

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 imponível 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 precito 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 subsequentes, 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 5^a 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