

A. I. Nº - 2073493003/16-5  
AUTUADO - AMBEV S.A.  
AUTUANTE - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11. 09. 2017

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0143-01/17**

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO.** Autuado demonstrou que parte das notas fiscais objeto da autuação referiam-se a devolução de mercadorias, afastando a exigência fiscal. Inadmissível uso de suposto indébito como crédito fiscal sem que tenha sido requerido ao fisco a sua autorização prévia visando a análise de sua legitimidade. Mantida exigência sobre documento fiscal que o autuado alegou não corresponder a uma efetiva circulação de mercadoria, mas que não adotou medidas visando o seu cancelamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$735.281,78, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (08.06.01), ocorrido em maio, agosto e setembro de 2015, acrescido de multa de 150%, prevista na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 39 a 47 (frente e verso), demonstrando a tempestividade de sua apresentação. Contesta a autuação alegando que nos períodos de maio e agosto de 2015 as notas fiscais referem-se a operações canceladas ou objeto de devolução e no período de setembro de 2015 a diferença decorre do aproveitamento de crédito fiscal proveniente de um pagamento a maior na competência de 01/2014 que fora lançado diretamente na apuração. Complementa reclamando da multa aplicada, entendendo que configura intuito confiscatório.

Reitera que o lançamento referente ao mês de maio de 2015 ocorreu sobre notas fiscais de devolução devidamente escrituradas no registro de entradas. Cita o inciso VIII do art. 309 do RICMS/12.

Em relação à cobrança referente ao mês de agosto de 2015, diz que a cobrança se refere ao ICMS-ST destacado na nota fiscal nº 34041 que se encontra cancelada no registro de saída. Informa que teve seu pedido de cancelamento da referida nota fiscal rejeitado, mas apresentou declaração do destinatário de que não recebeu o documento fiscal. Conclui que, como inexistiu fato gerador, a exigência de maio e agosto de 2015 caracteriza enriquecimento sem causa do Estado.

Em relação ao mês de setembro de 2015, o autuado alega a existência de créditos de períodos anteriores, decorrentes de pagamento a maior de ICMS. Ressalta que o valor exigido neste mês foi lançado como crédito em razão do pagamento a maior realizado no mês de janeiro de 2014, no valor de R\$661.591,89, relativo ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza.

Diz que a multa de 150% não deve ser aplicada em razão da ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude e pela exorbitância da penalidade, em violação ao princípio constitucional do não-confisco. Lembra que o STF estabeleceu entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade.

Assim, requer a improcedência da autuação, ou, ainda, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou, ao menos, a redução para 20 ou 30%.

E, por fim, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353. E protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada dos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas na autuação.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 156 a 163. Disse que a fiscalização se baseou na verificação da ocorrência de pagamento do ICMS/ST retido nas operações com cerveja, incluídas no regime de substituição tributária através do Protocolo ICMS 10/92.

Explicou que, analisando as notas fiscais apresentadas na defesa, entende que seus valores devem ser considerados para abater o ICMS-ST retido. Informa que o valor do imposto nas notas apresentadas foi de R\$63.379,71, correspondente ao valor reclamado no mês de maio de 2015, concluindo que deve ser afastada a presente exigência fiscal.

Em relação à exigência de agosto de 2015, diz que a nota fiscal nº 34041 continua no portal da NF-e como emitida e não há registro de cancelamento, conforme documento às fls. 170 e 171. Como a referida nota fiscal continua como autorizada, a autuante entende que o registro efetuado pelo autuado na EFD, indicando a nota fiscal como cancelada, não tem validade.

Em relação à exigência de setembro de 2015, a autuante informou que a utilização em 2015 de crédito referente a janeiro de 2014 seria extemporâneo e somente poderia ser apropriado após autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte ou quando decorrido 180 dias da protocolização sem que haja deliberação, conforme art. 315 do RICMS/12.

Quanto à multa aplicada, a autuante disse ter cumprido o que determina a alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não lhe cabendo discutir se é exorbitante ou confiscatória. Requer a procedência parcial do auto de infração, retirando a exigência referente ao mês de maio de 2015.

O autuado voltou a se manifestar das fls. 176 a 178. Entende o autuado que, em relação ao mês de setembro de 2015, é inadmissível a manutenção do lançamento quando consta demonstrado no processo a materialidade do crédito apropriado na escrita fiscal. Por isso, acredita que o máximo que poderia ser exigido seria uma multa por descumprimento de obrigação acessória. Reitera o pedido de improcedência total do auto de infração.

A autuante prestou nova informação fiscal das fls. 190 a 192. Reiterou que manteve a exigência referente a agosto de 2015 porque não houve cancelamento da nota fiscal objeto do lançamento. Também manteve a exigência de setembro de 2015, pois a utilização extemporânea de crédito fiscal deve obedecer as obrigações acessórias previstas na legislação. E manteve a opinião de que deve ser mantida a multa de 150% porque é a que está estabelecida na legislação.

## VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Indefiro o pedido de realização de perícia técnica formulado pelo autuado. Não foram formulados os quesitos a serem respondidos que permitissem a demonstração da inexistência das irregularidades apontadas na autuação.

Saliento que não existe qualquer impedimento para que o representante legal do autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação desde que o contribuinte seja intimado nos termos do art. 108 do RPAF.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, observo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Considerando que ficou comprovado pelo autuado que as notas fiscais referentes à exigência de maio de 2015 consistem em devolução, a presente lide remanescente reside na exigência referente aos meses de agosto e setembro de 2015.

Em relação à exigência do mês de agosto de 2015, o autuado alega que requereu o cancelamento da nota fiscal nº 34041, mas ocorreu a rejeição do pedido no sistema da NF-e sem, contudo, indicar o motivo. Desse modo, cancelou o documento apenas no registro de saídas. Anexou, ainda, declaração do destinatário indicado na referida nota fiscal, afirmando que não recebeu a mercadoria descrita no documento fiscal.

Apesar do autuado não ter conseguido o cancelamento da NF-e, cabia-lhe, ainda, a opção de emissão de nota fiscal de entrada para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, o que indicaria que a nota fiscal anteriormente emitida não correspondeu a uma saída efetiva, conforme disposto no § 1º do art. 92 do RICMS/12. Além desta obrigação acessória que não foi cumprida, o autuado também poderia encaminhar requerimento à SEFAZ pleiteando o cancelamento da referida nota fiscal.

Estas medidas afastariam a presente exigência fiscal, haja vista que comprovaria que a nota fiscal não correspondeu a uma circulação efetiva de mercadoria. A declaração do destinatário de que não recebeu as mercadorias indicadas na nota fiscal não é capaz de impedir a presente exigência fiscal.

A utilização de supostos direitos a créditos, decorrentes de pagamentos indevidos ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, como alegado pelo autuado em relação ao valor reclamado no mês de setembro de 2015, não podem servir para abatimento do imposto devido sem que haja uma verificação fiscal motivada por requerimento dirigido pelo interessado.

De acordo com o art. 74 do RPAF, a restituição de tributo estadual, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente. Após a verificação fiscal, sendo reconhecido o direito, a restituição do indébito seria feita mediante autorização do uso de crédito fiscal, conforme inciso I do art. 75 do RPAF.

A verificação fiscal desse suposto indébito jamais pode ser efetuada no curso do julgamento do processo administrativo fiscal. Os documentos acostados pelo autuado não permitem com segurança atestar o direito à restituição do valor alegado. Num processo de restituição existem diversos pontos a serem observados, como a existência de outros débitos do interessado e a sua escrituração fiscal.

Convém destacar que o encaminhamento do pedido de restituição de indébito não implica em burocracia com objetivo de protelar o uso de um direito líquido e certo do contribuinte. Após o seu encaminhamento, caso não houvesse deliberação, o interessado poderia se creditar do valor pleiteado no prazo de 90 dias (art. 78 do RPAF). Por outro lado, não é possível validar o uso de um suposto indébito como crédito fiscal sem que tenha sido dado ao fisco um tempo mínimo para atestar a legitimidade de seu uso.

Desta forma, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$671.901,99, referente aos valores originalmente cobrados nos meses de agosto e setembro de 2015.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2073493003/16-5, lavrado contra AMBEV S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$671.901,99**, acrescido de multa de 150%, prevista na alínea "a" do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Essa Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea "a" do inciso I do art. 169 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

MARCELO MATTEDEI E SILVA – JULGADOR