



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 0597182016-8

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

1ª Recorrida: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV

2ª Recorrente: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuantes: FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA, NEWTON ARNAUD SOBRINHO

Relatora: CONS.^a MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS

OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO (SAÍDAS INTERNAS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00). NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS. RECIDIVA. PRELIMINAR REJEITADA. DECADÊNCIA PARCIAL. ALTERADA QUANTOS AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Deixar de registrar as entradas da empresa nos livros fiscais próprios é prenúncio de vendas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

O cancelamento de operações acobertadas por Nota Fiscal Eletrônica, regularmente autorizada, deve obedecer aos procedimentos dispostos na legislação de regência.

A lei atribui ao sujeito passivo por substituição tributária a condição de responsável pelo pagamento do ICMS referente a fato gerador presumido, que deverá ocorrer em operação de comercialização posterior.

Não levar à tributação as operações de vendas de mercadorias, enseja o lançamento do imposto, na forma da legislação em vigor.

Configura reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração ou da decisão definitiva referente à infração anterior.

Extinto parte do crédito tributário em razão da decadência.

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 do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial do primeiro e desprovimento do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000548/2016-62, lavrado em 28/4/2016, contra a empresa, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 5.357.038,47 (cinco milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, trinta e oito reais e quarenta e sete centavos), sendo R\$ 2.682.098,83 (dois milhões, seiscentos e oitenta e dois mil, noventa e oito reais e oitenta e três centavos), de ICMS, nos termos dos arts. 158, I, 160, I c/fulcro no art. 646; art. 106; art. 395 c/c art. 397, III e art. 399, II, “b”; art. 277 e parágrafos c/c art. 60, I e III; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, R\$ 2.662.878,01 (dois milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e oito reais e um centavo), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, II, “h”, da Lei nº 6.379/96 e R\$ 12.061,63 (doze mil, sessenta e um reais e sessenta e três centavos), de multa recidiva, nos termos do art. 87 e parágrafo único da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancela o valor de R\$ 3.423.014,87 (três milhões, quatrocentos e vinte e três mil, quatorze reais e oitenta e sete centavos), sendo R\$ 1.290.228,04 (um milhão, duzentos e noventa mil, duzentos e vinte e oito reais e quatro centavos), de ICMS, R\$ 1.000.746,45 (um milhão setecentos e quarenta e seis mil reais e quarenta e cinco centavos), de multa por infração, e R\$ 1.132.040,38 (um milhão, cento e trinta e dois mil quarenta reais e trinta e oito centavos), de multa recidiva.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de março de 2019.

MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Relatório

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000548/2016-62, lavrado em 28/4/2016, contra a empresa, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2010 e 31/12/2013, constam as seguintes denúncias:

- FALTA DE LANÇAMENTO DE N. F. DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS >> Aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis e/ou a realização de prestação de serviços tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatada pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios.

Nota Explicativa:

DESTAQUE-SE PARA ESTA INFRAÇÃO FISCAL, A CONDUTA REITERADA DO CONTRIBUINTE, POIS ESTA IRREGULARIDADE OCORREU DE FORMA PROLONGADA E CONTÍNUA, EM TODOS OS MESES AUDITADOS, INCLUSIVE, JÁ OBJETO DE OUTRO AUTO DE INFRAÇÃO DE MESMA NATUREZA, NO CASO, O DE Nº 93300008.09.00002456-2015-36. TUDO COMPROVADO POR MEIO DE DOCUMENTO, DEMONSTRATIVO E ARQUIVOS ELETRÔNICOS QUE, DORAVANTE SÃO PARTE INTEGRANTES DOS AUTOS.

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE FICOU EVIDENCIADA PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, TER INDICADO, NO SEU SPED FISCAL, A SITUAÇÃO DE CANCELADA PARA ALGUMAS NOTAS FISCAIS, QUANDO O SISTEMA ATF (BANCO DE DADOS DA SER/PB) A SITUAÇÃO CONSTA COMO AUTORIZADA, ACARRETANDO, ASSIM, PREJUÍZO AO ERÁRIO ESTADUAL, HAJA VISTA NÃO TER SIDO LEVADO PARA A APURAÇÃO DO ICMS, OS VALORES CORRESPONDENTES. TUDO ESTÁ DEVIDAMENTE COMPROVADO POR MEIO DE DEMONSTRATIVOS E ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO TIPO EXCEL E ARQUIVOS (TXT) CORRESPONDENTE AO SPED FISCAL QUE, DORAVANTE PASSAM A INTEGRAR OS AUTOS.

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE FICOU EVIDENCIADA PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, TER INDICADO, NO SEU SPED FISCAL, A SITUAÇÃO DE CANCELADA PARA ALGUMAS NOTAS FISCAIS, QUANDO O SISTEMA ATF (BANCO DE DADOS DA SER/PB) A SITUAÇÃO CONSTA COMO AUTORIZADA, ACARRETANDO, ASSIM, PREJUÍZO AO ERÁRIO ESTADUAL, HAJA

VISTA ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO, NESSAS OPERAÇÕES, NÃO TER SIDO RECOLHIDO. TUDO ESTÁ DEVIDAMENTE COMPROVADO POR MEIO DE DEMONSTRATIVOS E ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO TIPO EXCEL E ARQUIVOS (TXT) CORRESPONDENTE AO SPED FISCAL QUE, DORAVANTE PASSAM A INTEGRAR OS AUTOS.

- ICMS RETIDO E NÃO RECOLHIDO (SAÍDAS INTERNAS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, não ter repassado ao erário estadual o imposto retido do contribuinte substituído.

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE SE EVIDENCIOU PELO FATO DE O CONTRIBUINTE NÃO TER REGISTRADO NO SPED FISCAL, A OPERAÇÕES DE SAÍDAS SUJEITAS Á SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DESTAQUE-SE PARA ESTA INFRAÇÃO FISCAL, A CONDUTA REITERADA DO CONTRIBUINTE, POIS ESTA IRREGULARIDADE OCORREU DE FORMA PROLONGADA E CONTÍNUA, NOS EXERCÍCIOS AUDITADOS DE 2010 A 2012. TUDO COMPROVADO POR MEIO DE DEMONSTRATIVO E ARQUIVOS ELETRÔNICOS QUE, DORAVANTE SÃO PARTES INTEGRANTES DOS AUTOS.

- NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Nota Explicativa:

DESTAQUE-SE PARA ESTA INFRAÇÃO FISCAL, A CONDUTA REITERADA DO CONTRIBUINTE, POIS ESTA IRREGULARIDADE OCORREU DE FORMA PROLONGADA E CONTÍNUA, EM TODOS OS EXERCÍCIOS AUDITADOS. TUDO COMPROVADO POR MEIO DE DEMONSTRATIVO E ARQUIVOS ELETRÔNICOS QUE, DORAVANTE SÃO PARTES INTEGRANTES DOS AUTOS.

Foram dados como infringidos os arts. 158, I, 160, I c/fulcro no art. 646; art. 106; art. 399; art. 395 c/c art. 397, III e art. 399, II, “b” e art. 277 e parágrafos c/c art. 60, I e III, todos do RICMS-PB, com proposição das penalidades previstas no art. 82, II, “b” e V, “a”, “f” e “g”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 8.780.053,34, composto de R\$ 3.972.326,87, de ICMS, e R\$ 3.663.624,46, de multa por infração e R\$ 1.144.102,01, de multa recidiva.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 3/5/2016, a autuada apresentou reclamação, em 2/6/2016 (fls. 138-162).

Com informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (fl. 306), e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, tendo fixado o crédito tributário, em R\$ 5.358.527,79, sendo R\$ 2.682.098,83, de ICMS, R\$ 2.662.878,04, de multa por infração, e R\$ 13.550,92, de multa recidiva, tendo recorrido hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13 (fls. 348-378).

Cientificada da decisão de Primeira Instância, por via postal, em 5/12/2017 – AR (fl. 381), a autuada apresentou recurso voluntário, em 2/1/2018 (fls. 383-409).

No recurso, após uma breve síntese dos fatos, expõe as seguintes razões:

- Insurge-se contra a decisão da instância singular no que se refere à decadência dos créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2012, bem como, a não verificação pela julgadora singular de operações que alega como relativas à notas fiscais canceladas, devolução de produtos e aquisição de bens para uso/consumo;
- Alega que ocorreu a decadência dos créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2012, defendendo a aplicação do disposto no art. 150, §4º e art. 156, V, VII, do CTN;
- Diz que a reincidência não está caracterizada.
- Insurge-se contra a penalidade aplicada taxando-a de exorbitante, confiscatória e desproporcional.
- Ao final, requer a admissibilidade e o provimento do recurso, para reconhecer a improcedência do lançamento fiscal.
- Subsidiariamente, requer a anulação da multa imposta ou a sua redução ao patamar entre 20% e 30%.
- Requer, ainda, que todas as intimações sejam efetuadas, por via postal, em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, os recursos, *hierárquico* e *voluntário*, contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000548/2016-62, lavrado em 28/4/2016, contra a empresa em epígrafe e os responsáveis nele qualificados, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Preliminar

Em primeiro lugar, deve-se considerar que o lançamento fiscal descreve com clareza a matéria tributável, o montante do imposto a exigir, o período a que se refere e a penalidade cabível, guardando inteira consonância com os requisitos do art. 142 do CTN.

Da mesma forma, a peça acusatória não se enquadra em nenhum dos casos de nulidade previstos nos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

No tocante à arguição de nulidade pela recorrente alegando equívoco da auditoria ao impor penalidade por reincidência, trataremos adiante do assunto, por tratar-se de questão de mérito.

Portanto, não vislumbrando qualquer irregularidade que pudesse causar prejuízo à defesa do contribuinte, rechaço a preliminar.

Decadência

Abordando o tema da decadência suscitada pela recorrente, referente ao período de janeiro a maio de 2012, cabe esclarecer que o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Por outro lado, a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por homologação, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa.

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita, por decurso do prazo legal, conforme estipulado no art. 150, §4º, do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, **a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (g.n.).*

Seguindo a linha do CTN, a legislação estadual da Paraíba, considerando que, com a entrega da declaração, o Fisco detém todas as informações do contribuinte de forma a proceder a homologação, estabeleceu, através da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, para os contribuintes que tivessem realizado a entrega da declaração ou recolhido a menor o imposto declarado, conforme prevê o art. 22, § 3º, que abaixo reproduzimos:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, **contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g.n.).**

Logo, havendo a antecipação do pagamento ou a entrega da declaração pelo contribuinte, o Fisco disporá de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício qualquer diferença apurada.

Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, para o caso da acusação de Falta de Lançamento de Notas Fiscais de Aquisição, aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN, por presumir-se a ocorrência de omissão de vendas de mercadorias tributáveis, nada havendo, portanto, a homologar.

Da mesma forma, nas denúncias de ICMS Retido e Não Recolhido (saídas internas) e Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas de Mercadorias e/ou as Prestações de Serviços Realizadas, deve ser observada a regra do art. 173, I do CTN, em razão de o contribuinte não ter efetuado a entrega da declaração.

Assim, considerando que o lançamento tributário se consolidou em 3/5/2016, com a ciência da autuada, para as referidas acusações, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2010 já não eram mais passíveis de constituição pelo Fisco, eis que estariam extintos pela decadência no dia 1º de janeiro de 2016, ou seja, após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência dos respectivos fatos geradores (1º/1/2011).

Para as demais acusações, tratando-se de casos de imposto declarado e não recolhido, remete-se à aplicação do disposto no art. 150, §4º, do CTN e no art. 22, § 3º, Lei nº 10.094/2013, iniciando-se a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência dos fatos geradores.

Portanto, configuram-se extintos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 3/5/2011, em razão de não mais serem passíveis de constituição pelo Fisco, a partir de 3/5/2016, não afetando o crédito tributário apurado nas denúncias de Falta de Recolhimento do ICMS e Falta de Recolhimento do ICMS – Substituição Tributária.

Falta de Lançamento de Nota Fiscal de Aquisição nos Livros Próprios

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2010 e 2011, referentes a compras de mercadorias sem o correspondente registro das Notas Fiscais no Livro de Entradas, conforme demonstrativos (fls. 20-21).

Como se sabe, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas acarreta a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, conforme tipificado no art. 646 do RICMS-PB, abaixo transcrito:

Art. 646. Autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ou a realização de prestações de serviços tributáveis sem o recolhimento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção:

I – o fato de a escrituração indicar:

a) insuficiência de caixa;

b) suprimentos a caixa ou a bancos, não comprovados;

II – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

III – qualquer desembolso não registrado no Caixa;

IV – a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas;

V – declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. (g.n.).

Com efeito, o fato gerador do ICMS se dá de forma indireta, onde a falta do registro de notas fiscais relativas às entradas de mercadorias denota pagamentos realizados com recursos fora do Caixa escritural da empresa, presumindo-se que sejam advindos de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal, contrariando os artigos 158, I e 160, I do RICMS/PB, abaixo reproduzidos:

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Note-se que, tratando-se de presunção relativa, cabe ao contribuinte o ônus de provar a não realização do fato gerador presumido.

Em primeira instância, o julgador singular considerou extintos os créditos tributários apurados no exercício de 2010, em razão da decadência. Também, excluiu da base de cálculo levantada pela fiscalização o valor de R\$ 86.486,35, relativo à operação de aquisição acobertada pela Nota Fiscal nº 53.720, de 4/3/2011, por se tratar operação de devolução de vendas, anteriormente realizada, conforme NF nº 53.309.

No tocante à Nota Fiscal nº 55.202, no valor de R\$ 48,72, a recorrente vem alegar que a operação trata de aquisição de bens para uso/consumo, não tributada pelo ICMS, no entanto, não estamos falando aqui da tributação da operação de compra dos bens para uso/consumo, mas das vendas pretéritas omitidas, conforme presunção estipulada no art. 646 do RICMS/PB, cujas receitas foram destinadas à aquisição dos referidos bens. Assim, subsiste como exigível o valor de R\$ 8,28, no mês de abril de 2011.

Portanto, ratifico a decisão de primeira instância por considerar que o lançamento fiscal foi procedido em conformidade com os termos da legislação tributária e as provas contidas nos autos.

Falta de Recolhimento do ICMS

Nesta denúncia, a fiscalização levantou que o contribuinte deixou de apurar o imposto relativo a operações de vendas de mercadorias tributadas pelo ICMS, constantes como autorizadas no sistema ATF da Secretaria, declarando-as como canceladas no SPED fiscal, consignando infração ao art. 106 do RICMS/PB:

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

(...)

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

Conforme consta dos autos, o sujeito passivo declarou como canceladas no SPED fiscal as Notas Fiscais Eletrônicas - NF-e's mantidas como autorizadas nos arquivos magnéticos da Secretaria e no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, conforme demonstrativo (fls. 22 e 220-232).

Contrapondo-se à decisão de primeira instância, que julgou procedente a acusação, a recorrente vem alegar que tais operações não se realizaram, assim, registrou-as, como canceladas, na sua própria contabilidade e solicitou o cancelamento perante o órgão fazendário, mas que, por problema de comunicação, não foram refletidos no Sistema da SER/PB.

Como veremos as alegações apresentadas pela recorrente não haverão de prosperar.

Como se sabe, a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e é um documento de existência exclusivamente digital, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e a Autorização de Uso fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte, como se extrai do art. 166 do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 166. A Nota Fiscal Eletrônica - NF-e poderá ser utilizada em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, pelos contribuintes do ICMS, observado o disposto no Art. 166-A. 319

Parágrafo único. Considera-se Nota Fiscal Eletrônica - NF-e o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria de Estado da Receita, antes da ocorrência do fato gerador.

Assim, a NF-e regularmente emitida passará a produzir efeitos jurídicos, podendo sua validade e autenticidade serem verificadas através de chave de acesso no Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Neste sentido, entre outros procedimentos previstos na legislação, o cancelamento das Notas Fiscais Eletrônicas deve ser solicitado pelo contribuinte, observada a não ocorrência da circulação da mercadoria ou a prestação do serviço, e só se efetivará quando o referido pedido é transmitido ao Fisco, como nos ensina os arts 166-K e 166-L do RICMS/PB, que abaixo reproduzimos:

Art. 166-K. A partir de 1º de abril de 2010, após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III do art. 166-G, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior ao máximo definido no 'Manual de Integração – Contribuinte', contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas às normas constantes no art. 166-L (Ajuste SINIEF 12/09).

Art. 166-L. O cancelamento de que trata o art. 166-K somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido ao Fisco.

Como bem declarou o julgador singular, a transmissão do SPED não exonera o contribuinte de promover o cancelamento da NF-e, que deve anteceder ao registro das operações no SPED fiscal.

Portanto, ratifico os termos da decisão singular por refletirem as determinações da legislação tributária.

Falta de Recolhimento do ICMS – Substituição Tributária

Na presente denúncia, o contribuinte declarou no SPED fiscal, como canceladas, operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, com o imposto retido, ocorridas nos exercícios de 2012 e 2013, quando essas operações constam como autorizadas no Sistema ATF, desta Secretaria, deixando de recolher o imposto devido, em desacordo com o art. 399 do RICMS/PB, abaixo transcrito:

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

(...)

II - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador:

(...)

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

Mantida na instância singular, ratifico a referida decisão, por observar similaridade com a acusação anterior, quando foi assimilada a necessidade do cancelamento prévio da operação no Portal da Nota Fiscal Eletrônica e nos arquivos da Secretaria para que a situação fosse refletida na declaração SPED.

ICMS Retido e Não Recolhido (saídas internas) e

Não Registrar nos Livros Próprios as Operações de Saídas de Mercadorias

e/ou as Prestações de Serviços Realizadas

Nestas denúncias, a fiscalização levantou que o contribuinte, nos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013, deixou de registrar no SPED fiscal, operações internas de saídas de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, acarretando a falta de recolhimento do ICMS próprio e do retido por substituição tributária, conforme demonstrativos (*fls. 23-100*).

Como se sabe, além da obrigação de emitir a respectiva Nota Fiscal, quando das saídas das mercadorias, cabe, também, ao contribuinte efetuar o devido registro nos livros próprios, com finalidade de se apurar o *quantum debeatur* do imposto, que deve ser recolhido ao final de cada

período de apuração.

Tratando-se de operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao industrial na qualidade de contribuinte substituto, como disciplina o art. 33 da Lei nº 6379/96, verbis:

Art. 33. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo Único desta Lei;

§ 1º A responsabilidade será atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 5º O sujeito passivo por substituição sub-roga-se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas.

Assim, no caso presente, a empresa emitiu os documentos fiscais correspondentes às saídas realizadas, mas deixou de registrar as essas operações no SPED fiscal, acarretando a falta de recolhimento do ICMS relativo à operação própria e ao devido por substituição tributária, em desacordo com o art. 399 e art. 60, ambos do RICMS/PB, verbis:

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

(...)

II - até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador:

(...)

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;*
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;*
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;*
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;*

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;*
- b) o valor de outros débitos;*
- c) o valor dos estornos de créditos;*
- d) o valor total do débito do imposto;*
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;*
- f) o valor de outros créditos;*
- g) o valor dos estornos de débitos;*
- h) o valor total do crédito do imposto;*
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";*
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;*
- l) o valor do imposto a recolher;*
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".*

Em primeira instância, foram excluídos o créditos relativos ao exercício de 2010, alcançados pela decadência, subsistindo o valores referentes aos demais períodos.

Sem reparos a fazer quanto à decisão de primeira instância e não havendo manifestação da recorrente no recurso voluntário, ratifico a referida decisão por considerar que está em consonância com a legislação tributária em vigor.

Das Penalidades Aplicadas

No tocante às multas, foram, corretamente, aplicadas as penalidades previstas no art. 82, V, II “b” e V, “a”, “f” e “g”, da Lei nº 6.379/96, como se segue:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

b) aos que, sujeitos a escrita fiscal, não lançarem nos livros fiscais próprios, as notas fiscais emitidas e deixarem de recolher no prazo legal, no todo ou em parte, o imposto correspondente;

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

a) aos que deixarem de emitir nota fiscal pela entrada ou saída de mercadorias, de venda a consumidor ou de serviço, ou as emitirem sem observância dos requisitos legais;

(...)

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria ou de prestação serviço, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive, a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer outra forma apurada através de levantamento da escrita contábil ou do livro Caixa quando o contribuinte não estiver obrigado à escrituração;

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, taxando-a de exorbitante, confiscatória e desproporcional, cabe ressaltar que foge à alçada dos

órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

No que se refere à recidiva aplicada pela fiscalização, esta encontra aparo na legislação no art. 87 da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

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.

Neste sentido, para que seja aplicada a majoração da multa em razão da reincidência, é imperioso que o sujeito passivo tenha incorrido em infração ao mesmo dispositivo legal, no período de cinco anos contados 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, como dispõe o artigo 39 da Lei nº 10.094/13, vejamos:

Art. 39. 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.

No caso dos autos, a fiscalização aplicou a penalidade por reincidência na acusação de falta de recolhimento do ICMS, com base no Termo de Antecedentes Fiscais (*fls.* 304-305), onde consta que a empresa foi autuada nos Processos nºs 060.355.2010-3, 125.560.2009-1 e 126.906.2009-0, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB.

No entanto, o Processo nº 060.355.2010-3 e o nº 126.906.2009-0, tratam de utilização de crédito indevido que não tem relação com os fatos apurados no presente Processo.

Por outro lado, no Processo nº 125.560.2009-1 a empresa foi autuada por falta de recolhimento do imposto estadual, por deixar de levar à tributação operações de remessa para conserto que não retornaram ao estabelecimento, e por indicar como não tributadas pelo ICMS operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, em clara infringência ao art. 60, I e III do RICMS/PB.

Art. 60. *Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:*

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;*
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;*
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;*
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;*

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;*
- b) o valor de outros débitos;*
- d) o valor total do débito do imposto;*
- h) o valor total do crédito do imposto;*
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";*
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;*
- l) o valor do imposto a recolher;*

Como se observa, os fatos apurados no presente auto de infração, na denúncia de Falta de Recolhimento do ICMS, guardam clara similaridade com aqueles a que se refere o Processo nº 125.560.2009-1, presente auto de infração com os fatos apurados na denúncia de Falta de Recolhimento do ICMS. Assim, considerando que a decisão definitiva referente ao Processo nº 125.560.2009-1 Processo nº 125.560.2009-1 foi exarada em 17/4/2013, configura-se ao sujeito passivo a condição de reincidente, nos períodos 04/2013, 07/2013, 10/2013 e 12/2013, para a acusação de falta de recolhimento do ICMS, ensejando a aplicação da penalidade no art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Ressalte-se que o percentual aplicado deve ser de 50% (cinquenta por cento) em virtude de o contribuinte ser reincidente em apenas uma infração.

Dessa forma, concluo por considerar devido o seguinte crédito tributário:

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *provimento parcial* do primeiro e *desprovimento* do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000548/2016-62, lavrado em 28/4/2016, contra a empresa, COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 5.357.038,47 (cinco milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, trinta e oito reais reais e quarenta e sete centavos), sendo R\$ 2.682.098,83 (dois milhões, seiscentos e oitenta e dois mil, noventa e oito reais e oitenta e três centavos), de ICMS, nos termos dos arts. 158, I, 160, I c/fulcro no art. 646; art. 106; art. 395 c/c art. 397, III e art. 399, II, “b”; art. 277 e parágrafos c/c art. 60, I e III; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, R\$ 2.662.878,01 (dois milhões, seiscentos e sessenta e dois mil, oitocentos e setenta e oito reais e um centavo), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, II, “h”, da Lei nº 6.379/96 e R\$ 12.061,63 (doze mil, sessenta e um reais e sessenta e três centavos), de multa recidiva, nos termos do art. 87 e parágrafo único da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo o valor de R\$ 3.423.014,87 (três milhões, quatrocentos e vinte e três mil, quatorze reais e oitenta e sete centavos), sendo R\$ 1.290.228,04 (um milhão, duzentos e noventa mil, duzentos e vinte e oito reais e quatro centavos), de ICMS, R\$ 1.000.746,45 (um milhão setecentos e quarenta e seis mil reais e quarenta e cinco centavos), de multa por infração, e R\$ 1.132.040,38 (um milhão, cento e trinta e dois mil quarenta reais e trinta e oito centavos), de multa recidiva.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 15 de fevereiro de
2019

MÔNICA OLIVEIRA COELHO LEMOS

Conselheira Relatora