

A. I. N° - 129118.0006/11-0
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS AMBEV
AUTUANTE - ELISIA MEDEIROS PINTO DE FREITAS e MARTA HELENA DOS SANTOS FERNANDES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 03.07.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0187-05/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO RETIDO EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS AUTORIZADAS. O procedimento de cancelamento de NF-e obedece às normas previstas na cláusula décima terceira, do Ajuste SINIEF 07/05, que não foram cumpridas pelo autuado. Não foi apresentada na impugnação, documentação fiscal autêntica, capaz de demonstrar coerência com a legislação pertinente. Do ponto de vista da legislação tributária, todo procedimento de auditoria deve reportar-se às normas vigentes à época da ocorrência dos fatos, e as notas fiscais eletrônicas ainda se encontram na situação AUTORIZADA, não havendo alternativa, que não a confirmação do lançamento tributário. Infração não elidida. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Rejeitado o pedido de perícia/diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2011, onde foi lançado ICMS no valor total de R\$66.654,32, relativo aos meses de novembro de 2008, março e abril de 2010, pelo fato do contribuinte não haver recolhido o imposto retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas realizadas para contribuintes por meio de notas fiscais eletrônicas (NF-es autorizadas). A falta foi apurada mediante cotejamento entre as notas fiscais eletrônicas emitidas e transmitidas à SEFAZ, os arquivos magnéticos enviados por força do convênio ICMS 57/95, e os recolhimentos efetuados nos exercícios de 2008 a 2010.

O autuado apresentou impugnação às fls. 74/95, onde aduz que, parte do crédito tributário de 30/11/2008, no valor principal de R\$18.574,50, relativo às notas NF-es 8680 e 8685 de 18/11/2008, foi liquidado conforme DAE anexo (doc. 3). Argui preliminar de nulidade das infrações 2, 3 e 4 (inexistentes neste auto de infração) de acordo com o art. 18 II e IV “a” do RICMS/BA, visto que nenhum dos dispositivos enquadrados, especifica com clareza e precisão, a infração cometida. Transcreve as cláusulas 1^a e 5^a do protocolo ICMS 11/91. Aduz que, ao descrever a infração, o autuante acusa a impugnante de não haver recolhido o ICMS relativo às operações efetuadas com notas fiscais eletrônicas, que como será comprovado nesta impugnação, foram canceladas antes da ocorrência do fato gerador; que se tratando de devolução de mercadorias, o direito ao crédito existe, decorrente dos arts. 322, I, 368, 651 e 653 do RICMS/BA, além de não ser possível exigir ICMS referente a uma operação que sequer foi concretizada; que não houve adequação do ato à disposição normativa; cita julgamentos do Conselho de Fazenda da Bahia, do Tribunal Administrativo de Pernambuco e de outros órgãos administrativos; apresenta citações doutrinárias de Celso Bonilha e julgamentos de Tribunais Superiores, para fundamentar o seu pedido de nulidade do procedimento.

Quanto ao mérito, no que diz respeito à nota fiscal NF-e 140219, de 08/03/2010, no valor de R\$9.911,54, afirma que esta foi objeto de denúncia espontânea à SEFAZ do Rio de Janeiro (doc.04), e assim, é indevida a exigência do imposto; que em face à nova sistemática eletrônica de

emissão das notas fiscais, a impugnante detectou alguns equívocos administrativos no tratamento da resposta eletrônica automática da SEFAZ; devido aos documentos fiscais emitidos em contingência e em virtude do grande número de notas fiscais canceladas, pede a realização de diligência fiscal. Que verificando o prazo legal de 168 horas, apresentou denúncia informando à receita do Rio de Janeiro, que realizou a correção de toda a escrituração referente às operações citadas e reproduz texto do art. 138, sem dizer a qual regulamento ou código legal pertence (provavelmente do RICMS/RJ); que não procede a autuação em razão da denúncia espontânea.

Que, além disso, as notas fiscais NF-e 8686, 8692, 8693, 148680, totalizando R\$38.168,26 de ICMS, foram canceladas no livro registro de saída (doc.06) e que uma vez cancelada a operação, não há fato gerador. Cita posições doutrinárias no sentido contrário à presunção absoluta em lides tributárias, a exemplo de Ives Gandra e Vittorio Cassone. Questiona a exorbitância da multa aplicada, por inexistência de fraude, pedindo pela sua exclusão ou pelo menos redução; que tal multa viola o princípio da proporcionalidade e o limite constitucional do poder de tributar; cita julgamentos do STF nesse sentido, assim como do STJ. Alega que as multas confiscatórias constituem flagrante desrespeito à garantia constitucional da propriedade privada (art. 5º, caput, e XXII da CF). Que não havendo reconhecimento da improcedência da autuação, pede que a multa seja reduzida a um patamar razoável.

Ao final requer a total improcedência da autuação, e em especial para que se decrete:

- extinção de parte do crédito diante do pagamento.
- nulidade do lançamento por ausência de descrição legal precisa, com preterição do direito de defesa e inversão do ônus da prova.
- no mérito, a improcedência da autuação, uma vez que não há imposto a pagar diante do cancelamento das operações.
- subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou ao menos a sua redução para um patamar razoável(20 a 30%).

Pugna que em todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Cavalcante, sob pena de nulidade. Protesta pela produção de provas em direito, em especial, a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de diligência e perícia fiscal, a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

As autuantes apresentam informação fiscal às fls. 178/185, onde apresentam as seguintes contrarrazões: que inicialmente, compete prestar algumas informações preliminares – que a empresa vem apresentando regularmente os arquivos magnéticos, assim como a Guia de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária(GIA-ST), que é o resumo do ICMS retido pela empresa cujo valor está obrigada a recolher; que o ICMS retido por substituição em operações interestaduais, decorre da celebração de convênios e protocolos e também dos procedimentos respaldados pela LC 87/96, assim como pelo Código Tributário Nacional – CTN, e pela legislação tributária, que compreende os decretos e as normas complementares. Registra também, que apesar de intimada, a empresa não atendeu à fiscalização.

Aduzem que a auditoria foi feita com base nas informações contidas nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, nos documentos fiscais, nos dados da transmissão eletrônica das NF-es, no relatório de impostos arrecadados, e por fim, com o imposto declarado nas GIAs-ST enviadas pelo autuado.

Que às fls. 07/45, foram observados os resumos dos documentos emitidos eletronicamente e anexado ao PAF; que tais documentos foram extraídos e impressos no portal da NF-e da Fazenda Nacional; que as NF-es 8680, 8685, 8686, 8692, 8693, 140219, 148680 citadas pela defesa, encontram-se em situação normal de AUTORIZADA; que a autuada reconheceu parte da infração e recolheu o ICMS ST retido nas notas 8680 e 8685. Em relação às notas 8686, 8692, 8693 148680, totalizando R\$38.168,28, a impugnante argumentou que foram todas canceladas no livro de saída e que

nenhum prejuízo trouxe à Fazenda Pública. Ocorre que, ao emitir e transmitir uma NF-e, não pode a empresa deixar de registrar e muito menos, deixar de lançar o imposto destacado com o argumento de que as notas foram canceladas, sem que critérios legais a sejam observados no cancelamento. No que diz respeito à NF-e 140219, de R\$9.911,54, a impugnante alega ter comunicado à SEFAZ - RJ o seu cancelamento; aduzem que esta comunicação ocorreu quase um ano depois, como se observa à fl. 162, e o que o impugnante chama de “denúncia espontânea” é, na verdade, um requerimento que não cita o número da nota fiscal, e sequer foi protocolado diretamente na SEFAZ - RJ, e até a presente data, nada consta nos registros do ambiente nacional e estadual indicando acolhimento de tal pedido; que na fiscalização, a empresa foi intimada e não enviou tal “comunicação”. Que o impugnante apresentou elementos frágeis e não trouxe aos autos elementos capazes de elidir a ação fiscal. Anexa o ajuste SINIEF 07/05, com todas as normas atinentes. Aduz que, o RICMS/BA recepcionou tais normas transcritas em diversos artigos, em especial o art. 231-K, cujo texto transcreve na informação. Ao final, pede pela procedência total do auto de infração.

VOTO

Inicialmente constato que o procedimento obedeceu às prescrições legais de conotação formal, como intimação, descrição e enquadramento da infração, demonstrativo do montante apurado e indicação do sujeito passivo da obrigação tributária. Assim, de imediato, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuante, que embora faça referência a 3 infrações inexistentes neste processo, reporta-se a fatos que são associados à descrição da única infração em discussão; no entanto, considero que a descrição e a fundamentação feitas pelas autuantes são sucintas e objetivas, visto que, da leitura das cláusulas 1^a e 5^a do protocolo ICMS 11/91, fica patente a obrigação do autuado em reter nos documentos fiscais e recolher aos cofres públicos, até o 9º dia do mês subsequente, o imposto decorrente das operações de venda de mercadorias, na condição de estabelecimento industrial, importador ou arrematante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações que envolvam cerveja, chope, refrigerante e água mineral. A acusação de infração à legislação decorre exatamente do fato da empresa autuada não proceder ao recolhimento, embora tenha retido o imposto na emissão de notas fiscais eletrônicas. Rejeito também o pedido de perícia ou diligência, pois todos os documentos apresentados ao processo são suficientes para a formação de juízo de valor, que adiante passo a expor.

As autuantes anexaram lista de documentos impressos, retirados do ambiente da NF-e, em que aponta operações de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com a retenção do imposto, mas sem o devido recolhimento. O impugnante reconhece parcialmente o lançamento, no valor histórico de R\$18.574,50, relativo às NF-es 8680 e 8685 de 18/11/2008, e apresenta documento comprobatório de arrecadação, restando um valor residual de R\$48.079,80. Explica que parte desse valor não reconhecido, R\$9.911,54, foi objeto da denúncia espontânea à SEFAZ do Rio de Janeiro, e que os restantes R\$38.168,26, foram de notas canceladas em seu livro registro de saída (NF-es 8686, 8692, 8693 e 148680). No entanto, as notas fiscais que respaldam o lançamento tributário, encontram-se na situação AUTORIZADA, conforme se verifica nas cópias anexadas ao processo, e a impugnação não trouxe nenhum esclarecimento quanto a este fato, o que autoriza o perfeito entendimento de que houve a comercialização das mercadorias relacionadas nas supracitadas notas fiscais. Necessário se faz reproduzir aqui o texto legal, do ajuste SINIEF 07/05, nas cláusulas 12^a e 13^a que tratam do cancelamento de notas fiscais eletrônicas, cujas mercadorias não circularam:

Cláusula décima segunda: Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria e prestação de serviço, observadas as demais normas da legislação pertinente. .

Cláusula décima terceira: O cancelamento de que trata a cláusula décima segunda somente poderá ser efetuado mediante pedido de cancelamento de NF-e, transmitido pelo emitente, à administração tributária de sua unidade federada.

§ 1º: O pedido de cancelamento de NF-e deverá atender ao leiaute estabelecido em Ato COTEPE.

§ 2º: A transmissão do Pedido de Cancelamento de NF-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.

§ 5º: A cientificação do resultado do pedido de cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a “chave de acesso”, o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela administração tributária da unidade federada do contribuinte e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da administração tributária ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

§ 6º: Caso a administração tributária da unidade federada do emitente já tenha efetuado a transmissão da NF-e para as administrações tributárias e entidades previstas na cláusula oitava, deverá transmitir-lhes os respectivos documentos de cancelamento de NF-e.

O sítio da fazenda nacional, que trata da nota fiscal eletrônica, <http://www.nfe.fazenda.gov.br>, dispõe a seguinte orientação:

Somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo Fisco (protocolo “Autorização de Uso”) e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento. Atualmente o prazo máximo para cancelamento de uma NF-e é de 168 horas (7 dias), contado a partir da autorização de uso. Conforme Ato COTEPE 35/10, este prazo será reduzido para 24 horas a partir de 1º/01/2012.

O status de uma NF-e (autorizada, cancelada, etc.) sempre poderá ser consultado no site da Sefaz autorizadora (Sefaz da unidade federada do emitente ou Sefaz-Virtual) ou no Portal Nacional da NF-e (www.nfe.fazenda.gov.br).

O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

Assim, estão as autuantes respaldadas legalmente ao efetuar o lançamento tributário, pela até então, falta de comprovação regular do cancelamento das notas fiscais eletrônicas. Alega o impugnante, que se trataria de presunção juris tantum, e que assim cabe prova em contrário; contudo, traz como elementos probatórios, o cancelamento das notas fiscais em seu livro de saída e um comunicado à SEFAZ do Rio de Janeiro. Ao contrário da argumentação da impugnação, entendo que não houve presunção, mas apenas adequação do fato à norma, e se presunção houvesse, as provas apresentadas não elidem o lançamento tributário.

Não é possível aceitar as provas unilaterais (cancelamento em livro de saída e um comunicado informal à SEFAZ do Rio de Janeiro), pois foram produzidas unicamente ao arbítrio do contribuinte, e ainda, em desobediência à forma prevista em lei. Uma diligência, nas atuais circunstâncias, não teria nada a acrescentar, pois apenas certificaria que as notas fiscais eletrônicas se encontram em situação legal de autorizadas, e, portanto, com total presunção de veracidade. É inquestionável que o procedimento de cancelamento de NF-e obedece às normas previstas na cláusula décima terceira, do Ajuste SINIEF 07/05, que não foram cumpridas pelo autuado. Não foi apresentada na impugnação, documentação fiscal autêntica, capaz de demonstrar coerência com a legislação pertinente. De igual forma, as disposições relativas à regulamentação da NF-e se encontram inseridas na legislação tributária estadual, conforme transcrição abaixo do RICMS/BA, com os artigos pertinentes:

Art. 231-K. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e ou do CT-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento em prazo não superior ao máximo definido nos termos de Ajuste SINIEF, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço ou iniciado a prestação de serviço de transporte, observadas as normas constantes no art. 231-L.

Parágrafo único. O cancelamento da NF-e em prazo superior ao definido nos termos de Ajuste SINIEF somente poderá ser efetuado mediante requerimento dirigido ao inspetor da circunscrição fiscal do contribuinte, circunstanciando os motivos da solicitação.

Art. 231-L. O cancelamento da NF-e e do CT-e de que trata o art. 231-K somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento transmitido à Administração Tributária que a autorizou.

O art. 142 do CTN, não deixa margem para dúvidas quanto à atividade vinculada do lançamento tributário; que não se trata de uma atividade administrativa facultativa, mas obrigatória e compulsória. Noutras palavras, o lançamento de tributo é praticado por autoridade administrativa, cuja competência é privativa e vinculada, o que significa dizer, que se subordina ao que determina a lei. Vejamos o texto legal do Art. 142:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Com efeito, as operações mercantis desta lide aconteceram entre 2008 e 2010, e o auto de infração foi lavrado em 29/12/2011, ou seja, mais de dois anos decorridos das operações, e até esta data, não há registro de que a autuada tenha tomado alguma providência no sentido de regularizar a situação que alega em sua defesa, atendo-se aos termos do art. 231, K do RICMS/BA, anteriormente citado. Incompreensível tal atitude de uma empresa do porte da autuada, pois se as operações fossem mesmo canceladas, providências imediatas deveriam ser tomadas, mas não foram, nem mesmo dois anos depois da emissão das NF-es. As provas aqui apresentadas são superficiais e unilaterais. O simples cancelamento em seu livro registro de saída e um comunicado informal à SEFAZ do Rio de Janeiro, não constituem provas apreciáveis e relevantes. Assim, do ponto de vista da legislação tributária, todo procedimento de auditoria deve reportar-se às normas vigentes à época da ocorrência dos fatos, e as notas fiscais eletrônicas ainda se encontram na situação AUTORIZADA, não tendo outra alternativa que não a confirmação do lançamento tributário, que foi efetuado nos limites da legislação vigente.

Quanto ao pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal, não tem esta Junta de Julgamento, competência para apreciar tal pedido, de acordo com o prescrito no RPAF:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade

Com relação ao pedido de que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Cavalcante, sob pena de nulidade, esclareço para os devidos fins, o teor do inciso I, do Art. 109 do RPAF:

Considera-se efetivada a intimação: I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente; (...).

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129118.0006/11-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS AMBEV** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.654,32**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo-se homologar os valores já reconhecidos e recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 21 de Junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR