



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

PROCESSO Nº1781492016-7

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP TDA.

1ªRecorrida:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS-AMBEV.

2ªRecorrente:COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS-AMBEV

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP

Preparadora:SUBG DA RECEB DE RENDAS DA GER REG DA PRIMEIRA REGIÃO.

Autuante:FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA E NEWTON ARNAUD SOBRINHO.

Relator: CONSº.PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. FAIN. DESCUMPRIMENTO DO REGIME ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS DE MATÉRIA PRIMA NAS OPERAÇÕES NÃO INCENTIVADAS. PRELIMINAR AFASTADA. DECADÊNCIA PARCIAL. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os créditos fiscais referentes às entradas de matéria prima devem ser compensados com os débitos relativos à produção incentivada, conforme cláusula prevista no Regime Especial. Não configura reincidência a prática de infração a dispositivos distintos ou referente a um mesmo dispositivo relativo a lançamento anterior não definitivamente julgado. Parte do crédito tributário restou sucumbente 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 relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovidimento do primeiro e provimento parcial do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002705/2016-74, lavrado em 20/12/2016, 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\$ 150.545,62 (cento e cinquenta mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 75.272,81 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e oitenta e um centavo), de ICMS, nos termos do 106; ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, Cláusula Primeira do Regime Especial nº1131/2003 e Cláusula Primeira do Regime Especial nº 2007.01.00.00096, e \$ 75.272,81 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e oitenta e um centavo), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, V, "h", da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancela o valor de R\$ 16.310.817,23 (dezesesseis milhões, trezentos e dez mil, oitocentos e dezessete reais e vinte e três centavos), sendo R\$ 6.509.272,30 (seis milhões, quinhentos e nove mil, duzentos e setenta e dois reais e trinta centavos), de ICMS, R\$ 6.509.272,30 (seis milhões, quinhentos e nove mil, duzentos e duzentos e noventa e dois mil, duzentos e setenta e dois reais e vinte e três centavos centavos), de multa por infração, e R\$ 3.292.272,63 (três milhões, setecentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinco reais e oito centavos), de multa recidiva..

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA.
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (SUPLENTE), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

ALENCAR
SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002705/2016-74, lavrado em 20/12/2016, 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 31/4/2013, constam as seguintes denúncias:

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

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE SE VERIFICOU POR ERRO NA APURAÇÃO DO ICMS RELATIVO AO BENEFÍCIO DO FAIN PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, EM DESACORDO COM AS CLÁUSULAS PRIMEIRA E SEGUNDA DO REGIME ESPECIAL Nº 1131/2003, DA CLÁUSULA PRIMEIRA, PARÁGRAFO ÚNICO DO REGIME ESPECIAL Nº 2007.01.00.00096 E CLÁUSULA PRIMEIRA DO REGIME ESPECIAL Nº 2013.01.00.00828, TER USADO INDEVIDAMENTE CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS FAIN A MAIOR, HAJA VISTA TER INDICADO, NA APURAÇÃO, ENTRADAS DE INSUMOS/MATÉRIAS-PRIMAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO COMO SENDO ENTRADAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. TUDO SOLIDADO EM DEMONSTRATIVOS, MÍDIAS DIGITAIS E DOCUMENTOS ANEXADOS AOS AUTOS.

Foi dado como infringido o 106 do RICMS-PB, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 16.461.362,85, sendo R\$ 6.584.545,11, de ICMS, R\$ 6.584.545,11, de multa por infração e R\$ 3.292.272,63, de multa recidiva.

Cientificada, pessoalmente da ação fiscal, em 27/12/2016, a autuada apresentou reclamação, em 26/1/2017 (fls. 261-295).

Com informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, (fl. 372), 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, com fixação do crédito tributário, em R\$ 7.098.814,32, sendo R\$ 3.549.407,16, de ICMS, e R\$ 3.549.407,16, de multa por infração, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13 (fls. 381-401).

Cientificada da decisão de Primeira Instância, por via postal, em 9/3/2018 – AR (fl. 404), a autuada apresentou recurso voluntário, em 10/4/2018, onde expõe o seguinte (fls. 407-427):

- De início, aborda sobre a tempestividade do recurso e apresenta uma breve síntese dos fatos, relatando que o julgador singular afastou o período decadente e a multa por reincidência, mantendo o restante da autuação sob o argumento de ausência de prova para infirmar o lançamento;
- Discordando dos fundamentos apresentados na decisão de primeira instância, afirma que consta dos autos prova inequívoca da escrituração dos valores autuados, mas que essas informações não foram verificadas pelo julgador singular, que também não observou os fundamentos de defesa quanto à tipificação da multa e a demonstração de que houve ajustes manuais na apuração do incentivo, em decorrência de erros nos CFOPs informados nos documentos fiscais;

- Prosseguindo, assevera que o indeferimento da diligência fiscal concorreu diretamente para a manutenção indevida do lançamento;
- Em seguida, argui, em preliminar, a 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 crédito tributário e ofensa ao contraditório e ampla defesa;
- Neste sentido, aduz que apenas se cogitaria da imputação da multa elencada no art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, caso se comprovasse a inidoneidade do crédito fiscal apropriado, considerando que no máximo poderia ser aplicada uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória;
- No mérito, argumenta que as operações glosadas tratam de insumos indispensáveis ao processo produtivo, que autorizam a tomada do crédito presumido, nos termos da Cláusula Primeira do Regime Especial nº 2013.01.00.00828, reconhecendo que apenas cometeu equívoco na classificação dos CFOP’s o que demandaria multa acessória;
- Classifica a multa aplicada como exorbitante e confiscatória, ponderando um patamar entre 20% e 30%;
- Ao final, requer a admissibilidade e provimento do recurso para que seja declarada a nulidade ou improcedência do lançamento fiscal, ou, subsidiariamente, a redução da multa ao patamar de 20%.
- Requer, ainda, que todas as intimações sejam efetuadas, em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, sob pena de nulidade.

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 93300008.09.00002705/2016-74, lavrado em 20/12/2016, 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).

Cabe, ainda, considerar que a autuada apresentou defesa nas duas instâncias administrativas, onde teve a oportunidade de apresentar suas razões e provas, não se cogitando, portanto, de cerceamento de defesa.

Da mesma forma, não se sustentam as alegações da recorrente de que o indeferimento da diligência fiscal concorreu diretamente para a manutenção indevida do lançamento, tendo em vista que as informações constantes dos autos são suficientes para o deslinde da matéria, como veremos.

Portanto, rechaço a preliminar, por não vislumbrar nos autos qualquer fato que caracterize o cerceamento de defesa do contribuinte.

Decadência

A decadência traduz-se, em linhas gerais, como sendo a perda do direito, por parte da Administração Tributária, sujeito ativo de determinado tributo, por intermédio de sua autoridade competente, de promover o lançamento tributário. É com o lançamento que a obrigação tributária torna-se líquida e certa, surgindo, assim, o crédito tributário. Este consiste em um dos pontos de maior relevância para a segurança jurídica, não permitindo o diferimento, ao longo do tempo, do dever de agir da autoridade administrativa, promovendo a estabilização da relação Fazenda Pública x Contribuinte.

Assim, este instituto jurídico tem o condão de impedir que as relações jurídicas perdurem indefinidamente, sem termo final, dando-lhes maior segurança jurídica.

O CTN trata da decadência em seu art. 173, estipulando o prazo e nos seus incisos, de forma geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito do Estado em efetuar o lançamento tributário, abaixo transcrito:

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;
- II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Também o CTN, por outro lado, no artigo 150, § 4º, estipula o prazo de cinco anos para a Fazenda Pública se pronunciar a respeito da homologação, caso a lei não fixe outro prazo:

Art. 150 – (...)

§ 4.º Se a lei não fixar prazo à 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.

Este último se reporta a um prazo concedido à Fazenda Pública, considerando os casos em que houver a participação efetiva do contribuinte. Aqui se faz necessário enfatizar que o ICMS – imposto em análise – está sujeito ao lançamento por homologação, aquele em que o próprio contribuinte apura, informa e recolhe o tributo antecipadamente sem prévio exame do Fisco. O Estado disporia então do prazo de cinco anos para dizer se concorda ou não com o valor pago pelo contribuinte, concordando dentro desse prazo, ocorreria sua homologação expressa; se não se manifesta nesse prazo, ocorreria a homologação tácita; e ainda, se não concorda dentro desse prazo, faria o lançamento de ofício (auto de infração) da diferença que entender cabível.

Assim, neste aspecto, torna-se relevante a análise de qual seria o termo inicial, nos casos de homologação, para efeito da contagem do prazo da decadência na esfera tributária. Neste ínterim, necessário se faz ressaltar as disposições do novel Ordenamento Processual Tributário do Estado da Paraíba, disciplinado pela Lei nº 10.094, de 27 de Setembro de 2013, que consagrou o prazo da decadência nos seguintes termos:

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)''**

É possível verificar que, quando havia a instância especial desta Pasta, esta também já se pronunciou neste sentido, conforme vejamos adiante:

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.

Decisão nº 002/2013 – SER

Recurso Hierárquico nº 002/2013

Processo nº 0981242010-0

A primeira instância decidiu que não se aplicaria a decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN, com base de que teria havido dolo, fraude ou simulação, excludentes da homologação tácita dos lançamentos por parte do Fisco, na errônea apuração do ICMS em relação ao benefício do FAIN, por parte do contribuinte, objeto da autuação.

Primeiramente, denota-se que a acusação se reporta a “**erro** na apuração do ICMS relativo ao benefício do FAIN (...) haja vista ter indicado, na apuração, entradas de insumos/matérias-primas

para industrialização como sendo entradas para comercialização.” Ou seja, a acusação trata de erro e não de dolo, que se considera a provocação intencional do erro, o que não vejo estar patente nos autos, pois, existem indícios, já que **pode** ter ocorrido uma equivocada interpretação da norma jurídica, no caso, o regime especial, nem está denunciado, tampouco provado o suscitado dolo.

Vislumbro que Parecer nº 01/2015, da Assessoria Jurídica desta Casa, citado como precedente pelo julgador singular, é relativo a outro processo, em que verifico se tratar de uso indevido de créditos, não só por erro na apuração do ICMS relativamente ao FAIN, como também por aquisições de mercadorias para uso e consumo e de energia elétrica, em que traz o entendimento exarado pela fiscalização, em relação às acusações, que, em suma, seriam condutas de prestar declarações falsas ao Fisco de forma contumaz.

No entendimento desta relatoria, não se encontra patente nos autos a prática de dolo, que teria ocorrido intenção da provocação do erro, pelo qual foi acusado, e nem sequer é reincidente do Processo nº 0723622010-8, trazido aos autos como precedente para caracterização de dolo, pois os fatos geradores no presente Processo ocorreram em períodos bem anteriores à decisão definitiva daquele, só em 11/11/2015, Acórdão nº 078/2015.

Neste sentido, ousa discordar do entendimento da primeira instância, já que não se encontra irrefutavelmente comprovada a prática de dolo no caso ora em questão, e, tratando-se de análise de lançamento por homologação, conforme análise supra, deve a decadência tributária ser tratada nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Portanto, considerando que o lançamento fiscal se consolidou em 27/12/2016, com a ciência do sujeito passivo, considero extintos os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2011.

Falta de Recolhimento do Imposto Estadual

Na presente acusação, a fiscalização efetuou a glosa de créditos fiscais utilizados pelo contribuinte, nos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013, oferecendo denúncia por falta de recolhimento do imposto estadual, por afronta às Cláusulas Primeira e Segunda do Regime Especial nº 1131/2003, da Cláusula Primeira, Parágrafo Único do Regime Especial nº 2007.01.00.00096 e Cláusula Primeira do Regime Especial nº 2013.01.00.00828, conforme demonstrativos e documentos anexados aos autos (*fls.* 08-259).

Como efeito, à época dos fatos geradores, o contribuinte era beneficiário de regime especial que lhe concedia a utilização de crédito presumido, no percentual de 57,75% (cinquenta e sete inteiros e setenta e cinco avos por cento) do total do saldo devedor do período correspondente, e de 100% (cem por cento) do saldo devedor relativo ao incremento da produção industrial própria, conforme estabelecido na Cláusula Primeira do Regime Especial nº1131/2003 e na Cláusula Primeira do Regime Especial nº 2007.01.00.00096, abaixo reproduzidas:

Regime Especial nº1131/2003

CLÁUSULA PRIMEIRA – Após cada período de apuração do imposto, a empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS – FILIAL PARAÍBA, terá direito à utilização de um crédito presumido correspondente a 57,75% (cinquenta e sete vírgula setenta e cinco por cento) do total do saldo devedor do saldo devedor correspondente.

Regime Especial nº 2007.01.00.00096

CLÁUSULA PRIMEIRA – Após cada período de apuração do imposto, a empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS – FILIAL PARAÍBA, terá direito à utilização de um crédito presumido de 100% (cem por cento) do total do saldo devedor do saldo devedor correspondente, a ser apropriado na conta gráfica, conforme definido na legislação, relativamente a produção gerada pelo incremento da produção industrial própria incentivada, nos termos da Cláusula Primeira do Protocolo de Intenções e art. 3º da Resolução nº 003/2007- FAIN.

Mantida a acusação na primeira instância, o contribuinte vem alegar que apenas cometeu equívoco na classificação dos CFOP's, e que as operações glosadas tratam de insumos indispensáveis ao processo produtivo, que autorizam a apropriação dos créditos, nos termos da Cláusula Primeira do Regime Especial nº 2013.01.00.00828, que abaixo reproduzimos:

Regime Especial nº 2013.000154

(Baseado no Parecer nº 2013.01.00.00828)

CLÁUSULA PRIMEIRA – A cada período de apuração do ICMS, a empresa em substituição à sistemática normal de recolhimento do ICMS, fará jus à utilização de um crédito presumido a ser calculado sobre o saldo devedor mensal do ICMS e a recolher do imposto, apurado relativamente à produção industrial própria incentivada, nos percentuais e períodos abaixo compreendidos, conforme estabelecido no Protocolo de Intenções:

- 70% (setenta por cento), de setembro até dezembro de 2013;
- 75% (setenta e cinco por cento), de janeiro até dezembro de 2014;
- 80% (oitenta por cento), de janeiro até dezembro de 2015;
- 85% (oitenta e cinco por cento), a partir de janeiro de 2016.

Em primeiro lugar, a própria recorrente reconhece que as operações tratam de insumos relativos ao processo produtivo da Empresa, mais especificamente de matéria prima que irá compor o produto final por ela fabricado, conforme se comprova pelos documentos carreados aos autos pela fiscalização.

Neste sentido, também, reconhece que houve equívoco na classificação dos CFOP's, o que acarretou o aproveitamento desses créditos nas operações não incentivadas.

Ressalte-se que não se questiona o direito do contribuinte de apropriar o crédito fiscal referente às matérias primas indispensáveis à fabricação de cervejas e refrigerantes na planta da autuada, no entanto, os regimes especiais aqui tratados observam que a utilização do crédito presumido se dará após a apuração do saldo devedor em conta gráfica, relativamente e produção industrial própria incentivada.

Ora, tal procedimento não foi seguido pelo contribuinte, que deixou de apropriar tais créditos na produção industrial, como exigido pela legislação, para compensá-los com os débitos das operações não incentivadas, acarretando uma redução indevida do saldo a recolher do imposto, referente a essas operações.

Observe-se que ao deixar utilizar os créditos pelas entradas das matérias primas na produção incentivada, não acarreta prejuízo para o contribuinte, tendo em vista a incidência do crédito presumido sobre o saldo devedor dessas operações.

Portanto, em consonância com o entendimento do julgador singular, considero legítima a glosa desses créditos fiscais pela fiscalização.

Da Multa Aplicada

Superado o mérito, pela procedência, se soterram as alusões da recorrente de que o fato trata apenas de descumprimento de obrigação acessória, assim, considero correta a aplicação da multa, em face da utilização indevida de crédito fiscal, conforme prevê o art. 82, V, "h", da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzido:

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.

No tocante às alusões de que a penalidade aplicada é exorbitante e confiscatória, deve-se observar que a fiscalização simplesmente prescreveu o estabelecido na legislação, não cabendo a redução do percentual ao patamar entre 20% e 30%, como advoga a recorrente.

A propósito, as decisões dos Tribunais Superiores arroladas aos autos pela recorrente tratam de multa procrastinatória, o que não configura o caso dos autos, que trata de multa punitiva.

Assim, melhor se adequaria ao caso a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, que graduou a 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.).*

Ademais, 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.

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.

Recidiva

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 constantes às fls. 370 e 371 dos autos, onde se verifica que o processo nº 126.906.2009-0 trata da mesma matéria, no entanto só teve seu julgamento definitivo, em 17/7/2013, data da ciência dos embargos de declaração, conforme consta nos arquivos da Secretaria.

Portanto, os fatos geradores que repercutiram na infração em epígrafe ocorreram em datas anteriores à do julgamento definitivo do respectivo processo, a partir da qual se aplicaria a regra da reincidência, para as novas infrações surgidas em desacordo com o mesmo dispositivo legal.

Neste sentido, a circunstância delineadora da reincidência não é a nova autuação, mas, sim, o cometimento da ilicitude posterior ao evento que conferiu a certeza da sua prática, como preceitua o art. 39 da Lei nº 10.094/2013, acima mencionado.

Logo, em relação ao Auto de Infração em tela, configura-se ao sujeito passivo a condição de primário.

Diante do exposto, concluo por considerar devido o seguinte crédito tributário:

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* do primeiro e *provimento parcial* do segundo, para alterar os valores da sentença monocrática e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002705/2016-74, lavrado em 20/12/2016, 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\$ 150.545,62 (cento e cinquenta mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 75.272,81 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e oitenta e um centavo), de ICMS, nos termos do 106; ambos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, Cláusula Primeira do Regime Especial nº1131/2003 e Cláusula Primeira do Regime Especial nº 2007.01.00.00096, e \$ 75.272,81 (setenta e cinco mil, duzentos e setenta e dois reais e oitenta e um centavo), de multa por infração, nos termos dos artigos 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo o valor de R\$ 16.310.817,23 (dezesesseis milhões, trezentos e dez mil, oitocentos e dezessete reais e vinte e três centavos), sendo R\$ 6.509.272,30 (seis milhões, quinhentos e nove mil, duzentos e setenta e dois reais e trinta centavos), de ICMS, R\$ 6.509.272,30 (seis milhões, quinhentos e nove mil, duzentos e duzentos e noventa e dois mil, duzentos e setenta e dois reais e vinte e três centavos centavos), de multa por infração, e R\$ 3.292.272,63 (três milhões, setecentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinco reais e oito centavos), de multa recidiva.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de julho de 2019.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relá