

A. I. N° - 298624.0015/15-6
AUTUADO - AMBEV S.A.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.06.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0098-04/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO.

a) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não contestada. **b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.** Alegações defensivas não elidem a acusação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/11/2015, exige ICMS no valor de R\$398.591,86, acrescido da multas de 60% e 150% em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação deste Estado:

Infração 01 - Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a setembro e novembro a dezembro de 2014 - R\$263.966,66 com multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2014 - R\$144.625,20 com multa de 150%.

O autuado, por meio de advogado, apresenta impugnação ao lançamento fiscal (fls. 26/35 verso do PAF). Após ressalvar a tempestividade de sua defesa, informa que reconheceu e recolheu o valor exigido neste Auto de Infração relativo a infração 01. Em assim sendo, sua insurgência diz respeito tão somente à infração 02.

Afirma que esta infração não pode prosperar uma vez que as operações comerciais, embasadoras da emissão das notas fiscais, foram canceladas. Em assim sendo, o fato gerador do imposto jamais se concretizou. Entende de que a autuação é um mero exercício de presunção, sem análise do conjunto de documentos fiscais e contábeis da empresa e, exclusivamente, baseada na informação de que as notas fiscais permanecem autorizadas no sistema fazendário. Ou seja, o fisco “criou uma nova hipótese de 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”.

Afora tal situação, há, ainda, a exigência da exorbitância da multa aplicada, que se configura intuito confiscatório.

Passa a discorrer sobre a insubsistência da exigência fiscal pela inexistência de fato gerador, em virtude do cancelamento da operação.

Observa que a autuação decorreu do confronto entre os valores recolhidos pela empresa e aqueles decorrente do somatório de notas fiscais eletrônicas autorizadas “nos sistemas da SEFAZ/BA”, nos períodos de outubro a dezembro de 2014, a partir do qual, supostamente, foi verificada uma diferença do ICMS-ST a recolher.

Diz, ainda, que o valor exigido refere-se às notas fiscais de nºs 17415 a 17417, 17801, 17802 e 17996 a 17998, emitidas no período autuado, mas canceladas após o prazo permitido pela legislação, permanecendo “ativas” na base da SEFAZ/BA. No entanto, “*Não obstante 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*”.

Informa que por problema na comunicação entre o seu sistema e o da SEFAZ, o cancelamento não foi registrado no órgão fazendário, mas, tão somente, nos registros contábeis e fiscais da empresa.

Apresenta no corpo de sua defesa um documento intitulado “Documentos Cancelados” que diz ser reprodução do livro Registro de Apuração do ICMS da empresa com registro do cancelamento das notas fiscais 17415 a 17417, 17801, 17802 e 17996 a 17998.

E continua: “*Acontece que, como dito, 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. Ocorre que, como é possível aferir da análise 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*”.

Ressalta que o fato gerador do ICMS é a operação mercantil de circulação de mercadorias, servindo a nota fiscal apenas para documentar a sua ocorrência, jamais para substituí-la. Assim, uma vez cancelada a operação, o documento fiscal, por si só, não tem o condão de manter a exigibilidade de um tributo indevido.

Que manter a autuação quando não há prejuízo para o Estado diante da inexistência de imposto a ser recolhido é confisco. Afora ser lavrado Auto de Infração sem que haja a verificação de questões pertinentes à natureza da operação realizadas, laborando a fisco em equívoco, ao concluir, por presunção, que não houve recolhimento do ICMS devido.

Diz que se, efetivamente, tivesse ocorrido alguma irregularidade por parte da empresa, esta seria, unicamente, de descumprimento de obrigação acessória (art. 113, § 3º, do CTN), relativamente ao procedimento de registro de cancelamento da nota no portal da SEFAZ/BA, mas nunca a ocorrência de fato gerador inexistente.

Por tais razões, entende necessária perícia contábil para o deslinde da questão, vez que o levantamento fiscal encontra-se eivado de vícios de apuração, ferindo não só o princípio da estrita legalidade e da segurança jurídica, mas a todo um conjunto de preceitos constitucionais, como o confisco.

Pelo exposto, conclui tal tópico de sua defesa afirmando de que como não houve qualquer ato infracional restava demonstrada a total improcedência do lançamento.

Passa a discorrer sobre o princípio da verdade material. Nele baseado, afirma que deve ser perquirido o confronto da documentação colacionada no processo, como forma de se assegurar a não ocorrência do fato gerador do ICMS discutido, confirmado, assim, não ter havido prejuízo aos cofres públicos, nem intenção por parte do autuado de apropriar-se indevidamente do imposto. Colaciona julgado do STJ e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda a respeito do princípio da verdade material.

Requer que o processo seja convertido em diligência para análise dos documentos apresentados, de forma que seja afastada a tese de não recolhimento de ICMS-ST.

Discorre sobre a inaplicabilidade de presunção. Afirma que o fisco ao analisar o Portal da Nota Fiscal Eletrônica teria constatado a existência de nota fiscal com situação de autorizada e que não foram consideradas no cálculo do tributo devido. Porém tal presunção não se configura fato

gerador do ICMS, uma vez que apenas as efetivas e comprovadas operações de transferência de titularidade de mercadorias podem ser validadas, não se admitindo presunção – de qualquer tipo em função dos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributárias – que permitam o afastamento de tal premissa. E, mais, que a empresa agiu de má-fé ao comercializar mercadorias sem o recolhimento do ICMS-ST sem apresentar qualquer comprovação de que esta operação de fato ocorreu.

E conclui: *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.*

Em seguida, aduz que, mesmo diante da comprovação da improcedência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade em relação à multa aplicada no percentual de 150% sobre o valor principal, em razão de: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela, o que não o fez, impondo-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco, do que transcreve farta jurisprudência. Por fim, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, a sua redução a patamares razoáveis (entre 20% e 30%).

Por fim, requer:

1. A improcedência da infração 02 ou ainda, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada, ou, ao menos, sua redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).
2. Provar o alegado por todos os meios de provas permitidos em direito, tais como a juntada posterior de documentos, e, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, o que desde já requer, sob pena de cerceamento de defesa.
3. E, igualmente, 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.

O autuante (fls. 118/119) após sintetizar a defesa apresentada, analisa as notas fiscais que disse o impugnante terem sido canceladas. Apresenta a seguinte situação:

Nº NF	DATA	ICMS-ST
17.415	31/10/2014	34.499,75
17.416	31/10/2014	24.600,91
17.417	31/10/2014	17.246,00
TOTAL		76.346,66
17.801	06/11/2014	11.333,35
17.802	06/11/2014	10.060,92
17.996	09/11/2014	9.709,50
17.997	09/11/2014	27.690,32
17.998	09/11/2014	10.259,85
TOTAL		69.053,94

Com tal quadro, afirma que somente nos dois primeiros meses (outubro e novembro) as ditas notas fiscais canceladas ultrapassam o valor do imposto devido.

Observa que não houve o argumento de notas fiscais canceladas referentes ao mês de dezembro.

Em seguida, transcreve os arts. 92, 93 e 94, do RICMS/12 onde constam as determinações legais sobre como deve o contribuinte proceder no caso de cancelamento de NF-e's.

VOTO

Preliminarmente a empresa acata a exigência do imposto relativa à infração 01 que diz respeito à retenção e recolhimento a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta ás fls. 123/124 o pagamento efetuado.

Não havendo lide a ser decidida, esta infração é mantida.

A insurgência da empresa ancora-se na infração 02 que trata da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O impugnante requer perícia e diligência fiscal-contábil para provar as suas alegações. Afirma que se forem elas indeferidas existirá cerceamento ao seu direito de defesa.

Ressalto de que é cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99), solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito.

Em assim sendo, e nos termos do art. 147 do RPAF, indefiro o pedido para realização de diligência ou de perícia, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como, em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse da empresa e cuja prova, simplesmente, poderia ter sido por ele juntada aos autos, como também, em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Embora o impugnante, ao longo de sua defesa, tenha sempre se referido à improcedência da autuação, traz no bojo de sua argumentação aspectos que poderiam gerar nulidade do presente lançamento fiscal.

Como a defesa assim procedeu, assim igualmente conduzo este voto.

O fato gerador do ICMS (entre outros) é operações relativas à circulação de mercadorias (art. 1º da LC nº 87/96). Para imputação da responsabilidade tributária nas aquisições de mercadorias ela se concretiza com a entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte, ou quando e onde a lei assim indicar (a exemplo da substituição tributária, ora em análise). Em assim sendo, a nota fiscal, via de regra, é suporte de prova do fato gerador do imposto, ou seja, da ocorrência de uma operação comercial no âmbito do ICMS.

Até antes da implantação das NF-e's, o fisco (no caso o baiano) comprovava as aquisições de mercadorias (até prova em contrário) não escrituradas pelos seus contribuintes através dos documentos fiscais capturados pelo sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda, ou mesmo através das vias fixas dos talonários dos fornecedores ou por aqueles documentos fiscais que estão incluídos no sistema SINTEGRA. Como tais documentos fiscais eram eles, todos, emitidos sem qualquer participação do controle dos fiscos estaduais (ou mesmo federal) se detectavam, corriqueiramente, inúmeras irregularidades que influenciavam, sobremaneira, no controle das receitas públicas.

No entanto, as notas fiscais eletrônicas (NF-e) surgiram no mundo jurídico em todos os Estados, Municípios e União. É um documento de existência apenas digital e armazenada eletronicamente com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços. Devem ser autorizadas pelo fisco para serem emitidas. Embora esta autorização pelas Secretarias de Fazendas signifique, apenas, que o Órgão Fazendário recebeu uma solicitação para a realização de uma determinada operação comercial a partir de determinada data e que verificou, previamente, determinados aspectos formais, o pedido desta autorização somente pode ser realizada através de certificação digital (e somente assim), após seguir todos os trâmites legais previstos na legislação posta (convênios, ajustes SINIEF, regulamentos, etc).

E adentrando na questão em lide, o Ajuste SINIEF 07/05 que instituiu a NF-e em âmbito nacional, na sua Cláusula décima quinta-A indica as ocorrências relacionadas com as mesmas (denomina como “Evento da NF-e”). Entre elas, encontra-se o cancelamento, conforme disposto na cláusula décima segunda (§ 1º, I). E na sua Cláusula décima terceira determina todos os procedimentos a serem seguidos pelo emissor do documento fiscal quanto a tal evento. Além disto, obriga o contribuinte ao registro do documento fiscal (Cláusula décima quinta-B, I, “b”) e expressamente determina na sua Cláusula décima oitava, § 1º: *Aplicam-se à NF-e, no que couber, as normas do Convênio SINIEF S/Nº, de 15 de dezembro de 1970. As NF-e canceladas, denegadas e os números inutilizados devem ser escriturados, sem valores monetários, de acordo com a legislação tributária vigente* (grifo não original).

E tais determinações foram absorvidas pelo RICMS/12, conforme pontuou o fiscal autuante.

Feitas tais considerações e analisando as peças processuais:

1. O impugnante confessa de que não seguiu as determinações legais conforme acima descritas em síntese. Em assim sendo e por sua exclusiva conta, deixou de comprovar, em sua inteireza, suas operações comerciais, correndo o risco de que, posteriormente, não pudesse mais assim agir. Neste momento, observa-se de que as datas dos fatos geradores foram de 2014 (outubro, novembro e dezembro) e a autuação de novembro de 2015. Teve ele todo este prazo para corrigir os erros ditos cometidos, não o fazendo. E aqui observo: acaso exista o cancelamento de uma nota fiscal, ela é realizada não no específico site da Fazenda Estadual, como afirma o defendant, mais sim, no da Receita Federal que tem o comando sobre a matéria ora em discussão, já que gerencia o assunto em todos os estados da federação brasileira.
2. Que as operações comerciais referentes às NF-E's nºs 17415, 17416, 17417, 17801, 17802 e 17996 a 17988 foram canceladas, trazendo aos autos um formulário denominado de “Documentos Cancelados no período de 01/10/2014 a 31/12/2014” (fl. 114). Afirma ele, inicialmente, ser o seu livro Registro de Apuração do ICMS e, após, ser o livro Registro de Saídas (fl. 28). Entretanto tal documento não é nem o livro Registro de Apuração do ICMS, nem, tampouco, o livro Registro de Saídas. Trata-se de documento de controle interno que não tem qualquer força probante e, inclusive, ao que tudo indica, trata-se de controle, por período (01/10 a 31/12/2014), do registro de quantidades de notas fiscais de entradas, de saídas e aquelas canceladas no referido período da empresa - apresentada somente duas páginas.
3. A colocação feita pela autuante, quando de sua informação fiscal, tem pertinência. A auditoria foi realizada da seguinte forma: o fisco levantou as notas fiscais emitidas pela empresa a este Estado em operações comerciais no período de outubro, novembro e dezembro de 2014. (fls. 14/17 exemplificativo e completo no CD de fl. 19). Em seguida, levantou todos os pagamentos efetuados (por substituição tributária) a este Estado (fls. 18). Exigiu a diferença apurada do ICMS.

As NF-e's são inúmeras, conforme levantamento constante no CD. A empresa somente se insurge contra aquelas já nominadas e ditas canceladas.

Ao observar os valores exigidos na presente autuação nos meses de outubro e novembro de 2014, são eles, respectivamente, de R\$51.615,04 e R\$58.348,51. Admitindo ser verdadeiro o cancelamento das NF-e's apontadas pelo impugnante, deveriam ser excluídos da autuação, nestes dois meses, os valores de R\$76.346,66 e R\$69.053,94 (soma do ICMS dos referidos documentos fiscais), resultando em um recolhimento mensal a maior pela empresa nos valores de R\$24.731,62 e R\$10.705,43. Esta situação foi aventureira quando da impugnação. Pergunto: como uma empresa recolhe indevidamente ICMS nesta grandeza de valor e não busca recuperá-lo?

4. A empresa não acostou aos autos o seu livro Registro de Saídas, nem sua escrituração fiscal, nem, tampouco, os documentos fiscais ditos cancelados para demonstrar o que alega. Lembro neste momento de que tais documentos são de propriedade da empresa, estando à disposição do fisco, quando este assim necessitar.
5. Os documentos fiscais continuam no Portal da Nota Fiscal Eletrônica e, para os fiscos estaduais e federal como “autorizados”, sendo, portanto, legítimos e legais para acobertar as operações comerciais realizadas.

Como observado acima, uma nota fiscal, via de regra, é suporte de prova ao fato gerador do imposto. No caso presente, resta provado de que ela serviu para acobertar operações comerciais legais e onde não existe qualquer prova nos autos dos seus cancelamentos. Portanto, prova de um fato concreto, material, não se podendo alegar, como alegado, de que a autuação se deu por presunção sem base legal (sem fato gerador do imposto) ou que não se perquiriu a verdade material, ou mesmo que foi criada “uma nova hipótese de fato gerador do ICMS”. E nesta linha, não se pode aventure simples descumprimento de uma obrigação acessória pelo fato da empresa não ter seguido os procedimentos legais a respeito de um cancelamento de uma NF-e, como quer o defendant. O que resta provado nos autos é o descumprimento de uma obrigação principal, sendo a receita do Estado da Bahia prejudicada.

Diante de todos os fatos e provas neste voto elencados, o ônus de desconstituir os valores do ICMS ora exigidos cabe ao contribuinte, já que único possuidor de documentos que, porventura, possam vir a dar suporte às suas alegações, pois o lançamento fundamentou-se nas informações que foram prestadas pelo próprio sujeito passivo à Fazenda Pública, quer estadual, quer federal.

Portanto, restou cabalmente provada a acusação fiscal, não logrando êxito o impugnante em elidi-la. Não foi ferido, como afirma a defesa, o princípio da legalidade e da segurança jurídica, nem, igualmente, qualquer “conjunto de preceitos constitucionais”.

E no mais, não houve contestação dos fatos geradores do imposto ocorridos no mês de dezembro de 2014.

Quanto ao pedido de exclusão ou adequação da penalidade decorrente do descumprimento da obrigação principal, com base na alegação defensiva do caráter confiscatório da multa, acarretando ofensa às garantias constitucionais, não há como acolher tal pretensão. A penalidade lançada no Auto de Infração está prevista em Lei nº 7.014/96 (art. 42, inc. V, letra “a”), não se incluindo na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de constitucionalidade, nos termos previstos no art. 167 do RPAF/BA.

Por fim, recomenda-se que se proceda às intimações e publicações relacionadas ao presente processo em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, à Rua da Hora, 692, Espinheiro, Recife (PE), endereço indicado no rodapé da impugnação apresentada, considerando que o contribuinte autuado é estabelecido no Estado de Sergipe. Contudo, a referida providência, se não adotada, não ensejará a alegada nulidade de atos subsequentes do processo, caso o sujeito passivo tenha sido devidamente intimado, nos termos do art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298624.0015/15-6, lavrado contra **AMBEV S.A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$398.591,86**, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$253.966,66 e da multa de 150% sobre o valor de R\$144.625,20, previstas no art. 42, VII, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA