

A. I. Nº - 298624.0016/15-2
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.08.2016

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-05/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Cabe razão ao sujeito passivo ao arguir que na apuração do imposto o autuante desconsiderou o abatimento de 1% do imposto devido por substituição tributária a título de quebra. Reconhecida pelo impugnante a maior parte do imposto devido. Reduzido o valor devido. Infração parcialmente procedente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. Infração reconhecida pelo impugnante. Mantida a exigência. **c)** RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO. Não restou demonstrado o cancelamento das notas fiscais, portanto, não há provas de que as mercadorias não circularam, o que caracteriza, com tal circulação, o nascimento do fato gerador apontado pelo autuante, não cabendo a arguição de que a exigência fiscal foi apurada por presunção, visto que não foi demonstrado o recolhimento do imposto exigido relativo às notas fiscais, alvo da autuação, cuja circulação da mercadoria ensejou a ocorrência do fato imponível, fazendo nascer a obrigação tributária não cumprida pelo sujeito passivo. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/11/2015, reclama ICMS no total de R\$807.584,70, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Procedeu à retenção a menor 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. Valor Histórico de R\$535.000,02. Multa de 60%. Art. 42, II, "e";

INFRAÇÃO 2 - Deixou de proceder à retenção 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. Valor Histórico de R\$22.412,49. Multa de 60%. Art. 42, II, "e";

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. Valor Histórico de R\$250.172,19. Multa de 150%. Art. 42, V, "a".

O autuado apresenta defesa, às fls. 43 a 55, relata a tempestividade da impugnação, reconhece parcialmente a infração 01 no valor de R\$518.916,49 (anexa demonstrativo dos débitos reconhecido) e totalmente a infração 02.

Alega que não deve prosperar a infração 08.06.01, em razão de que as operações autuadas foram canceladas, e seu fato gerador jamais se concretizou, sendo a autuação um mero exercício de

presunção da autoridade fiscal que, sem analisar o conjunto de documentos fiscais e contábeis da contribuinte, autuou a impugnante com base exclusivamente na informação de que as notas fiscais permanecem autorizadas no sistema fazendário.

Salienta que ao alvedrio da norma tributária, a autoridade fiscal criou um novo fato gerador do ICMS, qual seja, a autorização eletrônica da emissão da nota fiscal. Fato esse inadmissível e que deve ser submetido ao controle e reprovação por esse respeitável Tribunal Administrativo.

Sustenta, ainda, em relação à infração 08.06.02, que a fiscalização deixou de considerar *abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), conforme art. 289, §13º do RICMS/BA*.

Reclama quanto à exorbitância das multas aplicadas, correspondente a 60% e 150% do valor das supostas operações não tributadas, afirmando ser inadequada ao caso em apreço, e finda por configurar intuito confiscatório no lançamento perpetrado pela autoridade autuante.

Alega que trouxe nesta impugnação fundamentos para a anulação e improcedência do Auto de Infração.

Argumenta que a autuação gira em torno do confronto entre os valores recolhidos e aqueles decorrentes do somatório de notas fiscais eletrônicas autorizadas nos sistemas da SEFAZ/BA, nos períodos de Agosto a Novembro de 2014, a partir do qual supostamente foi verificada uma diferença do ICMS-ST a recolher.

Argui que o valor exigido para a infração 3 do auto de infração ora impugnado, refere-se às Notas Fiscais nºs 35562 e 35563, 38661 e 38669, 44298, 44301, 44323, 44818, 44858, 41219, 41221, 44298, 44301, 44323, 44818, 44858, 41219, 41221, 45016, 45878, 45889, 45890, 47745, 47746, 47747, 47754, 47759, 48271, 47831, 47834 e 47835 emitidas no período autuado, mas canceladas após o prazo permitido pela legislação, ficando ativas na base da SEFAZ/BA.

Destaca que a manutenção da autorização eletrônica das notas, para os registros da impugnante, tais operações jamais ocorreram em virtude de seu cancelamento, ou seja, não circularam e, desta forma, não existiu fato gerador a impor a cobrança do ICMS.

Ressalta que não houve circulação das mercadorias descritas nas referidas notas fiscais, considerando que estas foram canceladas. No entanto, por problema na comunicação entre o sistema da autuada e o da SEFAZ, o cancelamento não foi registrado no órgão fazendário, mas tão somente nos registros contábeis e fiscais da empresa, como pode se verificar nos documentos colacionados. Junta tela do devido cancelamento das Notas Fiscais nºs 35562 e 35563 de Agosto/2014, da Nota Fiscal nº 38661 de Setembro/2014 e da Nota Fiscal nº 38669 de Setembro/2014, no registro do autuado.

Esclarece que, apesar do zelo desta impugnante, em todo o seu sistema operacional, esta deixou de proceder à comunicação do cancelamento das citadas Notas Fiscais ao sistema da SEFAZ/BA. Acrescenta que como é possível aferir da análise dos registros da impugnante, bem como do livro de Registro de Saída colacionado a presente defesa, as operações, que se supõe ser objeto da presente autuação, foram canceladas, razão porque não há de falar em recolhimento do tributo.

Assim, demonstrada a inexistência do fato gerador, uma vez que foram canceladas as Notas Fiscais, afirma que o presente feito não pode prosperar, posto que o lançamento como fonte de constituição do crédito tributário, deve ser certo de modo a espelhar e comprovar a exigência fiscal. E no presente caso, as provas carreadas aos autos, demonstram que o Fisco promoveu um lançamento sem fato gerador do imposto.

Argui que se efetivamente tivesse ocorrido alguma irregularidade por parte da impugnante, seria, unicamente, o pretenso descumprimento de obrigação acessória relativamente ao procedimento de registro de cancelamento da nota no portal da SEFAZ/BA, o que, como cediço, apenas autoriza a aplicação de multa (art. 113, § 3º, do CTN), mas nunca para permitir concluir-se que, por descumprimento de uma obrigação acessória, ter-se-ia “convalidada” a ocorrência de fato

gerador inexistente.

Assevera que considerando o erro de apuração levantado, e que por uma falha sistêmica o cancelamento das notas fiscais não foi informado no sistema da SEFAZ/BA, a necessidade de perícia contábil é cogente para o deslinde da questão, posto que o levantamento levado a efeito pelo fiscal autuante está eivado de vícios de apuração.

Por outro aspecto, sustenta que estando demonstrada a inexistência do fato gerador mencionado pelo Fisco, uma vez que foram canceladas as notas fiscais, o presente feito não pode prosperar, posto que o lançamento como fonte de constituição do crédito tributário, deve ser certo de modo a espelhar e comprovar a exigência fiscal. E no presente caso o Fisco promoveu um lançamento sem fato gerador do imposto, com base exclusivamente nas presunções que não se sustentariam após uma análise pormenorizada da escrita fiscal da impugnante.

Por essa razão, afirma que não pode prosperar a pretensão do Fisco, por ferir não só o princípio da estrita legalidade e da segurança jurídica, mas a todo um conjunto de preceitos constitucionais, como o confisco. Em vista do exposto, e diante da comprovação de que não houve qualquer ato infracional ao ponto de gerar imposto a ser recolhido, a declaração da improcedência total do auto de infração é o único remédio para o presente caso. Assim sendo, como não houve por parte do Fisco segurança quanto aos fatos imputados à defendant, como acima elencado, fica demonstrada a total improcedência do lançamento.

Sustenta que é importante a busca da verdade material, com efetivo confronto da documentação colacionada no processo, como forma de se assegurar a não ocorrência do fato gerador do ICMS discutido, com o fito de confirmar que não houve prejuízo aos cofres públicos, nem intenção por parte da impugnante de apropriar-se indevidamente do imposto.

Junta decisão do STJ que (*Precedente: REsp 284926/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05.04.2001, DJ 25.06.2001 p. 173; STJ. RESP 200602156889. RESP – 901311. 1ª Turma. Rel. Teori Albino Zavascki. 18/12/2007.DJE DATA:06/03/2008*) já sufragou o entendimento sobre a prevalência do princípio da Verdade Material na análise de lides tributárias. Nesse mesmo sentido, colaciona entendimento do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (*1º Conselho de Contribuintes. 5ª Câmara. Acórdão 105-14.935, em 23.02.2005. Rel. Eduardo da Rocha Schmidt. DOU 15.06.2005*).

Assim, diz ser imperiosa a análise acurada nos documentos apresentados na presente peça defensiva, bem como a conversão do processo em diligência, de forma que seja afastada a tese de não recolhimento de ICMS-ST.

Reclama quanto à inaplicabilidade de presunção. Assevera que o fiscal da Fazenda Estadual, ao analisar o Portal da Nota Fiscal Eletrônica, teria constatado a existência de nota fiscal, com situação de autorizada, que não fora considerada no cálculo do tributo devido.

Pontua que a partir dessa presunção, extraiu outra, qual seja, a de que a impugnante teria recolhido a menor o ICMS-ST declarado, tendo efetuado, por tal razão, o lançamento do imposto e a aplicação da penalidade de 150%.

Explica que tais presunções, extraídas a partir de práticas não realizadas pela defendant, não configuraram fato gerador do ICMS. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 155, II, dispõe ser da competência dos Estados o imposto incidente sobre “operações relativas à circulação de mercadorias”.

Cita advertência de Roque Antonio Carrazza, o ICMS, “deve ter por hipótese de incidência a operação jurídica que, praticada *por comerciante, industrial ou produtor, acarrete a circulação de mercadoria, isto é, a transmissão de sua titularidade*” (ICMS. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34/38).

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 – de qualquer tipo em função dos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributárias – que permitam o afastamento de tal premissa.

Assinala que, no caso em apreço, a autoridade autuante alega que a impugnante teria recolhido a menor o ICMS-ST devido com base unicamente nas notas fiscais constantes no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, que, como dito, foram canceladas.

Em outras palavras, sustenta que a cobrança ora combatida decorre de mera presunção do Fisco, que ao constatar a existência das notas fiscais com situação de autorizada, presumiu o pior: que a defendant agiu de má-fé, e que aqueles valores seriam decorrentes da comercialização de mercadorias sem o recolhimento do ICMS-ST correspondente.

Esclarece que não pode o auditor fiscal lavrar o auto de infração em apreço, cobrando ICMS-ST referente à operação supostamente realizada pelo autuado, sem apresentar qualquer comprovação de que esta operação de fato ocorreu.

Frisa que ao lavrar o auto de infração sem verificar outras questões que poderiam ter ocorrido no desenvolvimento da atividade do autuado, o Fisco findou por laborar em equívoco, ao concluir, por presunção, que não houve recolhimento do ICMS devido.

Assim, disse que demonstrada a inexistência do fato gerador mencionado pelo Fisco, uma vez que foram canceladas as notas fiscais em questão, o presente feito não pode prosperar, posto que o lançamento, como fonte de constituição do crédito tributário, deve ser certo de modo a espelhar e comprovar a exigência fiscal. E no presente caso, as provas carreadas aos autos, demonstram que o Fisco promoveu um lançamento sem fato gerador do imposto.

Pontua que por essa razão não pode prosperar a pretensão do Fisco, por ferir não só o princípio da estrita legalidade e da segurança jurídica, mas a todo um conjunto de preceitos constitucionais, como o confisco. Conclui que a infração consignada no lançamento fiscal ora recorrido é, portanto, improcedente.

Alega perdas, quebras e prejuízos. Observa mais uma inconsistência na autuação, desta vez no que se refere à infração 1, no que diz respeito ao percentual de perda, quebra e prejuízo dos produtos produzidos pelo autuado. Explica que deixou de considerar, a partir de 04/2012, o abatimento de 1% das perdas, quebras e prejuízos decorrentes do processo de industrialização, comercialização, armazenagem, expedição e distribuição.

Esclarece que uma constante na vida das empresas é a quantidade de insumos e mercadorias que são inutilizadas ou deterioradas em face da produção normal, da comercialização ou obsolescência, no decorrer de suas atividades. Neste sentido, quando o autuante vem, via cobrança do imposto sob alegação de não recolhimento do imposto, sem considerar as perdas, está negando validade à determinação legal contida no art. 289, §13º Decreto nº 13.780/12, que determina o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, conforme foi realizado.

Verifica que não há qualquer dificuldade em identificar tais quebras. Primeiro porque a perda, a quebra e o prejuízo estão intrinsecamente relacionados à atividade de industrialização desenvolvida. Segundo, o contribuinte tinha à disposição do Fisco todos os elementos capazes de apurar as quebras de insumos e de produtos acabados ou adquiridos de terceiro, em decorrência da sua atividade.

Acrescenta que a fiscalização não computando as perdas, quebras e prejuízos, está exigindo imposto sem a ocorrência do fato gerador. Cita o art. 289, §13º, que determina o abatimento de 1% no valor devido por substituição tributária nos casos de quebra (perecimento).

Aduz que os itens discriminados na planilha apresentada pelo fisco estão acondicionados em embalagens de vidro, motivo pelo qual a impugnante defende o valor de R\$ 16.083,52 (anexa demonstrativo visualizando a contestação), separados por competência.

Afirma que o Fisco agiu de forma contrária, ou seja, desconsiderando a existência das perdas, quebras e prejuízos, tributando sobre uma base inexistente. Nesse sentido, disse que está o posicionamento do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE - A.I. SF

580.01103/93-0 TATE 8343/94 TJ 3139/94. SIDERÚRGICA AÇONORTE S/ª CACEPE: 18.1.001.0097501-5. ACÓRDÃO N° 0930/95(04); AI SF 190.08397/99-7 TATE 00.469/00-9. DIBEPEL - DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS PETROLINENSE LTDA CACEPE: 18.1.190.0011750-5. ADV: BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO OAB/PE 11.338, MURILO OLIVEIRA DE ARAÚJO PEREIRA OAB/PE 18.526 e OUTROS. ACÓRDÃO 1ª TJ n° 0052/2001(13)).

Nota que o fato do Fisco não considerar as quebras inerentes à comercialização do produto, distorce completamente a verdade material e a realidade apresentada. Fato que torna o auto de infração ilíquido e incerto, devendo o mesmo ser julgado totalmente improcedente.

Volta a reclamar quanto à exorbitância e da confiscatoriedade da multa aplicada. Diz que por cautela existem precedentes do STF.

Destaca que ainda que não acolhidos os argumentos acima, o que apenas se cogita a título de argumentação, subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação às multas aplicadas nos percentuais de 60% e 150% sobre o valor do imposto.

Pontua que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: "(i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco".

No que atine ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente. Em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita exemplo aresto proferido pelo CARF (CSRF. Recurso n° 155.351. Acórdão n° 9101-00.5496. Sessão de 11 de janeiro de 2010).

Afirma que inexiste o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução. Afora isso (= segunda questão), percebe-se que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Disse que por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Refuta que sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais, Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias” (Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 205), dispõe que “os critérios para a fixação das multas tributárias devem obedecer aos padrões do princípio da razoabilidade, isto é, devem levar em conta também se a situação ocorrida foi agravada com dolo ou culpa”.

Frisa que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proportionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco.

Faz observação em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e *erga omnes*), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra à esfera do confisco. Exemplifica com o acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075. De forma didática e clara, o STF (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237) explicitou o fundamento da aplicação de tal princípio às penalidades pecuniárias. Destaca, também, o recente julgado abaixo, em que o STF (RE 754554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-

11-2013) reitera o seu entendimento, para estipular o percentual de 25% como patamar razoável para a aplicação de multa tributária, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não-confisco.

Cita o Ministro Celso de Mello lembra que a Carta Constitucional de 1934, em seu art. 184, parágrafo único, estabelecia o valor máximo aplicável às multas fiscais, que não poderiam exceder 10% sobre a importância do débito, e que, apesar de o texto constitucional vigente não ter reproduzido expressamente a referida vedação, isso não significa que permita a utilização abusiva de multas fiscais cominadas em valores excessivos, pois, em suas palavras, “*em tal situação, incidirá, sempre, a cláusula proibitiva do efeito confiscatório (CF, art. 150, IV)*”. Disse que como não poderia ser diferente, o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios (*PROCESSO: 200984000040738, AC496126/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 21/11/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 28/11/2013 - Página 144; TJPE. Apelação / Reexame Necessário 218992-2. Rel Des. Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello. Publicação: 02/02/2012; TJRN. Apelação Cível nº 2013.012645-2. Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho. 3ª Câmara Cível. Publicação: 12/11/2013*).

Afirma que não poderia ser diferente, vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Requer, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Pede que em razão do recolhimento integral do ICMS ST apurado no período, e a ausência de valores retidos e não recolhidos, requer a impugnante a admissibilidade e provimento desta peça defensória para reconhecer/declarar a improcedência da autuação, no tocante à infração remanescente; ou ainda, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada, ou, ao menos, sua redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Protesta-se provar o alegado por todos os meios em direito permitidos, tais como a juntada posterior de documentos, e, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, o que desde já se requer, sob pena de cerceamento de defesa. Por fim, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, cujo endereço encontra-se descrito no preâmbulo desta peça impugnatória.

Na informação fiscal prestada, às fls. 134/136, os autuantes observam que o autuado reconhece os valores referentes à infração 02 em sua totalidade no valor de R\$22.412,49, bem como reconhece a infração 1, no valor principal de R\$518.916,49, anexa planilha. O autuado informa ainda que promoveu o recolhimento do referido crédito (fl. 44), e solicita juntada posterior de comprovante de pagamento.

Em relação à Infração 01 (fl. 44 verso), diz que foi desconsiderado o abatimento de 1% do imposto devido por substituição tributária a título de quebra, conforme art. 289, § 13 do RICMS/BA.

Em relação ao exposto, concordam com o autuado e verificam que realmente não abateram essa perda, por conseguinte se quitado o débito, conforme planilha anexa pela impugnante (fl.43 verso), consideram extinto o crédito referente à infração 1.

Em relação à infração 2, destacam que o autuado reconhece o crédito lançado e informa que promoveu o seu total recolhimento, solicitando juntada posterior de comprovante de pagamento. Realizado o pagamento em sua totalidade consideram extinto o crédito tributário.

Restando a impugnação à infração 3:

O sujeito passivo informa (fl. 44 verso), que as notas fiscais foram canceladas, e seu fato gerador jamais se concretizou, sendo a autuação um mero exercício de presunção da autoridade fiscal, que sem analisar os documentos fiscais e contábeis do contribuinte, autuou a impugnante com base exclusivamente nas notas fiscais que permanecem autorizadas no sistema fazendário.

Discorre sobre a exorbitância da multa aplicada, e diz que a mesma tem o intuito confiscatório no lançamento perpetrado pela autoridade autuante. E continua nessa linha em toda sua defesa.

Cita as Notas Fiscais (35.562, 35.563, 38.661, 38.669, 44.298, 44.301, 44.323, 44.818, 44.858, 41.219, 41.221, 45.016, 45.878, 45.889, 45.890, 47.745, 47.746, 47.747, 47.754, 47.759, 48.271, 47.831, 47.834 e 47.835) emitidas no período autuado, mas canceladas após prazo permitido pela legislação, ficando ativas na base da SEFAZ (fl.45 e 46), diz também que o cancelamento só está registrado nos registros contábeis e fiscais da empresa e junta cópia de paginas de livros contábeis.

Lista as notas fiscais ditas canceladas (levantamento nosso):

NF . 35.562- 29/08/2014 – ICMS ST – 4.942,63
NF . 35.563- 29/08/2014 – ICMS ST – 3.379,12+11.826,54 **TOTAL – R\$ 20.148,29**

NF . 38.661– 20/09/2014 – ICMS ST – 8.782,46
NF . 38.669– 20/09/2014 – ICMS ST – 8.782,46 **TOTAL – R\$ 17.564,92**

NF . 44.298- 28/10/2014 – ICMS ST – 10.237,26
NF . 44.301- 28/10/2014 – ICMS ST – 6.267,13+8.645,99+1.044,73
NF . 44.323– 28/10/2014 – ICMS ST – 1.944,83+13.987,43
NF . 44.818- 31/10/2014 – ICMS ST – 9.886,53
NF . 44.858- 31/10/2014 – ICMS ST – 10.237,26
NF . 41.219- 09/10/2014 – ICMS ST – 9.624,42
NF . 41.221- 09/10/2014 – ICMS ST – 8.170,92+2.037,85 **TOTAL – R\$ 82.084,35**

NF . 45.016- 01/11/2014 – ICMS ST – 30.576,58
NF . 45.878- 06/11/2014 – ICMS ST – 2.738,37+355,96+6.582,32
NF . 45.889- 06/11/2014 – ICMS ST – 10.237,26
NF . 45.890- 06/11/2014 – ICMS ST – 10.237,25
NF . 47.745- 17/11/2014 – ICMS ST – 12.841,50
NF . 47.746- 17/11/2014 – ICMS ST – 9.631,50
NF . 47.747- 17/11/2014 – ICMS ST – 10.237,26
NF . 47.754 - 17/11/2014 – ICMS ST – 10.237,26
NF . 47.759- 17/11/2014 – ICMS ST – 9.886,53
NF . 48.271- 20/11/2014 – ICMS ST – 630,63+1.017,64+5.618,37
NF . 47.831- 18/11/2014 – ICMS ST – 10.345,71
NF . 47.834 - 18/11/2014 – ICMS ST – 10.422,27
NF . 47.835- 18/11/2014 – ICMS ST – 10.422,27 **TOTAL – R\$ 152.018,68**

Em relação à “infração 3”, abaixo os valores autuados que foram retidos e não recolhidos:

Agosto 2014 – 20.148,29
Setembro 2014 – 17.564,92
Outubro 2014 – 82.084,35
Novembro 2014 – “130.374,63”

O impugnante aduz que “essas notas fiscais ditas canceladas nos três primeiros meses coincidem com a diferença cobrada, já no último mês (Nov/14) ultrapassa o valor da autuação.”

Por fim à “folha 55” solicita que se não for possível a nulidade da multa aplicada, a sua redução.

Observam que o autuado confessa que não cancelou as referidas notas no prazo permitido pela legislação (fl. 45). O impugnante anexa cópia de documentos contábeis (livro Registro de Saídas “fls. 126 a 128”). Afirman que esses anexos não possuem valor probatório fiscal, também não observaram nenhum documento de cancelamento anexo, mesmo que extemporâneo proveniente do “Portal de NFe da Receita Federal”, e em razão do exposto mantêm a infração na sua integralidade.

Transcrevem artigos do RICMS/BA (Dec. 13.780/12) que discorre sobre a matéria:

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-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, observadas as normas constantes no art. 93. 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. Art. 93. O

cancelamento da NF-e somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido à Administração Tributária que a autorizou.

Art. 94. O contribuinte deverá solicitar, mediante Pedido de Inutilização de Número da NF-e, até o 10 (décimo) dia do mês subsequente, a inutilização de número do documento fiscal eletrônico não utilizado, na eventualidade de quebra de sequência da numeração.

Nas fls. 139/140, constam extratos de pagamentos parcial do débito do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 03 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devidamente relatadas, cabendo à infração 01 a retenção e recolhimento a menos por substituição tributária, à infração 02, falta de retenção do imposto devido por substituição tributária e à infração 03 falta de recolhimento do ICMS retido, devido por substituição tributária.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, não serem necessárias outras provas a serem produzidas, além do fato do que o autuante, em sua informação fiscal, detalha satisfatoriamente as razões dos cálculos e do não acolhimento dos cancelamentos das notas fiscais ditas canceladas, bem como a falta de recolhimento do ICMS-ST exigido, alvo do pedido de diligência.

Cabe destacar quanto aos pedidos de diligência e perícia, que não tem amparo jurídico a arguição de nulidade, pelo não atendimento ao aludido pedido, uma vez que o nosso ordenamento jurídico elegeu como pilar o princípio do livre convencimento do julgador, cabendo a este o exame da necessidade da produção de prova técnica, prova do juízo, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa. Nesse sentido o STJ confirmou recentemente (Resp. 865.803) que o sistema brasileiro de avaliação das provas pelo julgador é o do livre convencimento.

No que tange diretamente ao mérito, verifico que o sujeito passivo reconhece parcialmente a infração 01 no valor principal de R\$518.916,49, anexa planilha e informa à fl. 44 dos autos que promoveu o recolhimento do referido crédito.

Quanto ao valor remanescente não reconhecido pelo impugnante, cabe razão ao sujeito passivo ao arguir que na apuração do imposto o autuante desconsiderou o abatimento de 1% do imposto devido por substituição tributária a título de quebra, conforme art. 289, § 13 do RICMS/BA.

O aludido equívoco foi reconhecido pelo autuante, que concordou em não ter, em seu cálculo, abatido essa perda, legalmente prevista, corrigindo o lançamento com a redução do imposto devido aos valores reconhecidos pelo impugnante, conforme planilha que o mesmo anexa à fl. 43 dos autos.

Assim, cabe a PROCEDÊNCIA PARCIAL da infração 01, conforme demonstrativo à fl. 43, verso, totalizando o valor R\$ 518.916,49.

No tocante à infração 02, o sujeito passivo reconhece a exigência em sua totalidade no valor de R\$22.412,49.

Destarte, tendo em vista que a infração 02 foi exigida em consonância com o devido processo legal, cabe a procedência da infração.

Quanto à infração 03, o sujeito passivo informa, à fl. 44, que as notas fiscais foram canceladas, não ensejando a ocorrência do fato gerador apontado pelo autuante, que a exigência fiscal foi apurada por presunção, sem analisar os documentos fiscais e contábeis do contribuinte e exclusivamente baseadas nas notas que permanecem autorizadas no sistema fazendário.

Conforme reproduz o autuante, em sua informação fiscal, o sujeito passivo cita as Notas Fiscais (35.562, 35.563, 38.661, 38.669, 44.298, 44.301, 44.323, 44.818, 44.858, 41.219, 41.221, 45.016, 45.878, 45.889, 45.890, 47.745, 47.746, 47.747, 47.754, 47.759, 48.271, 47.831, 47.834 e 47.835) emitidas no período autuado, que argui terem sido canceladas após prazo permitido pela legislação, ficando ativas na base da SEFAZ (fls. 45 e 46), diz também que os cancelamentos só estão consignados nos registros contábeis e fiscais da empresa, e junta cópia de páginas de livros contábeis.

No presente caso, verifico que o sujeito passivo, em sua peça defensiva, sustenta que reconhece, à fl. 45 dos autos, que, não cancelou as referidas notas no prazo permitido pela legislação e que as mesmas continuam ativas na base de dados da SEFAZ, contudo anexa, como prova do cancelamento, cópia de documentos contábeis (livro Registro de Saídas “fls. 126 a 128”).

Diante dos elementos trazidos aos autos, bem como do reconhecimento do sujeito passivo de que não houve o cancelamento das notas no sistema da SEFAZ, verifico que os registros constantes dos livros trazidos pelo autuado não são suficientes para comprovar os efetivos cancelamentos das notas fiscais, não havendo qualquer informação ou documento que possa justificar tal providência. O certo é que o sujeito passivo não procedeu conforme determina os artigos 92 e 94 do RICMS/2012, in verbis:

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-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, observadas as normas constantes no art. 93. 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. Art. 93. O cancelamento da NF-e somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido à Administração Tributária que a autorizou.

Art. 94. O contribuinte deverá solicitar, mediante Pedido de Inutilização de Número da NF-e, até o 10 (décimo) dia do mês subsequente, a inutilização de número do documento fiscal eletrônico não utilizado, na eventualidade de quebra de sequência da numeração.

Assim, entendo, em consonância com o autuante, que não restou demonstrado o cancelamento das notas fiscais, portanto não há provas de que as mercadorias não circularam, o que caracteriza, com tal circulação, o nascimento do fato gerador apontado pelo autuante, não cabendo a arguição de que a exigência fiscal foi apurada por presunção, visto que não foi demonstrado o recolhimento do imposto exigido relativo às notas fiscais, alvo da autuação, cuja circulação da mercadoria ensejou a ocorrência do fato imponível, fazendo nascer a obrigação tributária não cumprida pelo sujeito passivo.

No que tange as arguições defensivas de que não cabe a aplicação da multa de 150% da infração 03, tendo em vista que não ficou provado o “*flagrante intuito de fraude*”, entendo que o seu enquadramento está em perfeita sincronia com os fatos apurados, ou seja, houve retenção sem recolhimento do imposto devido por substituição tributária, incorrendo o sujeito passivo em indevida apropriação do imposto cobrado ao adquirente da mercadoria, relativo às operações subsequentes realizadas por esse e pelos demais que comercializarem posteriormente a mesma mercadoria. Assim, a infração se ajusta a multa prevista no art. 42, V, “a” da Lei 7.014/96.

Voto pela procedência da Infração 03.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente

oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissos que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim à Câmara Superior na forma dos art. 159 e 169 do RPAF/BA.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso, aqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0016/15-2**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$791.501,17**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 541.328,98 e 150% sobre R\$250.172,19, previstas no art. 42, incisos II, "e" e V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR