

PROCESSO Nº 0409442017-7

ACÓRDÃO Nº 0040/2021

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuante: FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA E NEWTON ARNAUD SOBRINHO

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

DECADÊNCIA – RECONHECIMENTO – AJUSTE NO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CRÉDITO INEXISTENTE – INFRAÇÃO CONFIGURADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – INFRAÇÃO CONFIGURADA – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

- Constatada a decadência de parte dos créditos tributários lançados nos autos, nos termos do art. 22, § 3º da Lei nº 10.094/2013;

- Procedência da acusação em virtude da apropriação indevida de créditos, bem como apropriação de créditos sem amparo documental. O Sujeito passivo não acostou aos autos provas aptas a elidir o crédito tributário lançado na exordial.

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

A C O R D A M Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, para manter inalterada a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000558/2017-89, lavrado em 27 de março de 2017 em desfavor da empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 264.972,00 (duzentos e sessenta e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais), sendo R\$ 112.500,75 (cento e doze mil, quinhentos reais e setenta e cinco centavos) de ICMS por infringência ao art. 72 e art. 73, c/c o art. 77, e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 112.500,75 (cento e doze mil, quinhentos reais e setenta e cinco centavos) de multa por infração, com fundamento no art. 82, V, "h" da Lei nº 6.379/96 e R\$ 39.970,50 (trinta e nove mil, novecentos e setenta reais e cinquenta centavos), com base no art. 87 da Lei 6.379/96.

Mantenho cancelada a quantia de R\$ 18.150,43 (dezoito mil, cento e cinquenta reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 8.117,82 (oito mil, cento e dezessete reais e oitenta e dois centavos) de ICMS e R\$ 8.117,82 (oito mil, cento e dezessete reais e oitenta e dois centavos) a título de multa por infração e R\$ 1.914,79 (um mil novecentos e quatorze reais e setenta e nove centavos), a título de multa recidiva.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, que deverá observar o comando do art. 11, § 9º da Lei nº 10.094/2013, uma vez que o contribuinte está com situação cadastral baixada 07/04/2017.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de janeiro de 2021.

PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
Conselheiro Relator



LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE),

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

Processo nº 0409442017-7

SEGUNDA CÂMARA

Recorrente: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuante: FERNANDO CARLOS DA SILVA LIMA E NEWTON ARNAUD SOBRINHO

Relator: CONS.º PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON

DECADÊNCIA – RECONHECIMENTO – AJUSTE NO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CRÉDITO INEXISTENTE – INFRAÇÃO CONFIGURADA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – INFRAÇÃO CONFIGURADA – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO

- Constatada a decadência de parte dos créditos tributários lançados nos autos, nos termos do art. 22, § 3º da Lei nº 10.094/2013;

- Procedência da acusação em virtude da apropriação indevida de créditos, bem como apropriação de créditos sem amparo documental. O Sujeito passivo não acostou aos autos provas aptas a elidir o crédito tributário lançado na exordial.

RELATÓRIO

Em análise nesta Corte, o recurso voluntário interposto contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000558/2017-89, lavrado em 27 de março de 2017 em desfavor da empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8.

Na referida peça acusatória, constam as seguintes denúncias, *ipsis litteris*:

0064 - CRÉDITO INEXISTENTE >> Contrariando os dispositivos legais, o contribuinte utilizou crédito(s) de 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 NAS RUBRICAS QUE CONSTAVAM PAGAMENTO ANTECIPADO E OUTROS CRÉDITOS/SIMPLES. TUDO SOLIDADO EM DEMONSTRATIVO, DOCUMENTOS E MÍDIA DIGITAL EM ANEXO AOS AUTOS..

0325 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> 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, ASSIM COMO DO ART. 78, VI, §1º, III E §2º, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. Nº 18.930/97, APROVEITOU INDEVIDAMENTE CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS ATINENTE AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS ORIUNDOS DE: A) OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE

MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO; E B) OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO (SEM APURAÇÃO NO BLOCO G – CIAP), DISSIMULADOS POR MEIO DE LANÇAMENTOS NO SPED FISCAL, MAIS PRECISAMENTE NO REGISTRO E111, SOB A RUBRICA DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS. TUDO SOLIDADO EM DEMONSTRATIVO, DOCUMENTOS E MÍDIA DIGITAL EM ANEXO AOS AUTOS.

Em decorrência destes fatos, os representantes fazendários, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 72, art. 73 c/c art. 77 e art. 106, todos do RICMS/PB, lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 283.122,43 (duzentos e oitenta e três mil, cento e vinte e dois reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 120.618,57 (cento e vinte mil, seiscentos e dezoito reais e cinquenta e sete centavos) de ICMS, R\$ 120.618,57 (cento e vinte mil, seiscentos e dezoito reais e cinquenta e sete centavos) a título de multas por infração, com arrimo no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96 e R\$ 41.885,29 (quarenta e um mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e vinte e nove centavos) de multa por reincidência.

Documentos instrutórios às fls. 05 a 299.

Depois de cientificada por via postal em 25 de maio de 2017 (AR SI 69483893 1 BR), a autuada, por intermédio de seus procuradores, protocolou impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise (fls. 301 a 324), por meio da qual afirma, em síntese:

- a) Que os valores anteriores a 25/05/2012 foram alcançados pelo instituto da decadência;
- b) Que os agentes fiscais se omitiram quanto à comprovação das infrações, ou seja, deixaram de apresentar tanto o Demonstrativo de Cálculo quanto as provas que supostamente atestariam o aproveitamento o crédito de maneira irregular pela impugnante, gerando nulidade do auto de infração por ausência de elementos necessários à apuração da liquidez e certeza do crédito tributário;
- c) Que o Fisco não comprovou as infrações, transferindo ao contribuinte um dever que é seu, gerando nulidade por não comprovação da matéria tributável;
- d) Que a multa por reincidência foi aplicada fora dos parâmetros estabelecidos pelo art. 87 da Lei nº 6.379/96;
- e) Que não foi comprovado o intuito de fraude a justificar a aplicação da multa, bem como que estas ferem o princípio da proporcionalidade e do não-confisco.

Com informação de antecedentes fiscais (fls. 312 e 313), foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, oportunidade na qual foram distribuídos ao julgador fiscal Lindemberg Roberto de Lima, que decidiu pela parcial procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ACOLHIDA. CERECEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ARGUIÇÃO REJEITADA. CRÉDITO INEXISTENTE. FALTA DE

RECOLHIMENTO DO ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. DENÚNCIAS CONFIRMADAS EM PARTE. 1. Acolhida a preliminar de decadência, pois o Auto de Infração se consolidou em 25/5/2017, com a ciência da autuada, logo, os lançamentos de janeiro e março de 2012, no tocante à infração de crédito inexistente e o lançamento de janeiro de 2012, relativo à infração de crédito indevido, já não eram mais passíveis de retificação pelo Fisco, eis que estariam alcançados pela decadência, em vista do exposto nos arts. 150, § 4º, do CTN e, 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013. 2. Rejeitada arguição de cerceamento do direito de defesa, em função de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como por se encontrarem disponibilizados nos autos a documentação instrutória que serviu de esteio para a acusação em epígrafe. 3. Constatada a tipificação de fatos infringentes danosos ao erário estadual, decorrentes da utilização de crédito fiscal inexistente e crédito fiscal indevido, por meio da análise do registro E111 da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Sucumbência parcial do crédito tributário em virtude da declaração de decadência dos lançamentos anteriores a 25/05/2012. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIAMENTE PROCEDENTE

Após tomar ciência da decisão singular, por via postal, em 05 de março de 2020, a autuada interpôs recurso voluntário, por meio do qual reiterou os argumentos apresentados na impugnação, em especial:

- a) Que a fiscalização não demonstrou a composição do valor autuado e declarou em informação fiscal que: “não foi gerado nenhuma mídia digital (CD ou DVD), haja vista o demonstrativo fiscal já espelhar o valor do imposto devido e a fonte de dados foi obtido através do SPED Fiscal da empresa autuada”;
- b) Que sem o devido conhecimento da composição dos valores autuados não tem como formular a defesa administrativa;
- c) Que o julgador trouxe genérica afirmação que compete ao contribuinte comprovar o crédito escriturado;
- d) Que em relação à multa recidiva, o julgador, em flagrante substituição a autoridade fiscal, apontou a suposta existência de dois processos administrativos que justificariam a cobrança;

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração que visa a exigir, da empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do imposto estadual, identificado por meio de créditos inexistentes e aproveitamento indevido de créditos oriundos de operações de entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, bem como bens destinados ao ativo fixo (sem apuração no bloco G CIAP), dissimulados por meio de lançamento no SPED Fiscal, no registro E111, sob a rubrica de pagamentos antecipados, em relação aos exercícios de 2012 e 2013.

Inicialmente, deve ser reconhecido que na elaboração do auto de infração foram cumpridos os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional e os descritos no artigo 17 da Lei nº 10.094/13, estando perfeitamente delimitadas a pessoa do infrator e a natureza das infrações, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação.

Na instância prima foi aplicada a regra da decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, aos lançamentos relativos ao período de janeiro e março de 2012, uma vez que “tendo prestado a devida declaração SPED/EFD ao Fisco, foi autuado pela fiscalização por CRÉDITO INEXISTENTE e CRÉDITO INDEVIDO com base em informações prestadas na Declaração EFD”, devendo a contagem do prazo decadencial ter como referência a data da ocorrência do fato gerador, já que se trata de lançamento por homologação.

Considerando que a ciência da autuação ocorreu em 25/05/2017, acompanho a instância prima quanto ao reconhecimento da decadência, nos termos do § 3º do art. 22 da Lei do PAT, que assim apresenta o tema:

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.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o contribuinte optou por indicar a existência de nulidades no procedimento fiscal, cuja origem reside no fato de que a fiscalização se omitiu quanto à comprovação das infrações, pois, não foi anexado ao processo qualquer mídia digital a demonstrar a composição do lançamento.

Pois bem, diversas manifestações judiciais informam que é princípio assente e indiscutível nos processos (administrativos ou judiciais) que deve imperar na avaliação das nulidades a regra da instrumentalidade das formas (pas de nullités sans grief), nulificando-se o processo, apenas quando houver demonstração cabal do prejuízo ao contribuinte, senão veja-se as seguintes decisões:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS GRAVAÇÕES, PORÉM CONTEÚDO ACESSÍVEL A DEFESA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. DISPENSÁVEL A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA INÍCIO DA FASE INVESTIGATÓRIA. PLURALIDADE DE CRIMES INVESTIGADOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES. 1. Nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a interceptação telefônica dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional), que, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.296/1996, deverá ser expedida pelo juiz competente, em decisão devidamente fundamentada que demonstre sua conveniência e indispensabilidade. 2. Há possibilidade de sucessivas renovações dentro do prazo legal, sempre precedidas de novas e fundamentadas decisões judiciais, que apontem a presença dos requisitos legais e a manutenção da indispensabilidade desse meio de prova, inclusive com a referência à permanência das razões inicialmente legitimadoras da interceptação (Ag. Reg. no Habeas Corpus 130.860, Primeira Turma, Rel. Min.

ALEXANDRE DE MORAES, j. 16/10/2017; Habeas Corpus 139.370, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; Red. p/Acórdão, MIN. ROBERTO BARROSO, j. 06/03/2018). 3. Os relatórios de inteligência foram apresentados como documentos oficiais no pedido de interceptação e sua veracidade foi atestada pelo Ministério Público, de modo que não cabe falar em nulidade, sobretudo se considerado que não houve qualquer alegação sobre eventual manipulação ou inconsistências. 4. Tendo a defesa acesso à totalidade das gravações, é dispensável a transcrição integral das conversas quando irrelevantes para o esclarecimento dos fatos. **Não demonstrados, concretamente, os reflexos negativos do ato coator para a ampla defesa e o contraditório, incide o princípio pas de nullité sans grief.** 5. Os fatos investigados não se relacionam com o exercício da advocacia. Somente no curso da investigação, verificou-se a condição de advogado do agravante, diversamente do que alega a defesa. Esta SUPREMA CORTE já decidiu que “o simples fato de o paciente ser advogado não pode lhe conferir imunidade na eventual prática de delitos no exercício de sua profissão” (HC 96.909, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 11/12/2009). 6. Não há afronta à Súmula Vinculante 24/STF. Embora se exija o lançamento definitivo do crédito tributário para o início da persecução penal nos crimes de sonegação fiscal, o mesmo entendimento não se aplica à mera fase investigatória (HC 106.152, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/5/2016). Tampouco há nulidade se a medida cautelar teve como finalidade apurar não só a suposta prática do delito de sonegação fiscal, mas também de outros crimes, como formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e corrupção. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.¹ (grifos acrescidos)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. DIGITALIZAÇÃO INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO ACOLHIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE APLICOU DIRETAMENTE O PRAZO PRESCRICIONAL DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA DENEGATÓRIA DE RESTITUIÇÃO. ART. 169 DO CTN. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA Nº 7 DO STJ. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela agravante em razão da digitalização incompleta da última página do acórdão recorrido à fl. 238 e-STJ, tendo em vista que o texto a que se refere encontra-se transcrito na ementa de fls. 240 e-STJ, não havendo qualquer prejuízo à defesa por conta de tal vício. **É cediço que a declaração da nulidade processual depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (pas de nullité sans grief), o que não ocorreu na hipótese. Por outro lado, a conversão do feito em diligência militar contra o princípio da celeridade processual.** 2. O presente feito trata de ação anulatória de decisão administrativa que negou restituição de indébito cumulada com repetição de indébito. A decisão administrativa que se pretende anular foi exarada em 20 de maio de 2002 e a ação anulatória foi ajuizada em 9 de fevereiro de 2004, portanto, dentro do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 169 do CTN. 3. Deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN) em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição (art. 169 do CTN). Precedentes. 4. Afastada a prescrição da ação anulatória da decisão administrativa denegatória, devem os autos retornar à origem para prosseguimento do feito quanto às demais questões de mérito. 5. A aplicação do direito à hipótese não demandou reexame do contexto fático-probatórios dos autos, mas apenas outra valoração jurídica dos fatos expressamente consignados no bojo do acórdão recorrido, não havendo que se falar em incidência da Súmula nº 7 do STJ. 6. Agravo regimental não provido.² (grifos acrescidos)

¹ HC 130596 AgR / SP - SÃO PAULO - AG.REG. NO HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES - Julgamento: 17/08/2018 - Publicação: 30/08/2018- Órgão julgador: Primeira Turma.

² AgRg no REsp 1316775/ES – Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0063045-5 – Relator(a): Min. MAURO CAMPBELL MARQUES – Julgamento: 03/09/2015 – Publicação : 17/09/2015 - Segunda Turma.

Ademais, a avaliação da peça vestibular não deve ser realizada “em tiras”³, como pretende o contribuinte, desconsiderando que todo o conjunto instrutório faz parte integrante do lançamento tributário, ou seja, além do Auto de Infração, caberia ao contribuinte avaliar o “demonstrativo do ICMS a recolher em razão da apropriação de créditos inexistentes e indevidos (uso/consumo e ativo fixo) lançados no Registro E111 (ajustes da apuração mensal referente a outros créditos e outros débitos)” (fls. 07 e 08), o Memorial Descritivo Auto de Infração (fls. 09 a 13), os Registros Fiscais de Apuração do ICMS⁴ (fls. 14 a 31), os Documentos que comprovam o Crédito Inexistente – SEM NOTA FISCAL, que comprovam o Crédito Indevido – MERCADORIAS DESTINADA AO USO E CONSUMO, que comprovam o Crédito Indevido – ATIVO FIXO SEM APURAÇÃO DO BLOCO G (fls. 32 a 261), as notificações nº 0092781/2016 (fls. 262), nº 00999746/2016 (fls. 264) – nas quais as ciências foram realizadas em nome do advogado Vinícius Buenno Panacho e, por fim, as correspondências eletrônicas nas quais resta comprovado que a fiscalização oportunizou ao contribuinte diversas possibilidades para apresentação de justificativas/documentos relativos aos créditos de ICMS questionados (fls. 270 a 292).

No caso em apreço, ficou comprovado que a fiscalização demonstrou com elementos jurídicos (apresentando toda a fundamentação das acusações) e documentais o resultado da ação fiscal, não ocorrendo qualquer prejuízo ou cerceamento ao contribuinte, uma vez que o direito ao contraditório e ampla defesa é exercido no transcorrer do contencioso administrativo.

Apenas para ilustrar o zelo empreendido pela fiscalização, apresenta-se excerto de Relatório contido às fls. 07 e 08, especificamente, no período de 07/2013, no qual consta no campo Observação todo o detalhamento do lançamento:

PERÍODO	DESCRIÇÃO COMPLEMENTAR AJUSTE - REGISTRO E111 (SPED FISCAL)	VALOR DO CRÉDITO FISCAL NA APURAÇÃO - REGISTRO E111	CRÉDITO COMPROVADO DOCUMENTALMENTE	CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE	CRÉDITO INEXISTENTE SEM DAR E SEM NF	CRÉDITO INEXISTENTE SEM NF	TOTAL CRÉDITO INEXISTENTE	CRÉDITO INDEVIDO USO E CONSUMO	CRÉDITO INDEVIDO ATIVO FIXO (NÃO REALIZOU APURAÇÃO NO BLOCO G)	TOTAL CRÉDITO INDEVIDO	VALOR TOTAL DO ICMS A RECOLHER APURADO PELA FISCALIZAÇÃO	OBSERVAÇÃO
201307	PAGTO.ANTECIP.-REF.CAMINHÃO PARADO PB	75.235,68	31.205,22	44.030,46	1.889,00	25.575,35	27.464,35	4.458,11	12.108,00	16.566,11	44.030,46	Dos R\$ 44.030,46 temos: R\$ 1.889,00 (crédito inexistente) não consta DAR de pagamento, tampouco foram apresentadas as NF; R\$ 25.575,35 (crédito inexistente) contribuinte não apresentou as notas fiscais constantes no DAR, no intento de fiscalização verificar o produto e sua destinação; R\$ 4.458,11 (crédito indevido) mercadorias destinadas ao uso e consumo; e R\$ 12.108,00 (crédito indevido) atinente a aquisição de ativo fixo sem a respectiva apuração no bloco g;
2013 - 07 Total		75.235,68	31.205,22	44.030,46	1.889,00	25.575,35	27.464,35	4.458,11	12.108,00	16.566,11	44.030,46	

É de bom alvitre destacar que esse foi o procedimento adotado pela fiscalização em todos os lançamentos.

O documento “**Demonstrativo do ICMS a recolher em razão da apropriação de créditos inexistentes e indevidos (uso/consumo e ativo fixo) lançados no Registro E111 (ajustes da apuração mensal referente a outros créditos e outros débitos)**”, analisado em conjunto com todos os documentos fiscais anexados pelos agentes fiscais, diga-se de passagem, que é parte integrante do auto de infração, foi estruturado de forma a permitir a perfeita identificação dos lançamentos realizados pela empresa Autuada em sua Escrituração Fiscal

³ No julgamento da ADPF 101 o Min. Eros Grau, ao abordar a questão da compreensão do direito, afirmou entendimento segundo o qual “não se interpreta o direito em tiras; não se interpretam textos normativos isoladamente, mas no seu todo”.

⁴ Os Auditores Fiscais grifaram os lançamentos questionados e informaram se a glosa era total ou parcial.

Digital, uma a uma, fornecendo, portanto, o substrato material para a constituição do crédito tributário.

Com a devida vênia, percebe-se que as manifestações do contribuinte não possuem aderência com a instrução processual, uma vez que estão calcadas na tese segundo a qual foi impossível apresentar qualquer tipo de defesa, pela inexistência de mídia digital no processo. De fato, a mídia digital anexada ao processo (fls. 286) diz respeito às justificativas apresentadas pelo contribuinte, durante os trabalhos de fiscalização, que buscou comprovar a origem dos valores que compuseram os créditos fiscais de ICMS utilizados no registro E111.

Porém, como abordado anteriormente, o resultado do trabalho de auditoria está alicerçado em extensa documentação, que permite a perfeita identificação da materialidade das acusações, com a devida demonstração do elemento quantitativo do crédito tributário.

Desta feita, não se vislumbra qualquer nulidade relativa à comprovação da infração, preterição do direito de defesa ou inversão do ônus da prova.

No que diz respeito à multa por reincidência, convém destacar a passagem da decisão monocrática sobre o tema:

No caso em comento a infração dada como objeto de recidiva pela Fiscalização foi **falta de recolhimento do imposto estadual (crédito indevido)** e foi praticada em alguns períodos dos exercícios de 2012 e 2013, conforme peça inicial.

No registro constante do Termo de Antecedentes Fiscais encontra-se o processo nº 0603552010-3 com idêntica tipificação, falta de recolhimento do imposto estadual, e na nota explicativa a informação de que se trata de crédito indevido. Os lançamentos constantes de tal processo tiveram a constituição definitiva em 14/6/2012, portanto, os lançamentos realizados no quinquídio posterior a essa data, e no qual enquadrados os lançamentos de junho de 2012 a dezembro de 2013, devem ter a multa aplicada majorada pela recidiva.

O outro processo encontrado com idêntica infração, o de número 1255602009-1 teve sua constituição definitiva em 22/5/2013, motivo pelo qual somente cabe o adicional de 10% da recidiva, chegando-se ao total do percentual aplicado de 60%, a partir dessa data. Por esse motivo, reduzo a multa recidiva para o percentual de 50% nos períodos de jun., jul. e ago. de 2012. Mantida no percentual de 60% a multa recidiva dos períodos de jul., set., out. e dez de 2013.

Por sua vez, o Recorrente afirma que a recalcitrância do contribuinte deve ser demonstrada pela autoridade fiscal e não pelo julgador monocrático, motivo pelo qual entende que ocorreu alteração do lançamento devidamente notificado quando a instância prima passou a demonstrar a necessidade de correção do lançamento.

Conforme abordado pela diligente julgador monocrático, a Lei nº 10.094/2013 estabelece, em seu art. 39, como critério do marco inicial temporal para aplicação da multa recidiva a 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, *in verbis*:

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.

Por sua vez, o artigo 87 da Lei nº 6.379/96 estabelece a forma de aplicação do referido instituto:

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.

Vale destacar que a majoração da multa encontra-se lastreada em elementos conhecidos pelo impugnante, ou seja, a previsão legal que, de acordo com o princípio da obrigatoriedade da lei⁵, é conhecida pelo contribuinte, bem como pelo pagamento, decisão definitiva ou inscrição em Dívida Ativa referente a infração anterior relativa ao mesmo dispositivo legal.

Assim, deve ser considerado correto o ajuste realizado pela instância prima no qual excluiu a aplicação da multa recidiva do período de janeiro e reduziu o percentual da multa nos períodos de junho, julho e agosto de 2012, mantendo a multa de 60% para os períodos de julho, setembro, outubro e dezembro de 2013.

Ademais, considerando-se que a Lei nº 10.094/2013 prevê que a defesa do contribuinte compreende qualquer manifestação de inconformidade com o lançamento tributário⁶, verifica-se que a avaliação, pelo julgamento de primeira instância, da regularidade da aplicação da reincidência não produz qualquer prejuízo ao contribuinte.

Por fim, o recorrente pugna, no tópico dos pedidos do recurso, pela realização de diligência e perícia fiscal a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas, sem delimitar especificamente qual a necessidade de produção desse meio de prova.

As diligências possuem como finalidade a instrução processual direcionada a elucidar a matéria litigiosa⁷, em outras palavras, permitir que seja formado o convencimento do julgador. Considerando que não há necessidade de esclarecimentos com vistas a subsidiar o julgador fiscal na busca da verdade material, observa-se a desnecessidade de realização de diligência para elucidação do caso, motivo pelo qual acompanho o julgamento de primeira instância que indeferiu o pedido de perícia.

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

⁵ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

⁶ Art. 62 da Lei nº 10.094/2013

⁷ Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada.
Parágrafo único. A realização de diligência suspende os prazos processuais, que recomeçarão a correr após o retorno do processo com a conclusão dos trabalhos solicitados, computado o tempo anterior à suspensão. (grifos acrescidos)

Infração	Período	ICMS - Auto	Multa - Auto	Recidiva - Auto	Crédito Auto	ICMS devido	Multa Devida	Recidiva Decida	Crédito Devido
0064 - Crédito Inexistente	jan-12	3.366,00	3.366,00	-	6.732,00	-	-	-	0,00
	mar-12	4.645,00	4.645,00	-	9.290,00	-	-	-	0,00
	jun-12	3.245,00	3.245,00	-	6.490,00	3.245,00	3.245,00	-	6.490,00
	jul-12	2.135,00	2.135,00	-	4.270,00	2.135,00	2.135,00	-	4.270,00
	ago-12	5.591,00	5.591,00	-	11.182,00	5.591,00	5.591,00	-	11.182,00
	jul-13	27.464,35	27.464,35	-	54.928,70	27.464,35	27.464,35	-	54.928,70
	set-13	1.544,26	1.544,26	-	3.088,52	1.544,26	1.544,26	-	3.088,52
	dez-13	2.819,15	2.819,15	-	5.638,30	2.819,15	2.819,15	-	5.638,30
0325 - Falta Recolhimento ICMS - Créditos Indevidos	jan-12	106,82	106,82	64,09	277,73	-	-	-	0,00
	jun-12	11.758,00	11.758,00	7.054,80	30.570,80	11.758,00	11.758,00	5.879,00	29.395,00
	jul-12	699,00	699,00	419,40	1.817,40	699,00	699,00	349,50	1.747,50
	ago-12	6.050,00	6.050,00	3.630,00	15.730,00	6.050,00	6.050,00	3.025,00	15.125,00
	jul-13	16.566,11	16.566,11	9.939,67	43.071,89	16.566,11	16.566,11	9.939,67	43.071,89
	set-13	26.211,88	26.211,88	15.727,13	68.150,89	26.211,88	26.211,88	15.727,13	68.150,89
	out-13	838,00	838,00	502,80	2.178,80	838,00	838,00	502,80	2.178,80
	dez-13	7.579,00	7.579,00	4.547,40	19.705,40	7.579,00	7.579,00	4.547,40	19.705,40
Total		120.618,57	120.618,57	41.885,29	283.122,43	120.618,57	120.618,57	41.885,29	264.972,00

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 93300008.09.00000558/2017-89, lavrado em 27 de março de 2017 em desfavor da empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 264.972,00 (duzentos e sessenta e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais), sendo R\$ 112.500,75 (cento e doze mil, quinhentos reais e setenta e cinco centavos) de ICMS por infringência ao art. 72 e art. 73, c/c o art. 77, e art. 106, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 112.500,75 (cento e doze mil, quinhentos reais e setenta e cinco centavos) de multa por infração, com fundamento no art. 82, V, "h" da Lei nº 6.379/96 e R\$ 39.970,50 (trinta e nove mil, novecentos e setenta reais e cinquenta centavos), com base no art. 87 da Lei 6.379/96.

Mantenho cancelada a quantia de R\$ 18.150,43 (dezoito mil, cento e cinquenta reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 8.117,82 (oito mil, cento e dezessete reais e oitenta e dois centavos) de ICMS e R\$ 8.117,82 (oito mil, cento e dezessete reais e oitenta e dois centavos) a título de multa por infração e R\$ 1.914,79 (um mil novecentos e quatorze reais e setenta e nove centavos), a título de multa recidiva.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, que deverá observar o comando do art. 11, § 9º da Lei nº 10.094/2013, uma vez que o contribuinte está com situação cadastral baixada 07/04/2017.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de janeiro de 2021.

Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon
 Conselheiro Relator