

**A. I. Nº** - 281331.1201/13-3  
**AUTUADO** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV  
**AUTUANTE** - JORGE CALMON MONIZ BITTENCOURT e CARLOS ROBERTO SOARES SOUZA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 21. 07. 2014

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0140-01/14**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Os valores dos créditos fiscais pleiteados pelo sujeito passivo foram protocolados na repartição fiscal; regularmente intimado do indeferimento, deixou de proceder ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, caracterizando apropriação indevida de valores recebidos de terceiros, não repassado ao erário, na qualidade de substituto tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/2013, reclama ICMS no total de R\$203.725,91 e multa de 150%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de dezembro de 2010, outubro/dezembro de 2011 .

O autuado apresenta impugnação às fls. 59 a 72, e inicialmente, ressalta a sua tempestividade, argüindo que a contagem do prazo iniciou em 19/12/2013 e terminou em 17/01/2014. Esclarece que em cumprimento ao § 3º do art. 8º do RPAF enviou para o endereço eletrônico [consefprocessos@sefaz.ba.gov.br](mailto:consefprocessos@sefaz.ba.gov.br), a cópia exata da presente impugnação.

Reitera os fatos que ensejaram a exigência, aduzindo que a infração tem como embasamento legal as cláusulas pimeiras e quinta do Protocolo ICMS 10/92, mas que não pode prosperar, na totalidade, pelos motivos a seguir listados. Reconhece a exigência do mes de dezembro de 2010, no valor de R\$ 15.695,89 e diz que é insubsistente o período de outubro a dezembro de 2011.

Explica que procedeu ao pagamento antecipado do ICMS-ST de abril 2010 (R\$ 85.312,16), de junho 2010 (R\$ 107.599,39) e agosto 2010 (R\$ 66.632,49), conforme documentos acostados aos autos. (03), em razão da falta de inscrição interestadual no Estado da Bahia, somente deferida em 16.08.2010.

Explica que pela falta de inscrição não tomou os créditos naquele momento, o fazendo de forma extemporânea no período de outubro 2011, acumulando um total de R\$ 259.544,04 (soma dos créditos não tomados, quando dos pagamentos antecipados), sendo feita uma compensação com o valor de R\$ 73.820,64, referente às operações de saídas da fábrica.

Diz que esse montante de R\$ 73.820,65 é composto do valor de R\$ 65.396,23 (recolhimento de ICMS-ST) e de R\$ 8.424,41 (FECOB), conforme mapa de apuração, possuindo um crédito de R\$ 185.723,40.

Em relação a novembro de 2011, conforme se depreende do livro de apuração de ICMS – DOC 04, a diferença decorre do pagamento antecipado de agosto de 2007, no valor de R\$ 25.610,99, uma vez que não tomou o crédito naquela ocasião. Diz ainda que tomou o crédito de R\$ 831.879,98 (soma das restituições 718844/2010-4, 718847/2010-3, 718823/2013-3, também registrado no livro de apuração, com base no art. 78 do Decreto 7.629/99. Totaliza os créditos R\$ R\$ 857.490,97, havendo o transporte de R\$ 185.723,40 do período anterior.

Dessa foma, explica, que finalizou novembro com um saldo credor de R\$ 959.899,49, a partir do qual compensou o valor de R\$ 23.894,50 (11/2011), restando ainda saldo de R\$ 929.004,99 (DOC 06).

Argui, mesmo diante da comprovação da improcedência da exigência fiscal, a impropriedade da multa no percentual de 150% sobre o valor principal, discorrendo sobre fundamentos, doutrina e jurisprudência acerca do tema. Concluindo que em tais situações, como ocorre nos autos, cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de legislador negativo e afastar a cobrança exorbitante, ante a sua flagrante inconstitucionalidade.

Pede o deferimento para posterior juntada do comprovante de pagamento de dezembro 2010; a improcedência da autuação no período outubro / dezembro 2011; nulidade da multa aplicada ou sua redução para um patamar razoável (20% ou 30%).

Pugna que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Os autuantes prestam a Informação Fiscal, fls. 247 a 248, e esclarecem sobre a alegação defensiva de que o pagamento do período de outubro/dezembro deixou de ser feito em face o direito de restituição de créditos fiscais requeridos à Secretaria da Fazenda, através dos processos sob os nº 718844/2010-4, 718847/2010-3, 718823/2013-3. Diz que encontrou no sistema SIPRO/SEFAZ dois desses processos: 718844/2010-4 e 718823/2010-3, identificado erroneamente pelo autuado como sendo de “2013” e que o processo de nº 718847/2010-3 não consta do sistema SIPRO. Requer a juntada do processo para a conclusão da informação.

Em nova Informação, fls. 252/259, reiteram os fatos coletados como irregularidades no presente auto de infração e as razões da defesa. Sublinha que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo, nos termos do art. 143, RPAF/ BA.

Dizem que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes dos Estado da Bahia, desde 16.08.2010, na atividade econômica de fabricante de cervejas e chopes, sujeita, portanto, à substituição tributária. Destacam o reconhecimento e pagamento feito pelo autuado do valor exigido em dezembro 2010, R\$ 15.695,89.

Com relação ao mês de outubro de 2011, pensam diversamente do autuado, no reconhecimento de valores dos créditos oriundos de pagamentos feitos a maior. Entendem que os créditos devem ser necessariamente autorizados pela Secretaria da Fazenda, na forma regulada pela RPAF (art. 79). A simples compensação não é atribuição dos Auditores. Mantêm o débito original, sem alteração.

No que se refere à exigência de novembro 2011, dizem que verificou os processos de restituição apresentados pelo autuado, sublinhando que não consta do SIPRO o pedido de nº 718847/2010-3. Informam que tais processos estão tramitando desde 2010 e que solicitaram que lhes fossem encaminhados. O processo de nº 718823/2010-3, no valor de R\$ 34.473,04 (fls. 260/264) e o de nº 718844/2010-4, no valor de R\$ 349.376,18 (fls. 265/269) tiveram seus pedidos indeferidos, conforme Aviso de Recebimento de 14.01.2013, antes, portanto, da lavratura do presente auto de infração.

Esclarecem que embora acobertado pela orientação do art. 78, RPAF/BA de que, não havendo deliberação por parte da SEFAZ, em 90 dias, o contribuinte poderia creditar-se do valor objeto do pedido, sublinhando que o parágrafo único desse mesmo artigo determina o estorno do crédito, na hipótese de decisão contrária.

Dizem que também, pelas razões aduzidas, procedente é a exigência de dezembro de 2011. Sobre a multa considerada exorbitante pelo autuado, afirmam faltar-lhes competência para discutir tal percentual. Pedem a procedência do Auto de Infração.

Contam nos autos, o extrato de pagamento de parte do débito, capturado do SIGAT, fls. 272/273.

É o relatório.

## VOTO

Cuida o presente Auto de Infração do lançamento de ofício, relativo à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, em face às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no meses de dezembro 2010 e outubro / dezembro de 2011, conforme Cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92. A acusação fiscal foi reconhecida pelo sujeito passivo, inscrito no Estado da Bahia, na condição de contribuinte substituto (CICMS-CS nº 89.655.683) que, de imediato, procedeu ao recolhimento do imposto e dos juros, referente ao mês de outubro 2010, R\$ 15.695,89, delimitando o objeto da lide aos demais meses, no exercício 2011.

Inerente ao pedido de que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome e no endereço do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, declino que não existe óbice em observar tal pedido. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Nas razões, o sujeito passivo alega a insubsistência da exigência, no período outubro / dezembro 2011, sob o argumento que, na falta da inscrição como contribuinte substituto, não tomou os créditos, naquele momento, o fazendo de forma extemporânea, na compensação dos impostos exigidos no presente Auto de Infração.

Diz que protocolou pedidos de restituição dos créditos, através dos processos 718844/2010-4, 718847/2010-3, 718823/2013-3, totalizando o valor de R\$ 857.490,97, além de registrado no livro de apuração, com base no art. 78 do Decreto 7.629/99.

Os Auditores Fiscais sustentam a identificação no sistema SIPRO/SEFAZ de dois dos processos alegados pelo autuado, 718823/2010-3 (R\$ 34.473,04) e 718844/2010-4 (R\$ 349.376,18), cópias acostadas aos autos, fls. 260/264 e fls. 265/269, respectivamente, que tiveram os pedidos indeferidos. Questionam ainda que tais créditos precisam ser, necessariamente, autorizados pela Secretaria da Fazenda e que lhes faltam competência para promover a compensação, na forma regulada pela RPAF BA, art. 79, aprovado pelo Decreto 7.629/99

O direito não assiste ao contribuinte autuado. Os valores dos créditos fiscais pleiteados pelo sujeito passivo foram protocolados na repartição fiscal desde 2010 e em face ao que dispõe o art. 78 do RPAF/BA, no sentido de que, formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Em contrapartida, o parágrafo único desse mesmo dispositivo orienta que sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis. Disso, não cuidou o contribuinte, considerando que fora regularmente intimado do indeferimento do seu pedido de restituição, antes mesmo da lavratura do presente Auto de Infração, conforme Aviso de Recebimento de 14.01.2013, fls. 267/269.

Cabe destacar com relação à multa aplicada pela fiscalização que a mesma se encontra tipificada na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso V “a”, que dispõe:

**Art. 42.** *Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

**V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:**

**a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;**

Portanto, a multa aplicada é legal. Quanto ao percentual de 150%, que irressigna o sujeito passivo, a 1ª instância do Conselho de Fazenda Estadual não possui competência para reduzi-la, pois imposta em decorrência de descumprimento de obrigação principal, nos termos do art. 42, parágrafos, 7º e 8º da Lei nº 7.014/96.

A multa está adstrita à reserva legal, consoante a dicção do Art. 97, V do CTN, e não se confunde com o tributo. Em verdade a penalidade pecuniária resulta do poder penal do estado, tendo como objetivo resguardar validade da ordem jurídica. Constitui-se em uma sanção de ato ilícito, logo em razão do comportamento devido que não foi realizado. Assim, neste momento da esfera administrativa o pleito de redução da multa não pode ser atendido.

Infração procedente com aplicação da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologado o valor do imposto recolhido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.1201/13-3**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$203.725,91**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor o recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DO SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR