



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

PROCESSO Nº1621302016-0

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

1ªRecorrida:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS-AMBEV.

2ªRecorrente:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS-AMBEV.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ

Autuante(s):FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA/NEWTON ARNAUD SOBRINHO

Relator:CONS.ºPETRONIO RODRIGUES LIMA

CRÉDITO INEXISTENTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. USO DE CRÉDITOS FISCAIS INDEVIDOS. DECADÊNCIA PARCIAL. MULTA RECIDIVA. REINCIDÊNCIA EVIDENCIADA EM PARTE. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

-Decadência de parte do crédito tributário, no tocante às infrações de Falta de Recolhimento do ICMS, pelo uso de crédito fiscal inexistente e indevido, analisados e decididos sob a ótica do art. 150, §4º, do CTN.

-Reputa-se devido o ICMS decorrente da apropriação de créditos inexistentes, já que foi efetuada sem amparo documental.

-Evidenciada a utilização de crédito fiscal em desacordo com a legislação em vigência, ensejando a cobrança do imposto devido.

-Exclusão parcial da multa recidiva

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 do relator, pelo recebimento do recurso 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 a sentença monocrática quanto aos valores, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00002361/2016-01, lavrado em 22/11/2016, contra a empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 6.778.133,32 (seis milhões, setecentos e setenta e oito mil, cento e trinta e três reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 2.888.577,11 (dois milhões, oitocentos e oitenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete reais e onze centavos) de ICMS, por infração aos arts. 72 e 73 c/c art 77; e art. 106; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 , R\$ 2.888.577,11 (dois milhões, oitocentos e oitenta e oito mil, quinhentos e setenta e

sete reais e onze centavos) de multa por infração ao artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, e R\$ 1.000.979,10 (um milhão, novecentos e setenta e nove reais e dez centavos) de multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em mantém cancelado o valor de R\$ 348.481,76 (trezentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e um reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 97.159,22 (noventa e sete mil, cento e cinquenta e nove reais e vinte e dois centavos), de ICMS, R\$ 97.159,22 (noventa e sete mil, cento e cinquenta e nove reais e vinte e dois centavos), de multa por infração e R\$ 154.163,32 (cento e cinquenta e quatro mil, cento e sessenta e três reais e trinta e dois centavos), de multa recidiva. Intimações na forma regulamentar.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de julho de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, GÍLVIA DANTAS MACEDO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
ALENCAR Assessora Jurídica

#RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002361/2016-01, lavrado em 22/11/2016, contra a empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, com ciência pessoal, em 29/11/2016, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2011 e 31/12/2013, constam as seguintes denúncias:

- CRÉDITO INEXISTENTE >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou crédito(s) do ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE SE VERIFICOU NO SPED FISCAL DO CONTRIBUINTE, MAIS PRECISAMENTE NO REGISTRO E111, NA RUBRICA OUTROS CRÉDITOS. TUDO SOLIDADO EM DEMONSTRATIVO E DOCUMENTOS EM ANEXO AOS AUTOS.

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

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE SE VERIFICOU PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, EM DESACORDO COM O ART. 72, §1º, I DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97, APROVEITOU CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS ORIUNDOS DE OPERAÇÕES DE ENTRADAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO, DISSIMULADOS POR MEIO DE LANÇAMENTOS NO SPED FISCAL, MAIS PRECISAMENTE NO REGISTRO E111, SOB A RUBRICA DE CRÉDITOS SIMULTÂNEOS E MIP (MATERIAL INTERMEDIÁRIO DE PRODUÇÃO). TUDO SOLIDADO EM DEMONSTRATIVO E DOCUMENTOS EM ANEXO AOS AUTOS.

ENQUADRAMENTO LEGAL

Infração Cometida/Diploma Legal Penalidade Proposta/Diploma Legal

Arts. 72 e 73 c/c 77 do RICMS/PB Art. 82, V, “h” da Lei nº 63.79/96.

Art. 106 do RICMS/PB Art. 82, V, “h” da Lei nº 63.79/96.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

ICMS MULTA	RECIDIVA	TOTAL
------------	----------	-------

2.985.736,33	2.985.736,33	1.155.142,42	7.126.615,08
--------------	--------------	--------------	--------------

Inconformada com a autuação, a autuada apresentou reclamação tempestiva, em 28/12/2016 (fls. 384-425).

Com informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 477) e encaminhados à GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, excluindo a multa recidiva e afastando parte do crédito tributário alcançado pela decadência, fixando o crédito tributário em R\$ 5.777.154,22, sendo R\$ 2.888.577,11, de ICMS, e R\$ 2.888.577,11, de multa por infração, com indicativo de recurso de ofício nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013 (fls. 487-508).

Cientificada, da decisão de primeira instância, por via postal, em 16/10/2017 AR (fl. 511), a autuada, através de advogados, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado em 10/11/2017 (fls. 513-540).

- Inicialmente, tece comentários sobre a tempestividade do recurso e sobre os fatos que ensejaram a autuação e as razões para recorrer;

- No mérito, defende a improcedência da autuação e a legitimidade da tomada dos créditos na apuração do ICMS, apresentando as razões a seguir:

- Diz que grande parte do montante glosado pelo Fisco, no período de dezembro de 2011, totalizando R\$ 98.696,98, se refere a pagamentos antecipados realizados pela recorrente que foram levados a crédito na apuração mensal do imposto, na forma prevista na legislação, sob a rubrica “Outros créditos para ajuste de apuração ICMS para PB – ICMS CONTA CORRENTE DOC. 19000844749 08/2011”;

- Ressalta que o crédito glosado, nos meses de novembro e dezembro de 2013, no valor de R\$ 78.429,37, é oriundo de prestação de serviço de transporte iniciada em outro Estado, em que o transportador efetuou o recolhimento antecipado para o Estado da Paraíba, sem efetuar o devido destaque no documento fiscal, gerando o creditamento extemporâneo com base nas guias de recolhimento;

- Diz que parcela dos créditos glosados são decorrentes de “créditos simultâneos”, no total de R\$ 96.741,95, tomados em razão da transferência ou devolução de material de uso e/ou consumo, sendo lançado como crédito fiscal no Livro de Apuração o valor destacado na Nota Fiscal de devolução acrescido do valor do diferencial de alíquota (quando houver), no período em que ocorrer a devolução, até o limite do valor que seria gerado como crédito na nota fiscal;

- Aduz que um quarto ponto a ser analisado é a improcedência da autuação, nos períodos de setembro e outubro de 2013, nos montantes de R\$ 493.862,29 e R\$ 8.129,74, sobre o aproveitamento de créditos fiscais relativos a estorno de débito do imposto, onde foi constatado débito a maior que o devido;

- Continuando, declara que é equivocada a glosa dos créditos relativos à aquisição de materiais intermediários de produção, utilizados como insumos no processo produtivo;

- Insurge-se contra a penalidade aplicada, taxando-a de exorbitante e confiscatória, defendendo a aplicação de percentual entre 20% e 30%;

- Ao final, requer a admissibilidade e provimento da peça recursal, para que seja declarada sua nulidade do lançamento, ou, no mérito, a improcedência total da acusação, ou, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou sua redução ao patamar entre 20% e 30%.

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, interpostos contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002361/2016-01, lavrado em 22/11/2016, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncias anteriormente relatadas.

De início, 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, conforme as especificações do art. 142 do CTN, bem como atende aos requisitos formais da legislação, nos termos dos arts. 14, 16, 17 e 41, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT), não se cogitando, portanto, de sua nulidade.

Na sequência, venho a ratificar a decisão singular de extinguir, pela decadência, o crédito tributário apurado até o mês de outubro de 2011, relativo às denúncias de Crédito Inexistente e de Falta de Recolhimento do ICMS.

Neste sentido, tratando-se de caso de lançamento por homologação, onde o sujeito passivo fez a entrega da declaração, efetuando o pagamento a menor do tributo, remete-se à aplicação do art. § 4º, do art. 150 CTN, para a aplicação da contagem da decadência, conforme abaixo reproduzido:

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 à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem 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.

Assim, tendo o lançamento fiscal se consolidado, em 29/11/2016, com a ciência da autuação pelo contribuinte (fl. 5), os fatos geradores ocorridos até outubro de 2011, já não mais poderiam ser constituídos pelo Fisco, eis que se operou a decadência, devendo ser excluído da inicial o crédito tributário de R\$ 94.215,48 relativo à primeira acusação (crédito inexistente), e R\$ 100.102,96 em relação à segunda acusação (Falta de recolhimento do ICMS).

Crédito Inexistente

A primeira acusação trata de utilização de crédito fiscal sem amparo documental ou de operação não comprovada, onde a fiscalização autuou o contribuinte, nos períodos de agosto e dezembro de 2011 e maio, setembro e outubro de 2013, com base nos valores lançados na sua escrita fiscal, conforme demonstrativo (fls. 8-10).

Com efeito, o aproveitamento do crédito fiscal está condicionado ao valor do imposto consignado no documento fiscal, sendo este o instrumento que comprova a realização da operação, identificando sua natureza, a origem e destino das mercadorias, o regime de tributação e o valor da operação com o respectivo destaque do imposto, que será o valor a ser compensado como crédito fiscal.

Neste sentido, assim, estabelece o art. 77 do RICMS/PB:

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.

No caso em exame, considerados extintos os valores apurados, em agosto de 2011, resta analisar os valores relativos aos períodos de dezembro de 2011, maio, setembro e outubro de 2013.

No tocante ao valor de R\$ 98.696,98, apropriado em dezembro de 2011, sob a rubrica “Outros créditos para ajuste de apuração ICMS para PB – ICMS CONTA CORRENTE DOC. 19000844749 08/2011” (fl. 55), a recorrente diz se tratar, na maior parte, de ICMS recolhido antecipadamente, o que autorizaria a tomada do crédito fiscal.

Assim, apresenta o DAR nº 1400204868, no valor de R\$ 94.872,78, que se refere ao pagamento do ICMS Substituição Tributária, não acarretando direito ao crédito, conforme já constatado pelo julgador singular.

Relativamente aos valores de R\$ 493.862,29 e R\$ 8.129,74, apropriados, nos períodos de setembro e outubro de 2013, sob as rubricas “Outros créditos para ajuste de apuração ICMS para PB – Outros Cred – Art 678 e 770 do RICMS” e “Outros créditos para ajuste de apuração ICMS para PB – Outros Cred Reversão de Estorno de Crédito (fls.97 e 98), a recorrente aduz que se referem a créditos, relativos a períodos anteriores, de débito lançado a maior que o devido.

No entanto, a compensação de crédito fiscal oriundo de repetição de indébito deverá ser autorizada por decisão final de autoridade competente, como nos ensina o art. 72, III, do RICMS/PB, abaixo transcrito:

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

(...)

III - à repetição de indébito, quando autorizado por decisão final de autoridade competente.

Portanto, convergindo com o entendimento do julgador singular, ratifico os valores ele fixados.

Falta de Recolhimento do Imposto Estadual

(Creditamento Indevido)

Nesta acusação, a fiscalização autuou o contribuinte por Falta de Recolhimento do Imposto Estadual, nos exercícios de 2011, 2012, e 2013, por utilização indevida de créditos fiscais oriundos de operações, discriminadas pela autuada como materiais intermediários de produção, créditos simultâneos e serviços de transportes de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, consignando em nota explicativa o art. 72, § 1º do RICMS/PB, abaixo transcrito:

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

(...)

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020.

Antes de prosseguir, convém lembrar que a Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) veio a introduzir uma sistemática abrangente na apropriação dos créditos fiscais, concedendo de forma ampla o direito à utilização dos créditos fiscais, conforme estipulado no art. 20:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

No entanto, o mesmo dispositivo legal estabelece que a compensação dos créditos relativos aos bens de uso ou consumo, apenas será devida em 1º de janeiro de 2020.

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do

estabelecimento nele entradas a partir de 1o de janeiro de 2020.

Assim, a fiscalização procedeu ao lançamento de ofício, efetuando a glosa desses créditos fiscais, por considerar irregular a sua compensação, conforme demonstrativos (fls. 08-10).

Mantida parcialmente na instância singular, com a exclusão dos valores alcançados pela decadência, venho a tecer considerações sobre as razões postas pela recorrente no recurso voluntário.

Sobre o ICMS relativo às prestações de serviços de transportes, o contribuinte aproveitou crédito fiscal sob a rubrica “Outros créditos para ajuste de apuração ICMS para PB – FRETES PAGTO ANTECIP REF 2013”, conforme se constata pelos Registros Fiscais da Apuração do ICMS (fl. 101 e 103), no entanto, não configura crédito fiscal, o ICMS relativo à prestação de serviços de transporte de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, diante da inexistência de prestações subsequentes em relação a estas mercadorias.

Sobre os créditos lançados no Livro de Apuração sob a rubrica “Outros créditos para ajuste de apuração ICMS para PB – CRÉDITO SIMULTANEO”, montante de R\$ 96.741,95, que foram glosados pela fiscalização, a recorrente pondera se tratar de créditos simultâneos (fl. 522), oriundos de operações de transferência ou devolução de material de uso e/ou consumo.

De pronto, cabe esclarecer que não configuram crédito fiscal o ICMS destacado nas operações de transferência de bens destinados ao uso e/ou consumo do estabelecimento, salvo quando se tratar de matéria prima para compor o produto final, ou de energia consumida, no processo de industrialização, o que não se confirma no presente caso.

No que se refere às operações de devolução de material de uso e/ou consumo, verifica-se que as Notas Fiscais complementares, emitidas em razão da falta de destaque do imposto, de fato consignaram, no seu corpo, a correspondente NF de devolução, emitida sem destaque do ICMS. No entanto, as Notas Fiscais de devolução de mercadorias foram emitidas sem fazer referência à Nota Fiscal de remessa, impossibilitando estabelecer uma correlação entre as operações.

Vejamos a operação acobertada pela Nota Fiscal nº 32.918, emitida pela autuada, em 15/4/2010, onde consta, entre outras, a remessa p/ empréstimo do produto CARBO QC, no valor de R\$ 68.181,82, com um ICMS de R\$ 8.181,83. Em 19/4/2010, a filial Sergipe, emitiu uma Nota Fiscal nº 39.228, de devolução de empréstimo, discriminando o mesmo produto e valor da Nota Fiscal nº 32.918, sem o devido destaque do ICMS e sem consignar na Nota Fiscal a referência à operação acobertada pela Nota Fiscal nº 32.918. Em 17/5/2012, a filial Sergipe emitiu a Nota Fiscal nº 101724, com referência à Nota Fiscal nº 39.228, desta feita efetuando o devido destaque do imposto.

Assim, infere-se que além de não se estabelecer uma correlação entre as operações de remessa e devolução dos produtos, o crédito tomado pela autuada se referia a exercícios anteriores, sendo passíveis de apropriação apenas se seguidos os requisitos do art. 84 do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 84. Também não é admitido o crédito fiscal destacado em documento que não tenha sido escriturado no Registro de Entradas, no prazo fixado neste Regulamento, exceto se:

I - houver comunicação escrita do contribuinte à repartição fiscal de seu domicílio, narrando as causas determinantes do lançamento extemporâneo, consignada na coluna "Observações" do Registro de Entradas;

II - for feita pelo Fisco a reconstituição da escrita.

Parágrafo único. A comunicação referida no inciso I, deverá ser lavrada em duas vias, uma das quais será devolvida ao contribuinte, devidamente visada, para comprovação junto ao Fisco, quando necessário.

No tocante ao ICMS relativo à aquisição de bens classificados como MIP, em que a recorrente advoga o direito ao uso do crédito, por se tratar de produtos intermediários utilizados no processo fabril da autuada, não se questiona o fato de que esses produtos tenham efetiva participação no processo de fabricação das cervejas e refrigerantes produzidos pela empresa, inclusive a sua influência na qualidade desses produtos.

No entanto, a legislação tributária da Paraíba apenas confere o direito ao crédito relativo à energia consumida no processo produtivo, e aos produtos que irão compor o produto acabado, não amparando a pretensão da recorrente de compensar os créditos relativos aos produtos intermediários. Além do quê, as operações reclamadas se referem a operações de entradas e serviços de transportes referentes a mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, como se observa nas planilhas às fls. 105, 106, 332 e 335, cujos créditos fiscais não pode ser utilizado, pelas razões anteriormente comentado.

Ressalte-se que o disposto no art. 87 do RICMS/PB, a que a recorrente se refere para justificar o uso do crédito fiscal em comento, apenas se aplica às empresas titulares de Programas Especiais de Exportação, concedidos pela Comissão para Concessão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação – BEFIEX.

Portanto, considerando que o direito ao crédito relativo aos produtos destinados ao uso e/ou

consumo apenas se efetivará a partir de 1º de janeiro de 2020, nos termos do art. 33, I, da Lei Complementar 87/96, reproduzida anteriormente, venho a ratificar o entendimento da decisão singular para manter a acusação.

REDUÇÃO DA MULTA

No tocante à penalidade aplicada, que a recorrente considera exorbitante e confiscatória, observa-se que a fiscalização simplesmente prescreveu o percentual de 100% (cem por cento), nos termos do art. 82, V, “h”, da Lei 6.379/96, conforme redação dada pela Lei 10.008, de 05/06/2013, abaixo reproduzida:

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

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito.

Neste sentido, cabe esclarecer que foge da 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.

Ademais, em face da pretensão da recorrente em reduzir a multa aplicada ao patamar entre 20% e 30%, deve-se ressaltar a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, que graduou multa punitiva, em 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do

Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”. (g.n.).

Dessa forma, não observo quaisquer irregularidades no quantum da multa proposta na peça vestibular, em virtude de sua aplicação ser inerente aos poderes de império e de polícia do Estado, no dever de coibir práticas ilegais e lesivas aos cofres públicos.

Quanto à aplicação da multa por reincidência, esta foi decorrente da informação de que o sujeito passivo possuía antecedentes fiscais, conforme previsão do 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 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.

Neste sentido, para que seja considerada reincidência para efeito da majoração da multa inicialmente aplicada, é imperioso que a infração, ora em questão, tenha sido ao mesmo dispositivo legal, desde que ocorrido dentro do 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, no 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 em exame, a fiscalização tomou por base os processos citados no Termo de Antecedentes Fiscais (fl. 473-474).

A instância singular analisou os processos em que as infrações se relacionava à falta de recolhimento do ICMS, com fundamento no art. 106, do RICMS/PB, que foram os Processos nºs 0603552010-3, 1255602009-1 e 1269062009-0, que por não haver perfeita identidade das infrações procedentes destes com o presente Processo, afastou todas as multas recidivas.

Contudo, verifico que o Processo nº 1255622009-0, indicados dentre os antecedentes, apesar de não ter como fundamento o art. 106 do RICMS/PB, a infração foi por uso indevido de crédito

(mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento), repercutindo na falta de recolhimento do ICMS, com fundamento no art. 72, §1º, I, do RICMS/PB, que foi a base da denúncia no Auto de Infração em tela, com este artigo constante na Nota Explicativa, em que também esclarece a razão da denúncia por crédito indevido relacionado ao uso e consumo do estabelecimento.

Assim, no entender desta relatoria, tal circunstância é delineadora de reincidência, para os fatos geradores ocorridos dentro de cinco anos após a decisão definitiva do Processo nº 1255622009-0, que ocorreu 20/5/2012, quando expirado o prazo recursal, contado da ciência do seu Acórdão.

Portanto, apenas para os fatos geradores ocorridos a partir de maio/2012, deve sofrer a penalidade por reincidência, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/2013, devendo ser excluídas as multas recidivas cobradas nos períodos de janeiro/2011 a abril/2012, de acordo com o art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Diante do exposto, venho a ratificar em parte os termos da decisão monocrática, que excluiu as multas recidivas em sua totalidade, recuperando aquelas cobradas a partir de maio/2012, devendo o crédito tributário ser constituído em conformidade com o quadro demonstrativo abaixo:

INFRA-

FATO GERADOR		AUTO DE INFRAÇÃO		CREDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO			
		ICMS	MULTA	MULTA RECIDIVA	ICMS	MULTA	RECIDIVA
TOTAL							
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL		01/01/2011	31/01/2011	891,79			
891,79	445,90	-	-	-	-	-	-
-	01/02/2011	28/02/2011	2.066,80	2.066,80	1.033,40	-	-
-	-	-	-	-	-	-	-
-	01/04/2011	30/04/2011	105,61	105,61	52,81	-	-
-	01/05/2011	31/05/2011	12.439,92	12.439,92	6.219,96	-	-
-	-	-	-	-	-	-	-
-	01/06/2011	30/06/2011	5.611,47	5.611,47	2.805,74	-	-
-	-	-	-	-	-	-	-
-	01/07/2011	31/07/2011	2.278,87	2.278,87	1.139,44	-	-
-	-	-	-	-	-	-	-
-	01/08/2011	31/08/2011	7.171,11	7.171,11	3.585,56	-	-
-	-	-	-	-	-	-	-
-	01/09/2011	30/09/2011	3.621,50	3.621,50	1.810,75	-	-
-	-	-	-	-	-	-	-

01/10/2011	31/10/2011	15.864,41	15.864,41	7.932,21	-	-
-	-					
01/11/2011	30/11/2011	14.038,20	14.038,20	7.019,10	14.038,20	
14.038,20	-	28.076,40				
01/12/2011	31/12/2011	156.314,22	156.314,22	78.157,11	156.314,22	
156.314,22	-	312.628,44				
01/01/2012	31/01/2012	21.422,29	21.422,29	10.711,15	21.422,29	
21.422,29	-	42.844,58				
01/02/2012	29/02/2012	23.202,54	23.202,54	11.601,27	23.202,54	
23.202,54	-	46.405,08				
01/03/2012	31/03/2012	19.830,83	19.830,83	9.915,42	19.830,83	
19.830,83	-	39.661,66				
01/04/2012	30/04/2012	23.466,90	23.466,90	11.733,45	23.466,90	
23.466,90	-	46.933,80				
01/05/2012	31/05/2012	38.979,15	38.979,15	19.489,58	38.979,15	
38.979,15	19.489,58	97.447,88				
01/06/2012	30/06/2012	19.062,53	19.062,53	9.531,27	19.062,53	
19.062,53	9.531,27	47.656,33				
01/07/2012	31/07/2012	34.515,41	34.515,41	17.257,71	34.515,41	
34.515,41	17.257,71	86.288,53				
01/08/2012	31/08/2012	17.693,02	17.693,02	8.846,51	17.693,02	
17.693,02	8.846,51	44.232,55				
01/09/2012	30/09/2012	26.568,58	26.568,58	13.284,29	26.568,58	
26.568,58	13.284,29	66.421,45				
01/10/2012	31/10/2012	23.379,70	23.379,70	11.689,85	23.379,70	
23.379,70	11.689,85	58.449,25				
01/11/2012	30/11/2012	921.287,98	921.287,98	460.643,99	921.287,98	
921.287,98	460.643,99	2.303.219,95				
01/12/2012	31/12/2012	569.019,30	569.019,30	284.509,65	569.019,30	
569.019,30	284.509,65	1.422.548,25				
01/01/2013	31/01/2013	14.337,84	14.337,84	7.168,92	14.337,84	
14.337,84	7.168,92	35.844,60				
01/02/2013	28/02/2013	35.497,44	35.497,44	17.748,72	35.497,44	
35.497,44	17.748,72	88.743,60				
01/03/2013	31/03/2013	20.980,35	20.980,35	10.490,18	20.980,35	
20.980,35	10.490,18	52.450,88				

01/04/2013	30/04/2013	48.460,37	48.460,37	24.230,19	48.460,37
48.460,37	24.230,19	121.150,93			
01/05/2013	31/05/2013	3.563,27	3.563,27	1.781,64	3.563,27
3.563,27	1.781,64	8.908,18			
01/06/2013	30/06/2013	14.518,63	14.518,63	7.259,32	14.518,63
14.518,63	7.259,32	36.296,58			
01/07/2013	31/07/2013	10.350,89	10.350,89	5.175,45	10.350,89
10.350,89	5.175,45	25.877,23			
01/08/2013	31/08/2013	24.972,29	24.972,29	12.486,15	24.972,29
24.972,29	12.486,15	62.430,73			
01/09/2013	30/09/2013	16.557,24	16.557,24	8.278,62	16.557,24
16.557,24	8.278,62	41.393,10			
01/10/2013	31/10/2013	25.178,23	25.178,23	12.589,12	25.178,23
25.178,23	12.589,12	62.945,58			
01/11/2013	30/11/2013	46.799,73	46.799,73	23.399,87	46.799,73
46.799,73	23.399,87	116.999,33			
01/12/2013	31/12/2013	90.236,24	90.236,24	45.118,12	90.236,24
90.236,24	45.118,12	225.590,60			
CRÉDITO INEXISTENTE	01/08/2011	31/08/2011	47.107,74	47.107,74	-
-	-	-			
01/12/2011	31/12/2011	98.696,98	98.696,98	-	98.696,98
98.696,98	-	197.393,96			
01/05/2013	31/05/2013	27.654,93	27.654,93	-	27.654,93
27.654,93	-	55.309,86			
01/09/2013	30/09/2013	493.862,29	493.862,29	-	493.862,29
493.862,29	-	987.724,58			
01/10/2013	31/10/2013	8.129,74	8.129,74	-	8.129,74
8.129,74	-	16.259,48			
TOTAL	2.985.736,33	2.985.736,33	1.155.142,42	2.888.577,11	2.888.577,11
1.000.979,10	6.778.133,32				

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso 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 a sentença monocrática quanto aos valores, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002361/2016-01, lavrado em 22/11/2016, contra a empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 6.778.133,32 (seis milhões, setecentos e setenta e oito mil, cento e trinta e três reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 2.888.577,11 (dois milhões, oitocentos e oitenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete reais e onze centavos) de ICMS, por infração aos arts. 72 e 73 c/c art 77; e art. 106; todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 , R\$ 2.888.577,11 (dois milhões, oitocentos e oitenta e oito mil, quinhentos e setenta e sete reais e onze centavos) de multa por infração ao artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, e R\$ 1.000.979,10 (um milhão, novecentos e setenta e nove reais e dez centavos) de multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em mantenho cancelado o valor de R\$ 348.481,76 (trezentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e um reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 97.159,22 (noventa e sete mil, cento e cinquenta e nove reais e vinte e dois centavos), de ICMS, R\$ 97.159,22 (noventa e sete mil, cento e cinquenta e nove reais e vinte e dois centavos), de multa por infração e R\$ 154.163,32 (cento e cinquenta e quatro mil, cento e sessenta e três reais e trinta e dois centavos), de multa recidiva.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de julho de 2019.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator