

PROCESSO - A. I. Nº 142554.0001/07-0
RECORRENTE - FREVO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA. (REFRIGERANTES FREVO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0372-02/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/06/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0128-12/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. VALORES DECLARADOS NA DMA. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE NESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Consta nos autos que a exigência fiscal de ambas as infrações corresponde exatamente com os valores escriturados no livro Registro e de Apuração do ICMS e declarado pelo contribuinte na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Infrações caracterizadas, diante das provas documentais constantes do processo. Rejeitadas as preliminares de nulidade, e indeferido o pedido de diligência por constarem nos autos todos os elementos necessários ao esclarecimento da lide. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a R. Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0372-02/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe

O presente Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$582.402,82, conforme demonstrativo e cópias das DMA's e do RAICMS às fls.06 a 40, tendo sido apuradas as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS - NORMAL declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, nos prazos regulamentares, no valor de R\$209.831,06, referentes a operações escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS nos meses de janeiro a março de 2007.
2. Falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$372.571,76, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de novembro e dezembro de 2006, janeiro a março, maio e junho de 2007.

Em sua peça defensiva, tempestivamente apresentada, o autuado argüiu a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não foram observadas as regras que ensejam a lavratura, em fiscalização de estabelecimento, dos termos de início e encerramento de fiscalização. Suscitou, ainda, como segunda preliminar, ofensa ao art. 46 do RPAF/99, com espeque no entendimento de que não lhe foi possível exercer, plenamente, o contraditório e a ampla defesa, uma vez que não teve acesso aos demonstrativos analíticos das apurações.

No âmbito meritório, aduziu que inocorreu qualquer retenção de ICMS, fato que poderia ser atestado mediante realização de revisão fiscal. Asseverou, também, que, por não ter se apropriado, de forma efetiva, do imposto suportado por terceiros, não pode ser penalizado com a multa de 150%.

Ao final, requereu a Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, manifestou-se acerca das preliminares de nulidade, invocando os seguintes argumentos:

- a) a primeira preliminar de nulidade não pode prosperar, visto que, de acordo a disposição constante do artigo 28, II, do RPAF/99, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais à fl. 05, que se encontra devidamente assinado pelo autuado, dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização; acrescentou, ainda, que tais medidas têm a finalidade de formalizar o início do procedimento fiscal e evitar o exercício da espontaneidade no recolhimento de tributos vencidos relacionados a fatos objeto da ação fiscal; no que pertine ao Termo de Encerramento de Fiscalização, o referido autuante chamou a atenção para o fato de que o autuado não observou que o Auto de Infração e o citado instrumento estão integrados em uma única peça, sendo de seu conhecimento, posto que recebeu cópia do mesmo no momento da assinatura da via original, que inclusive se encontra jungida, através da terceira via, no seu livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;
- b) de referência à segunda preliminar, inexistiu qualquer ofensa ao artigo 46, do RPAF/99, salientando que a única peça produzida na ação fiscal foi o demonstrativo intitulado de “Apuração do ICMS por período e por Código de Receita – 2006/2007”, constante à fl. 06, cuja cópia foi fornecida ao sujeito passivo, e as demais são cópias do RAICMS e DMA’s apresentados pelo contribuinte.

Quanto ao *meritum causae*, asseverou o autuante que não há como prosperar a alegação defensiva, uma vez que os valores exigidos foram declarados pelo próprio autuado em seus livros fiscais e nas DMA’s, conforme documentos às fls. 07 a 32, cujo recolhimento não ocorreu nos prazos regulamentares, configurando-se em apropriação indébita. Acrescentou ser desnecessário o pedido de realização de revisão fiscal do lançamento, posto que não foi apontado, de forma objetiva, qualquer elemento que pudesse suscitar dúvida quanto à certeza e liquidez do crédito tributário, objeto do lançamento de ofício.

No tocante à alegação defensiva de que não deve ser penalizado com a multa de 150%, disse o autuante que nenhuma retificação é cabível, por ser condizente com o ato infracional praticado e estar prevista no art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

A 2.^a Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, decidiu pela procedência do Auto de Infração, invocando os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Analisando as preliminares de nulidades suscitadas na defesa, observo que não assiste razão ao sujeito passivo, tendo em vista que:

- a) *não houve inobservância das regras que determinam a lavratura do Auto de Infração, pois encontra-se nos autos (fl. 05) o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, devidamente assinado pelo sujeito passivo, e de acordo com o artigo 28, inciso II, do RPAF/99, o referido termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*
- b) *o Termo de Encerramento de Fiscalização está, em uma única peça, integrado ao Auto de Infração (fls. 01 e 02), e segundo informações do autuante foi afixada uma cópia no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências em poder do autuado;*
- c) *recebeu uma cópia do demonstrativo à fl. 06, no qual, se encontram especificados os valores do imposto normal e substituído que correspondem com os valores declarados nos livros fiscais, e através do referido demonstrativo o autuado pode exercer a ampla defesa e contraditório.*

Assim, considerando que não está comprovada nos autos a existência de vícios formais ou materiais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, fica rejeitado o pedido de nulidade requerida nas razões de defesa.

No mérito, a exigência fiscal de que cuida a lide está representada por duas infrações correspondentes a falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS - NORMAL lançado nos livros fiscais, e falta de recolhimento do ICMS - RETIDO, na qualidade de sujeito

passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme demonstrativo à fl. 06.

Os valores da exigência fiscal, constante no referido demonstrativo, correspondem exatamente com os valores que foram declarados pelo próprio contribuinte na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS (fls. 07 a 20), e estão escriturados no Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias do referido livro fls. 21 a 32.

Pelo argumento defensivo, nota-se que o autuado se insurgiu apenas em relação à infração 02, e limitando-se a negar que não houve apropriação efetiva do imposto retido de que cuida a infração 02, pede confirmação mediante revisão fiscal.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Desta forma, rejeito o pedido de diligência para revisão fiscal, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das provas produzidas às fls. 07 a 32, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Quanto a multa aplicada em relação à infração 02, a mesma deve ser mantida por estar em perfeita sintonia com o fato autuado e está prevista no artigo 42, inciso V, aliena “a”, da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que está caracterizada a infração apurada, e não foram apresentados pelo autuado quaisquer elementos para contrapor a exigência fiscal, sendo devido o imposto, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 06 dos autos.”

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa, inicialmente, a preliminar de nulidade por ofensa ao art. 46, do RPAF/BA, “na medida em que o autuado não teve acesso aos demonstrativos analíticos das apurações, ficando prejudicada, em especial quanto ao item 02, de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa.” No que tange ao mérito, afirma que a Decisão de primeira instância, ao negar o pleito de revisão formulado na peça defensiva, prejudicou o recorrente, “pois somente a prova solicitada poderia atestar com segurança que não houve efetiva ‘retenção’ de ICMS”. Reafirma que não se apropriou de forma efetiva de imposto arcado por terceiros, “não podendo ser punida por esse fato, nem tampouco podendo sofrer multa por esta infração no percentual de 150%, indicado no AI”. Repisa o pleito formulado na peça defensiva no sentido de que seja realizada revisão por fiscal estranho ao feito, com a finalidade de que seja apurada a delimitação da ocorrência, ou seja, se efetivamente houve a retenção ou apropriação do Recurso Voluntário.

Alega que alguns pagamentos não foram abatidos da autuação, tais como: a) janeiro de 2007, R\$56.000,00 (ICMS normal); b) março de 2007, R\$38.545,80 e R\$31.430,60 (ICMS normal e substituído, respectivamente); c) abril de 2007, R\$38.444,42 (ICMS substituído); d) maio de 2007, R\$22.880,61 (ICMS substituído); e) junho de 2007, R\$20.020,46 (ICMS substituído). Requer que tais pagamentos sejam conferidos no sistema desta SEFAZ, deduzindo-se do montante cobrado.

Ao final, após protestar por todos os meios de prova em direito admitidos, mormente juntada posterior de documentos e revisão para apurar se houve retenção ou apenas falta de recolhimento do ICMS, pugna pelo provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja decretada a nulidade ou improcedência das parcelas contestadas na autuação.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, invocando os seguintes argumentos:

- a) inexiste qualquer nulidade no Auto de Infração, uma vez que o demonstrativo de débito de fl. 06 foi apresentado ao recorrente, sem prejuízo do fato de que o ICMS cobrado no presente lançamento foi indicado pelo mesmo em suas DMA's e registrado em seu Livro Registro de Apuração do ICMS;
- b) no mérito, olvidou-se o recorrente em trazer aos autos qualquer documento que comprove as suas alegações, enquanto os seus livros e DMA's indicam a efetiva retenção do imposto, invocando e transcrevendo o art. 143, do RPAF.
- c) quanto ao argumento de que, em determinados meses, não foram considerados no lançamento os pagamentos a título de ICMS, assinala que, mediante um exame do demonstrativo de fl. 06, o qual foi fornecido em cópia ao recorrente, é possível constatar que todos os aludidos pagamentos foram devidamente inseridos no lançamento.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Inicialmente, no que concerne à preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, restou comprovado no curso do presente processo administrativo fiscal que o demonstrativo de débito de fl. 06, que deu azo à presente autuação, foi apresentado ao recorrente, sem prejuízo do fato de que o ICMS cobrado no presente lançamento foi indicado pelo mesmo em suas DMA's e registrado em seu Livro Registro de Apuração do ICMS.

Rejeito, portanto, a referida preliminar de nulidade.

De referência ao pleito de revisão fiscal, reiterado pelo autuado em sua peça recursal, é de corriqueira sabença, à luz do quanto disposto no art. 123 do RPAF/99, que a sua argumentação deve estar acompanhada de provas, em especial documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, o que não sói ocorrer no caso vertente.

Por tal razão, também rejeito o pedido de revisão fiscal, formulado na peça recursal, tendo em vista que já estão colacionados aos fólios processuais todos os elementos necessários à formação de minha convicção como julgador.

Quanto à tese recursal de que nos meses de janeiro a junho de 2007 não foram considerados no lançamento os pagamentos a título de ICMS, impende ressaltar que a simples leitura do demonstrativo de fl. 06, cuja cópia foi fornecida ao recorrente, atesta que todos os aludidos pagamentos foram devidamente inseridos no lançamento.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 142554.0001/07-0, lavrado contra **FREVO BRASIL INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA. (REFRIGERANTES FREVO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$582.402,82**, acrescido das multas de 50% sobre R\$209.831,06 e 150% sobre R\$372.571,76, previstas no art. 42, I, “a” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS