

**PROCESSO** - A. I. N° 298624.0016/15-2  
**RECORRENTE** - AMBEV S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0134-05/16  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/12/2016

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0237-12/16**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5<sup>a</sup> JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 28/07/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte, o Auto de Infração lavrado em 13/11/2015, com o objetivo de exigir da ora recorrente, crédito tributário, no valor histórico de R\$807.584,70 (oitocentos e sete mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e setenta centavos), em decorrência do cometimento de 3 (três) infrações, sendo objeto do presente Recurso a terceira infração, conforme segue:

*Infração 03 – 08.06.01 – 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 da infração R\$250.172,19.*

Após apresentação da defesa tempestiva às fls. 43 a 55 o autuante prestou Informação Fiscal às fls. 134 a 136, acatando parte da defesa referente à Infração 1, no que tange ao abatimento de 1% do imposto cobrado por substituição tributária a título de quebra (perecimento) e a manutenção na íntegra das demais infrações.

Nessa esteira, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, que optou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, nos seguintes termos:

**VOTO**

(...)

*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 NFe, 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 omisso 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 inconstitucionalidade 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.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JJF, o autuado impetrhou Recurso Voluntário às fls. 163 a 174.

De início lista todas as notas fiscais, as quais alega que foram canceladas, porém após o prazo

permitido pela legislação e por esta razão ficaram ativas na base da SEFAZ.

Explica que, de acordo com o Regulamento do ICMS do estado da Bahia, a Escrituração Fiscal é a via adequada para registro das operações realizadas, bem como para fins de apuração do ICMS recolher. Assim sendo, é falho aquele argumento que se apega a apenas status da nota no portal da NF-e para impor uma tributação.

Esclarece que por uma questão técnica, as notas fiscais permaneceram autorizadas no Portal da SEFAZ, porém não houve a circulação de mercadorias ensejadoras da autuação. Desta forma, aduz que uma Decisão que mantém esta infração afronta os princípios basilares do direito tributário e do processo administrativo, pois chancela uma autuação arbitrária, feita em bases presumidas, sem qualquer amparo legal ou mesmo nos precedentes do CONSEF.

Exemplifica através de telas do seu sistema interno e através de seus registros contábeis e fiscais que as ditas notas fiscais constam com status de canceladas, todavia informa que apesar de todo zelo, deixou de proceder com a comunicação do cancelamento das referidas notas fiscais.

Entende que, se tivesse ocorrido alguma irregularidade por parte do recorrente, seria, unicamente, o pretenso descumprimento de obrigação acessória relativamente ao procedimento de cancelamento das notas fiscais no Portal e desta forma deveria ser cobrada a multa específica, conforme estabelece o Art. 113, § 3º do CTN.

Quanto à multa, reclama do percentual aplicado de 150% sobre o valor do imposto. Explica que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar:

- i. A ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude;
- ii. A exorbitância da penalidade aplicada em violação do princípio do não-confisco.

Coleciona várias Decisões do STJ e STF nesse sentido.

Alega que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte e não como medida educadora, desta forma requer o reconhecimento da improcedência da multa aplicada ou para sua redução a patamar razoável, entre 20% e 30%.

Solicita perícia e diligência fiscal-contábil, para provar o alegado por todos os meios de provas permitidos em direito, tais como a juntada posterior de documentos, a fim de se evitar o cerceamento de defesa e o desprezo à verdade material que deve nortear os lançamentos tributários.

Por fim, sob pena de nulidade, pede 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, no endereço Rua da Hora, 692, Espinheiro - Recife/PE, CEP: 52.020-015.

Não houve Parecer da PGE/PROFIS.

## VOTO

Trata-se de contribuinte inscrito na condição de substituto tributário, que comercializa bebidas para Estado da Bahia, tendo sido acusado de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações interestaduais que realizou em 2014, para contribuintes deste estado e desta forma, apresenta o presente Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, mais precisamente no que tange à Infração 3.

Antes de adentrar na tese recursal, pude constatar que à fl. 139 consta informação do pagamento em espécie do valor principal de R\$541.328,98 referente à parte reconhecida da Infração 1 e da totalidade da Infração 2, restando apenas a Infração 3 para discussão neste julgamento, já que a JJF acatou a redução realizada pelo autuante em relação a primeira infração, quando este desconsiderou no momento da lavratura do AIMM o abatimento permitido de 1% do valor da base

de cálculo do imposto devido, equivalente a perda (perecimento), prevista no § 13 do Art. 289 do RICMS/Ba, tendo consertado a falha em sua informação fiscal.

Para atacar o mérito da Infração 3, o Recorrente argui que o valor exigido como retido e não recolhido 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, todas emitidas no período autuado, mas canceladas após o prazo permitido pela legislação, ficando ativas na base da SEFAZ/BA.

Destaca que tais operações jamais ocorreram em virtude de seu cancelamento, ou seja, não houve a circulação das mercadorias e, desta forma, não existiu fato gerador a impor a cobrança do ICMS, no entanto, por problema na comunicação entre o sistema do autuado e o da SEFAZ, o cancelamento não foi registrado no órgão fazendário, mas tão somente nos registros contábeis e fiscais da empresa, conforme telas juntadas em seu Recurso.

De início, e com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. O recorrente exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual.

Pelo exposto, vimos que a questão desta lide não é o que tange quanto à alíquota, MVA ou outro indicador que interfira no cálculo do imposto aplicado nesta Infração. Basicamente precisamos analisar a situação das notas fiscais que constam ativas na SEFAZ e com status de canceladas no sistema do sujeito passivo.

O Ajuste Sinief 07/05, que instituiu a nota fiscal eletrônica, concede um prazo de 24h para cancelamento da NF-e, conforme disposto abaixo:

*Cláusula décima segunda: Em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da respectiva NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.*

Tal norma legal, também estabeleceu prazo para inutilização da numeração da NF:

*Cláusula décima quarta: O contribuinte deverá solicitar, mediante Pedido de Inutilização de Número da NF-e, até o 10 (décimo) dia do mês subsequente, a inutilização de números de NF-e não utilizados, na eventualidade de quebra de seqüência da numeração da NF-e.*

Já o Art. 92 do RICMS/Ba repete do prazo para cancelamento da NF-e, que é de 24h conforme reproduzido abaixo:

*Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.*

O autuado afirmou que perdeu esse prazo para cancelamento e que também não fez o comunicado para SEFAZ, como também não inutilizou a numeração. Acontece que no §1º deste mesmo artigo, havia previsão para emissão da NF-e de entrada, afim de regularização do quantitativo do estoque e demais, há época dos fatos geradores.

De Outubro e novembro de 2014, conforme segue:

*§ 1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso.*

De Agosto e setembro de 2014, conforme segue:

*§ 1º Após o prazo máximo referido no caput, fica admitida a emissão de Nota Fiscal (entrada) para reposição da mercadoria no estoque e utilização do crédito fiscal, quando for o caso.*

Percebe-se que a redação do texto previsto neste Parágrafo foi alterada apenas para ser acrescentado o termo “desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria”, conforme

alega ter ocorrido o recorrente, contudo, conforme expôs, o autuado também não emitiu a NF para regularização da situação, apenas cancelou as mesmas em seu sistema contábil/fiscal.

Apenas essa ação e as telas reproduzidas em seu Recurso voluntário não servem como documento probatório de que as mercadorias não transitaram e que as notas fiscais de fato, porém não de forma oficial, estariam canceladas.

Pelo que não foi trazido pelo Recorrente, suponho que também não houve nenhum registro desta ocorrência no RUDFTO da empresa.

A 5<sup>a</sup> JFF assim tratou da questão:

(...) 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.(...)

Pelas mesmas razões, mantendo Decisão recorrida, todavia indico que caso o contribuinte possa preparar um dossiê com cópias das NF-e canceladas e substitutas (se for o caso), informações do cancelamento em seu SPED Contábil, declarações das empresas destinatárias ratificando o não recebimento das mercadorias e o que mais houver de elementos de comprovação, poderá, com fulcro no quanto previsto no artigo 113 do RPAF, requerer a revisão do lançamento em sede de controle de legalidade junto à PGE.

Quanto ao questionamento da exorbitância da multa, a penalidade está prevista na legislação tributária (artigo 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96) fugindo à competência deste Conselho de Fazenda julgar eventuais inconstitucionalidades, ou os alegados efeitos confiscatórios, bem como o pleito de redução.

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, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente aplicada no caso de apropriação indébita ora apurada.

Quanto a solicitação para encaminhamento das intimações em nome do advogado, informo que as intimações são realizadas com base no Art. 108 do RPAF/BA.

Desta forma, 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 298624.0016/15-2, lavrado contra AMBEV S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, 07 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS