

A. I. Nº - 129118.0003/11-0
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV
AUTUANTES - ELÍSIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e MARTA HELENA DOS S. FERNANDES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19.07.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0186-04/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Valor reduzido por comprovação de cancelamento de parte das notas fiscais objeto da autuação. A multa aplicada é a prevista na legislação do Estado e, por se referir a infração de obrigação principal a JJF não pode apreciar pedido de cancelamento ou redução da multa. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS no montante de R\$ 47.113,48, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, em virtude das seguintes irregularidades:

01. Falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Valor: R\$ 43.507,70. Período: dezembro 2008, janeiro e outubro 2009, abril, maio, setembro e novembro 2010.

Consta que o fato foi apurado no confronto entre as NF's-e(s) transmitidas à SEFAZ e os arquivos magnéticos enviados por força do Conv. 57/95, e, ainda, com informações contidas em GIA's ST e recolhimentos efetuados nos exercícios 2008 a 2010, como demonstrado no Anexo I e documentos fiscais acostados.

02. Falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Valor: R\$ 3.605,78. Período: abril 2009.

Consta que o fato foi apurado no mês competência abril, sem o respectivo recolhimento em maio 2009, no confronto entre o cálculo do ICMS-ST tomando por base os dados declarados das operações sujeitas à ST, constantes nos arquivos magnéticos enviados por força do Conv. 57/95, com informações contidas em GIA's ST, NFs'-e(s) e recolhimentos efetuados nos exercícios 2008 a 2010, como demonstrado no Anexo II e documentos fiscais acostados.

O contribuinte impugna o lançamento às fls. 93 a 109, através de advogada regularmente constituída, conforme procuração e substabelecimento de fls. 110 a 112. Transcreve os fatos e se limita a contestar a infração 01. Argumenta sua improcedência dizendo que as autuantes deixaram de verificar o cancelamento das NF's-e(s) 002.126, 005.924 e 005.599, conforme os respectivos protocolos (Doc. 03), as quais não poderiam constar do arquivo magnético, uma vez que foram cancelados antes da circulação das mercadorias.

Aduz que as demais NFs'-e(s) também foram canceladas, embora com ulterior emissão de outros documentos fiscais em substituição, necessários à conclusão das operações, conforme demonstrativo que elabora.

Alega que não houve prejuízo fiscal, porque os documentos foram informados à SEFAZ no ato da emissão, como também lançados no Registro de Saídas (Doc. 05), constatando-se no RAICMS, o recolhimento do ICMS ST.

Alega que manter a autuação seria fazer uma vedada dupla tributação, razão pela qual requer a improcedência da autuação, uma vez que o Fisco presumiu que não houve recolhimento do ICMS devido.

Transcrevendo doutrinas, diz que não houve segurança quanto aos fatos imputados e reitera a improcedência do auto de infração.

No tocante à multa, além de inapropriada e exorbitante, diz que duas razões afastam a possibilidade de sua aplicação: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificá-la; (ii) a violação ao princípio do não-confisco.

Nesse sentido, transcreve trecho doutrinário e ementas de decisões administrativas e judiciais, para alegar que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora, razão pela qual requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Concluindo, pede: 1) extinção do crédito tributário relativo à infração 02, em função de seu pagamento; 2) no mérito, a improcedência da infração 01, por não haver imposto a recolher, bem como a nulidade da multa aplicada, ou, subsidiariamente, sua redução como já citada; 3) sob pena de nulidade, requer que as intimações relativas a este feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, cujo endereço acha-se no preâmbulo da Defesa.

Na informação fiscal de fls. 254 a 261, as autuantes relatam que a auditoria foi realizada com base nas informações constantes nos arquivos magnéticos previstos no Conv. 57/95; em documentos fiscais; nos dados da transmissão das NF's-e(s) emitidas e outras informações disponíveis nas Secretarias de Fazenda dos estados.

Informam que conforme os resumos dos documentos eletronicamente emitidos no portal da NF-e da Fazenda Nacional e juntados pelo impugnante, as NF'-e(s) 2126 e 5924 foram efetivamente canceladas via sistema, conforme dispõe o art. 231-K do RICMS-BA, pois essa informação foi confirmada pela *chave de acesso* dos documentos fiscais no site da Fazenda Nacional, embora a informação não conste na base de dados da SEFAZ, disponível para consulta.

Do mesmo modo, também confirmaram por outro acesso que a NF-e 50599 (fls. 177 a 179) foi manualmente cancelada com comunicação ao estado de localização do contribuinte, conforme preceitua o Conv. ICM SN/70.

Quanto às demais NF's-e(s) (24228, 25594, 39849, 42184, 55828 e 55975), dizem que o impugnante não trouxe prova para elidir a exigência do recolhimento do ICMS retido por ST, pois apenas anexa um relatório de NFs-e canceladas lançadas no Livro de Saída de Mercadorias onde se observa que o imposto destacado nos documentos emitidos e transmitidos eletronicamente à SEFAZ/BA não foi debitado e, por conseguinte, não recolhido e junta cópias de notas fiscais que diz terem sido emitidas em substituição às canceladas.

Ressaltam ser frágil o argumento que essas NFs-e(s) foram canceladas e substituídas por outras, posto que a empresa muito bem conhece o Conv. SN 70 e os Ajustes SINIEF que tratam da matéria. Afirmam que isso é tanto verdadeiro, pois procedeu ao correto cancelamento em relação às 03 NFs-e(s) que tiveram o cancelamento confirmado, uma vez que sabe que não se cancela documento fiscal emitido e transmitido aos órgãos receptores ao bel prazer do contribuinte.

Para confirmar a real situação dessas NFs-e(s), juntam extratos extraídos do portal da NF-e da Fazenda Nacional (fls. 263-268) e transcrevem os dispositivos legais contidos no Ajuste SINIEF 07/05 que tratam do cancelamento de NF-e.

Acrescentam que na hipótese de perda de prazo para o cancelamento eletrônico da NF-e, conforme cláusula décima segunda do Ajuste SINIEF 07/05, o autuado poderia ter se valido da prerrogativa de solicitar o cancelamento mediante requerimento dirigido ao Inspetor de sua circunscrição fiscal (art. 231-K, parágrafo único, que transcreve), providência não efetuada.

Concluem pleiteando a procedência em parte da infração 01, em face da exclusão das notas fiscais cujo cancelamento confirmaram.

Instado a conhecer a informação fiscal, o autuado volta aos autos às fls. 273-275, reiterando as razões de improcedência em relação às NFs-e(s), cujo argumento de cancelamento não foi acatado pelas autuantes.

VOTO

Não sendo a infração 02 objeto de lide em face do expresse reconhecimento de seu cometimento na impugnação ela não terá o mérito apreciado e por nada ter que reparar quanto ao aspecto formal da exigência, resta caracterizada.

Mantida a autuação.

O Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). Os demonstrativos da autuação constam nos autos (fls. 07, 19 e 262) e os documentos fiscais que a sustentam possuem cópia às fls. 09 a 45. O PAF em análise se desenvolve dentro do devido processo legal obedecendo ao princípio da ampla defesa e contraditório. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que inquinem o procedimento fiscal de nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal.

A impugnação trata apenas do mérito da infração 01, arguindo sua improcedência em face de: a) as autuantes não terem verificado o cancelamento das NFs-e(s) 002.126, 005.924 e 005.599, conforme os respectivos protocolos (Doc. 03); b) as demais NFs-e também terem sido canceladas, embora com ulterior emissão de outros documentos fiscais em substituição, necessários à conclusão das operações; c) que a multa proposta, além de ser inapropriada e exorbitante, duas razões afastariam a possibilidade de sua aplicação: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificá-la; (ii) a violação ao princípio do não-confisco.

Analisemos o caso.

Examinando os autos vejo que os documentos juntados pelo impugnante (fls. 175 a 179), atestam o regular cancelamento das NFs-e(s) 2126, 5924 e 50599 (forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05). Esse cancelamento foi diligentemente confirmado pelas autuantes e, por ocasião da informação fiscal, a exigência tributária relativa a essas NFs-e(s) foi corretamente excluída.

Quanto às demais NF's-e(s) (24228, 25594, 39849, 42184, 55828 e 55975), mesmo dizendo que o autuado emitiu novas notas que as substituíram, ao requerer, ainda que subsidiariamente, a redução da multa proposta em face do descumprimento da obrigação principal acusada (não recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes), referente às operações que os documentos acobertam, estimo que o impugnante deslize quanto à alegação defensiva. Ademais, além de os extratos da situação das NF's-e(s) (fls. 263 a 268) provarem contrariamente à alegação defensiva, o livro Registro de Saídas onde consta lançamento das NF's-e(s) (fls. 211, 213, 215, 217, 219), juntado pelo impugnante, não registram o débito do ICMS destacado e retido nas notas fiscais (fls. 11, 12, 13, 14, 16 e 17) e isso, ao contrário da pretensão da defesa, também corrobora com o não recolhimento do ICMS nelas retido.

Quanto ao direito, como bem reportam as autuantes com a transcrição da específica legislação na informação fiscal de fl. 254 a 261, o cancelamento de NF-e depois de concedida a autorização de

uso, só pode ser feito mediante solicitação, dentro do prazo definido no “Manual de Integração – Contribuinte” (168 horas – 7 dias), desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação do serviço (Conv. SINIEF 07/05: Cláusula décima segunda) e o cancelamento em prazo superior somente poderá ser feito mediante requerimento ao inspetor da circunscrição fiscal do contribuinte, circunstanciando-se os motivos da solicitação (RICMS-BA: art. 231-K, Parágrafo único), o que, nesse caso não foi feito com relação as NF’s-e(s) restantes.

Considerando que dentro do mesmo período objeto da autuação houve cancelamento regular de NF-e, a alegada forma de cancelamento das notas fiscais em desconformidade com a legislação, além de não restar materialmente provado, não é razoável.

Uma vez que legalmente prevista para a infração, em face do disposto no art. 167, I do RPAF/99, a alegação de exorbitância e violação ao princípio do não-confisco da multa proposta não pode ser apreciada neste julgamento.

Nos termos do art. 159 do RPAF/99, a atribuição para apreciação de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal é da Câmara Superior deste CONSEF, a quem, querendo o autuado deve redirecionar o pleito.

Quanto ao pedido de endereçamento das intimações, ainda que a forma seja a prevista nos arts. 108 e 109 do RPAF, nada impede o atendimento do pleito do contribuinte.

Ante o exposto, acolho o demonstrativo ajustado de fl. 262 e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129118.0003/11-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 26.932,49**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR