

PROCESSO Nº 0410482016-4

ACÓRDÃO Nº 0331/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.

Advogado: Sr.º DEIVISSON COSTA GOMES - OAB/PE Nº 25.195 E OUTROS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

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

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

Relator: CONS.º. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. USO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS. CRÉDITO INEXISTENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

*- Reputa-se devido o ICMS decorrente da apropriação de créditos fiscais inexistentes, quando efetuada sem amparo documental, apurado por meio da reconstituição da Conta Corrente do ICMS.*

*- Multa por infração aplicada de acordo com a Lei nº 6.379/96. Não se inclui na competência dos Órgãos Julgadores declarar inconstitucionalidade de lei.*

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença monocrática, e julgar procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000360/2016-14, lavrado em 5/4/2016, 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\$ 12.182.956,08 (doze milhões, cento e oitenta e dois mil, novecentos e cinquenta e seis reais e oito centavos), sendo R\$ 6.091.478,04 (seis milhões, noventa e um mil e quatrocentos e setenta e oito reais e quatro centavos) de ICMS, por infringência ao Art. 72 e Art. 73 c/c o Art. 77, do RICMS/PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97, e R\$ 6.091.478,04 (seis milhões, noventa e um mil e quatrocentos e setenta e oito reais e quatro centavos), de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “h”, da Lei 6.379/96.

P.R.I.

Tribunal Pleno de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 23 de junho de 2021.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (SUPLENTE), THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LEONARDO DO EGITO PESSOA, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E LARISSA MENESES DE ALMEIDA (SUPLENTE).

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR  
Assessor



Processo nº 0410482016-4

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.

Advogado: Sr.º DEIVISSON COSTA GOMES - OAB/PE Nº 25.195 E OUTROS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

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

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

Relator: CONS.º. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. USO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS. CRÉDITO INEXISTENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

*- Reputa-se devido o ICMS decorrente da apropriação de créditos fiscais inexistentes, quando efetuada sem amparo documental, apurado por meio da reconstituição da Conta Corrente do ICMS.*

*- Multa por infração aplicada de acordo com a Lei nº 6.379/96. Não se inclui na competência dos Órgãos Julgadores declarar inconstitucionalidade de lei.*

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000360/2016-14, lavrado em 5/4/2016, contra a empresa COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, inscrição estadual nº 16.132.781-8, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/9/2012 e 31/11/2012, em que consta a seguinte denúncia:

- 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 QUANDO O CONTRIBUINTE, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO FISCAL PERTINENTE, APROPRIOU-SE DE UM CRÉDITO FISCAL NO IMPORTE DE R\$ 6.091.578,04. PARA O CASO NÃO EXISTE DOCUMENTO FISCAL, TAMPOUCO SENTENÇA DECLARATÓRIA OU QUALQUER OUTRA DECISÃO JUDICIAL QUE AMPARE A REFERIDA UTILIZAÇÃO DO VALOR CITADO A TÍTULO DE CRÉDITO FISCAL NA APURAÇÃO MENSAL DO ICMS.

Os Representantes Fazendários constituíram o crédito tributário no valor total de R\$ 12.182.956,08 (doze milhões, cento e oitenta e dois mil, novecentos e cinquenta e seis reais e oito centavos), exigindo o ICMS no valor de R\$ 6.091.478,04 (seis milhões, noventa e um mil, quatrocentos e setenta e oito reais e quatro centavos), por infringência ao artigo 72 e art. 73 c/c o art.

77, do RICMS/PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97, com propositura de penalidade pecuniária na importância de R\$ 6.091.478,04 (seis milhões, noventa e um mil, quatrocentos e setenta e oito reais e quatro centavos), com fulcro no art. 82, V, “h”, da Lei 6.379/96.

Juntado aos autos, fls. 4 a 6, Memorial Descritivo do Auto de Infração em tela, em que esclarece se tratar de um novo feito acusatório determinado por esta Corte, por meio do Acórdão nº 249/2015 (cópia nos autos), que anulou, por vício formal, o Auto de Infração nº 93300008.09.0000003/2013-03, inicialmente lavrado.

Diante da justificativa da autuada de que os créditos fiscais utilizados estariam amparados por decisão judicial, por meio do Processo nº 200.1999.034.638-5, foi realizada uma consulta a Assessoria Jurídica desta Secretaria pelos auditores fiscais, acerca da matéria relacionado a este processo judicial, que em resposta, fls. 52 a 58, afirma que não há decisão no sentido de legitimar a empresa em epígrafe em aproveitar créditos fiscais em decorrência do citado processo judicial.

Demonstrativo da reconstituição da conta corrente do ICMS e provas documentais instruem os autos às fls. 7 a 23.

Cientificada da autuação de forma pessoal em 3/5/2016, conforme consta na peça vestibular à fl. 3, a acusada apresentou peça de defesa tempestiva, protocolada em 2/6/2016, fls. 65 a 94, e anexos às fls. 95 a 222, em que alega, em síntese, que:

- Informou que existe decisão judicial transitada em julgado, em favor da Distribuidora de Bebidas Espinharas e, em desfavor do Estado da Paraíba, reconhecendo o direito à repetição de um indébito tributário, no valor original de R\$ 5.013.231,87;
- Nos mesmos autos, a impugnante foi compelida a saldar, em substituição a supracitada Unidade da Federação, o referido crédito tributário, assegurando-lhe o direito de efetuar futuras compensações contra o Estado da Paraíba;
- Destaca o Agravo de Instrumento nº 200.1999.034638-5/006, com trânsito em julgado, que determina a suspensão do feito e reconhece a sua condição de terceira estranha em relação à situação material e processual em questão;
- Argumentou, mais à frente, sua pretensão de sub-rogar-se, em relação ao pagamento dessa dívida de terceiro, para que possa assegurar-lhe o seu direito ao aproveitamento de crédito fiscal compatível com a compensação de todo o débito levantado no indébito tributário;
- Pontifica a ausência de prejuízo ao erário público, com a efetivação dessa compensação tributária, uma vez que já houve no precitado Agravo de Instrumento, o bloqueio e o consequente retorno à conta corrente do sujeito passivo, do montante anteriormente transferido. Ademais, esse importe foi devidamente depositado em uma conta judicial e se encontra disponível ao Estado da Paraíba para retirada, desde 19/11/2012;
- Fez menção a impossibilidade da prática de atos contraditórios, em respeito aos princípios da boa-fé, segurança jurídica, confiança e não surpresa;
- Sobre a multa aplicada, comenta sobre o princípio da proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade, afirmando que os autuantes, ao aplicarem a multa de 100%, mesmo que prevista na legislação vigente, afrontaram diretamente o referido princípio da proporcionalidade e razoabilidade acerca da atribuição de penalidades administrativas.



- Em face dos princípios supracitados e considerando a ausência de comprovação do intuito de fraude, requer, se não cancelar, reduzir substancialmente o valor da penalidade em exame a um patamar razoável, entre 20% e 30%;
- Propugna pela posterior juntada aos autos de provas documentais, além de fundamentar pedidos de diligência ou perícia alegando que tais procedimentos comprovariam a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.
- Ao final, com base nas razões expostas, requereu o reconhecimento da improcedência total ou parcial do lançamento. Subsidiariamente, pediu a exclusão da multa, ou, ao menos, a sua redução.

Com informação de antecedentes fiscais, mas sem caracterização de reincidência da acusação em questão, fl. 223 e 224, os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal, proferindo a seguinte ementa:

**ICMS. CRÉDITO INEXISTENTE - INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA - GLOSA DO CRÉDITO. COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO. INEXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL AUTORIZATIVA. ARTIGO 170 DO CTN. INADMISSIBILIDADE.**

- Creditamento Inexistente, em razão do aproveitamento de crédito em hipótese não prevista na legislação.
- A compensação tributária é forma de extinção do crédito tributário que depende de previsão em lei do ente tributante, por força do artigo 170 do CTN. A legislação do Estado da Paraíba não normatizou a compensação tributária. Inexistindo lei estadual neste sentido, não há que se admitir a compensação.
- Também não se admite invocação de compensação tributária, sem prévio reconhecimento da existência de crédito líquido e certo do sujeito passivo contra a Fazenda Pública apurado em processo regular.
- Indeferidos os pedidos de diligência fiscal e perícia.

**AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE**

Cientificada, da decisão de primeira instância, por via postal, em 23/5/2017 AR, fl. 238, a autuada, por meio de seus procuradores, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, fls. 240 a 287, protocolado em 22/6/2017, fl. 239, trazendo, em suma, os seguintes argumentos em sua defesa:

- inicialmente, tece comentários sobre a tempestividade do recurso e sobre os fatos que ensejaram a autuação e as razões para recorrer, e, em preliminar, que a decisão singular teria deixado de observar um vício formal, uma vez que o lançamento teria sido realizado partindo de uma ordem de serviço vencida, com prazo já encerrado;
- no mérito, defende a improcedência da autuação e a legitimidade da tomada dos créditos na apuração do ICMS;
- alega que o Agravo de Instrumento nº 200.1999.034638-5/006, que anulou a Decisão lavrada na ação ordinária nº 200.1999.034638-5, teria sido interposto pela ora recorrente, com o objetivo de demonstrar o pagamento indevido de valores em favor do Estado da Paraíba, o que teria acarretado o reconhecimento da existência da figura do “pagamento em favor de terceiro”;

- que o próprio Fisco Paraibano já havia autorizado a compensação por parte da Ambev do imposto devido nos meses de março e abril de 2008 decorrente do pagamento/deposito pela Ambev de débitos judiciais, o que mostra que houve boa-fé por parte da recorrente;
- faz um resumo dos fatos jurídicos da seguinte forma:
  - “(i) há decisão transitada em julgado, em favor de Distribuidora de Bebidas Espinharas Ltda. (que não faz parte do Grupo Ambev) nos autos do Proc. 200.1999.034688-5 em desfavor do Estado da Paraíba reconhecendo o direito à repetição do indébito tributário (ressalte-se que a recorrente não é parte de tal processo);
  - (ii) por força de decisão judicial proferida em primeira instância no feito acima, a Ambev, que nunca havia participado do processo, foi compelida a saldar, em substituição ao Estado da PB, a dívida deste Erário. Ou seja, a AMBEV S/A, por força de decisão judicial, foi obrigada a restituir um valor de ICMS devido pelo Estado da Paraíba à Distribuidora de Bebidas Espinharas;
  - (iii) por força de acórdão transitado em julgado proferido pelo Egrégio TJPB nos autos do Processo 200.1999.034638-5/006 (doc. 03), a Ambev S/A foi reconhecida como terceira estranha à relação obrigacional tributária entre Espinharas (credora) e Estado da PB (devedora, por quem a AMBEV já havia realizado o pagamento do indébito), o que acarretou, como consequência imperativa legal, o reconhecimento da existência, *in casu*, da figura do “pagamento em favor de terceiro”, com sub-rogação automática, pela AMBEV, em todos os direitos, ações e prerrogativas que o credor originário (Espinharas) tinha em face deste Erário;
  - (iv) como um dos direitos assegurados ao credor do indébito tributário é o de optar entre repeti-lo em espécie, por precatório, ou utilizá-lo em compensação, e a Ambev optou por esta última modalidade.”
- que o auditor fiscal e o julgador administrativo foram induzidos ao erro na compreensão da realidade fático-jurídica, em que houve a sub-rogação da Ambev S/A nos direitos de crédito de Espinharas junto ao Estado da PB, que teriam sido decorrentes de decisão transitada em julgado;
- segue com sua explanação, detalhando os fatos acima resumidos;
- ressalta que todas as decisões proferidas, desde o TJPB ao STJ, reconheceram a condição da AMBEV de terceira estranha à relação material e processual envolvendo Espinharas (credora) de um lado, e Estado da Paraíba (devedor) de outro, e que a Juíza de primeiro grau, mesmo antes do julgamento do agravo de instrumento, determinou, às vésperas de uma greve bancária, a liberação da quantia bloqueada em favor da Espinharas e de seu patrono, havendo, pois, o efetivo pagamento, pela AMBEV, de débitos devidos pelo Estado da Paraíba;
- que se trataria de concretização da situação vertida no art. 346, III, do código Civil, que trata do direito de sub-rogação, que na condição de terceiro em relação à obrigação material, foi obrigada, por determinação judicial, a pagar débito deste erário para com Espinharas;
- aduz que, tendo sido efetuado pagamento em nome do Estado da Paraíba, a AMBEV sub-rogou-se em todos os direitos, ações, privilégios e garantias que a Espinharas detinha em face deste Erário (devedor), dentre eles o de aproveitar seus créditos pelas vias disponíveis, dentre elas a compensação, citando a Súmula 461 do STJ;
- que não teria realizado qualquer apropriação de crédito indevida, mas sim a compensação de valores autorizados mediante decisões judiciais proferidas nos autos

do Processo nº 200.1999.034638-5, e garantida mediante o agravo de instrumento nº 200.1999.034638-5/006, transitadas em julgado, e que não teria havido prejuízo ao Fisco Paraibano;

- que a multa aplicada se mostra exorbitante e viola os Princípios do não-confisco e da Proporcionalidade;
- ao final, requer a admissibilidade e provimento da peça recursal e declarar a nulidade total do auto de infração em tela, ou a improcedência da autuação, ou, ainda, subsidiariamente, a nulidade da multa aplicada, ou sua redução a um patamar razoável (entre 20% e 30%).

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

Considerando as alegações da recorrente, solicitei um Parecer à Assessoria Jurídica desta Casa para se pronunciar quanto ao crédito fiscal ora em questão, se há amparo legal ou judicial para o seu aproveitamento pela empresa autuada, cuja resposta foi pela regularidade e legalidade do procedimento fiscal, de acordo com o Parecer nº 006/2020-PGE-FGBJ, juntado às fls. 300 a 306.

#### **Eis o relatório.**

### VOTO

Em exame nesta Corte, o Recurso Voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000360/2016-14, lavrado em 5/4/2016, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncia anteriormente relatada.

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, sua nulidade.

Ressalto que o argumento da recorrente de que o lançamento teria sido realizado partindo de uma ordem de serviço vencida, com prazo já encerrado, não é caso de nulidade do feito acusatório. Prazos de encerramento, prorrogações, entre outros, são tratados com atos *interna corporis*, que não causam prejuízo ao administrado.

Com efeito, o art. 642, §3º, do RICMS/PB estabelece que os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos no prazo de 60 (sessenta dias), podendo ser prorrogáveis, por igual período, a critério das Gerências Operacionais, em face da complexidade dos serviços, senão vejamos:

Art. 642. A fiscalização lavrará termo destinado a documentar o dia e a hora do início do procedimento, bem como os atos e termos necessários à demonstração do resultado da ação fiscal.  
(...)

§ 3º Os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos em até 60 (sessenta) dias, prazo este prorrogável por igual período, desde que as circunstâncias ou complexidade dos serviços o justifiquem, a critério das Gerências Operacionais subordinadas à Gerência Executiva de Fiscalização.

Esclareço ainda que o prazo previsto no dispositivo acima mencionado se inclui na categoria dos prazos impróprios que, embora devam ser observados pelos servidores da administração pública, causando sanções administrativas aos que os descumprirem injustificadamente, não acarreta nulidade do procedimento fiscal. Sobre a matéria, vejamos o texto do artigo 21 da Lei nº 10.094/13:

**Art. 21.** A inobservância dos prazos destinados à instrução, movimentação e julgamento de processo poderá responsabilizar, disciplinarmente, o funcionário que lhe der causa, **mas não acarretará a nulidade do procedimento fiscal.** (g. n.)

### Do Crédito Inexistente

A acusação ora em evidência trata da utilização de crédito fiscal sem amparo documental ou de operação não comprovada, onde a fiscalização autuou o contribuinte, nos períodos de setembro, outubro e novembro de 2012, por falta de recolhimento do ICMS decorrente do uso de crédito fiscal no valor de R\$ 6.091.578,04, sem lastro documental, tampouco sentença declaratória ou qualquer outra decisão judicial que pudesse amparar o uso de tal valor como crédito fiscal na apuração do ICMS, conforme esclarecimento da fiscalização em Nota Explicativa na inicial, bem como se observa na reconstituição da Conta Corrente do ICMS, à fl. 7.

Com efeito, o aproveitamento do crédito fiscal está condicionado ao valor do imposto consignado em 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.

Alega a recorrente, fazendo uma síntese do que foi relatado sobre as razões recursais, que a apropriação com crédito fiscal, vista como irregular, foi de compensação de valores, autorizados em decisões judiciais proferidas nos autos do Processo nº 200.1999.034638-5, e garantida mediante agravo de instrumento nº 200.1999.034638-5/006, e que estariam transitados em julgado.

Diante de tal argumento, necessário se faz abordar algumas considerações a respeito da compensação de dívidas tributárias. Pois bem. Causou-me estranheza o fato de a recorrente alegar que houve uma compensação autorizada por decisão judicial, transitada em julgado, pois, havendo autorização para compensação, entendo que esta não poderia ser jamais pelo uso de crédito fiscal, e sim para compensar créditos tributários do sujeito passivo, com autorização de lei, nos termos do art. 170, do Código Tributário Nacional. Vejamos;



Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. [\(Vide Decreto nº 7.212, de 2010\)](#)

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. [\(Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 2001\)](#)

Conforme o CTN, a Compensação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, em que, ao mesmo tempo, uma pessoa jurídica é credora e a outra é devedora, podendo haver extinção das obrigações até onde se compensarem. Tal compensação é autorizada por lei, podendo esta estipular condições de garantia, ou instituir limites, não havendo campo para discricionariedade de seu uso.

E ainda para dar mais segurança jurídica a esta modalidade de extinção, o legislador acrescentou o art. 170-A do CTN, por meio da Lei Complementar nº 104/01, que disciplinou uma vedação quanto ao momento processual em que a compensação pode ser feita: só após o trânsito em julgado da ação judicial na qual esse direito está sendo pleiteado.

E nada disso entendo não se encontrar nos autos, em relação à empresa atuada, que, repito, usou a modalidade de compensação para justificar a **apropriação de crédito fiscal**, denunciada por irregular.

Após estas considerações, para que não haja nenhum ato omisso por parte desta relatoria, passo a analisar a situação dos processos judiciais sobre os quais se socorre a recorrente, conforme acima relatado.

Para tanto, foi solicitado à Assessoria Jurídica desta Casa esclarecimentos se há respaldo judicial para aproveitamento do crédito fiscal, objeto do presente contencioso, o que foi respondido de acordo com seu Parecer.

Alega a recorrente, num breve resumo do ocorrido, que há decisão transitada em julgado, em favor da Distribuidora de Bebidas Espinharas Ltda. (que não faz parte do Grupo Ambev) nos autos do Proc. 200.1999.034688-5 em desfavor do Estado da Paraíba, reconhecendo o direito à repetição do indébito tributário. E ressalta que a AMBEV não fazia parte da lide, e que por decisão judicial em primeiro grau foi obrigada a restituir um valor do ICMS devido pelo Estado da Paraíba à Distribuidora de Bebidas Espinharas.

Que por força de Acórdão transitado em julgado pelo TJPB, no processo nº 200.1999.034638-5/006 (doc. 03), a Ambev S/A foi reconhecida como terceira estranha à relação obrigacional tributária entre Espinharas (credora) e Estado da PB que era devedor, por quem a AMBEV já havia realizado o pagamento do indébito, o que teria acarretado, como consequência imperativa legal, o reconhecimento da existência, *in casu*, da figura do “pagamento em favor de terceiro”, com sub-rogação automática, pela AMBEV, em todos os direitos, ações e prerrogativas que o credor originário (Espinharas) tinha em face deste Erário, e assim optou pelo uso da compensação.

Pois bem. Segundo as informações prestadas pela Assessoria Jurídica desta Casa, vejo que se mostra equivocado os argumentos da recorrente, quanto às decisões estarem transitadas em julgado. Primeiramente, a Ação nº 200.1999.034688-5 não se encontra ainda liquidada, inclusive houve anulação de duas perícias já realizadas, por equívocos encontrados. Que a decisão em que se fundamenta o procedimento de “compensação”, já havia sido anulada pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, por meio dos recursos nºs 200.1999.034686-5/006 e 200.1999.034686-5/007, com decisão publicada no DJPB em 27/1/2012, anteriormente ao procedimento de apropriação do crédito fiscal ora em questão. Tais decisões determinaram o desfazimento de todos os atos praticados, bem como reversão da penhora com grande parte recuperada pela AMBEV.

Assim, o que se evidencia, é que mesmo com parte da penhora recuperada a empresa autuada colocou, ao arrepio da lei, sua dívida com outras empresas, para o Estado pagar, em forma de crédito fiscal, que não é nem modalidade de extinção de crédito tributário por compensação, conforme acima já comentado.

Sem mais delongas, diante da clarividência dos fatos, não há a menor dúvida que o crédito fiscal apropriado, que resultou na falta de recolhimento do ICMS nos meses de setembro, outubro e novembro de 2012, conforme inicial, trata-se de crédito inexistente, pois não há amparo documental e sequer determinação judicial transitada em julgado que tivesse autorizado o uso de tal crédito fiscal,

#### DA MULTA

No tocante à penalidade aplicada, que a recorrente considera exorbitante e confiscatória, observa-se que a fiscalização 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.

Inclusive, esta matéria já foi sumulada por este Conselho de Recursos Fiscais, na Súmula nº 03, ratificada pela Portaria nº 00311/2019/SEFAZ, publicada no DOE em 19/11/2019. Vejamos:

#### DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

**SÚMULA 03** – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

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 trechos 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.).

Além do quê, tanto os Fazendários como os Órgãos Julgadores Administrativos estão adstritos ao que dispõe a lei que trata da matéria, em obediência aos Princípios Constitucionais Tributários da Vinculabilidade e da Legalidade. Destarte, não cabe a discricionariedade para a aplicação da penalidade, pretendida pela Recorrente.

Dessa forma, não observo quaisquer irregularidades no *quantum* da multa proposta na peça vestibular.

Por todo o exposto,

**VOTO** pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, e julgar *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000360/2016-14, lavrado em 5/4/2016, 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\$ 12.182.956,08 (doze milhões, cento e oitenta e dois mil, novecentos e cinquenta e seis reais e oito centavos), sendo R\$ 6.091.478,04 (seis milhões, noventa e um mil e quatrocentos e setenta e oito reais e quatro centavos) de ICMS, por infringência ao Art. 72 e Art. 73 c/c o Art. 77, do RICMS/PB, aprov. p/Dec. nº 18.930/97, e R\$ 6.091.478,04 (seis milhões, noventa e um mil e quatrocentos e setenta e oito reais e quatro centavos), de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, “h”, da Lei 6.379/96.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 23 de junho de 2021.

**PETRONIO RODRIGUES LIMA**  
Conselheiro Relator

