

A. I. N° - 207104.0009/21-1
AUTUADO - CAF – CRYSTAL ÁGUAS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVES DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24/11/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-03/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DESTINATÁRIOS LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição, em que a legislação tributária preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da Unidade Federada destinatária. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/03/2021, refere-se à exigência de R\$730.761,90 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 008.007.003: Falta de 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, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2019; janeiro a abril e maio de 2020.

Em complemento, consta a informação de que “a empresa fez diversas remessas para estabelecimentos comerciais situados no Estado da Bahia, de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária sem retenção e pagamento do imposto devido, a título de Remessa em venda a ordem de terceiros – CFOP 6.923, enquanto que tais operações não possuem qualquer vínculo com vendas anteriores realizadas com tal finalidade, ou seja, não se relacionam com vendas anteriormente feitas com base no CFOP 6.118 ou 6.119, conforme previsto na legislação que disciplina a matéria (Ajuste SINIEF 07/01), ensejando-se, portanto, a cobrança do tributo devido a este Estado”.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 51 a 60 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa; reproduz os fatos que ensejaram a autuação fiscal e alega que o crédito tributário exigido, além de nulo, está totalmente improcedente.

Suscita a nulidade do lançamento fiscal, alegando preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da infração apontada.

Transcreve o art. 39, VI do RPAF-BA e diz que o Autuante, para comprovar sua assertiva, apresentou demonstrativo (planilha) da infração. É nesse contexto que se vislumbra que o Auto de Infração está desprovido de qualquer elemento que assegure um juízo de valor ou apresente certeza jurídica aos valores/dados apresentados.

Alega que não apresentando as chaves de acesso ou as notas fiscais, deixou de comprovar os dados indicados, bem como os valores exigidos e, por sua vez, a acusação fiscal. Diz que a ausência da documentação prejudica a verificação da materialidade da indicação, descrição e dos valores apresentados, situação que viola tanto o seu direito de defesa, como o convencimento justificado do Julgador Tributário, posto que, sem a confirmação da materialidade do que se alega é impossível manter a liquidez, certeza e a exigibilidade do crédito tributário.

Antecipando-se a alegação da dispensa da apresentação por se tratar de documento fiscal pertencente e de sua posse, afirma que é forçoso reforçar que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da Fiscalização. Assim, os demonstrativos apresentados, mesmo que elaborados com dados do contribuinte, não são suficientes para serem utilizados como prova da infração.

Ressalta que a garantia de ampla defesa está profundamente prejudicada, porque tanto a Impugnante como o Corpo Julgador estão impedidos de identificar os elementos determinantes da base material tributável e que veio a gerar o imposto/multa a recolher e ora autuado. O Auto de Infração da forma como foi apresentado não confere a segurança jurídica necessária para validade do lançamento.

Afirma que o § 1º do art. 39 do RPAF-BA, só excepciona as exigências meramente formais. No caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração e aos elementos determinantes da base material tributável, fato que não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Registra que o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE), em caso análogo, se pronunciou no sentido de que apresentação dos documentos (planilhas) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados.

Entende que a premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo resumido, sem apresentar todos os dados e os documentos utilizados no levantamento fiscal para exigência do ICMS, não são suficientes para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário. A liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal.

Alega que essa falha demonstra que o levantamento apresentado pela fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõem o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim. Da forma como foi apresentado o crédito tributário, não é suficiente à caracterização do valor exigido e, consequentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração. Necessitaria o Autuante, no mínimo, apresentar os documentos que lhe deu respaldo.

Acrescenta que, simplesmente fazer mencionar que o Impugnante deixou de recolher o ICMS, sem apresentar os documentos pertinentes, não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só do Impugnante, mas também do corpo julgador administrativo, em especial quando o raciocínio matemático aplicado sequer confirma o resultado apontado.

Menciona o teor do art. 142 do CTN, segundo o qual, a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente: os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados. Afirma restar claro na norma que o Auto de Infração, para ser válido, tem que ser claro e límpido, de modo tanto a provar o fato gerador, como correta e claramente tipificá-lo. E qualquer ambiguidade o invalida.

Para que se afaste por completo toda e qualquer confusão, e inexistam dúvidas, diz que se impõe demonstrar, cabalmente, o fato gerador que nada mais é do que a adequação do fato (desde que provado) à norma (art. 114 do CTN), e as respectivas bases de cálculo e alíquotas.

Friza que apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido às normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, apesar desta obrigação legal, o Fisco assim não agiu, pois apresentou um débito sem os documentos correlatos. Com isso, despreza o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado ao Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Ressalta que, no mesmo sentido, está o art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, que dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente. Diz que este é o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), conforme decisões que citou, reproduzindo as ementas.

Conclui que se impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei e porque essa insegurança repercuta no seu amplo direito de defesa. Diz que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal, porque retira do Impugnante o seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, alega que a exigência fiscal não procede, uma vez que para toda nota fiscal de remessa citada pelo Autuante existe a nota fiscal de venda correspondente, na qual está destacado o ICMS-ST.

Alega que de acordo com o Decreto nº 35.245/91 (RICMS/AL), uma vez que o estabelecimento autuado está localizado no Estado de Alagoas, e o RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012 disciplinam que, em caso de remessa por conta e ordem, o ICMS deve ser destacado na nota fiscal de venda, liberando-se do destaque a nota de simples remessa.

Quando da venda de água mineral para empresa localizada no Estado da Bahia (Norsa Refrigerantes), o defensor informa que emitiu a nota fiscal correspondente com o destaque tanto do ICMS normal como do ICMS ST. É o caso, por exemplo, das notas fiscais nºs 22.533 (fl. 101 do PAF) e 22.590 (fl. 105 do PAF).

Informa que em ato seguinte, emite a nota fiscal de remessa de venda à ordem para o depósito fechado do estabelecimento do adquirente da mercadoria (Norsa Refrigerantes), também localizado no Estado da Bahia, e, conforme previsão legal, sem o destaque do imposto, já que este faz parte da composição do documento fiscal de venda. É o caso, por exemplo, das notas fiscais autuadas nºs 22.536 (fl. 102) e 22.593 (fl. 106), nas quais há referência à nota fiscal de origem (venda) nºs 22.533 e 22.590, no campo “dados adicionais – informações complementares”. Assegura que as notas fiscais contemplam os mesmos produtos e quantidades e foram emitidas no mesmo dia, conforme quadro que elaborou à fl. 56v. Diz que essa situação ocorreu para todas as notas fiscais de remessa indicadas pela fiscalização e conclui ser incontestável a improcedência do lançamento fiscal.

Também alega que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma improcedência, desta vez, com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor do imposto exigido.

Diz que a multa de 60% aplicada agrava ainda mais a situação, porque esquece o Fisco que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência da penalidade aplicada, além da exigência fiscal.

Seja qual for a motivação da Administração Tributária, em vez de corrigir só causa danos ao contribuinte, posto que termina transferindo ilegalmente parte substancial do patrimônio da Impugnante para o Estado, em afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88).

Alega que duas são as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela.

Inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Afora isso (segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal. Por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Comenta sobre a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias e diz que o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Afirma que o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos Tribunais Federais e Estaduais Pátrios. A exemplo do Tribunal de Justiça de Pernambuco que consolidou sua jurisprudência acerca da multa aplicada pelo Estado, reconhecendo sua feição confiscatória, e, portanto, vem reduzindo-a ao patamar 20% (quando são arbitradas em até 100% sobre o valor do imposto) e de 30% (quando são arbitradas acima de 100% sobre o valor do imposto), conforme se observa na ementa do acórdão recente prolatado, à unanimidade, pela 2ª Câmara de Direito Público nos autos dos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 316658-9 (0056523-79.2003.8.17.0001), de Relatoria do Des. José Ivo de Paula Guimarães, julgado em 20/02/2014.

Diz que, no mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, julgando caso semelhante ao dos autos, à unanimidade, declarou o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 60% (sobre o valor do imposto), reduzindo-o para 20%.

Requer o reconhecimento da improcedência da cobrança no que atine à multa fixada ou, subsidiariamente, sua redução ao patamar razoável de 20% (sobre o valor do imposto), consoante jurisprudência pacífica da Suprema Corte e dos Tribunais Pretórios.

Entende que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Diz que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no mencionado artigo, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja julgada improcedente a multa aplicada ou ao menos reduzida, bem como, a aplicação dos juros, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. Em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante presta informação fiscal às fls. 77 a 79 dos autos. Diz que o estabelecimento autuado, com sede na cidade de Maceió- AL, cadastrado como Contribuinte Substituto no Estado da Bahia, realizou operações de remessa de água mineral sem que tenha efetuado retenção e recolhimento do ICMS-ST devido a este Estado.

Informa que foram relacionadas notas fiscais de vendas de mercadorias (CFOP 6403) sobre as quais não houve retenção do ICMS devido e remessa por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923),

feitas em desconformidade com as determinações contidas no regramento legal específico, desconexas das operações originais a que estariam supostamente vinculadas.

Afirma restar demonstrado o equivocado proceder do autuado através das cópias de algumas notas fiscais de saídas que instruem o presente processo desde o início (fls. 22 a 410 e o total reclamado foi apurado conforme o demonstrativo de cálculo de fls. 10 a 21, integralmente reproduzido nos arquivos digitais inseridos no envelope de fl. 43.

Esclarece que no transcurso do procedimento fiscal a empresa foi chamada a prestar esclarecimentos sobre os fatos que ensejaram a autuação (fl. 08), mas não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a cobrança que lhe foi imputada.

Quanto à preliminar de nulidade, afirma que não assiste razão ao defendant, porque o presente processo está instruído com as informações necessárias para o exercício regular do direito de ampla defesa. Diz que a cobrança se restringe às notas fiscais de saídas indicadas, conforme os demonstrativos de fls. 10 a 21, dos quais o autuado recebeu cópia integral através do DT-e, na oportunidade em que tomou conhecimento da autuação, conforme indicado na intimação à fl. 45. Informa que estão relacionadas todas as notas fiscais de saídas com detalhamento do item de produto que ensejou a cobrança, quantidades, valores envolvidos em cada operação, CFOP, MVA, base de cálculo e ICMS ST devido, o que permite qualquer confirmação e verificação com os arquivos originais das mesmas Notas Fiscais Eletrônicas em poder do autuado.

Sobre a alegação de falta de indicação das chaves de acesso das notas fiscais ou cópias desses documentos, diz que não é impeditivo para que se verifique minuciosamente todas as informações contidas nos referidos demonstrativos de cálculo, tanto que, ao enfrentar o mérito da cobrança, a defesa sustentou sua tese com base nos confrontos das notas fiscais citadas, anexando cópias das mesmas no corpo da impugnação e se referindo a situação ali descrita, revelando absoluto conhecimento dos fatos e documentos que ensejaram a cobrança em questão.

Informa que o CD com os arquivos digitais que instruem o processo (fl. 43), além do demonstrativo de cálculo em referência, contém uma relação com todas as notas fiscais emitidas pelo Autuado no período fiscalizado, inclusive suas chaves de acesso, da qual junta uma cópia ao processo, podendo servir para consulta do Órgão Julgador. Portanto, as informações contidas no processo permitem compreender os fatos que ensejaram a cobrança e respectivos valores envolvidos, tanto que objetivamente questionados pelo Autuado.

Em relação às operações que ensejaram a cobrança do ICMS ST, diz que merece registro o fato de que o Autuado/vendedor, integra o forte grupo econômico SOLAR COCA-COLA, também proprietário do maior fabricante e distribuidor deste refrigerante no Brasil (NORSA REFRIGERANTE), conforme se vê pelas fichas cadastrais que acostou aos autos.

Neste caso, o vendedor e o comprador possuem dirigentes comuns e são atendidas pela mesma estrutura fiscal contábil situada na cidade de Fortaleza, cenário que em tese, restringe a possibilidade de falhas no cumprimento da legislação fiscal.

Afirma que a autuação contém a exigência do ICMS ST devido ao Estado da Bahia pela venda de água mineral para estabelecimentos filiais da empresa Norsa Refrigerantes (Coca-Cola), localizados neste Estado (CFOP 6403) ou supostas remessas por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923) realizadas em desconformidade com a legislação.

Diz que o Defendente não questionou a cobrança sobre as operações de venda, e sustenta que as mencionadas remessas observam a orientação do RICMS-AL e RICMS-BA, entretanto, examinando-se mais detalhadamente as notas fiscais que acobertaram tais operações, vê-se que elas não possuem as informações necessárias à confirmação de que se tratam de simples remessa, impondo-se a exigência do imposto devido pela entrega dos mesmos produtos a estabelecimentos situados no território baiano.

Ressalta que as remessas por conta e ordem de terceiros devem observar um regramento próprio, definido conforme o normativo do CONFAZ, que disciplina a aplicação dos Códigos Fiscais de

Operações, sendo imperativo que tais remessas, necessariamente, devem estar vinculadas à uma venda anterior com esta finalidade específica. Assim, a operação interestadual feita com o CFOP 6923 somente é possível se realizada uma venda anterior feita com base nos códigos 6.118 ou 6.119, conforme explicita o Convênio S/N, de 15 de dezembro de 1970, conforme redação que lhe foi dada pelo Ajuste SINIEF 14/09.

Diz que não é este o proceder do autuado. As Notas Fiscais de fls. 22 a 41, anexadas ao PAF a título exemplificativo, e também as demais ora anexadas, as saídas feitas pelo código 6923 estão vinculadas a uma venda convencional (CFOP 6401), ou seja, sem observância do disciplinamento legal em referência. Afirma que os produtos remetidos através da NF 22.536 (fl. 22) destinados a Norsa Refrigerantes de Porto Seguro, supostamente, seriam aqueles vendidos através da NF 22.533 (fl. 23) e adquiridos pela Norsa Refrigerantes de Vitória da Conquista.

Diz que a citada nota fiscal de venda (fl. 23) não contém qualquer indicativo de que os produtos ali referidos seriam objeto de entrega em endereço diverso do estabelecimento comprador, conforme exige a legislação. Ao contrário, no cotejo de tais documentos conclui-se naturalmente que a suposta remessa por conta e ordem de terceiros não possui relação com a nota fiscal de venda que indica vinculação.

Cada nota fiscal, seja de venda ou simples remessa, indica uma empresa transportadora (CONTASIL COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA.) pela entrega das mercadorias relacionadas, e no exame das informações contidas nos campos de Informações Complementares de cada documento fiscal, verifica-se que o número do transporte indicado na operação de remessa é absolutamente distinto daquele informado na nota fiscal de venda a que estaria supostamente vinculada. Ao mesmo tempo, todas as notas fiscais de remessa (fls. 23, 26 e 30, por exemplo), sempre indicam que tais operações possuem a natureza de “TRANSFERÊNCIA/BONIFICAÇÃO” para o estabelecimento destinatário, prática comum no comércio de bebidas.

Acrescenta que, associando-se tais elementos à falta de vinculação objetiva entre compra à ordem (CFOP 6118/6119) e remessa por conta e ordem (CFOP 6923), conforme exigido pela legislação, e sendo certo que os produtos foram enviados e entregues a estabelecimentos diversos situados em território baiano, é cabível a exigência do ICMS ST de responsabilidade direta do estabelecimento remetente, por imperativo legal.

Informa que junta ao presente processo, mais cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo em referência, agora todas as supostas remessas referentes a janeiro de 2019 e todas referentes ao exercício de 2020, acompanhadas sequencialmente das notas fiscais de venda a que estariam vinculadas, somente para reafirmar que o procedimento do autuado foi o mesmo em todas as operações envolvidas na cobrança, conforme afirmado pelo Defendente em sua peça defensiva.

Comenta sobre a orientação jurisprudencial para questionar a multa incidente sobre o imposto reclamado, e afirma que a mesma não possui qualquer natureza confiscatória, como quer fazer crer a defesa, ao tempo em que a penalidade foi estabelecida em conformidade com o sistema legal vigente.

Espera que tenham sido prestadas todas as informações necessárias para que este Órgão Julgador confirme integralmente o lançamento fiscal, julgando procedente o presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento, foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Viviane Vale de Oliveira, OAB-PE N° 18.598.

VOTO

O Defendente suscitou a nulidade do presente lançamento fiscal, alegando preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da infração apontada. Disse que o Autuante, para comprovar sua assertiva, apresentou demonstrativo (planilha) da infração, mas não apresentou as chaves de acesso ou as

notas fiscais, deixando de comprovar os dados indicados, bem como os valores exigidos, e, por sua vez, a acusação fiscal.

Afirmou que os demonstrativos apresentados, mesmo que elaborados com dados do contribuinte, não são suficientes para serem utilizados como prova da infração. Da forma como foi apresentado o crédito tributário, diz que não é aceitável a caracterização do valor exigido e consequentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração.

Na informação fiscal, o Autuante esclareceu que a cobrança se restringe às notas fiscais de saídas indicadas, conforme demonstrativos de fls. 10 a 21, dos quais o autuado recebeu cópia integral através do DT-e, na oportunidade em que tomou conhecimento da autuação, conforme indicado na intimação à fl. 45. Informou que estão relacionadas todas as notas fiscais de saídas com detalhamento do item de produto que ensejou a cobrança, o que permite qualquer confirmação e verificação com os arquivos originais das mesmas Notas Fiscais Eletrônicas em poder do Autuado.

Constatou que o ponto tratado pelo defensor, se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham, bem como a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas), que serviram de base para a ação fiscal.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada no demonstrativo elaborado pelo autuante, conforme fls. 10 a 21, sendo acostadas aos autos cópias de notas fiscais utilizadas na ação fiscal fls. 22 a 41 do PAF, encontrando-se à fl. 43, mídia CD contendo Planilha referente a “OPERAÇÕES SEM RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS ST – VALORES DEVIDOS” e “RELAÇÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA”, indicando as respectivas chaves de acesso, CNPJ do destinatário, data de emissão, valor, ICMS, Bc ICMS e ICMS Sub. Neste caso, os dados constantes no levantamento fiscal são suficientes para o Autuado realizar a necessária verificação e exercer o seu direito de defesa.

Consta na “INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO”, à fl. 43 dos autos, que foram encaminhadas as cópias do Auto de Infração, demonstrativo do débito com detalhamento dos encargos incidentes e arquivos contendo a relação de notas fiscais e cálculos que explicam o débito apurado. Portanto, foram fornecidos ao Autuado os dados referentes ao levantamento fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração.

Sobre a alegação de falta de indicação das chaves de acesso das notas fiscais ou cópias desses documentos, confirma-se a informação do Autuante, de que no CD com os arquivos digitais que instruem o processo (fl. 43), além do demonstrativo de cálculo do imposto apurado, contém uma relação com todas as notas fiscais emitidas pelo Autuado no período fiscalizado, inclusive suas chaves de acesso, permitindo ao contribuinte apresentar Impugnação que considerar pertinente.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e o Autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que não concorda, se referindo ao levantamento fiscal.

Entendo que deve ser superada a alegação defensiva e não se decretar a nulidade da autuação, haja vista que não foi constatado qualquer prejuízo à defesa, o Autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, inexistindo o alegado cerceamento ao direito de defesa, e o contribuinte tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em sua Impugnação.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao pedido de realização de perícia, observo que sua necessidade não se encontra devidamente demonstrada nos autos, conforme prevê o art. 145 do RPAF-BA/99. Indefiro o pedido, considerando que a prova do fato não depende de conhecimento técnico especializado, e os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração trata da falta de 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, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2019; janeiro a abril e maio de 2020.

A autuação fiscal se refere a operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da Unidade Federada destinatária, e o autuado não desconhece a sua obrigação de reter e recolher o imposto retido

O Defendente alegou que de acordo com o Decreto nº 35.245/91 (RICMS/AL), uma vez que o estabelecimento autuado está localizado no Estado de Alagoas, e o RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, disciplinam que em caso de remessa por conta e ordem, o ICMS deve ser destacado na nota fiscal de venda, liberando-se do destaque a nota de simples remessa.

Observo que no caso de vendas à ordem ou para entrega futura, poderá ser emitida Nota Fiscal com indicação de que se destina a simples faturamento, inexistindo o destaque do ICMS.

Por ocasião da efetiva saída global ou parcelada das mercadorias, o estabelecimento vendedor emite Nota Fiscal em nome do adquirente, constando o valor da operação, o destaque do ICMS, e tendo como natureza da operação “remessa por conta e ordem de terceiro”.

Para melhor compreensão da matéria em análise, vale reproduzir o art. 340 do RICMS-BA/2012:

Art. 340. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida nota fiscal (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87):

I - pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá efetuar a remessa;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal de que trata o inciso I deste artigo, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa simbólica - venda à ordem”; o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal prevista na alínea “a”, bem como o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na nota fiscal de que trata o inciso I.

Na descrição dos fatos, consta a informação de que “a empresa fez diversas remessas para estabelecimentos comerciais situados no Estado da Bahia, de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária sem retenção e pagamento do imposto devido, a título de Remessa em

venda a ordem de terceiros – CFOP 6.923, enquanto que tais operações não possuem qualquer vínculo com vendas anteriores realizadas com tal finalidade, ou seja, não se relacionam com vendas anteriormente feitas com base no CFOP 6.118 ou 6.119, conforme previsto na legislação que disciplina a matéria (Ajuste SINIEF 07/01), ensejando-se, portanto, a cobrança do tributo devido a este Estado”.

CFOP 6.923 se refere a “REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS, EM VENDA À ORDEM”; CFOP 6.118 e 6.119 – “VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO POR CONTA E ORDEM DO ADQUIRENTE ORIGINÁRIO, EM VENDA À ORDEM” e o CFOP 6403, será usado para as operações de saídas de mercadorias em operações interestaduais de uma mercadoria que está listada em Acordo entre os Estados, e que será cobrado o ICMS de ST na operação.

O Autuado afirmou que, quando da venda de água mineral para empresa localizada no Estado da Bahia (Norsa Refrigerantes), emitiu da nota fiscal correspondente com o destaque tanto do ICMS normal como do ICMS ST. É o caso, por exemplo, das notas fiscais nºs 22.533 (fl. 101 do PAF) e 22.590 (fl. 105 do PAF).

Informou que em ato seguinte, emite a nota fiscal de remessa de venda à ordem para o depósito fechado do estabelecimento do adquirente da mercadoria (Norsa Refrigerantes), também localizado no Estado da Bahia, e conforme previsão legal, sem o destaque do imposto, já que este faz parte da composição do documento fiscal de venda. É o caso, por exemplo, das notas fiscais autuadas nºs 22.536 (fl. 102), e 22.593 (fl. 106), nas quais há referência à nota fiscal de origem (venda) nºs 22.533 e 22.590, no campo “dados adicionais – informações complementares”. Assegurou que as notas fiscais contemplam os mesmos produtos, quantidades e foram emitidas no mesmo dia, conforme quadro que elaborou à fl. 56v. Disse que essa situação ocorreu para todas as notas fiscais de remessa indicadas pela fiscalização, e conclui ser incontestável a improcedência do lançamento fiscal.

O Autuante informou que foram relacionadas notas fiscais de vendas de mercadorias (CFOP 6403), sobre as quais não houve retenção do ICMS devido, e remessa por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923), feitas em desconformidade com as determinações contidas no regramento legal específico, desconexas das operações originais a que estariam supostamente vinculadas.

Disse que a autuação contém a exigência do ICMS ST devido ao Estado da Bahia, pela venda de água mineral para estabelecimentos filiais da empresa Norsa Refrigerantes (Coca-Cola), localizados neste Estado (CFOP 6403), ou supostas remessas por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923), realizadas em desconformidade com a legislação.

Citou como exemplo a operação efetuada através da NF 22.536, (fl. 22), destinada a Norsa Refrigerantes de Porto Seguro, que supostamente, seriam aqueles produtos vendidos através da NF 22.533, (fl. 23), e adquiridos pela Norsa Refrigerantes de Vitória da Conquista. A citada nota fiscal de venda (fl. 23), não contém qualquer indicativo de que os produtos ali referidos seriam objeto de entrega em endereço diverso do estabelecimento comprador, conforme exige a legislação. Ao contrário, no cotejo de tais documentos, conclui-se naturalmente que a suposta remessa por conta e ordem de terceiros, não possui relação com a nota fiscal de venda que indica vinculação.

Analizando os documentos apresentados pelo Defendente, constato que à fl. 101, encontra-se a NF 22.533, tendo como natureza da operação “venda produção oper c/ merc suj reg sub trib”, e o destinatário Norsa Refrigerantes S/A V Conquista, CNPJ 07.196.033/0023-03. A NF 22536, (fl. 102), que menciona a NF 22533 nas “Informações Complementares”, tem como natureza da operação “remessa merc rec vend rem em venda a ordem” e como destinatário Norsa Refrigerantes S/A Porto Seguro, CNPJ 07.196.033/00030-32.

Outro exemplo é a NF 22576, (fl. 103), tendo como natureza da operação “venda produção oper c/ merc suj reg sub trib”, e o destinatário Norsa Refrigerantes S/A V Conquista, CNPJ 07.196.033/0023-03. A NF 22580, (fl. 104), que menciona a NF 22576 nas “Informações Complementares”, tem como

natureza da operação “remessa merc rec vend rem em venda a ordem”, e como destinatário Norsa Refrigerantes S/A Ilhéus, CNPJ 07.196.033/00024-94.

Os demais exemplos citados no presente processo se encontram na mesma situação: a nota fiscal de venda com destaque do ICMS ST tem como destinatário um estabelecimento, e a nota fiscal de remessa é destinada a outro estabelecimento em outra cidade do Estado da Bahia, embora sejam de empresas do mesmo titular.

Vale ressaltar, que para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme estabelece o § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas operações de remessa de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS, inexistindo previsão legal para qualquer tipo de compensação.

Dessa forma, concordo com a conclusão do Autuante, de que há falta de vinculação objetiva entre venda à ordem (CFOP 6118/6119), e remessa por conta e ordem (CFOP 6923), conforme exigido pela legislação, sendo certo que os produtos foram enviados e entregues a estabelecimentos diversos situados em território baiano, sendo cabível a exigência do ICMS ST de responsabilidade direta do estabelecimento remetente, por imperativo legal.

Concluo, que no caso em exame, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, estando comprovado o cometimento da infração apontada, sendo devido o imposto exigido no presente lançamento.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O Impugnante alegou ainda, que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida, com base no art. 112 do CTN. Se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no mencionado artigo, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Entretanto, não há como aplicar o referido princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada ao autuado, ficando indeferida a solicitação do defensor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207104.0009/21-1, lavrado contra **CAF - CRYSTAL ÁGUAS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$730.761,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

A. I. N° - 207104.0009/21-1
AUTUADO - CAF – CRYSTAL ÁGUAS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVES DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24/11/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-03/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DESTINATÁRIOS LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição, em que a legislação tributária preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da Unidade Federada destinatária. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/03/2021, refere-se à exigência de R\$730.761,90 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 008.007.003: Falta de 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, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2019; janeiro a abril e maio de 2020.

Em complemento, consta a informação de que “a empresa fez diversas remessas para estabelecimentos comerciais situados no Estado da Bahia, de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária sem retenção e pagamento do imposto devido, a título de Remessa em venda a ordem de terceiros – CFOP 6.923, enquanto que tais operações não possuem qualquer vínculo com vendas anteriores realizadas com tal finalidade, ou seja, não se relacionam com vendas anteriormente feitas com base no CFOP 6.118 ou 6.119, conforme previsto na legislação que disciplina a matéria (Ajuste SINIEF 07/01), ensejando-se, portanto, a cobrança do tributo devido a este Estado”.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 51 a 60 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa; reproduz os fatos que ensejaram a autuação fiscal e alega que o crédito tributário exigido, além de nulo, está totalmente improcedente.

Suscita a nulidade do lançamento fiscal, alegando preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da infração apontada.

Transcreve o art. 39, VI do RPAF-BA e diz que o Autuante, para comprovar sua assertiva, apresentou demonstrativo (planilha) da infração. É nesse contexto que se vislumbra que o Auto de Infração está desprovido de qualquer elemento que assegure um juízo de valor ou apresente certeza jurídica aos valores/dados apresentados.

Alega que não apresentando as chaves de acesso ou as notas fiscais, deixou de comprovar os dados indicados, bem como os valores exigidos e, por sua vez, a acusação fiscal. Diz que a ausência da documentação prejudica a verificação da materialidade da indicação, descrição e dos valores apresentados, situação que viola tanto o seu direito de defesa, como o convencimento justificado do Julgador Tributário, posto que, sem a confirmação da materialidade do que se alega é impossível manter a liquidez, certeza e a exigibilidade do crédito tributário.

Antecipando-se a alegação da dispensa da apresentação por se tratar de documento fiscal pertencente e de sua posse, afirma que é forçoso reforçar que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da Fiscalização. Assim, os demonstrativos apresentados, mesmo que elaborados com dados do contribuinte, não são suficientes para serem utilizados como prova da infração.

Ressalta que a garantia de ampla defesa está profundamente prejudicada, porque tanto a Impugnante como o Corpo Julgador estão impedidos de identificar os elementos determinantes da base material tributável e que veio a gerar o imposto/multa a recolher e ora autuado. O Auto de Infração da forma como foi apresentado não confere a segurança jurídica necessária para validade do lançamento.

Afirma que o § 1º do art. 39 do RPAF-BA, só excepciona as exigências meramente formais. No caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração e aos elementos determinantes da base material tributável, fato que não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Registra que o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE), em caso análogo, se pronunciou no sentido de que apresentação dos documentos (planilhas) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados.

Entende que a premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo resumido, sem apresentar todos os dados e os documentos utilizados no levantamento fiscal para exigência do ICMS, não são suficientes para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário. A liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal.

Alega que essa falha demonstra que o levantamento apresentado pela fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõem o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim. Da forma como foi apresentado o crédito tributário, não é suficiente à caracterização do valor exigido e, consequentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração. Necessitaria o Autuante, no mínimo, apresentar os documentos que lhe deu respaldo.

Acrescenta que, simplesmente fazer mencionar que o Impugnante deixou de recolher o ICMS, sem apresentar os documentos pertinentes, não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só do Impugnante, mas também do corpo julgador administrativo, em especial quando o raciocínio matemático aplicado sequer confirma o resultado apontado.

Menciona o teor do art. 142 do CTN, segundo o qual, a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente: os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados. Afirma restar claro na norma que o Auto de Infração, para ser válido, tem que ser claro e límpido, de modo tanto a provar o fato gerador, como correta e claramente tipificá-lo. E qualquer ambiguidade o invalida.

Para que se afaste por completo toda e qualquer confusão, e inexistam dúvidas, diz que se impõe demonstrar, cabalmente, o fato gerador que nada mais é do que a adequação do fato (desde que provado) à norma (art. 114 do CTN), e as respectivas bases de cálculo e alíquotas.

Friza que apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido às normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, apesar desta obrigação legal, o Fisco assim não agiu, pois apresentou um débito sem os documentos correlatos. Com isso, despreza o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado ao Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Ressalta que, no mesmo sentido, está o art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, que dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente. Diz que este é o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), conforme decisões que citou, reproduzindo as ementas.

Conclui que se impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei e porque essa insegurança repercuta no seu amplo direito de defesa. Diz que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal, porque retira do Impugnante o seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, alega que a exigência fiscal não procede, uma vez que para toda nota fiscal de remessa citada pelo Autuante existe a nota fiscal de venda correspondente, na qual está destacado o ICMS-ST.

Alega que de acordo com o Decreto nº 35.245/91 (RICMS/AL), uma vez que o estabelecimento autuado está localizado no Estado de Alagoas, e o RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012 disciplinam que, em caso de remessa por conta e ordem, o ICMS deve ser destacado na nota fiscal de venda, liberando-se do destaque a nota de simples remessa.

Quando da venda de água mineral para empresa localizada no Estado da Bahia (Norsa Refrigerantes), o defensor informa que emitiu a nota fiscal correspondente com o destaque tanto do ICMS normal como do ICMS ST. É o caso, por exemplo, das notas fiscais nºs 22.533 (fl. 101 do PAF) e 22.590 (fl. 105 do PAF).

Informa que em ato seguinte, emite a nota fiscal de remessa de venda à ordem para o depósito fechado do estabelecimento do adquirente da mercadoria (Norsa Refrigerantes), também localizado no Estado da Bahia, e, conforme previsão legal, sem o destaque do imposto, já que este faz parte da composição do documento fiscal de venda. É o caso, por exemplo, das notas fiscais autuadas nºs 22.536 (fl. 102) e 22.593 (fl. 106), nas quais há referência à nota fiscal de origem (venda) nºs 22.533 e 22.590, no campo “dados adicionais – informações complementares”. Assegura que as notas fiscais contemplam os mesmos produtos e quantidades e foram emitidas no mesmo dia, conforme quadro que elaborou à fl. 56v. Diz que essa situação ocorreu para todas as notas fiscais de remessa indicadas pela fiscalização e conclui ser incontestável a improcedência do lançamento fiscal.

Também alega que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma improcededade, desta vez, com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor do imposto exigido.

Diz que a multa de 60% aplicada agrava ainda mais a situação, porque esquece o Fisco que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência da penalidade aplicada, além da exigência fiscal.

Seja qual for a motivação da Administração Tributária, em vez de corrigir só causa danos ao contribuinte, posto que termina transferindo ilegalmente parte substancial do patrimônio da Impugnante para o Estado, em afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88).

Alega que duas são as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela.

Inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Afora isso (segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal. Por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Comenta sobre a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias e diz que o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Afirma que o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos Tribunais Federais e Estaduais Pátrios. A exemplo do Tribunal de Justiça de Pernambuco que consolidou sua jurisprudência acerca da multa aplicada pelo Estado, reconhecendo sua feição confiscatória, e, portanto, vem reduzindo-a ao patamar 20% (quando são arbitradas em até 100% sobre o valor do imposto) e de 30% (quando são arbitradas acima de 100% sobre o valor do imposto), conforme se observa na ementa do acórdão recente prolatado, à unanimidade, pela 2ª Câmara de Direito Público nos autos dos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 316658-9 (0056523-79.2003.8.17.0001), de Relatoria do Des. José Ivo de Paula Guimarães, julgado em 20/02/2014.

Diz que, no mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, julgando caso semelhante ao dos autos, à unanimidade, declarou o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 60% (sobre o valor do imposto), reduzindo-o para 20%.

Requer o reconhecimento da improcedência da cobrança no que atine à multa fixada ou, subsidiariamente, sua redução ao patamar razoável de 20% (sobre o valor do imposto), consoante jurisprudência pacífica da Suprema Corte e dos Tribunais Pretórios.

Entende que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Diz que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no mencionado artigo, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja julgada improcedente a multa aplicada ou ao menos reduzida, bem como, a aplicação dos juros, em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. Em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante presta informação fiscal às fls. 77 a 79 dos autos. Diz que o estabelecimento autuado, com sede na cidade de Maceió- AL, cadastrado como Contribuinte Substituto no Estado da Bahia, realizou operações de remessa de água mineral sem que tenha efetuado retenção e recolhimento do ICMS-ST devido a este Estado.

Informa que foram relacionadas notas fiscais de vendas de mercadorias (CFOP 6403) sobre as quais não houve retenção do ICMS devido e remessa por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923),

feitas em desconformidade com as determinações contidas no regramento legal específico, desconexas das operações originais a que estariam supostamente vinculadas.

Afirma restar demonstrado o equivocado proceder do autuado através das cópias de algumas notas fiscais de saídas que instruem o presente processo desde o início (fls. 22 a 410 e o total reclamado foi apurado conforme o demonstrativo de cálculo de fls. 10 a 21, integralmente reproduzido nos arquivos digitais inseridos no envelope de fl. 43.

Esclarece que no transcurso do procedimento fiscal a empresa foi chamada a prestar esclarecimentos sobre os fatos que ensejaram a autuação (fl. 08), mas não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a cobrança que lhe foi imputada.

Quanto à preliminar de nulidade, afirma que não assiste razão ao defendant, porque o presente processo está instruído com as informações necessárias para o exercício regular do direito de ampla defesa. Diz que a cobrança se restringe às notas fiscais de saídas indicadas, conforme os demonstrativos de fls. 10 a 21, dos quais o autuado recebeu cópia integral através do DT-e, na oportunidade em que tomou conhecimento da autuação, conforme indicado na intimação à fl. 45. Informa que estão relacionadas todas as notas fiscais de saídas com detalhamento do item de produto que ensejou a cobrança, quantidades, valores envolvidos em cada operação, CFOP, MVA, base de cálculo e ICMS ST devido, o que permite qualquer confirmação e verificação com os arquivos originais das mesmas Notas Fiscais Eletrônicas em poder do autuado.

Sobre a alegação de falta de indicação das chaves de acesso das notas fiscais ou cópias desses documentos, diz que não é impeditivo para que se verifique minuciosamente todas as informações contidas nos referidos demonstrativos de cálculo, tanto que, ao enfrentar o mérito da cobrança, a defesa sustentou sua tese com base nos confrontos das notas fiscais citadas, anexando cópias das mesmas no corpo da impugnação e se referindo a situação ali descrita, revelando absoluto conhecimento dos fatos e documentos que ensejaram a cobrança em questão.

Informa que o CD com os arquivos digitais que instruem o processo (fl. 43), além do demonstrativo de cálculo em referência, contém uma relação com todas as notas fiscais emitidas pelo Autuado no período fiscalizado, inclusive suas chaves de acesso, da qual junta uma cópia ao processo, podendo servir para consulta do Órgão Julgador. Portanto, as informações contidas no processo permitem compreender os fatos que ensejaram a cobrança e respectivos valores envolvidos, tanto que objetivamente questionados pelo Autuado.

Em relação às operações que ensejaram a cobrança do ICMS ST, diz que merece registro o fato de que o Autuado/vendedor, integra o forte grupo econômico SOLAR COCA-COLA, também proprietário do maior fabricante e distribuidor deste refrigerante no Brasil (NORSA REFRIGERANTE), conforme se vê pelas fichas cadastrais que acostou aos autos.

Neste caso, o vendedor e o comprador possuem dirigentes comuns e são atendidas pela mesma estrutura fiscal contábil situada na cidade de Fortaleza, cenário que em tese, restringe a possibilidade de falhas no cumprimento da legislação fiscal.

Afirma que a autuação contém a exigência do ICMS ST devido ao Estado da Bahia pela venda de água mineral para estabelecimentos filiais da empresa Norsa Refrigerantes (Coca-Cola), localizados neste Estado (CFOP 6403) ou supostas remessas por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923) realizadas em desconformidade com a legislação.

Diz que o Defendente não questionou a cobrança sobre as operações de venda, e sustenta que as mencionadas remessas observam a orientação do RICMS-AL e RICMS-BA, entretanto, examinando-se mais detalhadamente as notas fiscais que acobertaram tais operações, vê-se que elas não possuem as informações necessárias à confirmação de que se tratam de simples remessa, impondo-se a exigência do imposto devido pela entrega dos mesmos produtos a estabelecimentos situados no território baiano.

Ressalta que as remessas por conta e ordem de terceiros devem observar um regramento próprio, definido conforme o normativo do CONFAZ, que disciplina a aplicação dos Códigos Fiscais de

Operações, sendo imperativo que tais remessas, necessariamente, devem estar vinculadas à uma venda anterior com esta finalidade específica. Assim, a operação interestadual feita com o CFOP 6923 somente é possível se realizada uma venda anterior feita com base nos códigos 6.118 ou 6.119, conforme explicita o Convênio S/N, de 15 de dezembro de 1970, conforme redação que lhe foi dada pelo Ajuste SINIEF 14/09.

Diz que não é este o proceder do autuado. As Notas Fiscais de fls. 22 a 41, anexadas ao PAF a título exemplificativo, e também as demais ora anexadas, as saídas feitas pelo código 6923 estão vinculadas a uma venda convencional (CFOP 6401), ou seja, sem observância do disciplinamento legal em referência. Afirma que os produtos remetidos através da NF 22.536 (fl. 22) destinados a Norsa Refrigerantes de Porto Seguro, supostamente, seriam aqueles vendidos através da NF 22.533 (fl. 23) e adquiridos pela Norsa Refrigerantes de Vitória da Conquista.

Diz que a citada nota fiscal de venda (fl. 23) não contém qualquer indicativo de que os produtos ali referidos seriam objeto de entrega em endereço diverso do estabelecimento comprador, conforme exige a legislação. Ao contrário, no cotejo de tais documentos conclui-se naturalmente que a suposta remessa por conta e ordem de terceiros não possui relação com a nota fiscal de venda que indica vinculação.

Cada nota fiscal, seja de venda ou simples remessa, indica uma empresa transportadora (CONTASIL COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA.) pela entrega das mercadorias relacionadas, e no exame das informações contidas nos campos de Informações Complementares de cada documento fiscal, verifica-se que o número do transporte indicado na operação de remessa é absolutamente distinto daquele informado na nota fiscal de venda a que estaria supostamente vinculada. Ao mesmo tempo, todas as notas fiscais de remessa (fls. 23, 26 e 30, por exemplo), sempre indicam que tais operações possuem a natureza de “TRANSFERÊNCIA/BONIFICAÇÃO” para o estabelecimento destinatário, prática comum no comércio de bebidas.

Acrescenta que, associando-se tais elementos à falta de vinculação objetiva entre compra à ordem (CFOP 6118/6119) e remessa por conta e ordem (CFOP 6923), conforme exigido pela legislação, e sendo certo que os produtos foram enviados e entregues a estabelecimentos diversos situados em território baiano, é cabível a exigência do ICMS ST de responsabilidade direta do estabelecimento remetente, por imperativo legal.

Informa que junta ao presente processo, mais cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo em referência, agora todas as supostas remessas referentes a janeiro de 2019 e todas referentes ao exercício de 2020, acompanhadas sequencialmente das notas fiscais de venda a que estariam vinculadas, somente para reafirmar que o procedimento do autuado foi o mesmo em todas as operações envolvidas na cobrança, conforme afirmado pelo Defendente em sua peça defensiva.

Comenta sobre a orientação jurisprudencial para questionar a multa incidente sobre o imposto reclamado, e afirma que a mesma não possui qualquer natureza confiscatória, como quer fazer crer a defesa, ao tempo em que a penalidade foi estabelecida em conformidade com o sistema legal vigente.

Espera que tenham sido prestadas todas as informações necessárias para que este Órgão Julgador confirme integralmente o lançamento fiscal, julgando procedente o presente Auto de Infração.

Na sessão de Julgamento, foi realizada sustentação oral por videoconferência pela advogada, Dra. Viviane Vale de Oliveira, OAB-PE N° 18.598.

VOTO

O Defendente suscitou a nulidade do presente lançamento fiscal, alegando preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação da infração apontada. Disse que o Autuante, para comprovar sua assertiva, apresentou demonstrativo (planilha) da infração, mas não apresentou as chaves de acesso ou as

notas fiscais, deixando de comprovar os dados indicados, bem como os valores exigidos, e, por sua vez, a acusação fiscal.

Afirmou que os demonstrativos apresentados, mesmo que elaborados com dados do contribuinte, não são suficientes para serem utilizados como prova da infração. Da forma como foi apresentado o crédito tributário, diz que não é aceitável a caracterização do valor exigido e consequentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração.

Na informação fiscal, o Autuante esclareceu que a cobrança se restringe às notas fiscais de saídas indicadas, conforme demonstrativos de fls. 10 a 21, dos quais o autuado recebeu cópia integral através do DT-e, na oportunidade em que tomou conhecimento da autuação, conforme indicado na intimação à fl. 45. Informou que estão relacionadas todas as notas fiscais de saídas com detalhamento do item de produto que ensejou a cobrança, o que permite qualquer confirmação e verificação com os arquivos originais das mesmas Notas Fiscais Eletrônicas em poder do Autuado.

Constatou que o ponto tratado pelo defensor, se refere à questão da formação do Auto de Infração e de todos os documentos que o acompanham, bem como a necessidade de que o PAF deve conter todos os elementos (demonstrativo e provas), que serviram de base para a ação fiscal.

Quanto a esta alegação, observo que a autuação fiscal está embasada no demonstrativo elaborado pelo autuante, conforme fls. 10 a 21, sendo acostadas aos autos cópias de notas fiscais utilizadas na ação fiscal fls. 22 a 41 do PAF, encontrando-se à fl. 43, mídia CD contendo Planilha referente a “OPERAÇÕES SEM RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS ST – VALORES DEVIDOS” e “RELAÇÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA”, indicando as respectivas chaves de acesso, CNPJ do destinatário, data de emissão, valor, ICMS, Bc ICMS e ICMS Sub. Neste caso, os dados constantes no levantamento fiscal são suficientes para o Autuado realizar a necessária verificação e exercer o seu direito de defesa.

Consta na “INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO”, à fl. 43 dos autos, que foram encaminhadas as cópias do Auto de Infração, demonstrativo do débito com detalhamento dos encargos incidentes e arquivos contendo a relação de notas fiscais e cálculos que explicam o débito apurado. Portanto, foram fornecidos ao Autuado os dados referentes ao levantamento fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração.

Sobre a alegação de falta de indicação das chaves de acesso das notas fiscais ou cópias desses documentos, confirma-se a informação do Autuante, de que no CD com os arquivos digitais que instruem o processo (fl. 43), além do demonstrativo de cálculo do imposto apurado, contém uma relação com todas as notas fiscais emitidas pelo Autuado no período fiscalizado, inclusive suas chaves de acesso, permitindo ao contribuinte apresentar Impugnação que considerar pertinente.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e o Autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que não concorda, se referindo ao levantamento fiscal.

Entendo que deve ser superada a alegação defensiva e não se decretar a nulidade da autuação, haja vista que não foi constatado qualquer prejuízo à defesa, o Autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, inexistindo o alegado cerceamento ao direito de defesa, e o contribuinte tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em sua Impugnação.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao pedido de realização de perícia, observo que sua necessidade não se encontra devidamente demonstrada nos autos, conforme prevê o art. 145 do RPAF-BA/99. Indefiro o pedido, considerando que a prova do fato não depende de conhecimento técnico especializado, e os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração trata da falta de 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, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2019; janeiro a abril e maio de 2020.

A autuação fiscal se refere a operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da Unidade Federada destinatária, e o autuado não desconhece a sua obrigação de reter e recolher o imposto retido

O Defendente alegou que de acordo com o Decreto nº 35.245/91 (RICMS/AL), uma vez que o estabelecimento autuado está localizado no Estado de Alagoas, e o RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, disciplinam que em caso de remessa por conta e ordem, o ICMS deve ser destacado na nota fiscal de venda, liberando-se do destaque a nota de simples remessa.

Observo que no caso de vendas à ordem ou para entrega futura, poderá ser emitida Nota Fiscal com indicação de que se destina a simples faturamento, inexistindo o destaque do ICMS.

Por ocasião da efetiva saída global ou parcelada das mercadorias, o estabelecimento vendedor emite Nota Fiscal em nome do adquirente, constando o valor da operação, o destaque do ICMS, e tendo como natureza da operação “remessa por conta e ordem de terceiro”.

Para melhor compreensão da matéria em análise, vale reproduzir o art. 340 do RICMS-BA/2012:

Art. 340. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcelada da mercadoria a terceiro, deverá ser emitida nota fiscal (Conv. S/Nº, de 15/12/70, e Ajuste SINIEF 01/87):

I - pelo adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, em nome do destinatário das mercadorias, consignando-se, além dos demais requisitos, o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá efetuar a remessa;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem valor das mercadorias e sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa por conta e ordem de terceiro”;

2 - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal de que trata o inciso I deste artigo, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do seu emitente;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do ICMS, quando devido, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

1 - como natureza da operação, a expressão “Remessa simbólica - venda à ordem”; o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal prevista na alínea “a”, bem como o número de ordem, a série, a data da emissão e o valor da operação constante na nota fiscal de que trata o inciso I.

Na descrição dos fatos, consta a informação de que “a empresa fez diversas remessas para estabelecimentos comerciais situados no Estado da Bahia, de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária sem retenção e pagamento do imposto devido, a título de Remessa em

venda a ordem de terceiros – CFOP 6.923, enquanto que tais operações não possuem qualquer vínculo com vendas anteriores realizadas com tal finalidade, ou seja, não se relacionam com vendas anteriormente feitas com base no CFOP 6.118 ou 6.119, conforme previsto na legislação que disciplina a matéria (Ajuste SINIEF 07/01), ensejando-se, portanto, a cobrança do tributo devido a este Estado”.

CFOP 6.923 se refere a “REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS, EM VENDA À ORDEM”; CFOP 6.118 e 6.119 – “VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO POR CONTA E ORDEM DO ADQUIRENTE ORIGINÁRIO, EM VENDA À ORDEM” e o CFOP 6403, será usado para as operações de saídas de mercadorias em operações interestaduais de uma mercadoria que está listada em Acordo entre os Estados, e que será cobrado o ICMS de ST na operação.

O Autuado afirmou que, quando da venda de água mineral para empresa localizada no Estado da Bahia (Norsa Refrigerantes), emitiu da nota fiscal correspondente com o destaque tanto do ICMS normal como do ICMS ST. É o caso, por exemplo, das notas fiscais nºs 22.533 (fl. 101 do PAF) e 22.590 (fl. 105 do PAF).

Informou que em ato seguinte, emite a nota fiscal de remessa de venda à ordem para o depósito fechado do estabelecimento do adquirente da mercadoria (Norsa Refrigerantes), também localizado no Estado da Bahia, e conforme previsão legal, sem o destaque do imposto, já que este faz parte da composição do documento fiscal de venda. É o caso, por exemplo, das notas fiscais autuadas nºs 22.536 (fl. 102), e 22.593 (fl. 106), nas quais há referência à nota fiscal de origem (venda) nºs 22.533 e 22.590, no campo “dados adicionais – informações complementares”. Assegurou que as notas fiscais contemplam os mesmos produtos, quantidades e foram emitidas no mesmo dia, conforme quadro que elaborou à fl. 56v. Disse que essa situação ocorreu para todas as notas fiscais de remessa indicadas pela fiscalização, e conclui ser incontestável a improcedência do lançamento fiscal.

O Autuante informou que foram relacionadas notas fiscais de vendas de mercadorias (CFOP 6403), sobre as quais não houve retenção do ICMS devido, e remessa por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923), feitas em desconformidade com as determinações contidas no regramento legal específico, desconexas das operações originais a que estariam supostamente vinculadas.

Disse que a autuação contém a exigência do ICMS ST devido ao Estado da Bahia, pela venda de água mineral para estabelecimentos filiais da empresa Norsa Refrigerantes (Coca-Cola), localizados neste Estado (CFOP 6403), ou supostas remessas por conta e ordem de terceiros (CFOP 6923), realizadas em desconformidade com a legislação.

Citou como exemplo a operação efetuada através da NF 22.536, (fl. 22), destinada a Norsa Refrigerantes de Porto Seguro, que supostamente, seriam aqueles produtos vendidos através da NF 22.533, (fl. 23), e adquiridos pela Norsa Refrigerantes de Vitória da Conquista. A citada nota fiscal de venda (fl. 23), não contém qualquer indicativo de que os produtos ali referidos seriam objeto de entrega em endereço diverso do estabelecimento comprador, conforme exige a legislação. Ao contrário, no cotejo de tais documentos, conclui-se naturalmente que a suposta remessa por conta e ordem de terceiros, não possui relação com a nota fiscal de venda que indica vinculação.

Analizando os documentos apresentados pelo Defendente, constato que à fl. 101, encontra-se a NF 22.533, tendo como natureza da operação “venda produção oper c/ merc suj reg sub trib”, e o destinatário Norsa Refrigerantes S/A V Conquista, CNPJ 07.196.033/0023-03. A NF 22536, (fl. 102), que menciona a NF 22533 nas “Informações Complementares”, tem como natureza da operação “remessa merc rec vend rem em venda a ordem” e como destinatário Norsa Refrigerantes S/A Porto Seguro, CNPJ 07.196.033/00030-32.

Outro exemplo é a NF 22576, (fl. 103), tendo como natureza da operação “venda produção oper c/ merc suj reg sub trib”, e o destinatário Norsa Refrigerantes S/A V Conquista, CNPJ 07.196.033/0023-03. A NF 22580, (fl. 104), que menciona a NF 22576 nas “Informações Complementares”, tem como

natureza da operação “remessa merc rec vend rem em venda a ordem”, e como destinatário Norsa Refrigerantes S/A Ilhéus, CNPJ 07.196.033/00024-94.

Os demais exemplos citados no presente processo se encontram na mesma situação: a nota fiscal de venda com destaque do ICMS ST tem como destinatário um estabelecimento, e a nota fiscal de remessa é destinada a outro estabelecimento em outra cidade do Estado da Bahia, embora sejam de empresas do mesmo titular.

Vale ressaltar, que para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme estabelece o § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas operações de remessa de mercadorias para estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS, inexistindo previsão legal para qualquer tipo de compensação.

Dessa forma, concordo com a conclusão do Autuante, de que há falta de vinculação objetiva entre venda à ordem (CFOP 6118/6119), e remessa por conta e ordem (CFOP 6923), conforme exigido pela legislação, sendo certo que os produtos foram enviados e entregues a estabelecimentos diversos situados em território baiano, sendo cabível a exigência do ICMS ST de responsabilidade direta do estabelecimento remetente, por imperativo legal.

Concluo, que no caso em exame, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, estando comprovado o cometimento da infração apontada, sendo devido o imposto exigido no presente lançamento.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O Impugnante alegou ainda, que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida, com base no art. 112 do CTN. Se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no mencionado artigo, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Entretanto, não há como aplicar o referido princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada ao autuado, ficando indeferida a solicitação do defensor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207104.0009/21-1, lavrado contra **CAF - CRYSTAL ÁGUAS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$730.761,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR