

**A I N°** - 269616.0007/06  
**AUTUADO** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV  
**AUTUANTE** - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 05/06/2007

## 5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF N° 0116-05/07

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto retido por substituição tributária e o recolhido. Comprovado nos autos que parte dos valores exigidos foi neutralizada com a devolução das mercadorias. Infração parcialmente caracterizada. Não acatada à arguição de decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto em lide foi lavrado em 27/12/06, para exigir ICMS no valor de R\$149.533,81, em razão do recolhimento a menos do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado na defesa apresentada às fls. 24 a 32, através de seu representante legalmente constituído (fl. 34), inicialmente esclarece que os valores exigidos na autuação referem-se à circulação de mercadorias que foram devolvidas ao estabelecimento autuado.

Transcreve à fls. 25 e 26, os artigos 652 e 93, VII do RICMS/BA, e afirma que procedeu corretamente creditando-se do valor do ICMS grafado nas notas fiscais de devolução. Diz que em relação às ocorrências 1, 2 e 3, a diferença cobrada de R\$2.835,84 no mês de abril/03, refere-se a devolução de produto, de acordo com as normas anteriormente comentada. Junta cópia do livro de Entrada e de Apuração do ICMS e da nota fiscal de devolução fls. 43 a 109, para tentar provar o alegado. Afirma que o mesmo ocorreu em relação aos meses de maio e julho de 2005, referente aos valores de R\$4.998,23 e R\$1.430,20 respectivamente, conforme documentos juntados ao processo.

Informa que está diligenciando no sentido de localizar a Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição, “que informou o ICMS de devoluções de mercadoria, em obediência ao art. 337-A, § 1º do RICMS/BA”, requerendo desde já a juntada posterior ao processo.

Com relação aos fatos geradores do exercício de 2001, ocorrências 5 a 11, diz que de acordo com o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN), que transcreveu à fl. 28, a autoridade fazendária dispunha do prazo de cinco anos para homologar o crédito tributário e no caso em tela, na hipótese de ter efetuado pagamento em valor inferior ao pretendido, não deve ser aplicado o art. 173 do CTN que pressupõe o não pagamento. Transcreve decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no RESP 470219/SP, cuja relatora foi a Ministra Eliana Calmon, para reforçar o seu posicionamento de que tendo o Auto de Infração sido lavrado em 27/12/06, decaiu o direito do Estado da Bahia de constituir supostos créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos nos períodos anteriores a dezembro de 2001. Requer que sejam julgados improcedentes a exigência fiscal relativa aos fatos geradores correspondentes aos meses de janeiro a agosto de 2001, por entender que são atingidos pela decadência.

Em relação às ocorrências 04 e 12, informa que providenciou o pagamento dos débitos, acrescido de juros e multa, conforme comprovante juntado às fls. 116 e 117 e requer sua homologação.

Com relação à multa aplicada, no que se refere às ocorrências 1 a 3, diz que não se aplica, tendo em vista que as mercadorias foram devolvidas e em relação às ocorrências 5 a 11, por ter decaído.

Diz que, além disso, a multa não pode constituir confisco, devendo ser observado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade previstos na Constituição Federal. No caso em tela, diz que a multa de 150% revela-se excessiva, desproporcional e ofende o princípio da razoabilidade.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, homologando os pagamentos já efetuados, bem como, seja reduzida a multa abusiva aplicada.

Os autuantes, na sua informação fiscal às fls. 119-A a 120, inicialmente discorrem sobre as alegações de decadência e dizem que não procede as alegações defensivas de acordo com o disposto no art. 173, I do CTN e art. 90 do RICMS/BA, que transcreveram à fl. 119-A. Requerem que seja mantida a autuação no tocante aos valores exigidos, cujos fatos geradores ocorreram no exercício de 2001.

Quanto aos valores relativos aos meses de maio/02 e novembro/05, ressaltam que o autuado reconheceu como devido e providenciou o seu pagamento, conforme documentos às fls. 116/117.

Em relação aos valores exigidos referentes aos meses de abril/03 e maio e julho/05, ressaltam que os valores estavam contidos em planilha previamente apresentada ao autuado, porém, verificando os documentos juntados com a defesa, reconhecem que a cópia da nota fiscal de nº 123890 (fl. 50) corresponde ao ICMS devido por substituição no valor de R\$2.835,84, que é idêntico ao reclamado no mês de abril/03. Frisa que na planilha Sintegra à fl. 121, foi registrado no arquivo magnético com o CFOP 2949 ao invés de 2410 e sem apropriação do ICMS devido por substituição, acatando o argumento defensivo.

Quanto aos meses de maio e julho/05, acatam conforme planilha às fls. 122/123, onde constam os valores apropriados nas notas de devolução, com indicação das cópias juntadas no Auto de Infração.

Por fim, dizem que excluídos os valores já pagos relativos aos meses de maio/02 e novembro/05, bem como os correspondentes aos meses de abril/03, maio e julho/05, resta a recolher os devidos do exercício de 2001, totalizando R\$132.885,32.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 133, extrato de relatório do sistema SIGAT, comprovando pagamento no valor de R\$16.726,77.

## VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a nulidade da autuação em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2001, sob o argumento de que a autoridade fazendária dispunha do prazo de cinco anos para homologar o crédito tributário e que não se aplica o art. 173 do CTN, que pressupõe o não pagamento.

O lançamento constitui um ato privativo da autoridade administrativa e mesmo no caso de lançamento por homologação (CTN, art. 150), aplicável ao ICMS, o sujeito passivo obriga-se a apurar o montante do imposto devido e antecipar o pagamento, tais procedimentos não podem ser confundidos com o lançamento em si, ato que por ser privativo da autoridade administrativa não acontece sem sua interveniência. O contribuinte, ao identificar o fato gerador e apurar o valor devido, está simplesmente cumprindo obrigações instrumentais ou acessórias, que lhe são impostas por lei e são necessárias ao cumprimento da obrigação tributária. Apesar de muitas vezes repetir procedimentos idênticos aos realizados pela autoridade lançadora, como apuração da base de cálculo e aplicação da alíquota, o sujeito passivo nunca lança tributo.

O art. 173, I do CTN, incorporado ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

*Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*1 - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

*Art. 107-B*

*§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2001, ocorreram entre o período de 31/01/01 a 31/08/01 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse após o dia 01/01/07, quando completaria cinco anos a partir da data prevista na legislação tributária para contagem do prazo decadencial. Na situação presente, o Auto de Infração foi lavrado no dia 27/12/06, e o contribuinte foi cientificado do lançamento em 29/12/06 (fl. 20), dentro do prazo em que era assegurado legalmente a constituição do crédito tributário, motivo pelo qual rejeito o pedido de improcedência de parte da autuação, pelo fato de que não foram atingidos pela decadência.

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência de ICMS retido a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Quanto aos valores de R\$360,00 e R\$7.024,22, relativos aos meses de maio/02 e novembro/05, ocorrências de nº 4 e 12 (fl. 03), foram reconhecidos como devidos pelo autuado na defesa apresentada. Portanto, não havendo qualquer controvérsia, deve ser mantida a exigência fiscal, no tocante a estes valores.

Relativamente aos valores exigidos de R\$2.835,84, R\$4.998,23 e R\$1.430,20 referentes aos meses de abril/03, maio e julho/05, na defesa apresentada o autuado alegou que procedeu a devolução das mercadorias e utilizou o crédito fiscal, em conformidade com o art. 652 do RICMS/BA, o que foi acatado pelos autuantes. Verifico que conforme demonstrativo juntado pelos autuantes no momento da informação fiscal às fls. 121 a 123, os documentos juntados às fls. 50, 52, 70, 71, 72 e 92, fazem prova das alegações defensivas de que utilizou corretamente o crédito fiscal. Dessa forma, deve ser afastado da autuação os valores acima indicados, totalizando R\$9.264,27, relativo às ocorrências de nºs. 1, 2 e 3 (fl. 03).

Com relação aos fatos geradores ocorridos em 2001, ocorrências 5 a 11 (fl. 3), o autuado não adentrou ao mérito e conforme apreciado na preliminar, não tendo sido acatado o argumento de que se operou a decadência, devem ser mantidos na sua integralidade.

Quanto à alegação de que a multa não pode constituir confisco, verifico que sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Dessa forma, a multa exigida por descumprimento de obrigação principal é a prevista na legislação no art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei 7.014/96. Portanto é legal a multa aplicada e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA.

Por tudo que foi exposto, considero devido o valor de R\$140.269,54. Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

## **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 269616.0007/06-6, lavrado

contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRIACAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$140.269,54**, acrescido da multa de 150 %, prevista no art. 42 inciso V, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS - JULGADOR