



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº109.899.2016-0

Recursos HIE/VOL/CRF n.º 048/2017

1ªRECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ªRECORRIDA:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.

2ªRECORRENTE:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.

2ªRECORRIDA:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

PREPARADORA:SUBG. DA RECEB. DE RENDAS DA GER. REG. DA 1ª REGIÃO – JOÃO PESSOA.

AUTUANTE:FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA/NEWTON ARNAUD SOBRINHO.

RELATORA:CONSª. THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA.

DECADÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL. DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS. AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO NO BLOCO G DO SPED FISCAL. DENÚNCIA COMPROVADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Decadência parcial relativa aos créditos decorrentes dos fatos geradores ocorridos até julho de 2011, uma vez que escoou o prazo de cinco anos contados da data do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Preliminares de nulidade não acolhidas. O Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade,

Reputa-se legítima a exigência fiscal oriunda da ocorrência de apropriação indevida de crédito fiscal oriundo de ativo permanente, conforme constatação no registro E111 do SPED FISCAL, sem a devida escrituração/apuração do respectivo crédito fiscal no bloco G do SPED FISCAL, em desobediência ao que determina o inciso III do § 1º do art. 78 do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, bem como do § 3º da cláusula terceira do Ajuste Sinief nº 02/2009.

Afastamento da multa recidiva, ante a ausência dos requisitos legais para a sua aplicação.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001185/2016-82, condenando a COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV (CCICMS – 16.132.781-8), já qualificada nos autos, fixando o crédito tributável exigível em R\$ 5.836.986,46 (cinco milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 2.918.493,23 (dois

milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 78, § 1º, III e 106, ambos do RICMS/PB e à cláusula terceira do Ajuste SINIEF nº 02/2009, e R\$ 2.918.493,23 (dois milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos), de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 8.736.271,45 (oito milhões, setecentos e trinta e seis mil, duzentos e setenta e um reais e quarenta e cinco centavos), sendo R\$ 2.910.809,92 (dois milhões, novecentos e dez mil, oitocentos e nove reais e noventa e dois centavos) de ICMS, R\$ 2.910.809,92 (dois milhões, novecentos e dez mil, oitocentos e nove reais e noventa e dois centavos) de multa por infração e R\$ 2.914.651,61 (dois milhões, novecentos e catorze mil, seiscentos e cinquenta e um reais e sessenta e um centavos) de multa recidiva.

Ressalvo que, além das intimações necessárias dirigidas à recursante, na forma regulamentar, também devem ser realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, com endereço na Rua da Hora, nº 692, Bairro Espinheiro, Recife – PE, CEP 52.020-010, conforme requerido às fls. 350, dos autos.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

Thaís Guimarães Teixeira
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, GILVIA DANSTAS MACEDO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO .

#RELATÓRIO

Trata-se de os recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração nº 93300008.09.00001185/2016-82 (fls. 03 e 04), lavrado em 29 de julho de 2016, de acordo com o qual a empresa autuada, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, 16.132.781-8, acima citada, é acusada da irregularidade, que adiante transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA: “TAL IRREGULARIDADE SE VERIFICOU PELO FATO DE O CONTRIBUINTE TER-SE APROPRIADO INDEVIDAMENTE DE CRÉDITO FISCAL ORIUNDO DE ATIVO PERMANENTE, CONFORME SE CONSTATA NO REGISTRO E111 DO SPED FISCAL, SEM A DEVIDA ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO DO RESPECTIVO CRÉDITO FISCAL NO BLOCO G DO SPED FISCAL, EM TOTAL DESOBEDIÊNCIA AO QUE DETERMINA O INCISO III DO § 1º DO ART. 78 DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97, BEM COMO DO § 3º DA CLÁUSULA TERCEIRA DO AJUSTE SINIEF Nº 02/2009. DESTAQUE-SE A PRÁTICA DE CONDUTA REITERADA DO CONTRIBUINTE PARA ESTA INFRAÇÃO FISCAL, POIS ESTA IRREGULARIDADE OCORREU DE FORMA PROLONGADA E CONTÍNUA, NOS EXERCÍCIOS DE 2011 E 2012. TUDO COMPROVADO EM DEMONSTRATIVO, DOCUMENTOS E ARQUIVOS ELETRÔNICOS.”

Por considerar infringido o artigo 106 do RICMS/PB e os dispositivos destacados em Nota Explicativa acima transcrita, os auditores fiscais lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 14.573.257,91 (catorze milhões, quinhentos e setenta e três mil, duzentos e cinquenta e sete reais e noventa e um centavos), sendo R\$ 5.829.303,15 (cinco milhões, oitocentos e vinte e nove mil, trezentos e três reais e quinze centavos), de ICMS, R\$ 5.829.303,15 (cinco milhões, oitocentos e vinte e nove mil, trezentos e três reais e quinze centavos), de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96 e R\$ 2.914.651,61 (dois milhões, novecentos e catorze mil, seiscentos e cinquenta e um reais e sessenta e um centavos), a título de multa por reincidência.

Documentos instrutórios constam anexados às fls. 5-109, dos autos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, pessoalmente, fl.4, em 2/8/2016, a autuada

exerceu seu direito de defesa, consoante reclamação, fls. 111-291, protocolada em 1º de setembro de 2016, cujos argumentos são relatados, em síntese:

Inicialmente relata sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Primeiramente, argui decadência quanto aos créditos tributários lançados, entre janeiro e julho de 2011, não podendo mais ser exigidos pelo Fisco, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Considera equívoco quanto à penalidade aplicada, bem como a incorreta descrição fática e, da mesma maneira, os auditores fiscais descumpriram os preceitos legais contidos no artigo 87 da Lei nº 6.379/96, ao deixarem de indicar em qual momento a conduta infracional descrita no Auto de Infração teria sido reiterada pela Impugnante, impondo-se reconhecer a nulidade do Auto de Infração, por vício material.

No Auto de Infração, os autores do feito ao afirmar genericamente que a impugnante deixou de recolher o ICMS, sem indicar, claramente, qual o dispositivo legal violado, a fiscalização afrontou os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, prejudicando o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Falta de realização de uma análise criteriosa da participação dos itens que compõem o valor do crédito lançado, deixando de observar que tais produtos são indispensáveis ao processo produtivo da Impugnante, os quais se classificam no ativo permanente e, por isso, dão direito à tomada de crédito nos moldes realizados pela Empresa.

Por fim, no mérito requer a improcedência da exigência fiscal e que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti.

Solicita a realização de diligência e perícia fiscal a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Na sequência, com informações de antecedentes fiscais, todavia sem reincidência, fl. 292-293, os autos conclusos, fl.294, foram encaminhados à GEJUP – Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, fls. 295-315, dos autos, onde foram distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que declinou seu entendimento pela *parcial procedência* do auto de infração, conforme ementa abaixo transcrita:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS – AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO NO BLOCO G DO SPED FISCAL – DENÚNCIA COMPROVADA – DECADÊNCIA – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 150, § 4º, DO CTN – MULTA RECIDIVA – REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

- *Decadência de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no artigo 22, § 3º, da Lei nº 10.094/13.*

- A utilização dos créditos de ICMS relativos às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado está condicionado ao cumprimento das disposições contidas no artigo 78 do RICMS/PB.

- Afastamento da multa recidiva, ante a ausência dos requisitos legais para a sua aplicação.”

Em face do que, o crédito tributário passou a se constituir do montante de R\$ 5.836.986,46 (cinco milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 2.918.493,23 (dois milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 78, § 1º, III e 106, ambos do RICMS/PB e à cláusula terceira do Ajuste SINIEF nº 02/2009 e R\$ 2.918.493,23 (dois milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos), de multas por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, conforme notificação acostada, fl. 317, dos autos.

Com interposição de recurso hierárquico, a autuada foi cientificada, mediante Aviso de Recebimento, fl. 318, em 29 de dezembro de 2016, para que, interpusesse recurso a este Colegiado.

A denunciada interpôs *recurso voluntário*, fls.319-364, integrando a relação processual, cujos argumentos são apresentados em síntese:

Inicialmente relata os fatos que ensejaram a autuação e das razões de recorrer diante da sentença monocrática.

Argui preliminares de nulidade do auto de infração por erro na imputação e tipificação da penalidade sugerida, afronta ao princípio da legalidade, ausência de liquidez e certeza do lançamento fiscal, ofensa ao contraditório e à ampla defesa e ausência da correta tipificação legal.

Quanto aos fundamentos de mérito, advoga improcedência da autuação, diante da glosa de créditos fiscais na aquisição de ativo fixo, violação à não cumulatividade, direito ao crédito ,pois ao classificar itens do ativo fixo como bens de uso e consumo, o que não são, vedou o crédito decorrente de sua aquisição.

Reitera a alegação de exorbitância da multa aplicada, por extrema cautela.

Por fim, requer a nulidade/improcedência da exigência fiscal e que todas as publicações e

intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

O objeto dos *recursos hierárquico e voluntário* a serem discutidos por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora em *proceder parcialmente* o lançamento de ofício, ao concluir que não há nulidade na tipificação da penalidade, bem como, no mérito, sugere que o período autuado posterior a julho de 2011 deve ser mantido, pois a correta escrituração fiscal é uma exigência legal, e que a utilização dos créditos de ICMS relativos às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado está condicionado ao cumprimento das disposições contidas no artigo 78 do RICMS/PB, e, por fim, manteve a multa de 100%, arguindo que esta se encontra em consonância com a infração imputada, não competindo ao juízo administrativo apreciar a constitucionalidade da norma .

Quanto ao *aspecto decadencial*, corroboro com o entendimento exarado pela instância monocrática, ao afirmar que, havendo creditamento indevido de ICMS com plena repercussão tributária de falta de pagamento do ICMS em cada período de competência, apoiada nas declarações de informações fiscais prestadas à Fazenda Estadual ou que tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado tem-se que o prazo decadencial, para lançamento de ofício, segue o disciplinamento segundo o qual a sua contagem tem início a partir da eclosão do fato gerador, conforme previsão contida no artigo 150, §4º do CTN, e não do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I), fato que fulminou de decadência os lançamentos indiciários impugnados no recurso.

Com estes fundamentos, reitero o entendimento da instância monocrática, ao concluir pela decadência parcial relativa aos créditos decorrentes dos fatos geradores ocorridos até julho de 2011, uma vez que escoou o prazo de cinco anos contados da data do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, ancorada em jurisprudência desta Corte Fiscal no Acórdão CRF nº 047/2013 e consolidado na decisão da Instância Especial na análise do RHIER nº 002/2013 abaixo transcritos:

Acórdão 047/2013

Recurso HIE/CRF - nº 417/2012

Recorrente: SECRETARIA EXECUTIVA DA RECEITA ESTADUAL

Recorrida: CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DA PARAÍBA - CIEP

Relator: CONS. RODRIGO ANTÔNIO ALVES ARAÚJO

RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO – INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL –

LANÇAMENTOS POR HOMOLOGAÇÃO ART. 150, § 40 E DE OFÍCIO ART. 173, I, AMBOS DO CTN – MANTIDA DECISÃO A QUO.

Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo a entrega de declaração de informações fiscais sem recolhimento ou com o recolhimento a menor do que foi declarado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, exceto se houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, § 4º, do CNT).

Não tendo sido objeto de declaração (auto - lançamento) para efeito de homologação o valor apurado pela fiscalização, será realizado o lançamento de ofício cujo prazo inicial a ser aplicado é o disposto no art. 173, I, do CTN.

Decisão nº 002/2013 – SER

Recurso Hierárquico nº 002/2013

Processo nº 0981242010-0

INSTÂNCIA ESPECIAL. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ESTOQUE DECLARADO A MENOR. DECADÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

Já se encontra solidificada a tese majoritária de que se aplica o § 4º do art. 150 do CTN ao lançamento suplementar decorrente de pagamento a menor de imposto sujeito a lançamento por homologação.

Em ato contínuo, determinante se apresenta a verificação dos *aspectos de natureza formal do auto infracional*. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado

causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”

Assim, a lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito.

In casu, a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto

formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, não ensejando nulidade.

Inicialmente, no tocante a afirmação da fiscalização, em Memorial Descritivo Auto de Infração, suscitando prática de conduta reiterada, fl. 11, observa-se que os auditores fazem a seguinte afirmação: *“Torna-se ainda oportuno comentar que tal infração não foi verificada de forma esporádica, mas sim ocorreu de forma prolongada, ou seja, reiteradamente praticou a infração à legislação fiscal, pois esta fiscalização verificou tal irregularidade nos exercícios de 2011 e 2012.*

(...), conforme Acórdão nº 078/2015, ter-se evidenciada uma conduta praticada de forma reiterada pelo contribuinte, mesmo que por outra infração fiscal, mas que reforça o destaque apontado por esta fiscalização no tocante à prática reiterada de infrações à legislação fiscal. Na oportunidade a decisão do Conselho de Recursos Fiscais apegou-se ao Parecer nº 01/2015 da procuradoria da Fazenda Estadual.

Neste tópico, ousou discordar deste entendimento, conforme consta do Parecer nº 01/2015, constante do Acórdão nº 078/2015, observa-se, neste caso, que a fiscalização conseguiu provar, através de documentos acostados, exemplificando diversas operações da empresa que: *as condutas praticadas foram de prestar declaração falsa às autoridades fazendárias e fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, alterando códigos dos produtos, apresentando informações divergentes entre os arquivos e os documentos fiscais para camuflar sua verdadeira destinação, com o claro intuito de dificultar a fiscalização e reduzir a exação; bem como mudando os CFOP de parte das operações de entradas de insumos, com o intuito de se aproveitar irregularmente dos créditos originados deles na apuração do ICMS, aumentando artificialmente o benefício do FAIN.*

Deve-se destacar que a referida conduta da empresa ocorria de forma deliberada e prolongada, pois, foram vários os exercícios em que se constatarem as referidas irregularidades com o intuito de reduzir o valor a pagar a título de ICMS, o que não se pode admitir. Neste sentido, temos os seguintes julgados considerando comprovados o dolo e a fraude quando verificada a vontade deliberada de lesar o Fisco.

Deve-se observar, conforme transcrição do Parecer acima, que o voto baseia-se nas provas acostadas ao libelo.

No caso em apreço, examinado os elementos e os fatos constantes do libelo, não há como se configurar dolo, a intenção livre e consciente do agente em se apropriar indevidamente do crédito do imposto, por meio de *um ato fraudulento*, tendente a impedir ou a retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou mesmo a excluir ou modificar suas características essenciais, no lançamento de ofício em análise. Neste ponto, faz-se necessário destacar que a conduta reiterada, por si só, não é elemento suficiente à configuração da conduta dolosa.

Assim, diante destas considerações, não há como corroborar com o pleito da fiscalização, suscitando prática de conduta reiterada, e conseqüentemente, atender ao prazo decadencial do art. 173, I do CTN.

1ª PRELIMINAR - erro na imputação e tipificação da penalidade sugerida, afronta ao princípio da legalidade, ausência de liquidez e certeza do lançamento fiscal, ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Na sequência, urge também necessário, adentrar no proclame da recorrente, quando advoga reforma da decisão recorrida, alegando *erro na imputação e tipificação da penalidade sugerida, afronta ao princípio da legalidade, ausência de liquidez e certeza do lançamento fiscal, ofensa ao contraditório e à ampla defesa, fls. 324-328, dos autos.*

Veja-se o que determina o art. 142 do Código Tributário Nacional:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Conforme se observa da leitura do artigo acima, o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização, pressupondo a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, a apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade aplicável.

Nos campos descrição da infração e cálculo do crédito tributário, pormenorizam-se as acusações e os valores correspondentes a cada uma delas, respaldando os princípios da legalidade e da ampla defesa, utilizando-se técnicas de fiscalização seguindo padrões lógicos, concebendo o arcabouço com elementos formais essenciais à validade da peça vestibular, não configurando assim

cerceamento de defesa, de modo que o *lançamento de ofício* atende aos requisitos da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13, não ensejando nulidade.

A autuada tomou ciência de todas as irregularidades constatadas, tendo sido oportunizados todos os momentos para que se defendesse, sejam na apresentação da peça reclamatória e do recurso voluntário, assim, *sendo reiterada a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual pátrio.*

Perscrutando o auto de infração e os documentos probatórios anexos, pode-se constatar a descrição do fato gerador, consubstanciada com o complemento e os demonstrativos relacionados a cada acusação – estes compreendem partes integrantes dos autos, além de memorial descritivo, buscando esclarecer perfeitamente todo o procedimento fiscal e reúne elementos que afastam qualquer possibilidade de acolhimento da tese de *cerceamento de defesa*.

Conforme observado, todas as infrações são apontadas no Auto de Infração por totalizadores mensais, fatos geradores, a base de cálculo e as respectivas alíquotas encontram-se registradas nos demonstrativos próprios tornando descabida qualquer arguição por iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Assim sendo, examinando a remessa oficial, o autuante atendeu a todos os requisitos exigidos no art. 142, do CTN, para proceder ao lançamento tributário, cuja constituição do crédito tributário encontra-se disciplinada no Código Tributário Nacional e sua formalização encontra-se determinada no Estado da Paraíba pela Lei n.º 6.379/96 e regulamentada pelo Regulamento do ICMS do Estado da Paraíba (RICMS/PB), aprovado pelo Decreto nº 18.930/97.

Portanto, verificamos que não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, haja vista que, diferentemente do que aventa o recurso, presentes estão os requisitos legais, inclusive e especialmente aquele que diz respeito à descrição das acusações (art. 692, V do RICMS/PB).

Desta forma, discordamos veemente das arguições suscitadas pela recorrente, quando alega que a autuação está baseada em meras presunções, violando o art. 142 do CTN, desrespeitando o princípio da verdade material e da moralidade pública, cabendo ao sujeito ativo do lançamento, e não ao sujeito passivo, determinar a matéria tributável, conformando-a por inteiro, sem permitir dúvidas, dando o perfil completo, absoluto e claro da situação, não acolhendo a preliminar suscitada.

2ª PRELIMINAR - nulidade do lançamento fiscal por ausência da correta tipificação legal da infração.

Em ato contínuo, a recorrente prossegue requerendo a nulidade do auto de infração, argumentando *erro na imputação e tipificação da penalidade sugerida*, ou seja, que a conduta infracional de que está sendo acusada não corresponde ao dispositivo indicado como infringido, considerando que o artigo 106 do RICMS/PB dispõe, exclusivamente, acerca de prazos de recolhimento do imposto.

Ocorre, conforme observado pela instância prima, a descrição genérica do fato infringente é inadmissível em um lançamento de ofício e, como tal, não deve ser reconhecido como válido no Direito Tributário. O direito ao contraditório e à ampla defesa só pode ser exercido em sua plenitude quando ao sujeito passivo é dada a possibilidade de saber, com segurança, de que está sendo acusado.

Da análise da remessa oficial, pode-se afirmar que a fiscalização não incorreu nesse equívoco, inclusive quando da descrição da infração/nota explicativa, que possa acarretar prejuízos à defesa quanto aos fatos nelas contidos. Neste caso, específico, a nota explicativa complementa o enquadramento legal, *não deixando dúvidas acerca dos dispositivos infringidos*.

Além disso, os auditores fiscais trouxeram aos autos um *Memorial Descritivo*, fls. 7-13, contendo todas as informações necessárias e suficientes para compreender, em detalhes, a denúncia formulada contra a Empresa, permitindo a necessária subsunção do suposto fato infracional elementar do tipo, ou seja, *utilização de crédito fiscal indevido*.

Assim sendo, o auto de infração abarcou, de forma pormenorizada, todos os pontos que fundamentaram a acusação, respeitando o preceito legal de que o auto de infração deve conter a capitulação legal da imposição, com menção do fato gerador, respectiva base de cálculo, e a indicação da infração à legislação tributária, não configurando *erro na imputação e tipificação da penalidade sugerida*, demonstrando, inclusive que a recorrente teve total ciência acerca dos fatos que motivaram a lavratura do libelo acusatório, não se configurando cerceamento ao direito de defesa.

MÉRITO - Falta de Recolhimento do ICMS – Crédito fiscal indevido

No que diz respeito à questão MERITÓRIA, a fiscalização autuou a empresa em razão de descumprimento de uma obrigação principal, descrita na peça basilar e ora recorrida, consistindo na *falta de recolhimento do ICMS, decorrente da inobservância às disposições contidas no art. 106 do RICMS/PB*, relativa a crédito fiscal oriundo de ativo permanente, conforme se constata no registro E111 do SPED FISCAL, sem a devida escrituração/apuração do respectivo crédito fiscal no bloco G do SPED FISCAL, *em desobediência ao que determina o inciso III do § 1º do art. 78 do RICMS/PB, aprovado pelo dec. nº 18.930/97, bem como, do § 3º da cláusula terceira do Ajuste Sinief nº 02/2009*.

“Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

I - antecipadamente:

a) na saída de mercadorias de estabelecimento produtor ou extrator de substâncias minerais, que não tenha organização administrativa e comercial adequada ao atendimento das obrigações fiscais, no momento da expedição da Nota Fiscal Avulsa;

b) na prestação de serviços de transporte por pessoa física ou jurídica, autônoma ou não, que não seja inscrita no CCICMS deste Estado;

c) na prestação de serviços de transporte iniciada onde o contribuinte não possua estabelecimento inscrito, ainda que o serviço seja prestado dentro do Estado;

d) na saída de mercadoria de repartição fiscal que processar despacho aduaneiro, inclusive na realização de leilão;

e) REVOGADA (Decreto nº 35.604/14);

f) nas aquisições interestaduais, efetuadas por contribuinte sujeito ao regime de recolhimento fonte, observado o disposto no § 7º deste artigo e no art. 63 (Decreto nº 35.604/14);

g) nas operações e prestações interestaduais com produtos relacionados em Portaria do Secretário de Estado da Receita realizadas por estabelecimentos comerciais ou contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, para efeitos de recolhimento do ICMS, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 7º deste artigo (Decreto nº 35.604/14);

h) nas operações e prestações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial ou industrial que esteja inadimplente com suas obrigações principal ou acessória, observado o disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo (Decreto nº 35.604/14);

i) nas entradas, no território deste Estado, de ficha, cartão ou assemelhados para uso em serviços de telefonia em terminal de uso público provenientes de outras unidades da Federação, observado o disposto no § 7º deste artigo (Decreto nº 35.604/14);

j) nas operações e prestações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial ou industrial, cujo quadro societário seja composto por pessoas físicas ou jurídicas corresponsáveis por débito inscrito em Dívida Ativa, observado o disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo (Decreto nº 35.604/14);

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de (Decreto nº 30.177/09):

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

b) estabelecimentos produtores;

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo não relacionados ao processo produtivo, para os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal e optantes pelo SIMPLES NACIONAL (Decreto nº 35.604/14);

d) utilização de serviços cuja prestação se inicie em outra unidade da Federação e não esteja vinculada à operação subsequente alcançada pela incidência do imposto, para contribuintes enquadrados no regime de apuração normal ou optantes pelo SIMPLES NACIONAL (Decreto nº 35.604/14);

e) estabelecimentos em regime de pagamento normal que estejam obrigados a emitir nota fiscal, na aquisição de mercadorias a contribuintes não inscritos no CCICMS, ou que não tenham organização administrativa e comercial que justifique a emissão de documento fiscal;

III - até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) empresas distribuidoras de energia elétrica;

b) empresas prestadoras de serviços de transporte, quando regularmente inscritas neste Estado;

c) empresas prestadoras de serviços de comunicação;

IV - até o 10º (décimo) dia do segundo mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos casos de estabelecimentos industriais;

V - no prazo normal estabelecido para a respectiva categoria econômica, pelo contribuinte regularmente inscrito neste Estado, quando emitente do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC, na prestação de serviços de transporte de mercadorias ou bens de sua propriedade, produção, comercialização ou em consignação, utilizando veículo próprio ou contratado a transportador autônomo;

VI - na data do encerramento das atividades do contribuinte, relativamente às mercadorias constantes do estoque final do estabelecimento, observado o disposto no inciso XI do art. 14;

VII - no caso de transporte aéreo, o recolhimento do imposto será efetuado, parcialmente, em percentual não inferior a 70% (setenta por cento) do valor devido no mês anterior ao da ocorrência dos fatos geradores, até o dia 10 (dez) e a sua complementação até o último dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços;

VIII – nos demais casos, no momento em que surgir a obrigação tributária.

(...)”.

Deve-se observar que a utilização dos créditos de ICMS alberga-se no princípio da não-cumulatividade deste tributo, por meio do qual se compensa o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou à prestação de serviços com o montante cobrado nas operações antecedentes pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal, em observância ao que dispõe o artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Assim o enquadramento objeto desta lide, encontra-se em obediência ao princípio da não-cumulatividade, que permite que o contribuinte se aproprie de crédito do imposto, para se compensar do valor do imposto devido em cada operação com o montante efetivamente pago nas operações anteriores.

Tal direito está insculpido no art. 72, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, transcrito abaixo:

“Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;”

“Art. 73. Fica ainda assegurado o direito ao crédito quando as mercadorias, anteriormente oneradas pelo imposto, forem objeto de:

I - devolução por consumidor final, na forma e nos prazos previstos no art. 88;

II - retorno, por não terem sido negociadas no comércio ambulante e por não ter ocorrido a tradição real, conforme disposto no art. 89.

(...)”

Ressalve-se, em se tratando de bens do ativo permanente, inexistir saída a justificar o aproveitamento de crédito fiscal pela entrada. A possibilidade de creditamento relativamente aos créditos decorrentes das aquisições de mercadorias destinadas ao ativo permanente do

estabelecimento está condicionada ao cumprimento das disposições contidas no artigo 78 do RICMS/PB.

Dessa maneira, a *apropriação de crédito fiscal do ICMS* está condicionada a regularidade da sua origem. Portanto, o crédito deve estar respaldado em documento fiscal idôneo, sob pena de ser considerado crédito inexistente.

É cediço que o direito de utilização de créditos fiscais para compensação de débitos do ICMS, está condicionado a comprovação documental da existência dos mesmos, consoante se extrai dos artigos 77 e 78 do RICMS/PB, senão vejamos:

“Art. 77. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos neste Regulamento”.

“Art. 78. Para efeito do disposto no art. 72, relativamente aos créditos decorrentes das aquisições, a partir de 1º de janeiro de 2001, de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, deverá ser observado (Lei nº 7.334/03):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado mensalmente será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

IV - o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

V - na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro

anos, contado da data de sua aquisição, o creditamento de que trata este artigo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio, somente poderá ser aproveitado mensalmente pelo novo destinatário dos bens localizado neste Estado, através da emissão de Nota Fiscal Modelo 1 ou 1-A, na forma do inciso I (Lei nº 7.334/03);

VI - serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 20, em documento próprio, para aplicação do disposto neste artigo, observado os §§ 1º ao 3º;

VII - ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

§ 1º O documento fiscal relativo a bem do ativo permanente, além de sua escrituração nos livros próprios, será, também, escriturado no "Controle de Créditos do ICMS do Ativo Permanente - CIAP", Anexos 98 e 98-A, observado o seguinte (Ajuste SINIEF 03/01):

I - Anexo 98: destinado à apuração do valor da base do estorno de crédito e do total do estorno mensal do crédito, relativamente ao crédito apropriado até 1º de janeiro de 2001;

II - Anexo 98-A: destinado à apuração do valor do crédito a ser mensalmente apropriado nos termos deste artigo;

III – modelo previsto pela Escrituração Fiscal Digital - EFD, instituído pelo Decreto nº 30.478, de 28 de julho de 2009, destinado à apuração do valor do crédito a ser mensalmente apropriado nos termos deste artigo (Ajuste SINIEF 07/10)".

Analisando-se as considerações apresentadas pela autuada, em recurso voluntário, fls. 334-343, “de que a pretensa irregularidade perpetrada pela contribuinte por ter tomado créditos quando da aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo por não ter lançado tais informações no bloco G do SPED. Todavia,... o crédito apropriado é legítimo e decorre exatamente da aquisição de ativo fixo”.

“A questão em exame diz respeito à qualidade dos itens adquiridos pela Recorrente (se destinados ou não ao ativo fixo) e, por consequência, ao direito, ou não, do crédito do ICMS apropriado”.

“Temos, portanto, que itens destinados à armazenagem, pallets, garrafeiras e garrafas de vidro, entre outros itens constantes da apuração do crédito de ativo imobilizado, estão intrinsecamente relacionados com a atividade da Contribuinte, e devidamente enquadradas no conceito de ativo imobilizado”

“Portanto, é que se visualiza o equívoco fiscal, ao classificar itens do ativo fixo como bens de uso e consumo, o que não são, vedou o crédito decorrente de sua aquisição, situação que torna a exigência fiscal improcedente,”

No mais, no máximo o Fisco poderia ter autuado por descumprimento de obrigação acessória, sob o argumento de que a Contribuinte não escriturou corretamente os créditos fiscais, mas jamais glosar integralmente o crédito”.

Examinando a remessa oficial, especificamente a nota explicativa, e o memorial descritivo, observa-se que a argumentação da defesa, não merece acolhida.

Admitir-se que a auditoria ao glosar os créditos não escriturados corretamente na EFD do Contribuinte, cometeu um *equívoco fiscal, ao classificar itens do ativo fixo como bens de uso e consumo, o que não são, tendo vedado o crédito decorrente de sua aquisição*, tivesse que analisar a origem de todos os valores, seria adulterar o objetivo do SPED e com o avanço das tecnologias, permitindo diversos controles gerenciais, é inadmissível acordar a razão de que houve apenas um descumprimento de obrigação acessória.

Segundo se observa dos autos, a questão nodal baseia-se no fato de que o contribuinte lançou crédito fiscal referente ao ativo permanente no Registro E111, sem ter promovido, com base na legislação, a apuração no bloco G (CIAP), fls. 17-30, fato este que imputou como indevida a utilização do crédito fiscal atinente às aquisições de bens destinados ao ativo permanente, nos meses constantes da exordial.

Ressalve-se, conforme relatado pela instância monocrática, *a Escrituração Fiscal Digital – EFD é parte integrante do projeto SPED a que se refere o Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, que busca promover a integração dos fiscos federal, estaduais, Distrito Federal e, futuramente, municipais, e dos Órgãos de Controle mediante a padronização, racionalização e compartilhamento das informações fiscais digitais, bem como integrar todo o processo relativo à escrituração fiscal, com a substituição do atual documentário em meio físico (papel) por documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins.*

No âmbito da legislação tributária do Estado da Paraíba, a Escrituração Fiscal Digital – EFD, encontra-se respaldada por meio do Decreto nº 30.478, de 28 de julho de 2009, cujo § 1º do artigo 1º traz a seguinte redação:

§ 1º A Escrituração Fiscal Digital - EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração do imposto referente às operações e prestações praticadas pelo

contribuinte, bem como outras de interesse do fisco. (g. n.)

Portanto, depreende-se que para a apuração precisa do imposto referente às operações e prestações praticadas pelos contribuintes, só pode ser obtida quando as informações apresentadas correspondam, de fato, à realidade e para atender às exigências legais, não basta prestar as informações, é imprescindível que haja correspondência perfeita entre os dados, que possam permitir, à fiscalização verificar a regularidade das operações realizadas pelos contribuintes.

Considerando que o direito ao crédito fiscal de ICMS referente às aquisições para o ativo permanente, trata-se de um benefício fiscal concedido pelo Estado da Paraíba, torna-se claro que o descumprimento de tal obrigação, suscita em perda do direito ao benefício, conforme dispões o inciso III § 1º do art. 78.

Neste contexto, observa-se que, não se trata de *negar o direito ao creditamento de bens do ativo permanente*, mas sim de garantir que estes créditos sejam apropriados nos termos da legislação de regência, observando se as condições para fruição do benefício foram devidamente cumpridas.

Examinado as provas acostadas, fls. 17 a 30, encontra-se demonstrado que a recorrente, ao preencher o Bloco G – Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, nos meses relacionados no Auto de Infração, o fez informando, no Registro G001: Abertura do Bloco G, “1 – *Bloco sem dados informados*” e ao assim proceder, omitiu-se de indicar os demais registros do Bloco G (exceto o G990: Encerramento do Bloco G), inviabilizando a auditoria dos créditos do seu ativo permanente.

Neste contexto, buscando-se a verdade objetiva dos fatos, lastreada no Princípio da Verdade Material, em razão da total ausência de provas que venha a improceder a acusação, corroboro com a decisão proferida pelo julgador monocrático, mantendo a *procedência parcial* da acusação, *reputando-se legítima a exigência fiscal*, ao glosar os créditos relacionados no Registro E111 do SPED Fiscal da autuada, posto que foram apropriados em desacordo com o que preceitua a legislação tributária do Estado da Paraíba.

MULTA POR INFRAÇÃO

Em ato contínuo, necessário se faz examinar a arguição disposta em *recurso voluntário*, quanto à *exorbitância da multa aplicada*, por extrema cautela, acerca de posicionamento explícito para reforma da decisão, no que diz respeito ao caráter confiscatório da multa aplicada na exordial.

Nas oportunidades em que compareceu aos autos, a autuada repisa o argumento da inconstitucionalidade da multa aplicada, posto caracteriza, na sua ótica, verdadeiro confisco, devendo, por esse fato, ser reduzida a patamar condigno, sendo confiscatória e inconstitucional, 50 %, aplicada ao caso. Violação ao art. 150, IV da Constituição Federal.

Deve-se observar que a fiscalização autuou nos limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados. Ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Para se desconsiderar uma determinação legal, far-se-ia necessário analisar a sua inconstitucionalidade, e, não cabe aos Tribunais Administrativos, adentrar nessa seara pretendida. Observe-se o que diz o art. 55 da Lei nº 10.094/2013, assim como o art. 99 da Lei do ICMS da Paraíba (cujo texto é repetido no art. 687 do RICMS/PB), que assim prevê:

“Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.”

Dessa maneira, não há como aplicar, para o caso concreto, como pretende a defesa, a multa acessória de que trata o artigo 85, IX, “k”, da Lei nº 6.379/96, e a conduta praticada pela recorrente, subsume-se perfeitamente aos dispositivos insertos pelos auditores no auto de infração, multa prevista no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

MULTA - RECIDIVA

Especificamente à informação de antecedentes fiscais, com *reincidência*, fls. 292, ressalvo que, não se trata de caso de recidiva, diante do fato, que se considera reincidência a prática de nova infração *à mesma disposição legal*, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, *dentro de 05 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior*, requisitos estabelecidos no parágrafo único do artigo 87 da Lei nº 6.379/96, *ipsis verbis*:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Cuja aplicação da multa por reincidência decorre da constatação, pelo auditor fiscal, da existência de antecedentes fiscais, nos termos do artigo 38 da Lei nº 10.094/13:

Art. 38. Constatada a existência de antecedentes fiscais e configurada a reincidência, de imediato, o auditor fiscal, proporá a multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de 1996.

§ 1º Para fins do disposto no “caput”, no momento da lavratura do Auto de Infração, o autor do procedimento efetuará a pesquisa sobre antecedentes fiscais do sujeito passivo no sistema de controle da Secretaria de Estado da Receita.

§ 2º No Termo de Antecedentes Fiscais deverá constar:

I - o número do processo do qual conste a decisão que houver condenado o contribuinte por idêntica infração;

II - a data do julgamento que tornou definitiva a decisão;

III - os dispositivos infringidos;

IV - a data da ciência, ao autuado, da decisão final administrativo-tributária ou da lavratura do Termo de Revelia;

V – a data de pagamento da infração.

Tomando como base a legislação acima e examinado as provas acostadas, em consulta ao sistema ATF – Processo Administrativo, a data da decisão definitiva do julgamento do processo nº 0603552010-3, nos reporta a 19/7/2012, data da inscrição em dívida ativa, momento em que a autuada tomou ciência definitiva. Neste aspecto, implicaria manter-se, apenas, o agravamento da penalidade para os fatos geradores ocorridos no último período autuado, ou seja, dezembro/2012, uma vez que a contagem para efeito de reincidência começaria a partir da data da inscrição em dívida ativa.

Prosseguindo, no que tange ao Termo de Antecedentes Fiscais, acostado à fl. 102, a reincidência suscitada diz respeito à infração de falta de recolhimento do ICMS, ocorre que não basta a perfeita correspondência entre os dispositivos legais. É condição essencial que sejam observadas, também, as datas de início da contagem para efeito da configuração da reincidência, nos termos do artigo 39 da Lei nº 10.094/13.

Ocorre que, apesar de resultar em falta de recolhimento do imposto estadual, a infração descrita na Nota Explicativa do Auto de Infração nº 93300008.09.00000186/2014-14, referente ao processo nº 0603552010-3, tem natureza distinta da que consta no Auto de Infração em tela.

Enquanto um tem como fundamento, o creditamento indevido de ICMS destacado em documentos fiscais de aquisição de produtos que se destinaram a cessão por comodato, configurando utilização alheia à atividade industrial da mesma. No caso em análise, houve apropriação indevida de créditos do ativo permanente sem a devida escrituração no Bloco G do SPED Fiscal da Empresa, ambos resultam em falta de recolhimento de ICMS, art. 106, do RICMS/PB, todavia naturezas, completamente distintas.

Dessa maneira não há outro caminho se não, a exclusão da multa recidiva para todos os períodos constantes da exordial.

Portanto, em função das considerações ora expostas, resta-me, apenas, manter a sentença proferida na instância prima de julgamento, cujo crédito tributário deve apresentar a seguinte configuração:

Pelo exposto,

VOTO - pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo desprovisionamento de ambos, para manter a sentença prolatada na primeira instância, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001185/2016-82, condenando a COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV (CCICMS – 16.132.781-8), já qualificada nos autos, fixando o crédito tributável exigível em R\$ 5.836.986,46 (cinco milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e oitenta e seis reais e quarenta e seis centavos), sendo R\$ 2.918.493,23 (dois milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos), de ICMS, por infringência aos artigos 78, § 1º, III e 106, ambos do RICMS/PB e à cláusula terceira do Ajuste SINIEF nº 02/2009, e R\$ 2.918.493,23 (dois milhões, novecentos e dezoito mil, quatrocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos), de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que, com fundamento nas razões acima expendidas, mantenho cancelado, por indevido, o total de R\$ 8.736.271,45 (oito milhões, setecentos e trinta e seis mil, duzentos e setenta e um reais e quarenta e cinco centavos), sendo R\$ 2.910.809,92 (dois milhões, novecentos e dez mil, oitocentos e nove reais e noventa e dois centavos) de ICMS, R\$ 2.910.809,92 (dois milhões, novecentos e dez mil, oitocentos e nove reais e noventa e dois centavos) de multa por infração e R\$ 2.914.651,61 (dois milhões, novecentos e catorze mil, seiscentos e cinquenta e um reais e sessenta e um centavos) de multa recidiva.

Ressalvo que, além das intimações necessárias dirigidas à recursante, na forma regulamentar, também devem ser realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, com endereço na Rua da Hora, nº 692, Bairro Espinheiro, Recife – PE, CEP 52.020-010, conforme requerido às fls. 350, dos autos.

Tribunal Pleno de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora