

PROCESSO - A. I. Nº 281331.1201/13-3
RECORRENTE - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0140-01/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0144-11/15

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JF, constante no Acórdão nº 0140-01/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 10/12/2013, em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Período: dezembro de 2010, outubro/dezembro de 2011. Valor: R\$203.725,91.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 274/277):

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 irresigna 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.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 288/301, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Para o período de outubro/2011, esclarece que procedeu com pagamentos antecipados do ICMS-ST, efetuados nos meses de Abril/2010, Junho/2010 e Agosto/2010, em razão da ausência de Inscrição Interestadual para o Estado da Bahia, uma vez que o requerimento para a inscrição foi deferido apenas em 16/08/2010, não tomando os respectivos créditos naquele momento, mas sim de forma extemporânea, no período de Outubro de 2011.

Assim considerando que possuía um crédito no valor de R\$ 259.544,04, decorrente da soma dos créditos não tomados quando dos pagamentos antecipados, foi feita, então a compensação com o deito no valor de R\$ 73.820,64, referente às operações de saída da fábrica.

Destaca que o montante de R\$73.820,64 é composto do valor de R\$65.396,23, referente ao recolhimento do ICMS-ST, bem como do valor de R\$8.424,41, relativo ao FECOP, de modo que, no final do período, ainda possuiria um crédito de R\$185.723,40.

Em relação ao período de Novembro de 2011, argúi que a diferença cobrada decorre do pagamento antecipado, efetuado em Agosto de 2007, no valor de R\$25.610,99, uma vez que não tomou o crédito naquela ocasião, porque ainda não tinha Inscrição Estadual de Substituto Tributário para o Estado da Bahia.

Além disso, alega que tomou o crédito no valor de R\$831.879,98, referente à soma dos objetos dos Pedidos de Restituição nºs 718844/2010-4, 718847/2010-3 e 718823/2013-3, realizado com base no artigo 78 do Decreto nº 7629/99, que transcreve.

Aduz que a soma dos dois créditos, totaliza o montante de R\$857.490,97, que está destacado como crédito do imposto em seu favor, bem como que houve o transporte do saldo credor do período anterior, no valor de R\$185.723,40, para o período em análise.

Conclui que possuía um crédito total de R\$1.051.638,78, o qual, subtraído ao total de saídas, R\$98.739,29, resulta no saldo credor de R\$952.899,49, pelo que não haveria o que se falar em falta de recolhimento do ICMS-ST, considerando que restou comprovado o pagamento do imposto.

Quanto ao período de Dezembro de 2011, assevera que seria decorrente de todas as operações narradas nos tópicos anteriores, por se tratar de meses subsequentes.

Explica que finalizou o período de Novembro de 2011 com um crédito de R\$952.899,49, de modo que a diferença cobrada se deu em virtude da tomada de crédito do saldo mês anterior (11/2011), a partir do qual se compensou o valor de R\$23.894,50, relativo às saídas do período em análise, resultando no saldo credor de R\$929.004,99.

Por fim, discorre sobre a confiscatoriedade da multa aplicada, em face da violação à princípios constitucionais, requerendo sua redução a um patamar razoável.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz, fls. 376/378, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário por considerar que as razões recursais são insuficientes para provocar modificações no julgamento proferido pela primeira instância, considerando que o recorrente não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgamento.

Pontua que no período de outubro a dezembro de 2011 o recorrente deveria ter estornado os créditos fiscais, pois teve seu pedido de restituição indeferido.

Por fim, esclarece que a multa está adequada à infração apurada no lançamento e encontra-se expressamente consignada no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0140-01/14, prolatado pela 1ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, lavrado em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Compulsando os autos vejo que o recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que repete os mesmos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

No meu entender não há reparos a fazer na Decisão recorrida.

Toda a fundamentação recursal parte da premissa que existiriam valores recolhidos a maior que deveriam ter sido compensados/restituídos.

O procedimento para reconhecimento de créditos provenientes de pagamentos feitos a maior, devem ser, obrigatoriamente, submetido à apreciação da Secretaria da Fazenda, conforme previsto expressamente no RPAF, quando dispõe sobre a Restituição de Indébitos.

Nem os auditores, nem o sujeito passivo unilateralmente, nem mesmo este CONSEF possuem competência para conhecer pedidos de restituição de créditos.

Assim, entendo insuficiente os argumentos recursais para modificar a Decisão do período de outubro/2011.

Quanto ao período de novembro/2011, o autuante, ao prestar informação fiscal verificou junto ao Sistema de Protocolo da SEFAZ que os processos de restituição apresentada pelo recorrente como forma de compensação e consequentemente não pagamento do débito apresentado foram

indeferidos, conforme Pareceres finais, emitido pela SAT/DAT METRO/CPROC.

Mantenho a fundamentação apresentada pelo autuante de não ser cabida a compensação realizada pelo recorrente, pois na data da instauração do PAF, 10/12/2013, os indeferimentos já eram do conhecimento do recorrente, feito por AR – Aviso de Recebimento da Empresa de Correio - 14 de janeiro de 2013 – (págs. 263 e 268), conforme determinação regulamentar.

O art. 78 do RPAF prevê que uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Todavia, o parágrafo único estabelece que sobrevindo Decisão contrária irrecorrível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis, procedimento que não foi observado pelo recorrente.

Por fim, no que tange ao período de dezembro/2011, do mesmo modo que os períodos anteriores, o parágrafo único do art. 78 do RPAF, determina o estorno de crédito lançado com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis na hipótese de Decisão contrária.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Por fim, deixo de apreciar pedido de inconstitucionalidade, por faltar a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epígrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.1201/13-3**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o recorrente 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, e homologado o valor o recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS