

**A. I. Nº** - 206958.0004/14-5  
**AUTUADO** - FIPLAST FÁBRICA ITABUNENSE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS E BEBIDAS  
**AUTUANTE** - LUCAS XAVIER PESSOA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 27.02.2015

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0027-05/15**

**EMENTA:** ICMS. 1 SAÍDA NÃO TRIBUTADA. OPERAÇÃO NÃO REGISTRADA NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Cabe razão ao impugnante, quanto a valor exigido, 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, coube a correção do valor a ser exigido para R\$2.794,27. Infração parcialmente mantida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. IMPOSTO DECLARADO NA DMA. Não forem anexados pelo autuante os DMAs, na medida em que tais documentos foram fornecidos pelo próprio autuado à SEFAZ, em relação aos quais tem a posse. Infração procedente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. O autuado não apresentou elementos que elidam a infração. Mantida a exigência fiscal; b) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. O autuante detalhou a metodologia e valores apurados. O autuado não apresentou elementos que elidam a infração. Mantida a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/06/2014, contempla 04 infrações à legislação do ICMS, totalizando o valor histórico exigido de R\$749.136,68, conforme seguem:

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%.

O autuado, às fls. 29 a 33, apresenta defesa afirmando que são várias as teses que sustentam a ilicitude das multas tributárias aplicadas sobre o empresariado, todas em defesa do Princípio da Razoabilidade (ou da Proporcionalidade), que aliado ao Princípio do Não Confisco formam a cadeia de entendimentos mais vigorosos no Direito Tributário brasileiro. Vittorio Cassone, por exemplo, neste mesmo sentido, afirma que “o estabelecimento das penalidades não pode ser feito de modo desproporcional e abusivo, sob pena de serem as mesmas consideradas confiscatórias ou configurativas de confisco”.

Cita doutrinadores para concluir pela inconstitucionalidade das multas aplicadas.

Argumenta que, nesta Infração 02.01.02, 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. Consigna que apesar da menção no próprio discurso da infração, não pode concordar com a cobrança de R\$2.999,02 de ICMS quando o próprio cálculo a 17% resultaria em apenas R\$794,27. Isto quer dizer que a Bahia lhe obriga a recolher para depois de arrecadado tal valor, reconhecer a necessidade de devolver a diferença? Não nos parece razoável.

Quanto à Infração 02.12.01, afirma que os valores considerados devidos foram informados pela empresa nos Demonstrativos Mensais de Apuração – DMA transmitidos à Sefaz, referentes ao período de agosto a dezembro de 2013. Aduz que como eles não foram anexados, não pude conferir a exatidão da acusação. Pede, portanto, que lhes sejam fornecidas cópias para a constatação desta infração, tal como anunciada.

No que tange à Infração 07.02.01, afirma que a complexidade do demonstrativo que é tamanha, a ponto de inibir a análise do mesmo. Assegura que ainda está verificando e conferindo as relações dos Danfs emitidos, os percentuais do MVA utilizados, etc., mesmo porque algumas destas vendas realizadas não chegaram a ser recebidas, prejudicando o recolhimento do imposto. Argumenta que, pelo princípio da razoabilidade, consoante as lições do grande Mestre Humberto Ávila, “o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.”

Alinha que 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. Aduz que não restar dúvidas que 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.

Sobre a Infração 07.02.02 confessa não entender exatamente o complexo demonstrativo anexado pelo auditor fiscal, posto que para determinação da base de cálculo de todas as bebidas alcoólicas e energéticos comercializados foram utilizados o MVA vigente ou a Pauta Fiscal, todos corretamente calculados e lançados nas notas fiscais de saídas. Não pode concordar com o entendimento mantido no auto de infração relativo a esta cobrança, razão pela qual declara não estar devendo nada a esse respeito.

Desta forma, pede que sejam revisados os cálculos do Nobre Preposto, porque é até difícil para reconstituir todas as publicações oficiais a respeito das pautas vigentes em todo este período. Sabe que a reconstituição da base de cálculo que propicia o imposto deve ser bem esclarecida, de modo que, sendo suporte para uma acusação dessa natureza, pode pecar pelo excesso de clareza, sem dúvida.

Pede a improcedência do auto de infração.

O autuante, às fls. 38 a 40 dos autos, aduz que foram exigidos R\$749.136,68 de ICMS, em valor original, relativo a 04 (quatro) infrações assim dispostas:

1. Nf de Saída Não Escriturada – R\$2.999,02;
2. Falta de Recolhimento ICMS Lançado – R\$93.739,99;
3. ICMS ST Lançado e Não Recolhido – R\$585.274,73
4. Retenção do ICMS ST a Menor – R\$67.122,94

Assegura que todas as infrações foram perfeitamente demonstradas nos relatórios anexos, todos recebidos em cópia impressa pela empresa e gravados simultaneamente na mídia CD que integra o auto de infração. Todos os dados destes demonstrativos foram obtidos nas notas fiscais da empresa e nos livros fiscais recebidos para exame, todos estes devolvidos integralmente por ocasião da ciência do auto de infração.

Informa que em relação à Infração 01, código 02.01.02, o autuado afirma que apenas uma nota fiscal de saída ficou sem registro, ela é suficiente para caracterizar a obrigação tributária implícita em seu contexto, haja vista que o destaque de ICMS nela inserido não encontrou o consequente recolhimento da empresa. Sendo assim, resta manter a exigência total sobre esta infração.

A Infração 02, código 02.12.01, relativa aos saldos mensais devedores, lançados no livro de Apuração do ICMS e não recolhidos, informa que tem praticamente sua confissão pela empresa, quando se reporta aos DMAs, de cuja cópia necessariamente dispõe, por obrigação de transmitente. Entende que seria "chover no molhado" anexar cada um dos recibos de transmissão dos DMAs pertinentes para comprovar o que exatamente já se sabe. Por isto, entende que a exigência relativa a esta infração também deve manter-se na íntegra.

Quanto à Infração 03, código 07.02.01, alude que houve uma alegação de inadimplência dos clientes da autuada, as quais, entende que é impedido de levar em conta na análise deste mérito, haja vista tratar-se de fatos ligados ao Direito Civil, em sua vertente Comercial, que relaciona nos dois pólos de contrato a empresa autuada e as empresas clientes dela. Aduz que nada pode interferir ou sequer opinar. Conhece que embora a inadimplência seja um elemento intrínseco à atividade empresarial brasileira, não registramos que serviu como justificativa legal para, sequer, o atraso no recolhimento de tributos, quanto mais o não-recolhimento de numerário a rigor já recebido do cliente, por conta da retenção havida no corpo de cada nota fiscal de venda. Assim, entende que foi pacificamente acatada esta infração, em sua totalidade, quando percebemos que a empresa não questionou qualquer dos números e/ou valores dispostos

Em relação à infração 04, 07.02.02, código refere-se ao ICMS cobrado a menor relativamente às bebidas alcoólicas e energéticas produzidas e comercializadas pela empresa durante. Neste item afirma que reconhece que o demonstrativo em questão, presente às fls. 13 a 23 do PAF, está com duas colunas de dados a menos, por defeito da impressão, cerceando nitidamente a compreensão da infração quanto às datas de emissão e meses de somatório dos valores. Assim, reimprimiu o dito Demonstrativo, que anexa a esta Informação Fiscal, recomendando à Repartição que envie cópias iguais para a empresa, reabrindo o prazo de defesa legal.

Desde logo, porém, informa como foi montado o demonstrativo para sanear qualquer dúvida da empresa:

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).*

Pede que a empresa reexamine com atenção todo o novo demonstrativo, produzindo, se desejar, sua contestação final, quando só então concluirá a necessária Informação Fiscal.

## VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 04 infrações, já devidamente relatadas, em relação às quais o presente voto e o relatório tem por base não o numero das infrações (01,02,03,04), mas sim os códigos de cada uma delas, (02.01.02 , 02.12.01, 07.02.01, 07.02.02). Medida necessária, tendo em vista a incorreta numeração que, conforme o próprio autuado reconhece, não se constitui em equívoco que resulte na nulidade do Auto de Infração.

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.

Diante 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. Saliento, 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.

Diante 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 dúvidas 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº206958.0004/14-5**, lavrado contra **FIPLAST FÁBRICA ITABUNENSE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS E BEBIDAS**, devendo ser intimado o autuado 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” e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2015

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE / RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO -JULGADORA