



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo Nº 176.082.2015-5

Recursos HIE/CRF Nº 002/2017

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROC. 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 PROC. FISCAIS – GEJUP

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

Autuante:FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA/ NEWTON ARNAUD SOBRINHO

Relator(a):CONS.^aTHAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS. OMISSÕES DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CONFIRMAÇÃO PARCIAL DA PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO. AJUSTES REALIZADOS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Considerando que o contribuinte foi notificado da lavratura do Auto de Infração antes do decurso do prazo decadencial, resta configurada a legalidade do lançamento, sendo incabível o acolhimento da preliminar arguida pelo contribuinte.

Nos autos, a comprovação parcial de falta de lançamento de notas fiscais de entradas nos livros próprios fez eclodir a presunção juris tantum de aquisição de mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Afastada a multa recidiva, vez que não restaram comprovados os elementos constantes nos arts. 38 e 39 da Lei nº 10.094/2013 e art. 87 da Lei nº 6.379/96.

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

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e, no mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a decisão singular que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002456/2015-36, lavrado em 28/12/2015, (fl.3/6), contra o contribuinte COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, CCICMS nº 16.132.781-8, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 9.900.240,72 (nove milhões, novecentos mil, duzentos e quarenta reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 4.950.120,36 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, cento e vinte reais e trinta e seis centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c art. 646 do RICMS,

aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e igual valor, R\$ 4.950.120,36 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, cento e vinte reais e trinta e seis centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 6.417.992,68 (seis milhões, quatrocentos e dezessete mil, novecentos e noventa e dois reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 1.093.669,77 (um milhão, noventa e três mil, seiscentos e sessenta e nove reais e setenta e sete centavos), de ICMS, igual valor, R\$ 1.093.669,77 (um milhão, noventa e três mil, seiscentos e sessenta e nove reais e setenta e sete centavos), de multa por infração e R\$ 4.230.653,14 (quatro milhões, duzentos e trinta mil, seiscentos e cinquenta e três reais e quatorze centavos) de multa recidiva, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar, inclusive em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, conforme requerido às fls. 413.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de setembro de 2017.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

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

Assessora Jurídica

#R E L A T Ó R I O

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os *recursos voluntário e hierárquico*,

interpostos nos moldes do art. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002456/2015-36, lavrado em 28/12/2015, (fl.3/6), no qual o contribuinte acima identificado é acusado da(s) irregularidade(s) e/ou infração(ões) descrita(s) na forma abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual. Exercícios 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015.

NOTA EXPLICATIVA: Tal irregularidade se verificou pelo fato de o contribuinte contrariando os arts. 158, I, 160, I c/ fulcro no art. 646, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, adquiriu mercadorias com recursos advindos de omissão de saídas pretéritas de mercadorias, sem o pagamento do imposto devido, constatada mediante o não lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios. Tudo comprovado por meio de documentos e arquivos eletrônicos que, doravante são partes integrantes dos autos.

Pelos fatos acima descritos, foi incurso o contribuinte como infringente ao art. 158, I; art. 160, I, c/c o art. 646, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 18.930/97, sendo proposta multa por infração com fulcro no art. 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96, com exigência de crédito tributário no valor de R\$ 16.318.233,40 (dezesesseis milhões, trezentos e dezoito mil, duzentos e trinta e três reais e quarenta centavos), sendo R\$ 6.043.790,13 (seis milhões, quarenta e três mil, setecentos e noventa reais e treze centavos), de ICMS, igual valor, R\$ 6.043.790,13 (seis milhões, quarenta e três mil, setecentos e noventa reais e treze centavos), de multa por infração e R\$ 4.230.653,14 (quatro milhões, duzentos e trinta mil, seiscentos e cinquenta e três reais e quatorze centavos) de multa recidiva.

Documentação juntada pelo autuante às fls. 7/232.

Cientificado da autuação por meio de aposição de assinatura no Auto de Infração, em 29/12/2015 (fl. 6), o autuado apresentou reclamação (fls.235/269), arguindo, em síntese, (i) a decadência parcial do crédito tributário, (ii) a nulidade do Auto de Infração por erro na imputação e tipificação da penalidade, (iii) erro na imputação de multa por reincidência, (iv) nulidade por ausência de liquidez e certeza do lançamento fiscal pela inexistência de obrigação de escriturar operações não reconhecidas pela empresa, (v) existência de notas fiscais efetivamente escrituradas, (vi) a inocorrência do fato gerador do ICMS a partir de presunções, (vii) nulidade do Auto de Infração em razão da fiscalização não considerar os montantes relacionados a quebras, perdas e prejuízos (Percimento de Mercadorias) e, por fim, (viii) exorbitância da multa aplicada.

Ao final, pugnou pela admissibilidade e provimento da defesa, para julgar improcedente o feito ou, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada ou, ao menos, a sua redução, nos termos requeridos. Requereu, ainda, a intimação no nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, bem como a realização de diligência e perícia fiscal, a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Com registro de antecedentes fiscais (fl. 271), foram os autos conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo estes distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que, após apreciação e análise, converteu o feito em diligência para que, em respeito ao Princípio da Verdade Material, bem como a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, fossem os autos remetidos à repartição preparadora para que esta arbitrasse os custos com a diligência requerida pela autuada e procedesse a sua notificação para recolhimento.

Diligência cumprida às fls. 279/280.

Compareceu a autuada aos autos (fl. 82), informando que a notificação expedida em seu nome não foi acompanhada do respectivo DAE de pagamento das custas para realização da diligência.

Aportados os autos na GEJUP, estes foram devolvidos à repartição preparadora para nova intimação, devido ao teor da manifestação constante nos autos às fls. 282.

Diligência cumprida às fls. 288/289.

Petição juntada pela empresa autuada (fls. 291/292), alegando, em suma, que o montante exigido de custas estaria em total desacordo com o disposto no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal, eis que estaria condicionando a análise dos argumentos de impugnação ao recolhimento de exorbitante quantia a título de taxa.

Parecer da Coordenadoria de Assessoria Jurídica às fls. 294/303.

Manifestação da empresa autuada acerca do parecer às fls. 2/142 – Volume II.

Diligência solicitada pelo Julgador Fiscal às fls. 307/308, a fim de determinar a remessa dos autos à Repartição Preparadora para enviar os autos aos Auditores Fiscais responsáveis pela autuação para se manifestarem unicamente sobre as notas fiscais relacionadas pela defesa às fls. 249, 252/254, uma vez que a ausência do pagamento das custas limitou o alcance da diligência pretendida pelo contribuinte.

Diligência cumprida (fls. 310/347), com Informação Fiscal às fls. 348/353, na qual a fiscalização concluiu pela exclusão de algumas operações questionadas pelo contribuinte na defesa, juntando aos autos novo demonstrativo inserido em mídia digital (fl. 323).

Remetidos os autos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, estes foram julgados parcialmente procedentes, por entender o julgador singular que a defesa, por meio de provas, desconstituiu parcialmente a acusação. Além disso, afastou a multa recidiva, por entender que estariam ausentes elementos necessários para sua imputação.

Após os ajustes realizados, o crédito tributário restou constituído no montante de R\$ 9.900.240,72 (nove milhões, novecentos mil, duzentos e quarenta reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 4.950.120,36 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, cento e vinte reais e trinta e seis centavos), de ICMS, e igual valor de multa por infração.

Ao mesmo tempo em que cancelou, por entender como indevido, o montante de R\$ 6.417.992,68 (seis milhões, quatrocentos e dezessete mil, novecentos e noventa e dois reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 1.093.669,77 (um milhão, noventa e três mil, seiscentos e sessenta e nove reais e setenta e sete centavos), de ICMS, igual valor de multa por infração e R\$ 4.230.653,14 (quatro milhões, duzentos e trinta mil, seiscentos e cinquenta e três reais e quatorze centavos) de multa recidiva.

Interposto recurso de ofício e devidamente notificado da decisão (AR – fl. 377), o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 379/414) reiterando os argumentos e pedidos apresentados na impugnação.

Aportados os autos nesta Corte Administrativa, seguindo critério regimental previsto, os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Os recursos hierárquico e voluntário, interpostos conforme os ditames dos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, decorrem de decisão da autoridade julgadora singular que entendeu pela redução do crédito tributário lançado, ao reconhecer procedente, em parte, o lançamento de ofício efetuado, acolhendo, como indevida, a parte do crédito tributário relativa às notas fiscais apresentadas pelo contribuinte em sua defesa e à multa recidiva aplicada em desacordo com os arts. 38 e 39 da Lei nº 10.094/2013 e art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Nos autos, observa-se que a peça basilar preenche os pressupostos de validade, estabelecidos no art. 142 do CTN, estando preenchidos todos os requisitos necessários à sua lavratura, conforme os ditames do art. 692 do RICMS/PB, e determinada a natureza da infração e a pessoa do infrator, conforme art. 105, § 1º, da Lei nº 6.379/96.

Verificados os aspectos formais, passo à análise da preliminar ventilada pelo contribuinte.

PRELIMINAR – DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA

Preliminarmente, o contribuinte pugna pelo reconhecimento da decadência parcial do crédito tributário, vez que o lançamento teria sido realizado em desrespeito ao disposto no art. 150, § 4º, do CTN. A fim de embasar o seu pedido, apresenta, na mesma oportunidade, precedentes do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba e do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem. A análise da decadência, no caso dos autos, ao contrário do que requer a empresa autuada, não deve ser considerada sob a égide no art. 150, § 4º, do CTN, vez que a aplicação desse enunciado normativo, apesar de ser aplicável a tributos de lançamentos por homologação, como o ICMS, não é a norma adequada às hipóteses de omissão de saídas pretéritas de mercadorias.

O caso dos autos, como bem observado pela instância prima, trata de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o que nos leva a crer que houve ausência de pagamento do contribuinte, fato que atrai a regra geral disposta no art. 173, I, do CTN que diz:

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;

Considerando que o contribuinte foi notificado da lavratura do Auto de Infração em 29/12/2015, isto é, antes do decurso do prazo decadencial, resta configurada a legalidade do lançamento, sendo incabível o acolhimento da preliminar arguida pelo contribuinte, motivo pelo qual passo à análise pedido de diligência realizado pela autuada.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA – NÃO ACOLHIMENTO

Antes de adentrar no mérito da demanda, cabe a esta relatoria analisar o pedido de diligência realizado pelo contribuinte no recurso voluntário apresentado, cujo instituto processual está previsto na Seção III da lei nº 10.094/2013, conhecida como Lei do PAT, senão vejamos:

Seção III

Das Diligências

Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§ 1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.

§ 2º **O sujeito passivo que requerer diligência responde pelas despesas correspondentes**, devendo indicar, com precisão, os pontos controversos que pretende que sejam elucidados e fornecer os elementos necessários ao esclarecimento das dúvidas.

§ 3º Cabe à autoridade preparadora, na hipótese do § 2º deste artigo, **arbitrar os custos com a diligência solicitada, na razão de 1% (um por cento) do valor do crédito tributário, não podendo ser inferior a 10 UFR-PB**, exigindo-se o respectivo pagamento aos cofres públicos, no prazo de 05 (cinco) dias, contado da ciência da notificação do deferimento.

§ 4º **A solicitação de diligência anterior à impugnação ou o não pagamento dos custos de que trata o § 3º deste artigo implicará o arquivamento do pedido.**

§ 5º Os trabalhos de diligências deverão ser concluídos nos prazos definidos em legislação específica, levando-se em conta o nível de complexidade das tarefas a realizar.

Como é possível observar, os enunciados supratranscritos apresentam, de forma clara, o momento, a forma e o valor a ser pago quando requerida a realização de diligência no curso de um Processo Administrativo Tributário.

Compulsando os autos, verifica-se que foram cumpridos todos os regramentos legais, inclusive no que tange ao valor arbitrado a título de custas. Não há, portanto, cabimento as alegações do contribuinte autuado quanto à afronta ao art. 5º, XXXIV, a, da CF/88.

Tal regularidade da cobrança é constatada, ainda, pelo parecer exarado pela Coordenadoria de Assessoria Jurídica às fls. 294/303, o qual firma posicionamento acerca da legalidade da cobrança nos termos previstos.

Ademais, não há que se falar em prejuízo para a empresa autuada, vez que, apesar de ter o seu pedido arquivado, conforme disposto no art. 59, §4º, da Lei nº 10.094/2013, a diligência foi realizada

quanto às notas fiscais questionadas em sede de defesa, o que, sem dúvidas, assegurou o contraditório e a ampla defesa no presente contencioso administrativo.

Diante do exposto, não acolho o pedido de diligência efetuado pela autuada, vez que esta já se manifestou contrária ao pagamento das custas necessárias à sua realização, além de que já foi cumprida parcialmente, por determinação, de ofício, do julgador singular, sendo os elementos constantes nos autos suficientes para apreciação e julgamento do mérito da demanda, o qual passo a analisar.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – CONFIRMAÇÃO PARCIAL DA ACUSAÇÃO

Observa-se que a autuação decorreu da identificação de notas fiscais de aquisição não lançadas nos livros próprios, que, conforme visto acima, autoriza a presunção juris tantum de que houve omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, já que o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de elidir a acusação imposta pelo Fisco.

Cabe esclarecer, que a obrigatoriedade de escrituração no Livro Registro de Entradas envolve todos os registros de entrada de mercadorias, tributadas ou não, com a qual o contribuinte transacione em determinado período, de acordo com o que estabelece o art. 276 c/c art. 166-U, do RICMS:

Art. 276. O Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, Anexos 24 e 25, **destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, a qualquer título**, no estabelecimento e de utilização de serviços de transporte e de comunicação. (grifo nosso)

Art. 166-U. Em relação ao DANFE e à NF-e, aplicam-se, no que couber, as normas previstas para os demais documentos fiscais.

Verifica-se, portanto, que a obrigatoriedade se estende a qualquer tipo de aquisição, não importando se esta se destina à revenda, ativo fixo ou consumo. Adquiriu ou fez entrar mercadoria no estabelecimento, nasce a obrigação do respectivo lançamento no Livro Registro de Entradas. Do contrário, a legislação tributária autoriza a presunção de que trata o já mencionado art. 646 de omissão de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Ressalte-se, o que se está tributando é o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em etapa anterior e cujas receitas auferidas serviram de esteio para o pagamento das aquisições, cujas entradas não foram registradas, o que repercute em violação aos arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB. Veja-se:

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;

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.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma dos desembolsos no exercício seja superior à receita do estabelecimento, levando-se em consideração os saldos inicial e final de caixa e bancos, bem como, a diferença tributável verificada no levantamento da Conta Mercadorias, quando do arbitramento do lucro bruto ou da comprovação de que houve saídas de mercadorias de estabelecimento industrial em valor inferior ao Custo dos Produtos Fabricados, quando da transferência ou venda, conforme o caso.

Instada a se pronunciar, a autuada arguiu que parte das notas fiscais seria referente a mercadorias não recebidas, outras estariam devidamente lançadas no Livro Registro de Entradas, ainda outras seriam destinadas a empresa diversa, ocorrendo erro na sua imputação como destinatária.

Neste ponto, vale esclarecer que, além da mera negativa de aquisição não constituir elemento suficiente para desconstituição da infração, as Notas Fiscais enumeradas na defesa pela empresa autuada foram devidamente analisadas pela Fiscalização, a qual efetuou ajustes nos valores inicialmente apurados, os quais foram considerados pela instância prima e são aqui mantidos.

Naquela oportunidade, a Fiscalização verificou que algumas notas tinham destinatários diversos, coincidindo, apenas, o CNPJ da autuada; outras foram localizadas no SPED Fiscal da sua sucessora AMBEV S.A.; ainda outras tinham data de emissão ou valores equivocados; e, por fim, parte teve seus registros identificados no C500. Tais constatações, como dito anteriormente, ensejaram a realização de ajustes no montante do crédito tributário devido.

Acerca da alegação da empresa autuada sobre o perecimento das mercadorias, cabe destacar que, como bem enfrentado pela instância prima, tal fato é irrelevante para o resultado da ação fiscal, haja vista que a técnica aplicada apura a repercussão tributária nas operações anteriores às aquisições, isto é, *“busca alcançar operações anteriores que se encontram à margem da tributação e cujas receitas possibilitaram a aquisição dos produtos consignados nas notas fiscais não registradas pelo contribuinte”*.

Cabe ainda elucidar que a desconstituição parcial do crédito, ao contrário do que requer o contribuinte, não é suficiente para configurar a ausência de certeza e liquidez do Auto de Infração, vez que, uma vez realizados os ajustes, o montante apurado permanece intacto pela ausência de

fundamentos hábeis ao seu afastamento total.

Assim, resta mantida, pelos seus próprios fundamentos, a decisão monocrática exarada que corroborou os ajustes realizados pela Fiscalização no montante principal inicialmente apurado, razão pela qual passo à análise da multa por infração aplicada.

MULTA POR INFRAÇÃO – AUSÊNCIA DE NULIDADE

Aduz o contribuinte que a autuação em tela estaria eivada de vício, vez que a autoridade autuante, no momento da lavratura, teria sugerido penalidade diversa daquela específica ao caso concreto.

Pois bem, de fato, a penalidade constante no Auto de Infração não é a melhor escolha para apuração do caso, já que estaria mais condizente com a infração identificada e descrita no respectivo documento àquela constante no art. 82, V, *f*, da Lei nº 6.379/96:

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):

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, 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 forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Apesar do erro na tipificação, não identifico no caderno processual quaisquer prejuízos para a empresa autuada, pois não houve majoração no crédito tributário previamente apurado em face da mudança do enquadramento legal, bem como foi exercido pelo polo passivo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, posto que compreendeu a infração cometida e se defendeu nos autos.

Outra alegação da autuada foi com relação à exorbitância da multa aplicada, sob o argumento de que estaria violando o Princípio do Não-Confisco. Tal argumento se torna infundado quando analisamos o art. 55 da já mencionada Lei nº 10.094/2013, o qual prevê expressamente a incompetência dos órgãos administrativos para declaração de inconstitucionalidade da matéria. Veja-se:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Assim, resta confirmada a aplicação da multa no percentual de 100% (cem por cento) ao caso concreto, nos termos do art. 82, V, *f*, da Lei 6.376/96, mantendo, pelos seus próprios fundamentos, a decisão exarada pela instância prima.

MULTA RECIDIVA – AFASTAMENTO

Constam nos autos, especialmente no Auto de Infração, a fixação de multa por conduta recidiva no percentual de 70% (setenta por cento). Acerca do tema, dispõe a Lei nº 10.094/2013:

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

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

§ 2º No Termo de Antecedentes Fiscais deverá constar:

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

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

III - os dispositivos infringidos;

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

V – a data de pagamento da infração.

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.

Também sobre o tema, dispõe a Lei nº 6.379/96:

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.

Todavia, como bem avaliado pelo julgador singular, não há fundamento para a manutenção da multa, visto que não restou demonstrado reincidência por parte do sujeito passivo na infração ora em análise, elemento esse essencial para a caracterização da conduta punível.

Se por um lado, instrui os autos um Termo de Antecedentes Fiscais de empresa diversa (*fl. 271*), por outro, consta também consulta realizada pelo próprio julgador fiscal, identificando 3 (três) processos em nome da autuada, mas nenhum deles referente à infração ora debatida.

Diante de tais fatos e fundamentos, mantenho o afastamento da multa recidiva aplicada no Auto de Infração.

Pelo exposto,

VOTO, pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e, no mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter a decisão singular que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002456/2015-36, lavrado em 28/12/2015, (*fl.3/6*), contra o contribuinte COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, CCICMS nº 16.132.781-8, qualificado nos autos, condenando-o ao pagamento do crédito tributário no montante de R\$ 9.900.240,72 (nove milhões, novecentos mil, duzentos e quarenta reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 4.950.120,36 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, cento e vinte reais e trinta e seis centavos), de ICMS, por infração aos artigos 158, I, 160, I, c/c art. 646 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e igual valor, R\$ 4.950.120,36 (quatro milhões, novecentos e cinquenta mil, cento e vinte reais e trinta e seis centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 6.417.992,68 (seis milhões, quatrocentos e dezessete mil, novecentos e noventa e dois reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 1.093.669,77 (um milhão, noventa e três mil, seiscentos e sessenta e nove reais e setenta e sete centavos), de ICMS, igual valor, R\$ 1.093.669,77 (um milhão, noventa e três mil, seiscentos e sessenta e nove reais e setenta e sete centavos), de multa por infração e R\$ 4.230.653,14 (quatro milhões, duzentos e trinta mil, seiscentos e cinquenta e três reais e quatorze centavos) de multa recidiva, pelos fundamentos já expostos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar, inclusive em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE nº 19.353, conforme requerido às fls. 413.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de setembro de 2017.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora