

A. I. Nº - 232199.0405/10-1  
AUTUADO - CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV  
AUTUANTE - FÁBIO RAMOS BARBOSA  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET 01.12.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0308-05/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Desconformidade entre o enquadramento da infração (hipótese de incidência), falta de retenção de ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição e o fato imponible que é a retenção e falta de recolhimento do ICMS devido na qualidade de substituto tributário. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/04/2010, exige o valor de R\$12.367,01, acrescido da multa de 60%, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme DANFE 10171 e Termo de Apreensão e Ocorrências e documentos às fls.03 e 04.

Às fls. 17 a 20 o autuado, através de seu procurador, dentro do prazo regulamentar, apresenta defesa ressaltando o reconhecimento da falta de retenção do imposto exigido e seu pagamento sem a multa pelo descumprimento da obrigação principal, assunto em que centra seu protesto por entendê-la abusiva e confiscatória, o que contraria o princípio previsto no art. 150, inciso IV da Constituição Federal. Transcreve excerto doutrinário de Ricardo Lobo Torres e ementa do STF (RE 557452) aduzindo que a multa aplicada também não atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conclui requerendo: (i) seja reconhecido o pagamento do imposto consoante o DAE, que anexa; (ii) a redução da multa abusiva aplicada.

O autuante em sua informação de fls.64 a 70, diz que o autuado reconhece a infração, mas protesta pela redução da multa de forma genérica, sem especificar percentual de redução nem citar preceito legal de suporte. Neste aspecto expõe que o autuado poderia ter recolhido a multa com desconto de até 70%, conforme art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

O autuante descreve a infração como falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, a enquadrando como infringente às Cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 11/91, com a multa de 60%, tipificada no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Na impugnação, o contribuinte expressamente reconheceu o valor que lhe é exigido no lançamento como obrigação tributária principal, inclusive efetuando seu pagamento como demonstram as cópias dos DAES que junta às fls. 58 e 59 dos autos, i 60% do valor do imposto, por entendê-la excessiva, abusiva, coi

irrazoável. Portanto, contrária a princípios constitucionais insertos na Constituição Federal, com o que pleiteia sua redução.

Entretanto, analisando os autos, noto uma flagrante incongruência entre a descrição da infração e os elementos de prova juntados aos autos pelo autuante, isto porque a Nota Fiscal Eletrônica de fl. 6 que respalda a autuação denota que o imposto devido por substituição, no valor de R\$12.387,07, foi retido pelo autuado e apenas não recolhido tempestivamente, o que, no caso, ensejaria, na oportunidade da ação fiscal, uma outra infração que não a descrita no auto, qual seja, a *“falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia”*, que, inclusive, é penalizada com multa de 150%, portanto, mais onerosa que a tipificada nos autos.

Esta clara desconformidade entre a hipótese de incidência a que corresponde o enquadramento legal da infração nos autos e o fato imponível tributário ocorrido, que são situações distintas, inquina o ato administrativo tributário em apreço de insanável vício.

Deste modo, entendo que a divergência aventada, absolutamente vicia o Auto de Infração, uma vez que sua correção neste processo não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Portanto, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, o entendo nulo, mas faço a ressalva que o pagamento efetuado pelo contribuinte deve ser considerado com os efeitos de uma denúncia espontânea de obrigação tributária devida.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232199.0405/10-1**, lavrado contra **CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR