

**PROCESSO** - A. I. Nº 129118.0006/11-0  
**RECORRENTE** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0187-05/12  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 15/08/2013

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0237-11/13**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS AUTORIZADAS. Não restou demonstrada nos autos a observância dos comandos dos arts. 231-K e 231-L do RICMS/1997 (Decreto nº 6.284/1997) e das cláusulas 12ª e 13ª do Ajuste SINIEF 07/2005, que não são formalidades destituídas de valor jurídico, mas controles imprescindíveis à legitimidade do cancelamento de documentos digitais, cuja eficácia não sucumbe em face de livros ou documentos unilateralmente produzidos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência ou perícia fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 5ª JJF (Acórdão nº 0187-05/12), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2011 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 66.654,32, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas subsequentes para contribuintes localizados neste Estado.

Consta que o ilícito foi apurado através do cotejo das notas fiscais eletrônicas (NF-e) emitidas e transmitidas para esta Secretaria e dos arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/1995 com os recolhimentos efetuados nos exercícios de 2008 a 2010, assim como por intermédio da confirmação das situações das NF-e, utilizando-se as respectivas chaves.

O sujeito passivo impugna o lançamento de ofício às fls. 73 a 95 através de advogada não constituída nos autos (a procuração de fls. 96 a 98, além de ser uma cópia, não diz respeito nem faz menção ao estabelecimento autuado).

Inicia aduzindo a tempestividade da peça, descrevendo a acusação e informando que parte do crédito tributário, concernente às NF-e 8.680 e 8.685, foi liquidado, conforme DAE que apresenta (documento 3).

Em seguida, suscita a nulidade das infrações 2 a 4 (fls. 75 a 81), inexistentes no ato administrativo em análise.

No mérito, sustenta que a autuação não merece prosperar porque envolve nota fiscal cancelada, que seria a NF-e 140.219, de 08/03/2010, no valor de R\$ 9.911,54, objeto de Denúncia Espontânea junto à Receita Estadual do Rio de Janeiro (documento 04), em virtude de que pugna pela realização de diligência ou perícia (fl. 82).

A fiscalização não teria observado que as Notas Fiscais n<sup>os</sup> 8.686, 8.692 e 8.693 foram “canceladas no livro Registro de Saídas” (documentos 5/6), o que, no seu entendimento, constitui outro motivo de improcedência.

Às fls. 84/85 argumenta, nas suas palavras, que ainda que prosperasse a cobrança do imposto por presunção, tal “*exigência estaria estagnada ante os preceitos contidos na lei maior (CTN), conforme disciplinam, entre outros, os artigos 97, 100, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 144, 146, expressando as limitações constitucionais ao poder de tributar*”.

A multa seria exorbitante, o que afastaria a sua aplicação, por inexistência de intuito fraudulento e por violação à vedação do confisco e à proporcionalidade, princípios da CF/1988. Por isso, pleiteia a redução ou o cancelamento da mesma.

Fornece endereço para correspondências, protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos e conclui requerendo extinção por pagamento; nulidade, por ausência de descrição legal precisa, preterição de direito de defesa e inversão do ônus da prova; além de improcedência.

Na informação fiscal, de fls. 178 a 185, as autuantes assinalam que o ICMS retido por substituição em operações interestaduais decorre da celebração de convênios e protocolos, e que o defendente, apesar de intimado, não atendeu ao Fisco.

Adiante, registram que a auditoria foi feita com base nas informações contidas nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, nos documentos fiscais, nos dados das NF-e, no relatório de imposto arrecadado e, por fim, no imposto declarado nas GIA-ST.

Das fls. 07 a 45 constam os resumos dos documentos emitidos eletronicamente. Com respeito às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 8.680, 8.685, 8.686, 8.692, 8.693, 140.219 e 148.680, encontram-se em situação normal, com o status “AUTORIZADA”.

Sublinham o reconhecimento de parte da infração e o recolhimento do ICMS-ST retido nas Notas Fiscais n<sup>os</sup> 8.680 e 8.685. Em relação às Notas n<sup>os</sup> 8.686, 8.692, 8.693 148.680, totalizando R\$ 38.168,28, segundo o impugnante canceladas no livro Registro de Saídas, dizem que ao emitir e transmitir uma NF-e não pode o contribuinte deixar de registrar, muito menos de lançar o imposto destacado, sob o argumento de que cancelou, sem que critérios legais sejam observados.

No que diz respeito à NF-e 140.219, na cifra de R\$ 9.911,54, que o autuado alega ter sido objeto de cancelamento junto à SEFAZ-RJ, pontuam que a comunicação ocorreu quase um ano depois, como se observa à fl. 162, e que aquilo que o sujeito passivo chama de “denúncia espontânea” é, na verdade, um requerimento, que não cita o número da nota fiscal e que sequer foi protocolado diretamente no citado órgão (SEFAZ-RJ). Até a presente data nada consta nos registros do ambiente nacional e estadual indicando o acolhimento de tal pedido. Quando da fiscalização, a empresa foi intimada e não enviou a indigitada “comunicação”, mas apresenta agora o que qualificam de elementos frágeis, incapazes de elidir a ação fiscal.

Anexam o ajuste SINIEF 07/2005 e aduzem que o RICMS/1997 recepcionou as suas normas, transcritas em diversos artigos, em especial no art. 231-K, cujo texto transcrevem.

Ao final, pedem a declaração de procedência do Auto de Infração.

À fl. 188 foi juntado comprovante de pagamento parcial.

A 5ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide na pauta de 21/06/2012 (fls. 195 a 199), tendo o ilustre relator se pronunciado nos termos abaixo transcritos.

*“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 1ª e 5ª 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 12ª e 13ª 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](http://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 o autuado 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 do autuado, 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 equidade*

*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”.*

Devidamente intimado (fls. 207/208), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário (fls. 210 a 224), por intermédio de profissional não constituído regularmente (substabelecimento em forma de cópia à fl. 226, no qual não existe a qualificação do contribuinte outorgante), de início destacando o recolhimento de parte do montante exigido.

Em preliminar, alega que os dispositivos tidos como infringidos (cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS 11/1991) dizem respeito a procedimentos para recolher e não especificam com precisão o ilícito, situação característica de cerceamento de direito de defesa.

No mérito, repetindo as alegações da defesa, inclusive à relativa à multa, assevera que a Decisão recorrida não observou o princípio da verdade material, pois, *“de uma pretensa irregularidade formal quanto ao cancelamento das notas, o Fisco penalizou o recorrente com a ficção da ocorrência de um fato gerador inexistente”!*

Encerra reiterando os pedidos do Recurso.

## VOTO

Consoante o que foi exposto no Relatório, o contribuinte não interviu no processo de forma regular. A COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV, citada na cópia da procuração de fls. 96 a 98, possui CNPJ distinto do autuado e endereço no Estado de São Paulo. Igualmente, o substabelecimento de fl. 226, uma reprodução não original, com a licença e o perdão da redundância, não especifica a qualificação da sociedade empresária.

Entretanto, o § 2º do art. 18 do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia) dispõe que não se declarará à nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa.

Por outro lado, o conhecimento do Recurso e a apreciação da impugnação privilegiam os princípios da ampla defesa, verdade material, informalidade e celeridade processual (art. 2º, RPAF/1999). O caminho inverso implicaria em encaminhamento dos autos para a autoridade responsável pela declaração de revelia (arts. 3º, parágrafo único, 111 e 112, RPAF/1999), sem apreciação das razões de preliminar e mérito, em prejuízo do sujeito passivo, pelo que prossigo no julgamento da lide.

Relativamente à validade do procedimento administrativo, constato que as autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito tributário, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível (cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS 11/1991 c/c art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/1996).

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Equívoca-se o recorrente ao afirmar que as cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS 11/1991 tratam de meros procedimentos para pagamento, porquanto as mesmas versam sobre responsabilidade, principalmente a primeira, como fica evidente na leitura dos dispositivos transcritos à fl. 213.

O lançamento não contém inversão do ônus da prova nem resulta de presunção, seja legal, seja humana, esta última não admitida no direito pátrio, mas de efetiva constatação de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas subseqüentes para contribuintes localizados neste Estado.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com relação à penalidade proposta e a seu caráter supostamente confiscatório, este órgão não possui competência para apreciar constitucionalidade (art. 167, I, RPAF/1999). Por se tratar de obrigação principal, o pedido de redução ou cancelamento deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, na forma prevista no art. 159, RPAF/1999.

Indefiro o pleito de diligência, pois, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do

Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo suficientes para a formação da convicção dos conselheiros os elementos ora contidos no PAF.

Quanto ao endereço para intimações e notificações, constato que foram obedecidos os comandos dos arts. 108/109, RPAF/1999.

No mérito, concluo que a Decisão recorrida prescinde de reforma.

O recorrente argumentou que parte do valor não reconhecido foi objeto da Denúncia Espontânea junto à Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro (NF-e 140.219), e que o restante guarda relação com notas canceladas em seu livro Registro de Saídas (8.686, 8.692, 8.693 e 148.680).

Entretanto, vejo que o status das NF-e tomadas na autuação contém a expressão “AUTORIZADA”.

Não restou demonstrada nos autos a observância dos comandos dos arts. 231-K e 231-L do RICMS/1997 (Decreto nº 6.284/1997) e das cláusulas 12ª e 13ª do Ajuste SINIEF 07/2005, que não são formalidades destituídas de valor jurídico, mas controles imprescindíveis à legitimidade do cancelamento de documentos digitais, cuja eficácia não sucumbe em face de livros ou documentos unilateralmente produzidos.

Alinho-me com a concepção do ilustre relator de primeira instância, por entender que o mero cancelamento no livro Registro de Saídas e o comunicado informal à Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro não são provas suficientes para elidir a acusação.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com a homologação dos valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº **129118.0006/11-0**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DA AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS