

**PROCESSO** - A. I. Nº 207349.0003/14-8  
**RECORRENTE** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0075-01/15  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 28/10/2015

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0261-11/15

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. No caso da nota fiscal eletrônica, cuja existência é apenas digital, necessariamente, há que se observar o procedimento obrigatório para o seu cancelamento, sendo que a sua inobservância por parte do contribuinte, impõe-lhe o ônus de provar o cancelamento efetivo, com apresentação de elementos hábeis de provas que permitam dirimir a questão, considerando que a nota fiscal consta no sistema como autorizada, isto é, como se tivesse acobertado a saída da mercadoria. Mantida a Decisão recorrida. Recuso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª JJF constante no Acórdão nº 0075-01/15, que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em razão do suposto cometimento de três irregularidades, sendo objeto de insurgência do sujeito passivo apenas a infração 3:

INFRAÇÃO 3 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no mês de julho de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$15.303,13, acrescido da multa 150%.

Consta que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido na Nota Fiscal nº 358502, de 25/05/2011, referente a venda de cerveja em garrafa, Anexo 4.1), alegando que a referida nota fiscal havia sido cancelada antes da circulação da mercadoria, entretanto, em todas as consultas do sistema de NFe, inclusive Portal Nacional e na SEFAZ de origem (SP), a nota fiscal continua autorizada.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 213/220):

*Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que este reconheceu as infrações 01 e 02 e impugnou a infração 03.*

*Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício em exame foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS, notadamente a Lei n. 7.014/96 e o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, inexistindo, desse modo, qualquer ofensa aos princípios constitucionais aduzidos pelo impugnante.*

*No mérito, relativamente às infrações 01 e 02, o reconhecimento pelo autuado do cometimento das irregularidades apontadas, inclusive o pagamento do valor do débito reconhecido, confirma a subsistência destes itens da autuação, cabendo, no caso, a homologação do pagamento pela autoridade fazendária competente e, consequentemente, a extinção do crédito tributário.*

*No que concerne ao item da autuação impugnado, no caso a infração 03, observo diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações*

interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Segundo consta na acusação fiscal, o autuado “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido na Nota Fiscal nº 358502, de 25/05/2011, de venda de cerveja em garrafa (Anexo 4.1), alegando que a NF havia sido cancelada antes da circulação da mercadoria, entretanto, em todas as consultas do sistema de NFe, inclusive Portal Nacional e na Sefaz de Origem (SP), a NF continua como autorizada.”

Portanto, a exigência fiscal diz respeito apenas a Nota Fiscal eletrônica nº 358502.

Vejo que o impugnante rechaça a acusação fiscal, afirmando que a emissão da Nota Fiscal eletrônica nº 358502 fora autorizada e logo em seguida rejeitada pelo seu sistema operacional de emissão de notas fiscais, não havendo assim a circulação da mercadoria. Diz que tal fato está também destacado no próprio livro Registro de Saídas em que consta o cancelamento da referida Nota Fiscal, conforme tela que traz à colação.

Admite que deixou de comunicar ao sistema da SEFAZ/BA o cancelamento da citada Nota Fiscal, entretanto, alega que, como é possível aferir da análise do livro de Registro de Saídas colacionado a defesa, a operação objeto da autuação fora cancelada, razão pela qual descabe falar-se em recolhimento do tributo.

Aduz que se efetivamente tivesse ocorrido em alguma irregularidade, esta seria, unicamente, o pretenso descumprimento de obrigação acessória relativamente ao procedimento de registro de devolução da mercadoria, o que apenas autoriza a aplicação de multa, conforme o art. 113, § 3º, do CTN, jamais para permitir concluir-se que, por descumprimento de uma obrigação acessória, seria convalidado o fato gerador inexistente.

Noto também que a autuante contesta a argumentação defensiva, consignando que no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, quando foi constatado que a NF-e 358502 estava com retenção do ICMS-ST e sem o respectivo comprovante de recolhimento, a primeira providência foi consultar a situação do referido documento fiscal no sistema de NF-e da SEFAZ/BA, assim como no Portal de NF-e através da chave de acesso e, em ambos, constava como emitida e não cancelada, portanto, inexistindo qualquer registro de cancelamento.

Em verdade, a análise dos elementos que compõem o presente processo permite constatar a existência de contradição incorrida pelo autuado, no que tange à alegação de que a Nota Fiscal eletrônica nº 358502 fora cancelada.

Isso porque, reconheceu integralmente a infração 02 - Procedeu à retenção a menos 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 – na qual consta que efetuou a retenção a menos nas vendas de cervejas constantes nas Notas Fiscais do Anexo 3.1.

Ocorre que no referido Anexo 3.1, acostado aos autos às fls. 22 a 35, consta claramente no “Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menor – Varios Convênios”, a indicação da Nota Fiscal eletrônica nº 358502, sendo que, na coluna “ICMS ST Calc”, há indicação do valor do ICMS devido de R\$2.924,98 e na coluna “Retido no Item” o valor retido constante na Nota Fiscal eletrônica nº 358502 de R\$2.568,70, tendo a Fiscalização exigido a diferença de R\$356,28.

Ora, por óbvio, que não faz qualquer sentido reconhecer a exigência referente ao mencionado documento fiscal na infração 02 e alegar o seu cancelamento na infração 03.

Independentemente disso, observo que a Nota Fiscal eletrônica nº 358502, de fato, foi emitida em 06/07/2012, conforme cópia acostada à fl. 39 dos autos, sendo que, não consta que o autuado tenha feito qualquer comunicação à SEFAZ de origem, no sentido de corrigir o registro atualmente existente no Portal da NF-e de que a referida nota fiscal ainda se encontra autorizada. Ou seja, transcorridos quase três anos da emissão da Nota Fiscal ainda hoje consta o registro no Portal da NF-e de que fora autorizada, inexistindo qualquer registro de que tenha sido cancelada.

Certamente que apenas a cópia do livro Registro de Saída, trazida na peça impugnatória, no qual consta a indicação de que a Nota Fiscal aduzida foi cancelada, não elide a autuação, haja vista que, por não ter observado os procedimentos que devem ser adotados – obrigação tributária acessória – caberia ao autuado, no presente caso, comprovar com elementos de provas hábeis, o motivo pelo qual a nota fiscal fora cancelada. Ou seja, comprovar o desfazimento do negócio, inclusive trazendo elementos do próprio destinatário que ratificasse o cancelamento.

Vale salientar que, outrora, a legislação do ICMS ao tratar de cancelamento de nota fiscal – de papel – exigia que todas as vias do documento fiscal cancelado fossem arquivadas juntas, por certo, no intuito de comprovar a não realização da operação, isto é, o trânsito da mercadoria.

No caso da nota fiscal eletrônica, cuja existência é apenas digital, necessariamente, há que se observar o procedimento obrigatório para o seu cancelamento, sendo que a sua inobservância por parte do contribuinte, impõe-lhe o ônus de provar o cancelamento efetivo, com apresentação de elementos hábeis de provas que permitam dirimir a questão, considerando que a nota fiscal consta no sistema como autorizada, isto é, como se

tivesse acobertado a saída da mercadoria.

Diante disso, não restou comprovado o alegado cancelamento da Nota Fiscal eletrônica nº 358502.

Verifico que no Anexo 4, fl. 37 dos autos, consta o demonstrativo referente a esta infração, no qual há indicação do valor do ICMS-ST Retido e Não Recolhido de R\$15.303,13, valor este referente a Nota Fiscal eletrônica nº 358502.

Observo que o referido valor de R\$15.303,13 consta no campo “VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO” da Nota Fiscal eletrônica nº 358502, sendo que no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” há o registro dos valores do ICMS- ST referentes aos dois produtos discriminados no referido documento fiscal, no caso LIBER LONG e STELLA ARTOIS, respectivamente, R\$2.568,70 e R\$12.734,43 que totalizam o valor exigido de R\$15.303,13.

Diante do exposto, este item da autuação é subsistente.

No respeitante ao pedido de cancelamento ou redução da multa, cumpre registrar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a competência para sua apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF, conforme estabelece o art. 176, III, “c”, do RPAF/99:

Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

(...)

III - através da Câmara Superior, julgar:

(...)

c) em instância única, pedidos de dispensa ou de redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade;

Quanto à alegação de que a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude afasta a possibilidade de aplicação de multa no patamar de 150%, vale registrar que a multa imposta tem previsão no art. 42, V, “a”, da Lei n. 7.014/96, não tendo o legislador estabelecido qualquer aspecto subjetivo sobre a intenção do agente quanto ao cometimento do ato infracional, tendo, desse modo, a Fiscalização agido corretamente.

Assim dispõe o acima referido dispositivo legal:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

V - 150% (cento e cinqüenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Por certo que o aspecto subjetivo do cometimento da infração e a sua repercussão somente poderá ser analisado pela Câmara Superior do CONSEF, decorrendo do julgamento daquela instância a manutenção, dispensa ou redução da multa aplicada, conforme venha o contribuinte pleitear.

No que tange a alegação de exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não confisco, vale observar que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar e declarar inconstitucionalidade de ato normativo, consoante determina o art. 167, I, do RPAF/99.

Por derradeiro, no respeitante ao pedido de que as intimações e notificações sejam feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, no endereço indicado na peça de defesa, nada obsta que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido, contudo, observo que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 231/243, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Sustenta que mesmo que tenha deixado de promover o requerimento administrativo para cancelamento da Nota Fiscal nº 358502, não se pode exigir o pagamento de uma quantia referente a uma operação que jamais ocorreu.

Explica que não deixou de recolher o que devia, apenas não registrou tempestivamente o cancelamento da operação em todos os sistemas de informação exigidos pelo fisco (as operações canceladas já não constavam da EFD transmitida).

Assim, argui que muito embora tenha havido a falha no cancelamento tempestivo da nota fiscal

autuada, inexistiu fato gerador do imposto, razão pela qual a exação tributária seria indevida.

Discorre sobre o princípio da verdade material, pugnando pela conversão do processo em diligência, para que seja afastada a tese de não recolhimento de ICMS-ST.

Repisa que uma vez cancelada a operação e não havendo a efetiva circulação de mercadoria, o documento fiscal, por si só, não tem o condão de manter a exigibilidade do tributo nela informado.

Aduz que a autuação gira em torno do fato do recorrente ter deixado de recolher o ICMS retido da nº 358.502, que no NFe, Portal Nacional e na SEFAZ de origem (SP), se encontra como autorizada, apesar da mesma ter sido cancelada.

Sustenta que à época dos fatos, a emissão da respectiva Nota Fiscal nº 358502 fora autorizada e logo em seguida rejeitada pelo sistema operacional de emissão de notas fiscais do recorrente, não havendo a circulação da mercadoria.

Apresenta tela de seu sistema, onde indica que a referida nota fiscal teria sido cancelada.

Ato contínuo, destaca que sua própria escrituração fiscal já evidenciava este cancelamento, pois da análise do livro Registro de Saídas tal nota já não constava na EFD.

Reconhece que deixou de proceder à comunicação do cancelamento da citada Nota Fiscal através de um pedido de denúncia espontânea de cancelamento de nota fiscal no sistema da SEFAZ/BA.

Assevera que a autuação parte da presunção de que a existência de nota fiscal, com situação de autorizada, de onde extraiu-se outra presunção, qual seja, a de que o recorrente teria deixado de recolher, na qualidade de substituto tributário, o ICMS-ST retido na fonte nas operações interestaduais ao Estado da Bahia, referente a Nota Fiscal nº 358.502, tendo efetuado, por tal razão, o lançamento do imposto e a aplicação da penalidade de 150%.

Reitera que apenas as efetivas e comprovadas operações de transferência de titularidade de mercadorias podem ser validamente eleitas pelas legislações locais como fatos geradores do ICMS, não se admitindo presunção.

Discorre sobre a exorbitância da multa aplicada, pugnando pelo afastamento da multa em razão da ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude e dolo a justificar a aplicação de multa em tela, bem como pela violação ao princípio do não-confisco.

Ao final, pugna que todas as publicações sejam realizadas em nome do patrono que subscreve a peça, sob pena de nulidade.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 247/249 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas:

Esclarece que a legislação da Nota Fiscal Eletrônica impõe que 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 - IPC-Brasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte.

Destaca que da mesma forma que a emissão de uma NF-e de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela SEFAZ, no prazo de 24hs.

Ressalta, ainda, que as NF-e canceladas devem ser escrituradas, sem valores monetários, o que não ocorreu no caso em apreço.

Desta forma, considera que as provas apresentadas não tem o condão de comprovar o desfazimento do negócio jurídico, sendo a questão em apreço meramente de valoração das provas.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF, constante no Acórdão nº 0075-01/15, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em razão do suposto cometimento de três irregularidades, restringindo o Recurso Voluntário apenas à infração 03 – falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Primeiramente cumpre ressaltar que em que pese o requerimento do patrono para que as intimações sejam feitas em seu nome, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida, pelo que a mantendo pelos seus próprios fundamentos.

Compulsando os autos vejo que o recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Destaco que a Decisão de piso está detalhadamente fundamentada na legislação em vigor, bem como nos documentos que compõem a autuação.

A Cláusula décima segunda do Ajuste SINIEF nº. 07/2005 prevê o prazo de vinte e quatro horas para cancelamento da NF-e, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria.

Já o parágrafo único estabelece que: “*A critério de cada unidade federada, em casos excepcionais, poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea.*”

Neste diapasão, o RICMS/2012 assim dispõe:

*Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação do serviço.*

*§ 1º O cancelamento da NF-e em prazo superior ao definido em ato COTEPE somente poderá ser efetuado mediante requerimento dirigido ao inspetor da circunscrição fiscal do contribuinte, circunstanciando os motivos da solicitação.*

Pela análise dos elementos contidos no processo entendo que as telas apresentadas pelo recorrente são insuficientes para demonstrar o suposto cancelamento da Nota Fiscal eletrônica nº 358502 e com isso, elidir a imputação.

Mesmo fora do prazo, o recorrente poderia ter solicitado a SEFAZ o cancelamento da NF-e, procedimento que não foi adotado no presente caso, pois, conforme atestado pela autuante, o registro que atualmente consta no Portal da NF-e é de que a referida nota fiscal permanece como autorizada.

Por ser nota fiscal eletrônica, existe uma série de requisitos que devem ser atendidos para o cancelamento, que garante a segurança jurídica de que a operação de fato não se concretizou.

Como bem observou a JJF, o recorrente reconheceu a infração 2, em que está sendo cobrado o ICMS retido a menor de diversas operações, inclusive da Nota Fiscal eletrônica nº. 358502.

No caso de efetivo cancelamento da NF-e, não há lógica em reconhecer a exigência referente ao mencionado documento fiscal na infração 2, alegando o seu cancelamento somente para a infração 3 (fl. 25).

Não merece guarida o requerimento de redução da multa por ausência de fraude ou dolo, pois a multa aplicada está disposta no art. 42, V, “a”, da Lei nº. 7.014/96, não sendo considerado qualquer aspecto subjetivo, dentre eles, a intenção do agente quanto ao cometimento da infração.

Transcrevo o mencionado dispositivo legal:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

(...)

*V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:*

*a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;*

Por fim, quanto ao pleito de redução da multa imposta, melhor sorte não socorre à Recorrente, haja vista falecer competência à este Conselho de Fazenda a redução de penalidade de caráter principal.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 207349.0003/14-8, lavrado contra COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$183.271,00, acrescido das multas de 60% sobre R\$167.967,87 e 150% sobre R\$15.303,13, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. PGE/PROFIS