

PROCESSO - A. I. N° 207349.3003/16-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AMBEV S.A.
RECORRIDOS - AMBEV S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0143-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0065-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infração devidamente reduzida pelo autuante quando do reconhecimento do cancelamento das notas fiscais de venda apresentada pela recorrida. Recurso de Ofício Não Provado. Não tendo a recorrente observado os procedimentos legais para cancelamento da Nota Fiscal eletrônica, deveria pois, trazer provas robustas da não circulação, tais como livros fiscais próprios, livro de entrada do destinatário das mercadorias, mas assim não o procedeu. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário contra Decisão proferida pela 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 18/08/2017 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte, o Auto de Infração lavrado em 23/12/2016, com o objetivo de exigir da ora recorrente, crédito tributário, no valor histórico de R\$735.281,78, em decorrência do cometimento de infração única, conforme segue:

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 (08.06.01), ocorrido em maio, agosto e setembro de 2015, acrescido de multa de 150%, prevista na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A recorrente impugnou o referido Auto de Infração tempestivamente fls. 39 a 47 e o autuante em Informação Fiscal às fls. 156 a 163 acata parcialmente as alegações de defesa.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam pela Procedência em Parte o Auto de Infração, reduzindo o valor histórico para R\$671.901,99, conforme voto abaixo transscrito:

VOTO

“Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido de realização de perícia técnica formulado pelo autuado. Não foram formulados os quesitos a serem respondidos que permitissem a demonstração da inexistência das irregularidades apontadas na autuação.

Saliento que não existe qualquer impedimento para que o representante legal do autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação desde que o contribuinte seja intimado nos termos do art. 108 do RPAF.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, observo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Considerando que ficou comprovado pelo autuado que as notas fiscais referentes à exigência de maio de 2015 consistem em devolução, a presente lide remanescente reside na exigência referente aos meses de agosto e setembro de 2015.

Em relação à exigência do mês de agosto de 2015, o autuado alega que requereu o cancelamento da nota fiscal nº 34041, mas ocorreu a rejeição do pedido no sistema da NF-e sem, contudo, indicar o motivo. Desse modo, cancelou o documento apenas no registro de saídas. Anexou, ainda, declaração do destinatário indicado na referida nota fiscal, afirmando que não recebeu a mercadoria descrita no documento fiscal.

Apesar do autuado não ter conseguido o cancelamento da NF-e, cabia-lhe, ainda, a opção de emissão de nota fiscal de entrada para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, o que indicaria que a nota fiscal anteriormente emitida não correspondeu a uma saída efetiva, conforme disposto no § 1º do art. 92 do RICMS/12. Além desta obrigação acessória que não foi cumprida, o autuado também poderia encaminhar requerimento à SEFAZ pleiteando o cancelamento da referida nota fiscal.

Estas medidas afastariam a presente exigência fiscal, haja vista que comprovaria que a nota fiscal não correspondeu a uma circulação efetiva de mercadoria. A declaração do destinatário de que não recebeu as mercadorias indicadas na nota fiscal não é capaz de impedir a presente exigência fiscal.

A utilização de supostos direitos a créditos, decorrentes de pagamentos indevidos ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, como alegado pelo autuado em relação ao valor reclamado no mês de setembro de 2015, não podem servir para abatimento do imposto devido sem que haja uma verificação fiscal motivada por requerimento dirigido pelo interessado.

De acordo com o art. 74 do RPAF, a restituição de tributo estadual, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente. Após a verificação fiscal, sendo reconhecido o direito, a restituição do indébito seria feita mediante autorização do uso de crédito fiscal, conforme inciso I do art. 75 do RPAF.

A verificação fiscal desse suposto indébito jamais pode ser efetuada no curso do julgamento do processo administrativo fiscal. Os documentos acostados pelo autuado não permitem com segurança atestar o direito à restituição do valor alegado. Num processo de restituição existem diversos pontos a serem observados, como a existência de outros débitos do interessado e a sua escrituração fiscal.

Convém destacar que o encaminhamento do pedido de restituição de indébito não implica em burocracia com objetivo de protelar o uso de um direito líquido e certo do contribuinte. Após o seu encaminhamento, caso não houvesse deliberação, o interessado poderia se creditar do valor pleiteado no prazo de 90 dias (art. 78 do RPAF). Por outro lado, não é possível validar o uso de um suposto indébito como crédito fiscal sem que tenha sido dado ao fisco um tempo mínimo para atestar a legitimidade de seu uso.

Desta forma, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$671.901,99, referente aos valores originalmente cobrados nos meses de agosto e setembro de 2015.”

A 1ª JJF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, recorre de ofício da decisão proferida através do acordão n.º 0143-01/17.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o autuado impetrou Recurso Voluntário.

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 apegue 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 algumas 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.

VOTO

O presente Recurso de Ofício pretende, em suma, a reforma da decisão de piso que promoveu a redução do valor imputado em infração única por falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição e relativo às operações interestaduais realizadas pela recorrida nos meses de maio, agosto e setembro de 2015.

O recorrido é contribuinte localizado em outro estado da Federação, sendo inscrito no Estado da Bahia como Substituto Tributário, estando, portanto, vinculado às normas deste Estado quando da venda de produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária (cervejas), cujos destinatários adquirentes estão aqui sediados.

Veja que o lançamento fiscal foi lastreado em diferenças entre os valores retidos constantes dos documentos fiscais eletrônicos e os valores pagos através de GNRE's, abatendo-se o ICMS-ST das devoluções.

Em sua impugnação, a parte recorrida traz provas de que no mês de maio de 2015 realizou cancelamento de suas vendas, anexando os respectivos comprovantes de cancelamento da operação, bem como os referidos lançamentos no Livro Registro de Entrada.

Ocorre que, a recorrida apresentou a GIA (demonstrativo de notas canceladas) zerada no respectivo mês de maio do referido ano e acabou por induzir a erro o fiscal autuante, quando da lavratura do referido Auto de Infração.

Comprovado o cancelamento da operação de venda, os supostos valores ICMS-ST retido e não recolhidos, lançados pelo fiscal autuante, foram devidamente retirados do demonstrativo, reduzindo a cobrança no valor principal de R\$63.379,79.

Diante do acima exposto, não há como prover o referido Recurso, na medida em que a redução concedida está devidamente lastreada em provas documentais chanceladas e acatadas pelo fiscal autuante.

Nego, portanto, provimento ao Recurso de Ofício.

Passo agora à análise do Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente.

Inicialmente, vale ressaltar que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência do descumprimento de norma disposta por nossa Unidade Federativa relativa a operações vinculadas a comercialização de bebidas por contribuinte sediado em outro Estado e inscrito na

condição de Substituto Tributário neste Estado da Bahia.

Preliminarmente, alega o recorrente que não é admissível a imposição de carga tributária sem a comprovação de um fato gerador correlato que justifique a exação, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa ao Fisco estadual.

Aduz ainda a recorrente que a manutenção do lançamento fiscal nos termos articulados pelo autuante caracteriza descompromisso com a verdade material, devendo ser considerada totalmente improcedente o referido lançamento fiscal.

Ocorre que, o presente caso revela um lançamento fiscal específico de cobrança de ICMS-ST retido e não recolhido com base em documentos fiscais, comprovadamente emitidos pela recorrente e cujos documentos de arrecadação não constam no sistema da SEFAZ-BA.

Registre-se que a recorrente reitera seu pedido de perícia técnica contábil, inicialmente formulado em sede de impugnação. Não vislumbro, contudo, notadamente em sede recursal, qualquer novo elemento ou demonstração de supostas irregularidades apontadas em seu desfavor e que poderia, se fosse o caso, justificar a realização da requerida prova técnica. Assim sendo, com fulcro no art. 147, inciso I, "a" do RPAF/99, mantenho o indeferimento exarado pela decisão de piso.

E especificamente quanto ao mês de maio de 2015, alega a recorrente que o valor residual de cobrança se refere especificamente à nota fiscal (Nota Fiscal nº 34041) emitida pela recorrente em 13/08/2015, mas supostamente cancelada, conforme documentos probatórios acostados aos autos.

Além dos "prints" de tela dos seus livros fiscais, traz a recorrente declaração do destinatário (CRBS S.A- CDD SALVADOR) de não recebimento da referida Nota Fiscal nº 34041.

Destaca a recorrente que o documento fora cancelado antes mesmo da circulação das mercadorias, o que afasta a exigência do ICMS-ST, haja vista a inexistência de fato gerador.

Não obstante a verossimilhança das referidas alegações, atrelado a indicação de documentos fiscais que atestam o quanto alega a recorrente, há de ser mencionado que não há qualquer registro de cancelamento da referida nota fiscal junto a SEFAZ/BA.

Dessa forma, e em que pese ter apresentado a tela que supostamente atesta o cancelamento de documentos fiscais, não se desincumbiu a recorrente do cumprimento do quanto disposto no ordenamento legal que disciplina os procedimentos e obrigações acessórias em referência ao referido procedimento fiscal, em especial o efetivo cancelamento junto ao órgão competente.

Assim sendo, não identifico nos autos, por exemplo:

- Prova do Cancelamento junto ao órgão fiscal;
- Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (Rudfto), modelo 6, destinado à lavratura de termos de ocorrências pelo Fisco ou pelo contribuinte, conforme RICMS-BA/2012, art. 224, "caput" com intuito de demonstrar o tempestivo registro do fato ocorrido (cancelamento do documento fiscal);
- Livro Registro de Entrada com o lançamento do documento, objetivando a necessária reposição da mercadoria no estoque;
- Livro Registro de Entrada do destinatário da mercadoria, comprovando a ausência de qualquer registro na data do respectivo documento fiscal.

Registre-se que a cláusula 12º do Ajuste SINIEF 07/05 c/c com o próprio RICMS/Ba em seu artigo 92 disciplinam os procedimentos ora mencionados, concedendo um prazo de 24h para cancelamento da NF-e, desde que não tenha ocorrida a circulação da mercadoria.

Assim sendo, e não tendo a recorrente observado os procedimentos acima referidos, deveria, pois, em sede recursal, trazer provas robustas da não circulação, os seus livros fiscais, além do

livro de entrada do destinatário das mercadorias, mas assim não o procedeu.

Esclareço que a redução de multa só é aplicada por este colegiado quando relacionada à obrigação acessória, conforme estabelece o art.158 do RPAF e §7º do art.42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo, portanto, a análise quanto a alegada exorbitância da multa aplicada nas referidas infrações, na medida em que está em conformidade com a legislação em vigor.

Em referência às alegações de inconstitucionalidade e abusividade da multa aplicados no presente caso, cabe relembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade das penalidades previstas na legislação estadual, bem como para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA.

Não é, portanto, nesta Câmara de Julgamento Fiscal o foro apropriado para a discussão de uma possível inconstitucionalidade de norma tributária estadual, como arguido pelo recorrente.

Diante do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207349.3003/16-5**, lavrado contra **AMBEV S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$671.901,99**, acrescido de multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS