

PROCESSO - A. I. Nº 129118.0003/11-0
RECORRENTE - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (CBB)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0186-04/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 04.04.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0129-13/13

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. Indeferida a solicitação de diligência ou de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 47.113,48, sendo objeto do presente Recurso apenas a seguinte infração:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. Foi lançado imposto no valor de R\$ 43.507,70, acrescido de multa de 150%.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0186-04/12, a Infração 1 foi julgada procedente em parte, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

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 desliza 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.

[...]

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

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte interpõe o Recurso Voluntário de fls. 315 a 326, no qual afirma que o Acórdão JJF N° 0186-04/12 merece ser reformado.

O recorrente afirma que, em relação às Notas Fiscais Eletrônicas (NFe) nºs 24228, 25594, 39849, 42184, 55828 e 55975, a Decisão recorrida confirma que houve o cancelamento, mas condiciona a sua aceitação ao atendimento de formalidade, afastando-se, assim, da verdade material e fazendo prevalecer o formalismo em detrimento da comprovação do cancelamento. Frisa que por não terem sido essas notas fiscais canceladas no prazo de sete dias ou por não ter solicitado ao inspetor fazendário a autorização para o cancelamento, está sendo apenado com a ficção da ocorrência de um fato gerador inexistente. Menciona que, ao optar pelo formalismo e desconsiderar as provas dos autos, passa-se a exigir imposto sem a ocorrência do fato gerador, o que caracteriza confisco, cobrança em duplicidade e enriquecimento sem causa do Estado.

Diz que as autuantes não consideraram que essas referidas NFe foram canceladas, com ulterior emissão de documentos fiscais em substituição, conforme tabela que apresenta. Sustenta que não houve prejuízo para o Fisco, tanto que os documentos fiscais foram informados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia no ato da emissão, como também foram lançados no livro Registro de Saídas (doc. 5 da defesa), não integrando a apuração do ICMS. Aduz que as notas fiscais emitidas posteriormente ao cancelamento e que constaram no Registro de Apuração de ICMS, tiveram o ICMS-ST recolhido (doc. 6 da defesa).

Realça que os cancelamentos e a emissão de outros documentos fiscais não afetaram as operações, uma vez que o imposto foi recolhido, conforme os documentos acostados ao processo. Diz que manter a autuação, quando inexiste imposto a ser recolhido, equivale a uma dupla tributação, o que é vedado. Conclui que a declaração da improcedência da autuação é o único remédio para o presente caso, para que não se venha a ferir preceitos constitucionais como os princípios da estrita legalidade, da segurança jurídica e da vedação ao confisco.

Assevera que a multa indicada na infração em comento, no patamar de 150%, é uma exorbitância, pois não houve comprovação de intuito de fraude e a aplicação de tal penalidade afronta o princípio do não confisco. Após citar farta jurisprudência, requer o reconhecimento da improcedência da autuação no tocante à multa fixada, ou, subsidiariamente, a sua redução a um patamar razoável entre 20% e 30%.

Ao finalizar, solicita: a extinção do crédito tributário atinente à Infração 2, pelo pagamento; a improcedência da autuação, uma vez que não há imposto a ser recolhido diante do cancelamento das operações; a nulidade ou a redução da multa indicada na autuação; que as intimações acerca do feito sejam realizadas em nome do bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, bem como pela realização de diligência ou perícia.

VOTO

Na Infração 1, objeto do presente Recurso Voluntário, o recorrente foi acusado de ter deixado de recolher ICMS retido, no valor de R\$ 43.507,70, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, tendo sido o débito tributário apurado conforme o demonstrativo de fl. 7.

Em Primeira Instância, a infração em comento foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 26.932,49, conforme o demonstrativo de fl. 262, tendo sido excluído da exigência fiscal os

débitos referentes às operações consignadas nas Notas Fiscais Eletrônicas nºs 2126, 5924 e 50599, uma vez que considerou a 4ª Junta de Julgamento Fiscal que estava comprovado o regular cancelamento desses documentos fiscais. Dessa forma, a Infração 1 subsistiu parcialmente em relação às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 24228, 25594, 39849, 42184, 55828 e 55975.

O recorrente sustenta que a exigência fiscal referente a essas notas fiscais cujos débitos foram mantidos na Decisão recorrida não pode prosperar, uma vez que essas notas fiscais foram canceladas, em seu lugar foram emitidos outros documentos fiscais e o imposto foi recolhido. Frisa que a manutenção da exigência fiscal caracterizaria confisco, cobrança em duplicidade e enriquecimento sem causa do Estado.

Antes de apreciar esses argumentos de mérito, indefiro o pedido de diligência ou de perícia formulado pelo recorrente, pois há nos autos elementos suficientes para o deslinde da questão e, além disso, a matéria em análise não depende de conhecimento especial de técnico.

Os documentos de fls. 263 a 268, obtidos do Portal da Nota Fiscal Eletrônica em 13/12/11, comprovam que as Notas Fiscais Eletrônicas nºs 24228, 25594, 39849, 42184, 55828 e 55975, emitidas pelo recorrente, tiveram a concessão de uso autorizada e estavam na situação de autorizadas há mais de um ano. A ausência de cancelamento dessas notas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica autoriza o entendimento de que houve a comercialização das mercadorias relacionadas nas referidas notas fiscais, como acertadamente consideraram as autuantes e a primeira instância.

O recorrente afirma que efetuou o cancelamento das notas fiscais em questão e, como prova dessa assertiva, apresenta fotocópias de notas fiscais que diz terem sido emitidas em substituição às canceladas, do seu livro Registro de Saídas com o lançamento das notas fiscais canceladas e das notas fiscais emitidas em substituição das tidas como canceladas.

Não é possível aceitar essas provas produzidas de forma unilateral pelo recorrente e em desconformidade com a legislação aplicável ao caso. As disposições relativas à regulamentação da NF-e se encontram inseridas na legislação tributária estadual, conforme os artigos 231-K e 231-L, do RICMS-BA/97, cujo teor transcrevo a seguir:

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.

Dessa forma, o cancelamento da nota fiscal eletrônica não se trata de mera formalidade, como tenta fazer crer o recorrente. Ademais, não se pode olvidar que, mesmo depois de transcorrido mais de um ano, as notas fiscais em comento não foram canceladas.

A multa indicada na autuação é a prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada. Se a pena prevista nesse citado dispositivo legal é ou não constitucional, não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar, a teor do disposto no art. 125, inc. I, do Código Tributário do Estado da Bahia.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação principal, ressalto que tal matéria é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

Com relação ao pedido de que todas as publicações e intimações sejam realizadas em nome do bel. Bruno Novaes Cavalcante, sob pena de nulidade, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação

não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 129118.0003/11-0, lavrado contra COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (CBB), devendo ser intimado o recorrente 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, 25 de março de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGF/PROFIS