

**PROCESSO** - A. I. N° 207349.0002/14-1  
**RECORRENTE** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF N° 0135-04/15  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 25/11/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF N° 0355-12/15

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Os comandos dos artigos 231-K e 231-L do RICMS-BA/1997 não tratam de meros caprichos da legislação, muito menos de formalismos exagerados, estatuídos em detrimento da verdade material ou da ampla defesa, mas de procedimentos necessários para dar legitimidade e oficialidade aos cancelamentos de notas fiscais eletrônicas, sem os quais não se pode assegurar que ocorreram. Não acolhido o pedido de realização de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso Voluntário contra a Decisão prolatada por meio do Acórdão 4ª JJF nº 0135-04/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 22/09/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 5.307,26, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a" da Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a uma operação interestadual efetuada com contribuinte localizado nesse Estado.

Está dito que o sujeito passivo "*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido na NF 31.631, de 25/05/2011, relativa a venda de cerveja em garrafa (Anexo 1.1)*".

Foi juntada, à fl. 07, intimação expedida pelas autuanteras, com entrega em 17/07/2014, de acordo com o Aviso de Recebimento de fl. 09, concedendo ao contribuinte prazo de 05 (cinco) dias úteis, para prestar o seguinte esclarecimento:

*"Justificar a diferença constatada no mês de maio/2011 no valor de R\$5.307,26 já que houve ICMS-ST retido no valor de R\$773.886,52 e houve pagamento através das GNER'S no valor de R\$768.579,26".*

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 29/07/2015 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 146 a 153), nos termos a seguir reproduzidos.

### “VOTO

*Analisando objetivamente os fatos motivadores da presente autuação, vejo que esta foi decorrente da operação consignada na NF-e nº 31631, emitida no mês de maio/2011, que trata de venda de cervejas pelo emitente deste documento fiscal, para contribuinte localizado neste Estado, sendo que, conforme a acusação, o autuado, na condição de contribuinte substituto, efetuou a retenção do ICMS na quantia de R\$5.307,26 e não procedeu o recolhimento ao Estado da Bahia.*

*O autuado, em longa argumentação, advoga em síntese que apesar da emissão da referida nota fiscal ter sido autorizada pelo portal (sistema) de nota fiscal eletrônica, a operação não se concretizou, sendo então cancelada. Para efeito de comprovação, juntou tela da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, fl. 23, onde consta o lançamento a título de cancelamento da dita nota fiscal. Citou, ainda, que após a autorização da nota fiscal, sua emissão foi rejeitada pelo seu sistema de emissão de nota fiscal, o que obrigou o seu cancelamento, não se constituindo em documento hábil à acompanhar a operação, impedindo a própria circulação das*

mercadorias. Estes argumentos não foram acolhidos pelas autuantes, que mantiveram a autuação.

No decorrer da instrução deste processo, foi tentado, em duas oportunidades, trazer aos autos elementos que porventura viesssem à comprovar a não efetivação da operação, sendo realizadas duas diligências que, a rigor, tiveram esse objetivo. O autuado, tanto na sua impugnação inicial, quanto na sua manifestação posterior, não apresentou qualquer documento que pudesse comprovar o cancelamento da nota fiscal, limitando-se, apenas, a apresentar a tela da sua EFD, que a rigor se trata de um documento de sua livre emissão. Portanto, o pleito relacionado a diligência fiscal foi atendido, sendo desnecessário a realização de perícia fiscal, visto que os elementos presentes aos autos são suficientes para formação do meu convencimento.

Verificando o DANFe relacionado a NF-e 031.531, fl. 15, vejo que consta deste documento fiscal, a data de emissão, a data e a hora da saída da mercadoria, os dados do transportador, número do pedido, elementos estes que comprovam, que a operação se realizou. Portanto, ante aos dados aqui citados, o argumento de que a emissão da nota foi rejeitada e que inexistiu a circulação das mercadorias não se sustenta. Observe-se, que de acordo com a informação trazida aos autos através da Gerência de Automação Fiscal, fl. 122, de inteiro conhecimento do autuado, vez que sobre a mesma se manifestou, a mencionada NF-e encontra-se com o status de AUTORIZADA, informação esta que é válida para o documento fiscal. Nenhum outro evento está registrado em relação a este documento fiscal. Logo, os questionamentos formulados pelo autuado quando da sua manifestação de fls. 129 a 132 não se sustentam, visto que o simples registro do cancelamento da nota fiscal na EFD não é suficiente para se comprovar que ocorreu o cancelamento do documento fiscal.

Vejo que os argumentos do autuado esbarram nas regras impostas pelo RICMS/BA-97, em vigor à época da autuação, que em relação a Nota Fiscal Eletrônica traduz um procedimento uniforme em todos os estados, já que decorrente de Ajuste SINIEF, que assim determina:

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. (grifo não original).

Nota: A redação atual do art. 231-K foi dada pela Alteração nº 126 (Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), efeitos a partir de 01/04/10.

Redação anterior dada ao art. 231-K pela Alteração nº 125 (Decreto nº 11735, de 30/09/09, DOE de 01/10/09) efeitos de 01/10/09 a 31/03/10:

"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 em Ato COTEPE, 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 em ato COTEPE somente poderá ser efetuado mediante requerimento dirigido ao inspetor da circunscrição fiscal do contribuinte, circunstanciando os motivos da solicitação."

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.

§ 1º O Pedido de Cancelamento deverá atender ao leiaute estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF.

Nota: A redação atual do § 1º do art. 231-L foi dada pela Alteração nº 126 (Decreto nº 11806, de 26/10/09. DOE de 27/10/09), efeitos a partir de 27/10/09.

Redação anterior dada ao § 1º do art. 231-L pela Alteração nº 125 (Decreto nº 11735, de 30/09/09, DOE de 01/10/09) efeitos de 01/10/09 a 26/10/09:

"§ 1º O Pedido de Cancelamento deverá atender ao leiaute estabelecido em Ato COTEPE."

§ 2º A transmissão do Pedido de Cancelamento será efetivado via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.

§ 3º O Pedido de Cancelamento deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 4º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 5º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento será feito mediante protocolo de que trata o § 2º, disponibilizado ao emitente via internet e autenticado por meio de assinatura digital gerada com certificação digital, contendo:

- I - a “chave de acesso”;
- II - o número do documento fiscal eletrônico;
- III - a data e a hora do recebimento da solicitação pelo fisco;
- IV - o número do protocolo.

Isto posto, como já dito, temos que os argumentos do autuado esbarram nas regras especificadas pelo RICMS/97, em particular nos Arts. 231 K e L, acima transcritos, inclusive pelo fato de que o documento fiscal contém data e hora da saída da mercadoria, o que denota que houve a circulação das mesmas. Nestas circunstâncias, o procedimento do autuado não se revestiu em mero descumprimento de obrigação acessória, conforme defendeu.

Quanto ao pedido de controle da legalidade, à luz do que preceitua o Art. 114, II do RPAF/BA, de competência da Procuradoria Fiscal do Estado - PGE, isto poderá ocorrer, porém não neste momento, conforme se verifica através das regras inseridas no Art. 113 do mesmo RPAF/BA.

No tocante a multa aplicada, apesar da irresignação do autuado em relação ao seu patamar, inclusive com citação de julgados oriundos de Tribunais Superiores, ela está corretamente aplicada e possui previsão na Lei nº 7.014/96, não sendo da alcada desta primeira instância de julgamento a redução de penalidade por descumprimento de obrigação principal, razão pela qual deve ser mantida no percentual de 150%. Ressalto, ainda, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação posta, (Art. 167 do RPAF/BA).

Quanto a solicitação para encaminhamento das intimações em nome do patrono do autuado, nada impede que o setor competente deste órgão julgador atenda ao quanto solicitado. Observo, entretanto, que a expedição de intimações em sede de julgamento administrativo seguem as determinações contidas no Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, não sendo causa de nulidade o não atendimento ao pleito do patrono do autuado.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração”.

Com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), a sociedade empresaria interpõe Recurso Voluntário às fls. 164 a 187, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, sintetizando os fatos e alegando que a JJF não buscou a verdade material ao negar o pedido de diligência, cerceando-lhe o direito à ampla defesa.

Em seguida, colacionando jurisprudência, alega que não ocorreu circulação de mercadoria ou fato gerador de ICMS, mas mero descumprimento de obrigação instrumental, relativo à falta de cancelamento tempestivo da Nota Fiscal nº 31.631. A seu ver, ainda que tenha deixado de promover os procedimentos legais destinados a oficializar o referido cancelamento, não se pode exigir quantia concernente a uma situação fática inexistente.

Tece considerações acerca do princípio da busca da verdade material, com vistas a corroborar o seu entendimento de que é necessário um “*efetivo confronto da documentação colacionada no processo, como forma de se assegurar a não ocorrência do fato gerador do ICMS discutido*”.

Conforme expôs na peça de defesa, após a autorização no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, a emissão do documento digital correlato foi rejeitada nos seus sistemas de informática, o que levou ao não lançamento na escrituração fiscal digital (EFD). Inconformado com o fato de o Fisco priorizar a nota fiscal eletrônica, em detrimento da EFD, assinala que, por se tratar de falha sistêmica, não há como produzir outro meio de prova, tal qual nota de devolução ou conhecimento de transporte de retorno.

Prossegue argumentando que a multa é inconstitucional, desproporcional, confiscatória e exorbitante, especialmente porque não há comprovação do intuito de fraude, motivo pelo qual requer redução para patamar razoável.

Fornece endereço para intimações, pugna pela produção de provas e pede deferimento.

Tendo em vista o valor da autuação, não há pronunciamento da PGE/PROFIS.

## VOTO

Primeiramente, cumpre ressaltar que o julgador, como ocorre neste momento, entendendo estarem presentes nos autos todos os elementos suficientes para formar a convicção dos membros do órgão colegiado de que faz parte, pode e deve negar o pleito de diligência ou perícia fiscal, do que concluo não ter havido agressão ao princípio da busca da verdade material, muito menos ao da ampla defesa (art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999).

Ademais, muito embora o contribuinte tenha juntado cópias da EFD, da qual consta o cancelamento da nota fiscal, a JJJ - através de duas diligências (fls. 110 e 124), tentou trazer aos autos elementos que demonstrassem a não efetivação da operação. O fiscalizado nada apresentou no sentido de esclarecer o cancelamento.

A presente autuação resulta da operação designada na NF-e nº 31.631 (DANFE de fl. 15), relativa à venda de cervejas para contribuinte localizado neste Estado. O recorrente, na condição de contribuinte substituto, efetuou a retenção do ICMS, na cifra de R\$ 5.307,26, mas não procedeu ao recolhimento.

Veja-se o que estipula o RICMS-BA/1997, acerca de casos como este.

*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. (grifo não original).*

*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.*

*§ 1º O Pedido de Cancelamento deverá atender ao leiaute estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF.*

*§ 2º A transmissão do Pedido de Cancelamento será efetivado via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.*

*§ 3º O Pedido de Cancelamento deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.*

*§ 4º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.*

*§ 5º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento será feito mediante protocolo de que trata o § 2º, disponibilizado ao emitente via internet e autenticado por meio de assinatura digital gerada com certificação digital, contendo:*

*I - a “chave de acesso”;*

*II - o número do documento fiscal eletrônico;*

*III - a data e a hora do recebimento da solicitação pelo fisco;*

*IV - o número do protocolo.*

Os comandos regulamentares acima transcritos não tratam de meros caprichos da legislação, muito menos de formalismos exagerados, estatúdos em detrimento da verdade material ou da ampla defesa, mas de procedimentos necessários para dar legitimidade e oficialidade aos cancelamentos de notas fiscais eletrônicas, sem os quais não se pode assegurar que ocorreram.

Quanto à penalidade por descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de recolhimento de valores retidos, esta CJF não tem atribuição para apreciar aspectos de constitucionalidade, muito menos pedido de redução (artigos 158, 159 e 167, I do RPAF-BA/1999). Caso o contribuinte deseje, uma vez que a competência à época da lavratura e da ciência do Auto de Infração era da

Câmara Superior, poderá peticionar junto a tal órgão.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<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 207349.0002/14-1, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.307,26**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

MARIA HELENA MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS