

**PROCESSO** - A. I. Nº 281331.1201/14-1  
**RECORRENTE** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF Nº 0066-01/15  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 25/11/2015

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0322-11/15**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Alegação defensiva de que passados mais de 90 dias, contados da formalização do pedido de restituição, sem que houvesse deliberação por parte da autoridade competente efetuou o lançamento do valor do débito exigido na autuação não restou comprovada. Não consta na GIA-ST referente ao mês de dezembro de 2013, remetida pelo autuado à SEFAZ/BA, qualquer registro referente à utilização do valor exigido, assim como não consta o registro de GIA-ST retificadora, cuja admissibilidade tem previsão no § 6º do art. 258 do RICMS/BA/12. Não acolhidas as preliminares de nulidade. 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 0066-01/15, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 09/12/2014, 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: outubro e dezembro de 2013. Valor: R\$44.547,07. Multa: 150%.

Consta na descrição dos fatos que: Conforme demonstrado resumidamente na TABELA I: Demonstrativo Informações GIA ST x Arrecadação x ICMS ST Retido NFe - Outubro e Dezembro 2013 (pág 13), demonstrações analíticas na relação de Notas Fiscais Emitidas (ICMS ST RETIDO) de Outubro e Dezembro de 2013 (pág. 14), além da relação de pagamentos feitos em 2013 e 2014; Relação de DAES - Ano 2013 (pág. 15) e Relação de DAES - Ano 2014 (pág. 16). Esta fiscalização teve como base os dados obtidos na base corporativa de NF-e da SEFAZ/BA e informações eletrônicas do contribuinte constante da base corporativa de dados da SEFAZ/BA.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 138/146):

*Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade arguidas pelo impugnante, por erro na tipificação legal da penalidade; afronta ao princípio da legalidade; ausência de liquidez e certeza do lançamento; ofensa ao direito de ampla defesa e do contraditório.*

*Verifico que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista a inexistência dos vícios ou falhas aduzidos.*

*Em verdade, a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, tem como penalidade a multa de 150% do valor do imposto não recolhido, prevista no artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96. Desse modo, não procede a alegação defensiva de que a acusação seria de utilização de crédito fiscal e não falta de recolhimento do ICMS-ST.*

*Também inexistente qualquer ofensa ao princípio da legalidade, haja vista que o lançamento foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS, no caso a Lei nº. 7.014/96, o Regulamento do ICMS – RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, e Protocolo do qual o Estado da Bahia é signatário, sendo correta a indicação no Auto de Infração do artigo 10 da Lei 7.014/96; Cláusula primeira e quinta do Protocolo ICMS nº. 11/91, e artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei n.7.014/96.*

*O fato infracional se encontra descrito claramente, sendo plenamente possível identificar a infração, o infrator, o montante do débito, inexistindo, dessa forma, qualquer cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, assim como a ausência de liquidez e certeza do lançamento aduzida.*

*Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.*

*No mérito, constato que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento do valor do débito referente ao período de outubro de 2013, conforme comprovante de recolhimento acostado aos autos.*

*Consignou o seu inconformismo quanto à parcela referente ao período de dezembro de 2013, sustentando que esta é indevida, pois era detentor de créditos de períodos anteriores decorrentes de pedido de restituição formulado perante o Fisco da Bahia pendente de Parecer final à época do lançamento, conforme o art. 78 do RPAF/99.*

*Passo a examinar.*

*De fato, sob o aspecto da formalização do pedido de restituição de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.*

*Nesse sentido, dispõe o art. 33, § 2º, da Lei nº. 7.014/96, abaixo reproduzido:*

*Art. 33. Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência.*

*(...)*

*§ 2º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.*

*No mesmo sentido estabelece o art.78 do RPAF/99, ou seja, caso não haja deliberação por parte da autoridade competente no prazo de noventa dias, contado da data de protocolização do pedido, o contribuinte poderá lançar a crédito, em sua escrita fiscal, o valor objeto do pedido de restituição.*

*A alegação do impugnante é de que assim procedeu. Ou seja, passados mais de 90 dias promoveu o lançamento em sua escrita contábil, conforme se observa na apuração do ICMS do período autuado, do valor de R\$17.864,12.*

*Ocorre que o fato alegado não restou comprovado.*

*Em verdade, constato que assiste razão ao autuante quando diz que “muito embora a existência do processo de ressarcimento seja fato, o que também foi tempestivamente verificado no trabalho de fiscalização, ficou claro, desde aquele momento, tanto para a auditoria como para o Auditor Fiscal Parecerista que avaliou o pedido de ressarcimento em questão, que não foi usado pelo autuado o crédito que ora pretende demonstrar.”*

*Verifico que, apesar de o pedido de restituição protocolado através do Processo nº. 17230620/13-5 ter sido deferido pela autoridade competente, em 09/03/2015, conforme o Parecer nº. 4445/2015, consta no referido Parecer o registro de que: “Outrossim, compulsando a Guia de Informação e Apuração (GIA-ST) do estabelecimento constatamos que o mesmo não apropriou o valor a título de ressarcimento no período subsequente (2011-2014)”.*

*Observe que o período objeto da autuação impugnado diz respeito ao mês de dezembro de 2013, sendo o registro feito pela autoridade competente que analisou o pedido de restituição de que não houve apropriação do valor “...no período subsequente (2011-2014).”*

*É cediço que a Guia Nacional de Informação e Apuração ICMS Substituição Tributária (GIA - ST) deverá ser remetida à SEFAZ mensalmente, até o dia 10, pelos sujeitos passivos por substituição, inscritos no cadastro estadual na condição de Contribuinte Substituto (CS), consoante estabelece o art. 258 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.*

*Na mencionada guia deverá o contribuinte informar as operações com mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, destinadas a contribuintes situados neste Estado, realizadas no mês anterior, devendo*

*ser especificado o valor dos produtos, o valor do IPI, despesas acessórias, a base de cálculo do ICMS-ST, o ICMS retido por ST, o ICMS de devoluções de mercadorias, o ICMS de ressarcimentos, crédito do período anterior, pagamentos antecipados, ICMS-ST devido, repasse de ICMS-ST referente a combustíveis, crédito para o período seguinte, total do ICMS-ST a recolher e transferências efetuadas (§1º do art. 258 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12 ).*

*Caso o contribuinte, após enviar a GIA-ST à SEFAZ/BA, constata necessidade de correção de dados ou informações, deverá remeter uma GIA-ST retificadora, assinalando com um “x” o campo 2, correspondente à expressão “GIA-ST RETIFICAÇÃO” (§6º do art. 258 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12 ).*

*Verdadeiramente, no presente caso, não consta na GIA-ST referente ao mês de dezembro de 2013, remetida pelo autuado à SEFAZ/BA, qualquer registro referente à utilização do valor de R\$17.864,12, assim como não consta a existência de qualquer GIA-ST retificadora, cuja admissibilidade tem previsão no § 6º do art. 258 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.*

*Quanto à alegação defensiva de que a figura 03 apresentada na defesa, “evidencia a tomada de crédito de R\$17.864,12”, por certo que a apresentação da referida figura, por si só, não se apresenta suficiente para elidir este item da autuação. Diversamente do alegado, não resta evidente a regularidade do lançamento mencionado.*

*Certamente que o inconformismo do autuado, quanto à parte impugnada da autuação, deveria estar acompanhado de elemento probatório que dispusesse consoante exige o art. 142 do RPAF/99.*

*Diante do exposto, a autuação referente ao mês de dezembro de 2013, no valor de R\$17.864,12, também é subsistente.*

*No que concerne ao pedido de cancelamento ou redução da multa, cumpre registrar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a competência para sua apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF, conforme estabelece o art. 176, III, “c”, do RPAF/99:*

*Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):*

*(...)*

*III - através da Câmara Superior, julgar:*

*(...)*

*c) em instância única, pedidos de dispensa ou de redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade;*

*Quanto à alegação de que a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude afasta a possibilidade de aplicação de multa no patamar de 150%, vale registrar que a multa imposta tem previsão no art. 42, V, “a”, da Lei n. 7.014/96, não tendo o legislador estabelecido qualquer aspecto subjetivo sobre a intenção do agente quanto ao cometimento do ato infracional, tendo, desse modo, a Fiscalização agido corretamente.*

*Assim dispõe o acima referido dispositivo legal:*

*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;*

*Por certo que o aspecto subjetivo do cometimento da infração e a sua repercussão somente poderá ser analisado pela Câmara Superior do CONSEF, decorrendo do julgamento daquela instância a manutenção, dispensa ou redução da multa aplicada, conforme venha o contribuinte pleitear.*

*No que tange a alegação de exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não confisco, vale observar que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar e declarar inconstitucionalidade de ato normativo, consoante determina o art. 167, I, do RPAF/99.*

*Por derradeiro, no respeitante ao pedido de que as que as intimações e notificações sejam feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, no endereço indicado na peça de defesa, nada obsta que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido, contudo, observo que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação do contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/99.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

**Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, o Autuado interpôs Recurso Voluntário, às fls. 157/169, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.**

Sustenta nulidade do Auto de Infração por erro na tipificação legal da penalidade imputada, pois não houve a ausência de recolhimento, mas sim utilização de créditos fiscais decorrentes da ausência de deliberação da SEFAZ/BA sobre pedido de restituição formulado.

Diz que seu procedimento encontra-se de acordo com o art. 78 do Decreto nº. 7.629/99, que transcreve.

Esclarece que a autuação decorre de suposto creditamento indevido, razão pela qual a capitulação legal da penalidade arbitrada não poderia ser o artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, mas sim o inciso II, alínea "a", do artigo 42.

Desta forma, entende que a Autoridade Fiscal não tipificou corretamente a infração, o que restringe seu direito de defesa, pois não lhe foi apresentada uma acusação clara e seu suporte legal.

No mérito, reconhece a competência de outubro/2013, cingindo suas razões recursais para a competência de dezembro/2013.

Aduz que em 23/08/2013 formulou pedido de restituição de valores recolhidos a maior, requerimento tombado sob o número do Processo nº 172306/2013-5 e se encontra aguardando análise e ratificação de Parecer fiscal.

Pontua que em dezembro/2013, não havendo manifestação desfavorável, obteve o direito ao lançamento em sua escrita contábil dos créditos fiscais correlatos nos termos do artigo 33, §2º, da Lei nº 7.014/1996, cumulado com o parágrafo único do artigo 78 do Decreto nº 7.629/99.

Assim, passados mais de 90 dias do requerimento, promoveu o lançamento em sua escrita contábil conforme se observa na apuração do ICMS do período autuado.

Argui que do confronto entre créditos e débitos do ICMS ST relativo ao período analisado, inexistia saldo a recolher, haja vista que totalmente adimplidos mediante a utilização de créditos fiscais de períodos anteriores.

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 do Dr. Elder dos Santos Verçosa, fls. 191/194, opina pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário pelas razões a seguir expostas:

Não vislumbra nenhuma das nulidades suscitadas, conforme restou consignado no voto de primeira instância.

Quanto ao mérito, entende que as razões recursais não estão acompanhadas de prova para embasá-las.

Por fim, ressalta que a discussão da exorbitância da penalidade encontra óbice no art. 167 do RPAF.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0066-01/15, 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.

Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício, nem o processo administrativo dele decorrente, incursos em um dos incisos do art. 18 do RPAF.

No que tange à arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa por erro na tipificação legal da penalidade imputada, o art. 19 do RPAF/99, estabelece que: *“A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”*

Ademais, não procede a alegação defensiva de que o fato apurado seria de utilização de crédito fiscal. A acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, sendo aplicada a multa de 150% do valor do imposto não recolhido, prevista no artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

Toda fundamentação do recorrente é que formulou pedido de restituição de valores recolhidos a maior e por conta do quanto disposto no parágrafo único do art. 78 do Decreto nº 7.629/99, passados mais de 90 dias do requerimento, promoveu o lançamento em sua escrita contábil.

Conforme observado pela JJF, não consta nos autos prova de suas alegações.

O pedido de restituição foi deferido em 2015, restando consignado no Parecer nº. 4.445/2015, (fls. 123/124), que: *“Outrossim, compulsando a Guia de Informação e Apuração (GIA-ST) do estabelecimento constatamos que o mesmo não apropriou o valor a título de ressarcimento no período subsequente (2011-2014)”*.

Também na GIA-ST do período (fls. 125/126) inexistem informações do uso de crédito de qualquer natureza.

As telas colacionadas pelo recorrente não são suficientes para comprovar o pagamento do ICMS-ST no valor de R\$17.864,12, com os créditos restituídos, sendo insuficiente, portanto, para elidir a parte impugnada da autuação.

Não se questiona a existência dos créditos, contudo, a mera existência de crédito em favor do recorrente, não elimina a infração, haja vista que esta não adotou os procedimentos cabíveis para recolhimento do ICMS-ST com os referidos créditos.

A arguição de que a multa aplicada tem 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 epigrafado.

## 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 **281331.1201/14-1**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.547,07**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS