

A. I. N° - 281331.1201/14-1
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO SOARES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 25.05.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-01/15

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, Decreto nº 13.780/12. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$44.547,07, acrescido da multa de 150%, em razão do cometimento da seguinte infração a legislação do ICMS imputada ao autuado: “Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.” Período de ocorrência: outubro e dezembro de 2013. 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 Nfe da Sefaz-BA e informações eletrônicas do contribuinte constante da base corporativa de dados da Sefaz-BA.”

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.25 a 46) consignando que se trata de pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Doutor Renato Paes de Barros, nº 1017, 3º andar, Itaim Bibi, na cidade de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.526.557/0001-00, e com filial no Estado do Rio de Janeiro inscrita no CNPJ 07.526.557/0046-01, sucessora por incorporação da Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, inscrita no CNPJ sob o nº 02.808.708/0048-62, e com Inscrição Estadual nº 045.777.028 indicando o escritório na Rua da Hora, nº 692, Bairro do Espinheiro, Recife, Pernambuco, CEP 52020-010, para recebimento de intimações e notificações.

Registra a existência de delimitação do objeto da discussão em face de recolhimento parcial do Auto de Infração.

Esclarece que reconheceu e quitou o crédito tributário referente à competência de outubro de 2013, conforme documento de arrecadação que acosta aos autos, razão pela qual, com base no art. 156, I, do CTN, diz encontrar-se extinto o crédito referente a esta parte da autuação.

Assinala que, desse modo, a impugnação fica adstrita ao valor exigido referente à competência de dezembro de 2013, que, segundo afirma, é indevida.

Sustenta que o referido saldo remanescente inexistente, haja vista que 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.

Alega, por outro lado, a exorbitância da multa aplicada, correspondente a 150% do valor da suposta operação não tributada, afirmando que é inadequada ao caso em apreço, e finda por configurar intuito confiscatório no lançamento de ofício em lide.

Argui, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, sob os seguintes fundamentos: 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.

Aduz que em respeito aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, o Auto de Infração deve apresentar-se revestido dos fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo não só a hipótese de incidência tributária, como também as penalidades devidas, mediante a correta tipificação legal da multa aplicada. Afirma que isto não ocorreu no caso em apreço, pois o lançamento não dispõe dos elementos suficientes e obrigatórios para que possa delimitar exatamente, qual seria a penalidade correta da infração imputada.

Salienta que foi apenado com a multa prevista no artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, residindo o núcleo da regra jurídica tributária pertinente à penalidade aplicada em dois critérios materiais: a retenção do imposto e o não recolhimento do tributo.

Diz que, no entanto, ao analisar o Auto de Infração, observa-se que o imputado recolhimento a menos do ICMS substituto (ST) decorreu da utilização de créditos fiscais conforme autorizado pelo artigo 33, §2º, da Lei n. 7.014/1996, cuja redação reproduz.

Assevera que, assim sendo, não ocorreu a ausência de recolhimento, mas sim utilização de créditos fiscais decorrentes da ausência de deliberação da SEFAZ/BA sobre pedido de restituição formulado.

Assevera que, em verdade, houve o efetivo recolhimento do imposto, porém sob a forma de créditos fiscais, sendo esta uma forma de extinção da obrigação tributária, consoante autoriza o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto Estadual 7.629/99, no seu art. 78, cujo teor transcreve.

Alega que a autuação decorreu de suposto creditamento indevido, razão pela qual a capitulação legal da penalidade imposta jamais poderia ser o artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, uma vez que o fato jurídico imputado não se subsume à proposição normativa indicada.

Consigna que, por boa-fé processual, convém afirmar que, tomando por base a descrição da infração imputada no Auto de Infração, qual seja dedução indevida de crédito fiscal, a penalidade possível de ser aplicada é prevista no inciso II, alínea "a", do referido artigo 42, cujo texto reproduz.

Sustenta que, assim sendo, deve-se declarar a nulidade do lançamento de ofício, uma vez que a penalidade capitulada não corresponde à situação fática verificada nos autos, comprometendo, portanto, todo o lançamento.

Assevera que, nesses termos, resta caracterizado que o Auto de Infração foi lavrado sem certeza da tipicidade da infração imputada, afrontando aos princípios da legalidade, segurança jurídica, oficialidade, verdade material e direito de defesa, incidindo, portanto, na nulidade prevista no artigo 18 do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF/99], cujo teor transcreve. Acrescenta que é do teor do art. 142 do CTN, que a autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente: os fatos geradores, a matéria tributável, calculando o imposto devido, os períodos cobrados e a penalidade cabível.

Aduz que a aplicação da penalidade cabível é um dos elementos que compõe o núcleo essencial do lançamento, de modo que sua precisão é indispensável para tornar possível a pretensão do crédito

tributário exigido. Menciona e reproduz precedentes da SEFAZ/BA nesse sentido, no caso o Acórdão JFJ Nº 0028-04/13 e Acórdão CJF Nº 0225-12/12.

Conclui que resta evidente a nulidade alcança o vício material, este evidente quando o Auto de Infração, que formalizou o crédito tributário, não obedeceu à tipificação correta da penalidade aplicável ao caso.

Prosseguindo, argui a nulidade do lançamento, sob o fundamento de que o enquadramento legal não corresponde à autuação, isto é, ausência da correta tipificação legal da infração.

Diante da descrição da infração pergunta qual dispositivo legal foi infringido, pois o enquadramento legal capitulado no Auto de Infração, art. 10 da Lei 7.014/96, versa sobre a necessidade de acordo entre o Estado da Bahia e outras unidades da Federação para fins de substituição tributária. Ou seja, nada aborda sobre a infração imputada relativa à ausência de recolhimento de ICMS-ST.

Afirma que, desse modo, pelo simples cotejo entre a situação fiscal apresentada e a legislação citada, constata-se que não há elementos suficientes para a subsistência da exigência fiscal.

Assinala que se observa, portanto, a comprovação que o lançamento foi temerário, sem qualquer cuidado com a tipificação legal e a narrativa da infração, cuja análise lhe gera dúvida.

Aduz que a teor do art. 142 do CTN, a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores; a matéria tributável; calculando o imposto devido e os períodos cobrados.

Alega que, não obstante, o autuante não tipificou corretamente a infração, não a descrevendo de forma a espelhar a irregularidade, sendo que essa confusão restringe o seu direito de defesa, pois não lhe foi apresentada uma acusação clara e seu suporte legal.

Assevera que, no caso em apreço, está caracterizado que o autuante não respeitou o preceito legal de que o Auto de Infração deve conter a capitulação legal da imposição, sendo que para esses casos, o art. 18 do Decreto 7.629/99 determina que são nulos, consoante o art. 18 do RPAF/99, cuja redação transcreve. Cita e transcreve decisões do CONSEF nesse sentido, no caso o Acórdão JFJ Nº 0028-04/13 e Acórdão CJF Nº 0225-12/12. Registra que, na mesma diretriz, o entendimento é replicado em outros órgãos fazendários, a exemplo do Tribunal de Recursos Fazendários do Pará – TARF/PA e do Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco – TATE, de cujas decisões transcreve as ementas.

Salienta que não se trata de meras incorreções ou omissões formais, mas sim de omissão que invalida o trabalho fiscal porque lhe retira o seu direito de defesa.

Conclui afirmando que resta evidente a nulidade do Auto de Infração.

Continuando, rechaça a autuação no seu mérito, relativamente à exigência atinente ao período de dezembro de 2013, afirmando que esta é improcedente em face de existência de créditos fiscais originados de pedido de restituição pendente de aprovação, consoante o art. 78 do RPAF/99.

Observa que a autuação gira em torno do fato de ter deixado de recolher o ICMS retido, fato que foi pretensamente constatado pelo cotejo entre as notas fiscais eletrônicas transmitidas e os recolhimentos efetuados na competência de dezembro de 2013.

Diz que, entretanto, apesar do zelo do autuante, este deixou de proceder à verificação de que na data de 23/08/2013 formulou pedido de restituição de valores recolhidos a mais (doc. 03), requerimento que fora protocolizado sob o Processo nº 172306/2013-5. Apresenta tela na qual consta o protocolo da petição, bem como tela do SIPRO (doc. 04), indicando a última movimentação do pedido de restituição em 23/12/2014, indicando que o processo permanece aguardando análise e ratificação de parecer fiscal.

Frisa que, desse modo, em face do protocolo do pedido de restituição em agosto de 2013, em dezembro de 2013, não havendo manifestação desfavorável, detinha o direito ao lançamento em sua

escrita contábil dos créditos fiscais correlatos nos termos do artigo 33, §2º, da Lei n. 7.014/1996, cumulado com o parágrafo único do artigo 78 do Decreto nº 7.629/99 [RPAF/99].

Aduz que, assim sendo, nos termos da legislação acima mencionada, passados mais de 90 dias do requerimento, promoveu o lançamento em sua escrita contábil conforme se observa na apuração do ICMS do período autuado. Apresenta na figura 03 o Livro Registro de Apuração do ICMS ST de dezembro de 2013 (doc. 05), que, segundo diz, evidencia a tomada de crédito de R\$17.864,12.

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

Assevera que, nesses termos, resta evidente que, comprovado o recolhimento do tributo, mediante a compensação com o saldo credor decorrente da não apreciação de pedido de restituição, não há que se falar em ausência de recolhimento do ICMS retido, devendo o Auto de Infração ser julgado improcedente, sob pena de afronta à legislação tributária nacional e baiana, e caracterização de enriquecimento sem causa do Estado.

Conclui que, por todos os aspectos, denota-se a improcedência da exigência fiscal.

Prosseguindo, diz que mesmo diante da comprovação da improcedência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 150% sobre o valor principal.

Afirma que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Quanto à ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela, diz que cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, a qual não foi realizada no feito administrativo subjacente.

Registra que em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Apresenta, a título de exemplo, decisão proferida pelo CARF, reproduzindo a ementa. Afirma que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

No que tange a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco, diz que se percebe que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Observa que por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes. Invoca e reproduz nesse sentido texto de Ricardo Corrêa Dalla.

Destaca que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado, com efeitos vinculantes e erga omnes, o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra à esfera do confisco. Apresenta como exemplo, o Acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075. Aduz que de forma didática e clara, o STF explicitou o fundamento da aplicação de tal princípio às penalidades pecuniárias. Reproduz o teor da decisão. Acrescenta em sua fundamentação, que o Exmo. Ministro Celso de Mello lembra que a Carta Constitucional de 1934, em seu art. 184, parágrafo único, estabelecia o valor máximo aplicável às multas fiscais, que não poderiam exceder 10% sobre a importância do débito, e que, apesar de o texto constitucional vigente não ter reproduzido expressamente a referida vedação, isso não significa que permita a utilização abusiva de multas fiscais cominadas em valores excessivos, pois, em suas palavras, “em tal situação,

incidirá, sempre, a cláusula proibitiva do efeito confiscatório (CF, art. 150, IV)”. Registra que como não poderia ser diferente, o entendimento acima aduzido vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios.

Diz que não poderia ser diferente, uma vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Conclui requerendo o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável, entre 20% e 30%.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a extinção do crédito tributário relativo à competência de outubro de 2013, em função de seu pagamento;
- acolhimento da preliminar arguida para declarar a nulidade do lançamento, diante do erro na tipificação legal da infração;
- a improcedência da exigência fiscal referente à competência de dezembro de 2013, porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação;
- caso não acolhido o pleito anterior, requer a anulação da multa imposta, haja vista a falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%, conforme precedentes do STF;
- que as intimações sejam feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Protesta, ainda, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 112 a 120) salientando preliminarmente que: *... a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal...*, consoante estabelece o art. 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho 1999.

Registra que o autuado é contribuinte regular, desde 04/03/1997, inscrito sob o número 045.777.028 no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, tendo como atividade, fabricação de cervejas e chopes estando, portanto, sujeito à substituição tributária nas suas operações mercantis.

Reporta-se sobre os argumentos defensivos, dizendo que, quanto à delimitação da discussão da autuação, tratará apenas da parcela do débito referente à competência de dezembro de 2013, no valor de R\$17.864,12, haja vista o reconhecimento da parcela atinente ao mês de outubro de 2013.

Esclarece, entretanto, que muito embora o valor principal reconhecido pelo autuado, referente à competência de outubro de 2013, esteja correto, em relação ao crédito tributário exigido, cujo pagamento, por uma questão de ofício, verificou que consta na base de dados da SEFAZ-BA (fls. 121/122), não calculou, neste momento, os valores da multa e dos juros legais incidentes sobre os valores devidos, devendo estes cálculos ser feitos no momento propício, pela área técnica responsável e cotejado com os pagamentos também realizados.

Reporta-se sobre as preliminares de nulidade arguidas, consignando que discorda quanto ao questionamento referente ao enquadramento legal que suporta a infração. Assevera que inexistente qualquer erro no enquadramento apresentado no Auto de Infração.

Afirma que o enquadramento com base no artigo 10 da Lei 7.014/96 c/c com as Cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS nº. 11/91, está preciso. Acrescenta que, mesmo entendendo desnecessário, o art. 10 da Lei n. 7.014/96, refere-se à obrigatoriedade de existência de convênio ou protocolo para que seja imputada a cobrança que consta do Protocolo referido também no Auto de Infração.

Registra também que a tipificação legal da multa está correta quando pautada no artigo 42, inciso V, alínea "a" da Lei n.7.014/96.

Relativamente à argumentação defensiva atinente ao mérito da autuação, aduz que o autuado justifica que detinha, na data do débito referente ao mês de dezembro de 2013, direito a crédito suportado pelo pedido de ressarcimento requerido através do processo numero 172306/2013-5, protocolado em 27/08/2013 no SIPRO. 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.

Assinala que como pode ser verificado, no próprio parecer intermediário da auditoria que analisou o crédito requerido pela autuada, quando constata que "... *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)*", fls. 123/ 124, em nenhum momento, de forma tempestiva, o autuado comunicou o uso do crédito que aqui pretende defender.

Frisa que ao verificar o documento de informação que o autuado é obrigado a apresentar à SEFAZ/BA, GIA-ST, do período, fls. 125/126, não consta a informação de uso de crédito de qualquer natureza.

Observa que como comprovação incontestada do trabalho de auditoria quanto a verificação de possível uso de crédito como forma de pagamento do débito em pauta, enviou em 08/10/2014, mensagem eletrônica à AMBEV, fls.127/128, para apresentação de justificativa quanto aos débitos não quitados e detectados na auditoria.

Registra que em 20/10/2014 recebeu mensagem eletrônica, (fl.129), esclarecendo que, dentre outras justificativas, o débito referente a dezembro de 2013, no valor de R\$17.864,12 havia sido quitado, através do processo de pedido de restituição de crédito de nº SIPRO 214726/2012-9.

Diz que verificou que o referido processo havia sido indeferido pela SEFAZ/BA, e o contribuinte, mesmo após ter conhecimento da condição de indeferimento não providenciou, conforme determina o RPAF, a quitação do débito em discussão.

Consigna que após o Auto de Infração ter sido concretizado, e em sua defesa, o contribuinte cita que o Processo é outro não apresentando nenhuma comprovação que o efetivo uso do crédito estava vinculado ao processo numero 172306/2013-5, como, por exemplo, a GIA-ST do período.

Observa que anexou cópia do encerramento da OS 50877614, feito na auditoria no ato de conclusão e geração do Auto de Infração, onde registrou a verificação quanto ao uso do crédito indicado pelo contribuinte, fls. 130/131.

Frisa que fora melhor e mais correto juízo e tendo em vista a documentação acostada pela autuada, o que transparece, é que somente agora, de forma extemporânea, após ser autuado, é que requer a compensação do débito, com o pretenso crédito que na época buscava deter.

Conclui refutando os argumentos defensivos, dizendo restar não comprovado o uso tempestivo e legal do crédito, mantendo integralmente a autuação.

No que concerne à alegação defensiva referente à exorbitância da multa imposta, manifesta o entendimento de que não lhe compete e sequer tem autoridade para discutir o percentual da multa.

Observa que o seu trabalho, de ofício, é verificar dentro de uma realidade contábil fiscal apresentada, se há ilícitos fiscais e dentro da legislação vigente aplicar as penalidades legais estabelecidas.

Diz que foi o que fez e o presente PAF é o resultado desse trabalho de auditoria.

Salienta que questões formais e de méritos do trabalho realizado são competências e responsabilidades do autuante. Quanto aos ditames legais, diz que não tem competência de discuti-los. Salienta que a multa aplicada é a determinada em lei para o fato que entende enquadrar-se.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

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 impugnada 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, constate a 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 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281331.1201/14-1**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.547,07**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR