido de perícia formulado pelo autuado, com base no Art. 147, II, “a” do RPAF/BA, por entender que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação da minha convicção como julgador, passando a apreciação do mérito.

Assim é que, vejo que a infração 01, no valor de R\$24.640,98, está relacionada à falta de recolhimento do imposto retido na fonte pelo autuado, referente a operações de vendas efetuadas para contribuintes localizados neste Estado, estando o autuado, enquadrado na condição de contribuinte substituto.

Tal apuração, foi efetuada de acordo com o demonstrativo sintético de fl. 15, e os analíticos do imposto retido por nota fiscal, constante na mídia digital anexa aos autos, entregue ao autuado, cuja totalização de cada mês foi confrontada com o total do ICMS arrecadado em relação ao respectivo mês, constante no banco de dados da SEFAZ, sendo exigida a diferença de recolhimento efetuado a menos.

Considerando que não há na peça defensiva menção específica e objetiva em relação à presente infração, e tampouco foi apresentado ou apontado erro nos levantamentos elaborados pela autuante quanto a mesma, considero subsistente a infração 01.

As infrações 02 e 03, nos valores respectivos de R\$46.694,74 e R\$5.737,09, tratam, ambas, de retenção e de recolhimento a menos do imposto relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes neste Estado.

Em sua defesa, o autuado disse que a autuação teve como norte a diminuição da base de cálculo na apuração do ICMS-ST, em razão de utilização de MVA inferior à prevista na legislação, corresponde a operações com refrigerantes e cervejas.

Alegou o autuado, que não procedem os lançamentos, na medida em que reanalisou todas as operações realizadas em cada mês e procedeu ao recálculo para corrigir os equívocos encontrados, e, após este recálculo tempestivo procedeu ao recolhimento do ICMS-ST e do Fundo Estadual de Combate à Pobreza – FECOP, sendo, com isso, corrigidos todos os equívocos e os encargos correspondentes recolhidos. Para fim de comprovação juntos os documentos de fls. 74 a 118.

Tais documentos, foram analisados pela autuante, que não os acolheu, ao argumento que não se tratam de comprovantes de recolhimentos referentes a complementação do ICMS-ST ou FECOP retidos a menos que possam dar sustentação aos argumentos defensivos.

Em verdade, verificando os referidos documentos vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos posto que se referem aos recolhimentos tempestivos do imposto realizados pelo autuado em cada período de apuração, todos considerados pela autuante em seu levantamento fiscal, que indicam, por cada nota fiscal emitida, o valor que foi retido e o retido a menos. Portanto, entendo que os valores recolhidos tempestivamente pelo autuado foram considerados pela autuante em seus levantamentos.

Aliás, a título exemplificativo, destaquei a GNRE de fl. 74, referente ao mês de setembro/15, onde consta o recolhimento tempestivo do imposto no valor de R\$395.519,38 e o doc. de fl. 76, referente ao Fundo de Pobreza no valor de R\$1.368,09, referente ao mesmo período de autuação, nos quais se constata que não se tratam de recálculo de imposto e, consequentemente, não se referem a recolhimento a título de complementação de imposto. Esta situação se repetiu em relação aos demais meses.

Convém ressaltar, que não há nos autos qualquer menção pela autuante, de forma específica, de que a apuração

foi decorrente de erro na indicação da MVA pelo autuado. O que consta nos autos é um demonstrativo analítico, por cada nota fiscal emitida, com o cálculo do ICMS-ST e do FECOP por cada documento fiscal emitido, o qual foi comparado com o retido pelo autuado, constante no respectivo documento fiscal, sendo, desta maneira, reclamado o valor que foi retido a menos.

Considerando que não há nenhuma indicação por parte do autuado de algum equívoco constante nos levantamentos elaborados pela autuante, julgo subsistente às infrações 02 e 03.

A infração 04 está relacionada à falta de retenção do ICMS, no total de R\$3.954,60, referentes a operações com refrigerantes destinados a este Estado.

Alegou o autuado, equívoco no lançamento fiscal, visto que, à luz do Protocolo ICMS nº 19/92, Cláusula primeira, § 2º, não se aplica o regime da ST às transferências interestaduais entre estabelecimentos industriais da mesma empresa e nas remessas efetuadas pelo industrial para seu estabelecimento filial atacadista.

Tal argumento foi acolhido pela autuante, com o qual também concordo, tendo a mesma procedido, corretamente, a exclusão do levantamento que realizou as notas fiscais destinadas à sua filial atacadista neste Estado, remanescedo apenas o débito desta infração no valor de R\$1.466,77 consoante demonstrado à fl. 127.

Infração 04 parcialmente subsistente.

Quanto ao argumento defensivo de exorbitância da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que a autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim é que, as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, tal como mencionado acima, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas constitucionais, portanto, à luz do quanto acima exposto, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Também não pode ser acolhido o argumento de que a multa é confiscatória, considerando que está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e, conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos. Também não há como atender ao pleito do deficiente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Entretanto, em relação à penalidade no percentual de 150%, aplicada em relação à Infração 01, de ofício e com fulcro no Art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN, por retroatividade benéfica, faço a adequação da mesma para o percentual de 100% em face da alteração promovida pela Lei nº 14.183 de 13/12/19.

Quanto ao pedido do autuado para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, com base no art. 112 do CTN, entendo não ter pertinência tal pleito no presente caso, já que, não existe dúvida em relação a matéria sob apreciação.

Finalmente, quanto à solicitação do autuado, no sentido de que todas as intimações e publicações sejam realizadas em nome dos seus patronos, informam que estas ocorrem de acordo com o previsto pelo Art. 108 do RPAF-BA, entretanto, nada impede que o pleito do autuado também possa ser atendido e as intimações

encaminhadas ao seu patrono.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto por meio do advogado Alexandre de Araujo Albuquerque, OAB/PE 25.108 (fls. 178 a 199), inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações e julgamento parcialmente procedente com redução da multa aplicada na infração 1, conforme ementa transcrita (fl. 180), afirmando que o lançamento continua maculado com a nulidade e no mérito com total improcedência, pelas razões que passou a expor.

Suscita a nulidade do lançamento fiscal por preterição do direito de defesa, descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação, fundamentando que os documentos que respaldam a autuação se encontram em sua posse, mas que houve violação ao devido processo legal, pela não “apresentação de todos os documentos analisados” sendo insuficiente a planilha, face à segurança jurídica que norteia o processo administrativo.

Argumenta que a acusação de falta ou recolhimento a menor do ICMS-ST, por erro da MVA, não foi comprovada com indicação da correta e a utilizada, visto que a planilha indica a nota fiscal, descrição dos produtos, base de cálculo, ICMS ST e o ICMS autuado, sem o cotejo entre as MVAs e “não apresentou as notas fiscais” nem as chaves de acesso para fazer prova, prejudicando a verificação da materialidade da infração nos termos dos artigos 2º e 39, §1º do RPAF/BA.

Discorre sobre o princípio da verdade material, transcreve ementa do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE-01.172/12-3) para reforçar o seu posicionamento de que a liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados inerentes para respaldar a pretensão fiscal (art. 142 do CTN), afrontando o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF) e entendimento manifestado nos Acórdãos CJF 2027/00 e CJF 0384-12/02, cujas ementa transcreveu à fl. 186, requerendo a nulidade nos termos do art. 18, II, IV, “a” do RPAF/BA.

No mérito, afirma que as infrações 1, 3 e 4 refere-se a operações com refrigerantes, as infrações 1 e 2, trata de cerveja e a infração 1 refere-se a energético e água mineral.

Quanto a infração 1, diz que a exigência fiscal acusa recolhimento a menor do ICMS-ST, em virtude da utilização de MVA inferior a prevista na legislação (refrigerante, cerveja, energético e água mineral) mas que não procede, visto que promoveu o recolhimento do imposto considerando as MVA’s prevista na legislação baiana, devendo ser reanalizado os equívocos.

Nas fls. 188/189 relaciona diversas ocorrências na quais afirma que a título exemplificativo o montante apontado pelo Fisco corresponde ao valor recolhido a título do FECOP (doc. 02):

Período	ICMS	DAE pago	Período	ICMS	DAE pago	Período	ICMS	DAE pago
set/15	1.368,09	1.368,09	abr/16	1.427,57	1.427,57	ago/16	2.040,02	2.040,02
out/15	969,12	969,12	mai/16	1.135,13	1.135,13	set/16	1.676,90	1.676,90
nov/15	1.010,73	1.010,73	jun/16	1.702,54	1.702,54	out/16	896,31	896,31
mar/16	1.295,58	1.295,58	jul/16	1.396,39	1.396,39	dez/16	2.556,35	2.556,35

Reconhece que existem “algumas pequenas diferenças”, mas o julgamento manteve a exigência fundamentando que os “recolhimentos tempestivos do imposto realizados pelo autuado em cada período de atuação” foram “considerados pelo autuante em seu levantamento fiscal”.

Reafirma que a fiscalização exige valor efetivamente recolhido, o que se repete em todas as infrações e períodos autuados, com recolhimentos para mais ou para menos, mas foram corrigidos e o “ICMS-ST/FECOP recolhido correspondente aquele efetivamente devido”.

Discorre sobre a obrigação tributária que decorre da lei e não da nota fiscal, devendo ser afastado o interesse arrecadatório, que despreza os fatos e o direito, a exemplo das decisões proferidas pelo STF (AG 40983/CE/2003; AG 25.363/PE/2001 e MS 42519/PE/1995) e do TATE-00.023/02-7.

Conclui afirmando que o procedimento adotado não acarretou em prejuízo ao Erário Público, já que imposto foi recolhido em sua integralidade, o levantamento fiscal está crivado de erros de avaliação e concepção e o processo administrativo tributário deve buscar a verdade dos fatos,

atendendo o princípio da legalidade.

Com relação a infração 4, afirma que apesar do acórdão recorrido ter promovido a sua redução, excluindo as operações com refrigerantes não sujeitas ao regime de substituição tributária, por força do Protocolo ICMS 10/92, deixou de observar que o mesmo ocorreu nas infrações 1 e 3.

Transcreve a Cl. Primeira e §2º do Convênio ICMS 10/92 (fl. 192) e afirma que no caso concreto, trata-se de operações de transferência interestadual entre a filial indústria (localizada em Petrolina (CNPJ 07.196.033/0040-04) e a filial atacadista localizada em Juazeiro/BA (CNPJ 07.196.033/0052-48), e por isso não está sujeita ao regime de Substituição Tributária quando da transferência interestadual de refrigerantes, visto que a filial destinatária dos produtos é atacadista da mercadoria transferida, como já foi confirmado pelo acórdão recorrido e confirma a improcedência da exigência fiscal.

Ressalta que um dos argumentos apresentados foi que uma das operações apontadas pela fiscalização decorre de remessa de bonificação ou brinde (CFOP 6910), cuja legislação do Estado de Pernambuco e da Bahia prevê os seguintes lançamentos contábeis relativos à entrada:

- 1) lançar a nota fiscal de aquisição, com crédito do imposto;
- 2) ao mesmo tempo emitir nota fiscal de saída, com lançamento do imposto; e
- 3) quando da remessa do brinde a seus clientes, emitir nota fiscal, sem destaque do ICMS.

Transcreve os artigos 456, 458 e 459 do RICMS/PE e artigos 389 do RICMS/BA, que não foi observado pelo autuante quanto a remessa de brinde, para distribuição fora do estabelecimento, operação que entende “não é tributada pelo ICMS, seja interna ou interestadual já que a legislação não faz essa distinção”.

Quanto aos porcentuais das multas aplicadas com percentual de 60% e 100% sobre o valor principal, que deve ser afastada por ausência de comprovação de fraude e exorbitância da penalidade, violando o princípio do não-confisco previsto no art. 150, IV da Constituição Federal.

Transcreve decisões do TJPE (ACÍvel nº 316658-9) e do STF (RE 523471 AgR) e TJRN (AC 2006.005459-9) que decidiram para redução da multa a um patamar razoável entre 20% e 30%.

Finaliza requerendo a aplicação do benefício da dúvida previsto no art. 112 do CTN, quanto a interpretação da norma jurídica mais favorável ao contribuinte e requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido e sucessivamente que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada.

Registra-se a presença na sessão de julgamento dos advogados do Autuado que efetuou a sustentação oral, Srs. Alexandre de Araújo Albuquerque e Viviane Vale de Oliveira - OAB/PE nos 25.108 e 18.598.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o cometimento de quatro infrações, sendo a primeira relativa à falta de recolhimento do ICMS retido, e as demais, pertinentes à recolhimento a menor, sendo que o recorrente apresentou argumentos abrangentes, relativos a todas infrações, indicando em cada, operações com refrigerante, cerveja, energético e água mineral.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade suscitada, sob o argumento de que o lançamento fiscal foi efetuado com preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei.

Observo que conforme apreciado na decisão ora recorrida, o contribuinte estabelecido na cidade de Petrolina/PE, é inscrito neste Estado como contribuinte Substituto/Responsável ICMS Destino – CS (IE 124.091.193), foi cientificado do início da ação fiscal, via DTE, lavrado o Termo de Início de Fiscalização em 30/07/2019 (fl. 7), e o Auto de Infração em 23/09/19, do qual foi cientificado em 30/09/2019 (fls. 17 a 20), tudo em conformidade com o previsto no Art. 28 e §1º do RPAF/BA, portanto, inexistindo a incerteza alegada pelo recorrente.

No tocante à arguição de nulidade suscitada, de preterição ao seu direito de defesa e ausência de comprovação, constato que as infrações foram descritas de forma clara (recolhimento a menos e falta de recolhimento do ICMS-ST), fazendo se acompanhar de demonstrativo sintético à fl. 8, que quantifica os valores não retidos (refrigerante), retido a menor (cerveja, refrigerante), e retido e não recolhido, em conformidade com os demonstrativos analíticos (fls. 9 a 15), que detalham a apuração do imposto com base nos documentos fiscais emitidos e lançados na Escrituração Fiscal Digital (EFD), do próprio estabelecimento autuado, cujas cópias gravadas na mídia de fl. 16 foram fornecidas ao recorrente.

Pelo exposto, os elementos contidos nos autos possibilitaram exercer sua defesa, como o fez. Também não é plausível o argumento de que todos os documentos fiscais objeto da autuação, devam ser juntadas ao processo, tendo em vista que foram obtidos no banco de dados da SEFAZ, emitidas e escrituradas na EFD pelo próprio contribuinte, que tem pleno conhecimento e acesso. É coerente a exigência da apresentação dos documentos quando coletados em estabelecimentos de terceiros, conforme decisões citadas no recurso interposto, que não é o caso desse processo.

Em conclusão, entendo que a lançamento atende aos requisitos previstos no Art. 39 do RPAF/BA, motivo pelo qual, fica rejeitada a nulidade suscitada, sob argumento de que houve preterição do direito de defesa, inexistindo os pressupostos fáticos de hipótese prevista no art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, quanto a infração 1, o recorrente alega que promoveu o recolhimento do imposto considerando as MVA's prevista na legislação baiana, conforme quadro de fls. 188/189, e documentos juntados com a defesa.

Pelo confronto do demonstrativo elaborado pela fiscalização e documentos juntados ao processo, constato que assiste razão ao recorrente. Tomando por exemplo o mês 09/2015, o demonstrativo elaborado pela fiscalização juntado à fl. 09, indica diferença de imposto devido e não recolhido no valor de R\$1.368,09.

Constatou que o sujeito passivo juntou com a defesa cópia do DAE à fl. 74, no valor de R\$395.519,38, valor que foi computado no demonstrativo do autuante (CD de fl. 16), e também do DAE com valor de R\$1.368,09, juntado à fl. 76, relativo ao mesmo mês que foi recolhido tempestivamente no dia 08/10/2015, correspondente ao ICMS ADIC FUNDO POBREZA.

O mesmo ocorre com os demais meses, conforme resumo abaixo:

2015	ICMS ST Ret.	Total Arrec.	Fl	ST Retido Nfe	Dev. Nfe	Autuado	Fl	DAE R\$	Devido
Abri	997.527,77	997.527,77		1.024.821,37	25.488,79	-1804,81			1.804,81
Junho	825.500,87	825.500,87		841.374,55	14.880,99	-992,69			992,69
Agosto	791.882,51	791.882,51		809.331,96	15.961,82	-1487,63	203	1.392,85	94,78
Setembro	395.519,38	395.519,38	74	403.228,83	6.341,36	-1368,09	76	1.368,09	0,00
Outubro	236.860,31	236.860,31	203	237.891,08	61,65	-969,12	203	969,12	- 0,00
Novembro	20.261,33	20.261,33	202	21.272,06		-1010,73	203	1.010,73	-
Totais	3.267.552,17	3.267.552,17		3.337.919,85	62.734,61	-7633,07		4.740,79	2.892,28
2016	ICMS ST Ret.	Total Arrec.		ST Retido Nfe	Dev. Nfe	Autuado	Fl.	DAE R\$	Devido
Janeiro	18.386,12	18.386,12	78	19.387,44		-1001,32	80	968,20	33,12
Fevereiro	23.696,33	23.696,33		25.575,91		-1879,58	203	1.154,25	725,33
Março	23.514,31	23.514,31	82	24.810,11		-1295,8	82	1.295,80	-
Abri	26.638,76	26.638,76	86	28.066,33		-1427,57	88	1.427,57	-
Maio	19.215,32	19.215,32	90	20.383,92	33,47	-1135,13	93	1.135,13	-
Junho	23.469,89	23.469,89	95	25.172,43		-1702,54	97	1.702,54	-
Julho	20.664,61	20.664,61	99	22.061,00		-1396,39	101	1.396,39	-
Agosto	21.486,42	21.486,42	103	23.526,44		-2040,02	105	2.040,02	- 0,00
Setembro	24.640,25	24.640,25	107	26.317,15		-1676,9	109	1.676,90	-
Outubro	17.168,56	17.168,56	111	18.064,87		-896,31	113	896,31	- 0,00
Dezembro	33.965,38	33.965,38	115	36.521,73		-2556,35	117	2.556,35	0,00
Totais	252.845,95	252.845,95		269.887,33	33,47	-17007,91		16.249,46	758,45
							Total		3.650,73

Pelo exposto, modifico a decisão de procedente, para procedente em parte da infração 1, com redução do valor exigido de R\$24.640,98, para R\$3.650,73.

Com relação às infrações 2 e 3, no recurso, foi afirmado que a fiscalização exige valor efetivamente recolhido, como nas demais infrações.

Com relação a estas infrações, observo que a decisão da primeira instância fundamentou que apesar de ter alegado inconsistências no levantamento fiscal, juntou os documentos de fls. 74 a 118, porém, que a autuante contestou que se tratava de comprovantes de recolhimentos referentes à complementação do ICMS-ST ou FECOP retidos a menos, e não acolheu esta alegação.

Exemplificou que a GNRE de fl. 74, relativo ao mês de setembro/15, com recolhimento no valor de R\$395.519,38, e o doc. de fl. 76, refere-se ao Fundo de Pobreza no valor de R\$1.368,09, que não se trata de recálculo de imposto e manteve a procedência das infrações 2 e 3.

Constatou que o valor recolhido pertinente ao Fundo de Pobreza no valor de R\$1.368,09 (09/2015), se correlaciona com os valores exigidos na infração 1, conforme acima apreciado, e foi acolhido.

Portanto, não tendo apresentado outras provas, fica mantida a decisão pela procedência das infrações 2 e 3.

Quanto à infração 4, o recorrente alega que tendo sido excluído as operações com refrigerantes não sujeitas ao regime de substituição tributária, por força do Protocolo ICMS nº 10/92, não considerou o mesmo nas infrações 1 e 3.

Observo que conforme apreciado em relação a infração 1, foram acolhidos os valores contidos nos DAEs que foram apresentados, o que resultou na eliminação da exigência relativa a doze meses e redução do débito em três meses daquela infração. Portanto, não tendo sido apresentados outras provas, não acolho este argumento.

No tocante a infração 3, observo que apesar de argumentar que inexiste obrigação de fazer retenção em operações de transferências (Cl. Primeira, §2º do Convênio ICMS 10/92), constato que na informação fiscal, a autuante acatou este argumento e excluiu os valores relativos à infração 4 (transferência de Petrolina/PE para Juazeiro/BA), porém, contestou que não existe operações de transferência na infração 3 (fl. 149), e sim de vendas de mercadorias com os CFOPs 6401 e 6403. Assim sendo, não tendo apresentado provas em contrário, não acolho este argumento.

Com relação ao argumento de que uma das operações apontadas pela fiscalização decorre de remessa de bonificação ou brinde (CFOP 6910), e a legislação do Estado de Pernambuco e da Bahia prevê não tributação dessas operações observo que:

- 1) Não foi indicado qual nota fiscal ou mês, e não identifiquei nenhuma operação com o CFOP 6910. Identifique operações com os CFOPs 6401, 6403, 6408 e 6409;
- 2) Mesmo que tenha operação com o CFOP 6910, com relação aos brindes, o art. 389 do RICMS/BA, prevê que ao adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final, o contribuinte deve lançar a nota fiscal, com direito a crédito do imposto e emitir nota fiscal de saída com tributação na sua distribuição a consumidor final.
- 3) Em se tratando de bônus, a operação é tributada na saída do estabelecimento e assegurado a utilização do crédito fiscal no estabelecimento que o receber, mesmo que não dispenda recurso financeiro pelo seu recebimento.

Portanto, ao contrário do que foi alegado, as operações com brindes e bonificação são tributadas.

Assim sendo, fica mantida a exigência da infração 4, julgada parcialmente procedente com valor de R\$1.466,77 (fl. 127).

Com relação ao argumento de que as multas aplicadas com percentual de 60% e 100% sobre o valor principal, são desproporcionais e confiscatórias, observo que de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 3 a 6), se atendido as condições estabelecidas no art. 45 da Lei nº 7.014/96, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante as infrações que lhe foram imputadas, se atendida às condições

estabelecidas, as multas podem ser contempladas com redução de até 70%, o que implica em ônus menor do que o porcentual grafado no auto de infração.

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com a redução do débito da infração 1, de R\$24.640,98, para R\$ 3.650,73.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269203.0009/19-8**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$57.549,33**, acrescido das multas de 60% sobre R\$53.898,60, e 100% sobre R\$3.650,73, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS