

A. I. Nº - 281066.0003/14-6
AUTUADO - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
AUTUANTE - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29.06.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-04/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Autuado comprova a insubsistência de uma parcela da autuação, cujo valor reduzido foi acolhido pelas próprias autuantes. Infração parcialmente subsistente. **b)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Itens não impugnados. Exigências mantidas. Incompetência do órgão julgador para apreciação de questão de ordem constitucional. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência contempla a exigência de ICMS no total de R\$57.869,35 em decorrência da apuração dos fatos a seguir indicados:

1- *Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.* Consta ainda, a título de complemento o seguinte: *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS-ST retido nas notas fiscais listadas nas GIA'S como de devolução, quando na verdade são notas fiscais de transferência, conforme comprovado através Anexo 2 - Anexo de Devoluções e cópias das notas fiscais em questão. Além disso em novembro de 2013 a empresa creditou-se a maior de valor referente a pedido de restituição, que foi solicitado e utilizado em valor maior do que o devido.* Foi lançado imposto no valor de R\$31.651,66 com multa de 150% tipificada no Art. 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - *Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.* Consta, a título de complemento, o que segue: *Efetuoou a retenção a menor do ICMS-ST nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 3.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 10/92.* Neste item foi lançado imposto no valor de R\$21.679,95 com multa de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.

3 - *Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.* Consta, a título de complemento, o que segue: *Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes na nota fiscal do Anexo 4.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 10/92.* Foi lançado imposto no valor de R\$4.537,74 com multa de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com impugnação, fls. 69 a 80, onde, após destacar a tempestividade da defesa e proceder a descrição dos fatos, observa que reconhece como devido parte do lançamento, inclusive realizando o pagamento parcial do crédito tributário no prazo de defesa e passa a impugnar a parte não reconhecida em razão da existência, ao seu entender, de flagrante nulidade.

Antes esclarece que a impugnação gira em torno, apenas, da nulidade constante da infração 1, ocorrência de 30/11/2013 em razão da não indicação das notas fiscais que ensejaram o lançamento, dizendo que as demais foram quitadas dentro do prazo de defesa, razão pela qual encontram-se extintos os créditos tributários na forma do Art. 156, I, do CTN.

Nesta ótica, argui a ocorrência de preterição ao direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei observando que para comprovar suas alegações relacionadas a infração 01, a autoridade autuante, no anexo 02 do auto de infração, junta planilha, que apenas lista as competências de agosto, setembro, outubro e dezembro de 2013, nada informando sobre a ocorrência de novembro 2013. Junta cópia do demonstrativo elaborado pelas autuantes,

evidenciando a ausência de informações sobre o documento fiscal que embasou o lançamento em relação a ocorrência de 30/11/2013.

Com isso, sustenta que tais informações não são suficientes para comprovar a ocorrência da infração imputada ao período de novembro de 2013, bem como não lhe permite apurar a pertinência do lançamento, haja vista que não consta informação dos documentos fiscais que embasaram o auto, acrescentando que não sendo identificadas as notas fiscais que deram origem ao valor cobrado na ocorrência de 30/11/2013, torna impossível a análise por parte do contribuinte acerca da veracidade da infração, em flagrante violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

A este respeito e objetivando a decretação da nulidade desta ocorrência da autuação, cita o Art. 18, inciso II, do RPAF/BA, e o Art. 39 do mesmo Regulamento que estabelece os requisitos necessários à lavratura do auto de infração, cita lição de renomado jurista, decisões do CONSEF a este respeito bem como de Tribunais Administrativos de outros Estados, para requerer ao final a declaração de NULIDADE *"do auto de infração ora vergastado, tudo diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário"*.

No item 5.2 da peça de defesa, discorre a respeito da ocorrência de afronta ao Art. 142 do CTN por estar havendo inversão do ônus da prova, onde cita ensinamentos do Professor Paulo Celso B. Bonilha, e jurisprudência de Tribunais Superiores a este respeito, encerrando seu arrazoadado da seguinte forma: *"Portanto, a conclusão que se impõe é que, apesar de ser dever do Fisco, na sua atividade privativa de lançamento, provar o seu acerto, no caso concreto o autuante, deixou de cumprir sua obrigação, pelo que deve ser considerado inválido e nulo de pleno direito o auto de infração em questão"*.

No item seguinte, argumenta o que denomina da exorbitância da multa aplicada no percentual de 150% sobre o valor principal, defendendo 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, adentrando em seguida com argumentos jurídicos a este respeito, citando, inclusive decisões do STF, para requerer ao final o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

No último tópico da Defesa, requer a Impugnante:

- 1) a extinção do crédito tributário relativo a parte não impugnada da infração 01, a totalidade das infrações 02 e 03 em função de seu pagamento;
- 2) o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade do lançamento fiscal, em virtude do cerceamento do direito de defesa por ausência dos requisitos válidos para exigibilidade do crédito tributário, conforme preliminar invocada.
- 3) na remota hipótese de caso não acolhido o pleito anterior, requer-se 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.

Protesta, ainda, provar o alegado por todos os meios de provas permitidos em direito, tais como a juntada posterior de documentos, e, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, o que desde já se requer, sob pena de cerceamento de defesa, e finalmente, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas por via postal e em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, cujo endereço encontra-se descrito no preâmbulo desta peça impugnatória.

Uma das autuantes presta a informação fiscal, fls. onde mantém o Auto de Infração em sua integralidade, ante aos seguintes argumentos:

Inicialmente destaca a condição do autuado como contribuinte inscrito neste Estado na condição de substituto tributário e como foram realizados os trabalhos de fiscalização.

Sobre a ocorrência de Novembro/2013, impugnada pela autuada, diz que realmente não foi anexada nenhuma Nota Fiscal porque não havia como apresentá-la, já que os valores lançados são originários de um crédito fiscal a maior utilizado pela empresa referente ao Processo de Restituição 172301/2013-3, onde foi solicitado e utilizado, R\$144.528,27, quando o valor correto a ser restituído é de R\$133.993,93, resultando na diferença de R\$10.534,34 que foi autuada, conforme cópia do Parecer, exarado pelas próprias autuantes, no supracitado Processo, cuja cópia foi juntado às fls. 268 a 270, tendo elaborado uma planilha, fl. 266, onde demonstra "o batimento entre os valores de ICMS-ST Retido nas NFe's (ANEXO 3 da INFORMAÇÃO FISCAL), os valores de Ressarcimento declarados na GIA, cuja cópia ora segue anexa (ANEXO 4 da INFORMAÇÃO FISCAL) e o valor utilizado de crédito referente ao Processo de Restituição, resultando num valor de ICMS-ST recolhido menor do que o que deveria ter sido recolhido aos Cofres do Estado da Bahia".

Sustenta que não houve cerceamento de defesa se no item que descreve a Infração 1 do Auto de Infração, às fls 2 do PAF, está descrita a ocorrência como: "... em novembro de 2013 a empresa creditou-se a maior de valor referente a pedido de restituição, que foi solicitado e utilizado em valor maior do que o devido", e que apenas não foram anexados documentos que a empresa já dispõe e poderia ter consultado.

Quanto à alegação que trata da exorbitância da multa, não me cabe aqui julgar a lei, apenas aplicá-la e foi exatamente o que aconteceu, posto que, a multa de 150% foi definida pela Lei nº 7014/96, art. 42, inciso V, alínea "a" e aplicada corretamente. Mantém a autuação e pugna pela Procedência integral do Auto de Infração.

O autuado se manifesta acerca da informação fiscal, fls. 281 a 283, onde reportando-se ao teor desta, destaca que diante dos esclarecimentos prestados pelas autuantes constata-se que o crédito lançado referente a competência de novembro de 2013 decorre das conclusões emitidas por um suposto Parecer constante no Processo de Restituição nº 172301/2013-3. Diante disto, observa que "não há registro, e a auditora se omite em informar, de que a Contribuinte à época da ciência do lançamento, ocorrida em 29/09/2014, já estivesse cientificada do resultado do referido Parecer, bem como não demonstrou a nobre auditora já ter transcorrido o prazo previsto no parágrafo único do artigo 78 do Decreto nº 7.629/99, que dispõe claramente:

Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, 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.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, 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.

Com isso, observa que o Contribuinte possui prazo de 15 dias para regularizar a escrita fiscal e estornar eventuais créditos tomados em excesso, não havendo, deste modo, que se falar em lançamento do crédito tributário, e imposição de penalidades, antes de decorrido este prazo.

Registra, ainda, que eventual Parecer Fiscal desfavorável, por si só, jamais ensejaria o lançamento imediato do crédito, uma vez que o artigo 81 do mesmo RPAF prevê a hipótese de Recurso Voluntário no prazo de 10 dias, conforme transcrição abaixo:

Art. 81. Das decisões que indeferirem pedido de restituição de indébito caberá recurso voluntário para o Diretor de Administração Tributária da circunscrição fiscal do requerente ou para o titular da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC, quando relativos às operações com combustíveis e lubrificantes, no prazo de 10 (dez) dias, contado da intimação do indeferimento.

Diante disto assevera que a autoridade fiscal não poderia tomar como base para fins de apuração do imposto devido na competência de novembro de 2013 um Parecer Fiscal que o Contribuinte sequer foi notificado de suas razões, bem como não teve oportunidade de recorrer, ressaltando, ainda, um segundo aspecto de que "o suposto Parecer Fiscal nos autos do Processo de Restituição nº 172301/2013-3", foi apresentado APENAS em sede de informação fiscal, não havendo menção do processo no auto de infração impugnado, ou mesmo em seus anexos.

Desta maneira, assevera que restou demonstrado que no momento da autuação não foram identificados os documentos que deram origem ao valor cobrado na ocorrência de 30/11/2013, tornando impossível a análise por parte do contribuinte acerca da veracidade da infração, em flagrante violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa razão pela qual impõe-se a declaração de nulidade do auto de Infração no tocante a infração 01, ocorrência 30/11/2013, destacando ainda, que o documento juntado agora em sede de manifestação, "trata-se de um documento apócrifo, e sem registro da data de sua emissão, tornando-o, portanto, inválido seja para fins de manifestação desta Impugnante, seja para servir de prova para constituição do crédito tributário ora impugnando".

Portanto, por todos os aspectos, denota-se a improcedência da exigência fiscal, sendo que, diante de todos os fatos já elencados, espera que seja declarada a NULIDADE do Auto de Infração ora vergastado, tudo diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário. Volta a requerer que sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Diante da manifestação supra do autuado, as autuantes prestam nova informação fiscal, fls. 303 a 305 onde acatam os argumentos do autuado para reduzir o valor da autuação da Infração 1 do valor de R\$57.869,35 para R\$47.335,01, com a exclusão do valor de R\$10.534,34 referente ao mês de novembro/13, por entenderem que na nova manifestação, o contribuinte alega que não foram observadas as disposições contidas no Decreto nº 7.629/99, no seu artigo 78. Declaram entender ser legal a informação do contribuinte e acatarem a alegação, efetuando a redução do valor de R\$10.534,34 da Infração 01 do Auto de Infração, apresentando nova planilha com a redução do valor contestado.

Mais uma vez o autuado volta a se manifestar nos autos, fls. 311 a 313, aduzindo que de acordo com a informação fiscal de 03/02/2015, as autuantes reconhecem a improcedência relativa a infração 01, ocorrência 30/11/13, no valor de R\$10.534,34, uma vez não observadas as disposições no artigo 78 do Decreto nº 7.629/99, transcrevendo trecho da informação fiscal. Com isso, e considerando o reconhecimento da improcedência/nulidade do lançamento referente a ocorrência de 30/11/03, no valor de R\$10.534,34 e a indeterminação do documento fiscal que embasou a parcela do lançamento no auto de infração impugnado, requer que seja declarada a nulidade do lançamento fiscal impugnado, tudo diante da ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e da certeza do crédito tributário, ressaltando que todas as demais infrações, e períodos de ocorrências, constantes no auto de infração impugnado foram tempestivamente quitados dentro do prazo da defesa.

Consta às fls. 317 e 318, extratos emitidos pelo Sistema SIGAT, indicando o detalhamento do pagamento efetuado pelo autuado no valor principal de R\$47.335,01 cujo total recolhido em 27/10/2014 monta o valor de R\$89.889,41.

VOTO

Objetivamente vejo que apesar das questões debatidas na fase inicial deste processo, relacionadas a infração cuja data de ocorrência se refere ao mês de novembro de 2013, no valor de R\$10.534,34, constato que elas foram superadas, na medida em que as autuantes, em sua última manifestação, acolheram os argumentos do autuado de que o crédito lançado referente a referida competência decorreu das conclusões emitidas pelo Parecer constante no Processo de Restituição nº 172301/2013-3, fls. 268 a 270 destes autos, do qual, realmente, conforme ressaltou o autuado, "não há registro, e a auditora se omite em informar, de que a Contribuinte à época da ciência do lançamento, ocorrida em 29/09/2014, já estivesse cientificada do resultado do referido Parecer, bem como não demonstrou a nobre auditora já ter transcorrido o prazo previsto no parágrafo único do artigo 78 do Decreto nº 7.629/99."

Não consta que o resultado deste parecer tenha sido dado ciência ao autuado, o qual se encontra nestes autos sem data e sem qualquer assinatura e, também, não foi feita qualquer menção na autuação no sentido de que esta decorreu deste parecer. Apesar da menção feita pelas autuantes, no corpo do Auto de Infração, infração 1, nos seguintes termos: *"Além disso em novembro de 2013 a empresa creditou-se a maior de valor referente a pedido de restituição, que foi solicitado e utilizado em valor maior do que o devido"*, isto não é suficiente para se configurar a infração, pois não foi oferecido ao autuado elementos suficientes para o exercício da ampla defesa. Só em sede de informação fiscal é que estes fatos vieram à tona, porém não restou comprovado que foram atendidas as regras encartadas nos Arts. 78 do Decreto nº 7.629/99 e 81 do RPAF/BA, possibilitando, assim, ao autuado o exercício pleno do seu direito de defesa.

Acolho, portando, os argumentos da defesa, e declaro nula a acusação contida na ocorrência do mês de novembro/13 da infração 1, no valor de R\$10.534,34, em consonância com o entendimento das próprias autuantes em sua última manifestação nestes autos, remanescendo a exigência desta infração no valor de R\$21.117,32.

Considerando que o valor acima já foi recolhido, juntamente com o crédito reclamado em relação às demais infrações, resta extinto o crédito tributário, o que torna desnecessário tecer considerações acerca da multa aplicada à infração 1, até porque, existe previsão legal para sua aplicação e não compete ao órgão julgador declarar inconstitucionalidade na legislação tributária posta, a teor do Art. 167, I, do RPAF/BA.

Quanto ao encaminhamento das intimações ao endereço do patrono do autuado, nada obsta que o setor competente adote esse procedimento, apesar do Art. 108 do RPAF/BA dispor da forma em que deve ser adotado este procedimento, portanto, caso não seja atendido o pleito do i.patrono, não implica em qualquer nulidade.

Finalmente, voto pelo Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$47.335,01, devendo ser homologado, pelo setor competente, os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281066.0003/14-6** lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, no valor de **R\$47.335,01**, acrescido das multas de 150% sobre R\$21.117,32 e de 60% sobre R\$26.217,69, previstas no Art. 42, incisos V, alínea "a" e II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser cientificado desta decisão e homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 16 de junho de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR