

PROCESSO - A I Nº 206958.0004/14-5
RECORRENTE - FIPLAST FÁBRICA ITABUNENSE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS E BEBIDAS
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF 0027-05/15
ORIGEM - INFAC ITABUNA
INTERNET - 01/10/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0293-12/15

EMENTA: ICMS. 1. SAÍDA NÃO TRIBUTADA. OPERAÇÃO NÃO REGISTRADA NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. IMPOSTO DECLARADO NA DMA. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO; **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Razões recursais insuficientes para modificar o Acórdão recorrido. Rejeitada a preliminar de nulidade da Decisão recorrida. Decisão por maioria. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da decisão primária que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência de imposto no montante de R\$748.931,93, acrescido das multas de 50%, 60%, 100% e 150%, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 16/06/2014 decorre de quatro infrações, todas objeto do Recurso Voluntário, cujas acusações são as seguintes:

Infração código 02.01.02 – Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$2.999,02. Multa de 100%;

Infração código 02.12.01 - Deixou de recolher no prazo regulamentar o imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS. ICMS no valor de R\$93.739,99; multa de 50%.

Infração código 07.02.01 – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. ICMS no valor de R\$585.274,73. Multa de 150;

Infração código 07.02.02 – Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. ICMS no valor de R\$67.123,94. Multa de 60%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcreto, que são integralmente procedentes as infrações de códigos 02.12.01, 07.02.01, 07.02.02, e parcialmente procedente a infração de código 02.01.02, como segue:

VOTO

(...)

Verifico que, no que toca a arguição de nulidade, considerado a correção efetuada pelo autuante relativa à infração 07.02.01, com a devida ciência do autuado, todas as infrações foram demonstradas nos relatórios anexados aos autos, os quais foram devidamente recebidos em cópia impressa pela empresa e gravados simultaneamente na mídia CD que integra o auto de infração. Os dados desses demonstrativos foram obtidos nas notas fiscais da empresa e nos livros fiscais recebidos do autuado para exame.

Quanto à Infração 02.01.02, “Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais Próprios. ICMS no valor de R\$2.999,02”, o próprio autuado reconhece a falta de registro, contestando o valor exigido. Quanto a valor exigido, cabe razão ao impugnante, pois, sendo a carga tributária equivalente a alíquota interna do produto de 12%, conforme art. 266, XX do RICMS/12, o imposto que deveria ser destacado na nota, considerando a base de cálculo de R\$17.641,29 é de R\$2.794,27 e não R\$2.999,02, ora exigido, não cabendo ao destinatário se apropriar do crédito do imposto incorretamente destacado. Assim, cabe a correção do valor a ser exigido para R\$2.794,27.

Dianete do exposto, resta a manutenção parcial da infração 02.01.02, no valor de R\$2.794,27.

No que alude a Infração 02.12.01, “Deixou de recolher no prazo regulamentar o imposto declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS. ICMS no valor de R\$93.739,99” a arguição de que os DMAs não forem anexados pelo autuante, não havendo como conferir a exatidão da infração, não tem amparo, na medida em que tais documentos foram fornecidos pelo próprio autuado à SEFAZ, em relação aos quais tem a posse. Saliente, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Desta forma, a infração é totalmente procedente.

Quanto à Infração 07.02.01, “Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado. ICMS no valor de R\$585.274,73”, o autuado argui genericamente que os demonstrativos são confusos a ponto de inibir a sua análise, bem como afirma que estar conferindo as relações dos Danfes emitidos e os percentuais do MVA utilizados. De pronto, já se verifica, diferente do alegado, que não há dificuldades relativas à compreensão dos demonstrativos, pois o sujeito passivo identifica claramente os pontos que podem elidir parcial ou integralmente a ação fiscal, cabendo destacar que o demonstrativo a que se refere o impugnante contém todos os dados para conferência do autuado, entre eles a base de cálculo, MVA, pauta, alíquotas e identificação do documento fiscal.

Cabe destaque ao fato de que o sujeito passivo não questionou qualquer dos números ou valores alinhados no aludido demonstrativo, bem como não apresentou elementos que elidam a exigência fiscal.

Dianete do exposto, considero procedente a infração em lume.

Em relação à infração 07.02.02, “Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. ICMS no valor de R\$67.123,94”, refere-se ao ICMS cobrado a menor relativamente às bebidas alcoólicas e energéticas produzidas e comercializadas pela empresa. O autuante verificou que os demonstrativos, às fls. 13 a 23 do PAF, estão com duas colunas de dados relativos a recolhimento a menos, por defeito da impressão. Assim, reimprimiu o dito Demonstrativo e anexou à Informação Fiscal, recomendando à Repartição que envie cópias iguais para a empresa, reabrindo o prazo de defesa legal.

Em relação à arguição do autuado sobre a dificuldade de entender o demonstrativo, detalha como foi elaborado, conforme segue:

1. Identificamos todas as notas fiscais eletrônicas emitidas pelo estabelecimento;
2. Arrolamos seus dados de valor em planilha, (colunas (A e B) = C) separando-as por somatórios mensais;
3. Inserimos os MVAs (coluna D) pertinentes aos dois grandes grupos de produtos: bebidas alcoólicas e bebidas energéticas, conforme os percentuais encontrados no Anexo 1 do Ricms vigente às datas de emissão de cada nota fiscal;
4. Multiplicamos a BC (coluna C) pelo MVA, para obter a BC C/MVA (coluna E), e sobre esta o percentual do Icms, 12 ou 17% (coluna G);
5. Identificamos o valor de ICMS ST que deveria ter sido retido (coluna H);
6. Deduzimos o valor que originalmente, em cada DANFE, está destacado no campo ICMS ST (coluna I);
7. Destacamos a diferença, quando positiva, isto é, quando houve RETENÇÃO A MENOR pela empresa. A totalização desta coluna J é que representa o valor total de Icms citado na Infração 4 (R\$67.122,94).

O autuado tomou ciência da informação fiscal, às fls. 51 e 52, contudo não mais se manifestou nos autos, indicando que efetivamente não há dúvida quanto à metodologia e os dados alinhados nos demonstrativos.

Considero, portanto, a infração integralmente mantida no valor de R\$67.122,94, conforme demonstrativo final apresentado pelo autuante.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 73/77, o contribuinte retorna aos autos para insurgir-se contra a decisão emanada da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, aduzindo, de plano, a nulidade da decisão recorrida em razão de os julgadores da Junta não terem analisado o seu pedido de diligência, julgando parcialmente procedente o Auto de Infração.

Avançando, aduz que não pode prosperar toda esta exigência fiscal, sob pena de se tornar uma “execução” fiscal. Dizendo dos impostos incidentes sobre a sua atividade, registra que as multas alçam patamar que inviabilizaria o seu negócio.

Referentemente às multas e citando a doutrina, diz que atenta contra os princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e do Não Confisco, também afrontando o direito à propriedade.

Para a infração de código 02.01.02, diz que “...a propalada falta de um mero registro na escrita fiscal de uma única nota não poderia trazer a Requerente ao constrangimento de, além de recolher os R\$ 2.794,27 de imposto realmente devido, uma multa de 100% desse valor. Aliás, apesar da menção no próprio discurso da infração, não podemos concordar com a cobrança de R\$ 2.999,02 de ICMS quando o próprio cálculo a 17% resultaria em apenas R\$ 2.794,27. Isto quer dizer que a Bahia nos obriga a recolher para depois de arrecadado tal valor, reconhecer a necessidade de devolver a diferença? Não nos parece razoável”.

Para a infração de código 02.12.01, que trata do ICMS lançado e não recolhido, baseado nas DMA's transmitidas, diz que tais documentos não foram anexados aos autos de modo que foi cerceada a possibilidade de conferência da exatidão da acusação, ao tempo em que pede que “... sejam fornecidas cópias para a constatação desta infração, tal como anunciada”.

Quanto à infração codificada como o numero 07.02.01, referente a ICMS-ST retido e não recolhido, diz que a complexidade do demonstrativo que dá suporte à infração é tamanha que prejudica a sua análise, aduzindo que ainda estaria conferindo as relações dos DANFE's emitidos, os percentuais do MVA utilizados, etc., registrando que parte das suas vendas sequer foram recebidas, o que prejudicaria o recolhimento do imposto.

Evocando o princípio da razoabilidade, conclui que “... se o próprio sujeito passivo da responsabilidade tributária nem conseguiu sucesso na sua venda, por causa do não-recebimento da sua fatura, malograda está a pretensão do Ente tributário de ver igualmente o sucesso de tal substituição. De qualquer sorte, não restam dúvidas, todas as operações deste caso continuam em cobrança, de forma que tão logo realizados os recebimentos os pertinentes recolhimentos tributários se darão. Honrar tais recolhimentos sem tê-los recebido do cliente, é impor justamente aquele que trabalha gratuitamente para o Estado, o prejuízo”.

Para a Infração 07.02.02, relativa ao ICMS-ST recolhido a menor, diz que não conseguiu entender o que denominou de “complexo demonstrativo anexado pelo auditor fiscal”, aduzindo que para a determinação da base de cálculo do imposto de todas as bebidas alcoólicas e energéticos comercializados foram utilizadas as MVA's vigentes ou a Pauta Fiscal, tudo devidamente calculado e lançados nas notas fiscais de saídas. Reitera que não concorda com a decisão da junta, reiterando que nada deve ou lhe pode ser exigido.

Pelo que expôs, pede que sejam revisados os cálculos feitos pelo Autuante, registrando que é difícil reconstituir todas as publicações oficiais a respeito das pautas vigentes em todo o período autuado, lembrando que a base de cálculo do imposto que se exige deve ser clara.

Por fim, pede que na hipótese de que seja superada a preliminar de nulidade, que seja o Auto de Infração julgado improcedente. Alternativamente, pede que “...o auto de infração seja

revisitado para reexplicação desta 4^a Infração, pois que a empresa está segura de ter calculado com exatidão todas as retenções das notas fiscais de saída, não se conformando com esta cobrança”.

A PGE/Profis, por intermédio da Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, exara Parecer colacionado aos autos, fls. 89/91, no qual opina pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

Referentemente à preliminar de nulidade da decisão recorrida, diz que da análise da peça impugnatória, verifica que a Recorrente não formulou especificamente pedido de diligência nos moldes previstos no RPAF, tendo, de maneira genérica, pedido que fossem revisados os cálculos da 4^a infração, o que teria sido feito pelo autuante ao prestar a informação fiscal de fl. 39, também sendo transcrito no voto da decisão recorrida, fatos que justificam o afastamento da nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, assevera que as razões recursais são insuficientes para provocar modificação no julgamento proferido pela primeira instância administrativa, registrando que a recorrente não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgado.

Para a infração 1, assinala que já teria sido acatado o argumento defensivo, reduzindo-se o valor do imposto para R\$2.794,27.

No que se refere à infração 2, referente ao pedido fornecimento das cópias das DMA's para viabilizar a exatidão da autuação, lembra que as ditas DMA's foram apresentadas pelo próprio autuado.

Para as demais infrações, diz que a Recorrente as aborda de forma genérica, apenas negando o cometimento das mesmas, aduzindo que não compreendeu os ditos complexos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, sem, contudo, trazer aos autos documentos capazes de afastar as acusações fiscais lastradas em levantamentos e demonstrativos de débito detalhadamente explicados pelo autuante em sede de informação fiscal. Evoca o art. 143 do RPAF.

Quanto às multas, diz que não merece prosperar a tese recursal, registrando que as multas estão adequadas às infrações apuradas no lançamento e encontram-se expressamente consignadas no artigo 42 da Lei 7014/96.

Concluindo, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5^a JJF deste CONSEF, acórdão JJF 0027-05/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações de haver o contribuinte deixado de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios; de ter deixado recolher no prazo regulamentar o imposto declarado na DMA; de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado; e de ter retido e recolhido a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A peça recursal, que em verdade repete os mesmo argumentos da peça de defesa, de início, aduz a nulidade da decisão recorrida sob o argumento de que lhe teria sido negado pedido de diligência e que tal negativa afeta o seu direito de defesa.

Quanto a este argumento, verifico que a ora Recorrente não formulou pedido expresso de diligência, contudo, de maneira indireta, ao menos em três oportunidades suscitou a necessidade de que as acusações e os respectivos demonstrativos fiscais fossem esclarecidos, consoante se pode verificar às fls. 32 – 2º parágrafo e fl. 33 – 1º e 2º parágrafos, onde foi requerido o fornecimento das cópias das DMA's (infração 2), a revisão de cálculos da base imponível do imposto (infração 4), o que foi reiterado nos pedidos finais.

Pois bem, em que pese ser absolutamente genérico o apelo recursal e muito pouco preciso o pedido de diligência formulado em sede de defesa, entendo que resta claro que foram feitos pedidos que o relator da decisão recorrida efetivamente não analisou, deixando sem resposta a ora Recorrente.

Entendo que assiste parcial razão à análise feita pela n. representante da PGE/Profis no que concerne ao fato de que não foi formulado pedido de diligência nos moldes previstos no RPAF, contudo, em nome do princípio da informalidade, da ampla defesa e do contraditório, entendo que deve ser anulada a decisão de piso para que sejam analisados os pedidos de diligência do Sujeito Passivo, pois, ainda que determinado pedido formulado pelo Contribuinte tenha sido feito de maneira transversa, como no caso dos autos, não pairam dúvidas quanto ao fato de que efetivamente foram feitos, entendido que os questionamentos dispostos na peça de irresignação remetem a claros pedidos de esclarecimentos por via de diligência, tudo de acordo com o que tem decidido esta Câmara de Julgamento Fiscal em situações análogas.

Assim sendo, entendendo que pedidos formulados pelo Sujeito Passivo precisam ser respondidos, ainda que negativamente, acolho a preliminar de nulidade da decisão recorrida, julgando-a nula, devendo o PAF retornar para a instância *a quo* para novo julgamento a salvo das falhas apontadas.

Vencido quanto à preliminar de nulidade da decisão recorrida com o voto de qualidade do Presidente desta Câmara, avanço sobre os demais pontos listados na peça recursal.

Diz a Recorrente que a formulação das acusações fiscais, de certa medida, impõe que seja revisitado o Auto de Infração aduzindo que estaria tendo dificuldades de compreensão das imputações, seus cálculos e da própria fundamentação fática.

Em que pese não ser, sob o aspecto formal, uma preliminar de nulidade, por mero cuidado e em respeito ao princípio da informalidade, enfrento a questão como se preliminar fosse. Nessa esteira, entendo que não merece acolhida a tese de nulidade do lançamento, pois, as imputações são claras e os papéis de trabalho alicerçam as acusações fiscais, restando preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 39 do RPAF/Ba, não se observando qualquer das hipóteses listadas no art. 18 do mesmo diploma, ou seja, não há dúvidas quanto à segurança da acusação fiscal, quanto aos valores constantes dos demonstrativos fiscais e que dão lastro à exigência fiscal, sobretudo porque derivam de documentos produzidos pelo próprio Sujeito Passivo.

Nesses termos, me posiciono no sentido não acolher a preliminar suscitada, ainda que por via oblíqua.

No mérito, como dito acima, as razões recursais apenas repetem as de defesa sem que tenham sido trazidos aos autos quaisquer elementos que pudessem ao menos impor ao lançamento a macula da dúvida.

Merece registro que a d. Procuradora da PGE/Profis consignou, de maneira absolutamente precisa, que a abordagem defensiva feita pela ora Recorrente tem caráter eminentemente genérico, reiterando os já aduzidos e enfrentados pontos pela Junta de Julgamento Fiscal, e que atinham à não compreensão do que seriam os complexos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, entendido que, reitero, não foram trazidos aos autos documentos capazes de afastar as acusações fiscais que, de fato, têm lastro em levantamentos e demonstrativos de débito

detalhadamente explicados pelo autuante em sede de informação fiscal. Nessa linha é que o art. 143 do RPAF/Ba prescreve que a simples negativa do cometimento da infração não a elide.

Quanto às multas cominadas às infrações, apesar de concordar com a recorrente de que são excessivamente altas, por determinação regimental e regulamentar, não é possível a este julgador analisar e julgar questões de ordem constitucional, registrando que as ditas multas tem previsão legal, e sob este manto, não há que se discutir a matéria.

Por tudo o quanto exposto, superada a preliminar de nulidade da decisão recorrida, VOTO no sentido de NÃO ACOLHER a preliminar de nulidade do lançamento, ainda que suscitada de maneira pouco objetiva, e no mérito, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, mantendo incólume a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO (VENCEDOR (quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida)

Peço *venia* ao ilustre Relator para discordar da sua conclusão de NULIDADE da Decisão recorrida, sob o entendimento de “que resta claro que foram feitos pedidos que o relator da decisão recorrida efetivamente não analisou, deixando sem resposta a ora Recorrente”.

Para fundamentar sua decisão o ilustre Conselheiro diz que “... a ora Recorrente não formulou pedido expresso de diligência, contudo, de maneira indireta, ao menos em três oportunidades suscitou a necessidade de que as acusações e os respectivos demonstrativos fiscais fossem esclarecidos, consoante se pode verificar às fls. 32 – 2º parágrafo e fl. 33 – 1º e 2º parágrafos, onde foi requerido o fornecimento das cópias das DMA’s (infração 2), a revisão de cálculos da base imponível do imposto (infração 4), o que foi reiterado nos pedidos finais”. (grifo nosso)

Verifica-se nas citadas laudas que o sujeito passivo aduz que:

“Pedimos, portanto, que nos sejam fornecidas cópias para a constatação desta infração, tal como anunciada.”, à fl. 32 dos autos, e

“Desta forma, pedimos que sejam revisados os cálculos do Nobre Preposto”, à fl. 33 dos autos.

Por sua vez, a JJF consignou na sua decisão o seguinte texto:

(...)

“Verifico que, no que toca a arguição de nulidade, considerado a correção efetuada pelo autuante relativa à infração 07.02.01, com a devida ciência do autuado, todas as infrações foram demonstradas nos relatórios anexados aos autos, os quais foram devidamente recebidos em cópia impressa pela empresa e gravados simultaneamente na mídia CD que integra o auto de infração. Os dados desses demonstrativos foram obtidos nas notas fiscais da empresa e nos livros fiscais recebidos do autuado para exame.” (grifos nossos)

Como também que:

O autuado tomou ciência da informação fiscal, às fls. 51 e 52, contudo não mais se manifestou nos autos, indicando que efetivamente não há dúvidas quanto à metodologia e os dados alinhados nos demonstrativos.

Da análise dos textos acima, a JJF concluiu pela desnecessidade de atender aos pedidos para fornecimento de cópias dos demonstrativos fiscais e de revisão dos cálculos, considerando a correção feita pelo autuante, em sede de informação fiscal, como também que todos os levantamentos fiscais *foram devidamente recebidos em cópia impressa pela empresa*, a qual, ao tomar ciência e não se manifestar, indicou não haver dúvidas sobre a matéria.

Portanto, vislumbra-se que a Decisão recorrida, efetivamente, analisou os pedidos expostos na defesa, conforme foi salientado no Parecer da PGE/PROFIS, no qual me alinho.

Do exposto, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, com voto de qualidade do presidente, e por decisão unânime quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0004/14-5**, lavrado contra **FIPLAST FÁBRICA ITABUNENSE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS E BEBIDAS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$748.931,93**, acrescido das multas de 100% sobre R\$2.794,27, 50% sobre R\$93.739,99, 150% sobre R\$585.274,73 e 60% sobre 67.122,94, previstas no art. 42, I, II “e”, III, V, “a”, , da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) - Conselheiros: Fernando Antônio Brito de Araújo, Luiz Alberto Amaral Oliveira e Paulo Danilo Reis Lopes.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) – Conselheiros (as): Alessandra Brandão Barbosa, Daniel Ribeiro Silva, e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2015

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(quanto as preliminares)

JOSÉ ANTÔNIO MARQUES RIBEIRO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR.PGE/PROFIS