

PROCESSO - A. I. N° 294888.0010/18-8
RECORRENTE - FRANCO E ALMEIDA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0094-05/19
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0312-11/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. REFRIGERANTES. OPERAÇÕES SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatadas diferenças de imposto devidas por substituição tributária, tanto no período em que se aplicava a MVA, tanto no período em que se adotava a pauta fiscal. Contribuinte não consegue elidir a acusação fiscal. Nulidades rejeitadas. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 31/10/2018, o qual exige crédito tributário no valor histórico de R\$398.543,84, imputando ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração: reteve e recolheu a menos ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, tudo conforme levantamentos fiscais, extratos do sistema INC e CD contendo EFD e notas fiscais autorizadas para a empresa nos exercícios fiscalizados.

A exigência aludiu a fatos geradores ocorridos de janeiro a julho de 2015, setembro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro a maio de 2017 e julho a outubro de 2017.

Após a devida instrução processual, a 5ª JF decidiu pela Procedência, por unanimidade, com base nos fundamentos abaixo expostos:

VOTO

Inicialmente, deve-se apreciar os aspectos formais do processo.

Em preliminar, a autuada sustenta haver desconexão lógica entre os fatos e a autuação, inclusive porque restou obscura a demonstração dos documentos que lastrearam a acusação fiscal e vacilante a precisão da irregularidade cometida.

Não assiste razão ao contribuinte.

A cobrança atinge diferenças de imposto em função do contribuinte ter considerado a menor a base de cálculo para efeito de substituição tributária nas operações internas com refrigerantes, seja na época em que se adotou a MVA, seja na época em que se adotou a pauta fiscal.

Os demonstrativos elaborados pela fiscalização atestam indubitavelmente ter sido esta a irregularidade.

Deles teve acesso o sujeito passivo, nomeadamente através do recibo de entrega dos levantamentos fiscais de fl. 88.

Ademais, ficou patenteada na autuação a infração praticada, inclusive o seu enquadramento legal, tanto na Lei Instituidora do ICMS como no Regulamento baiano do imposto.

Afasto a preliminar.

Sendo assim, o auto de infração obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de extemporaneidade e consequente revelia.

Não há vícios de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória pode atuar neste PAF, conforme atesta o documento de fl. 104, não contrariado pela fiscalização.

Vejo também atendidos o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No mérito, objeta a empresa questões que perpassam também por aspectos formais.

A iniciar pelo pedido expresso de reconhecimento dos efeitos previstos no art. 151 do CTN, feito em destaque à fl. 99, item 5-I. Em verdade, a própria interposição da peça impugnatória já faz disparar automaticamente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sem necessidade de se fazer textualmente um requerimento neste sentido. Não se trata de remédio processual que possa ser recebido no efeito devolutivo ou suspensivo. Necessariamente, há que se suspender a exigibilidade do crédito, até exaurimento da discussão do processo neste CONSEF.

Como se disse, há elementos probatórios suficientes para caracterizar a infração, suplantando muito além da área especulativa de indícios. O enquadramento legal está consonante com a legislação de regência.

De outra sorte, a autuação está alicerçada em fatos e circunstâncias devidamente motivadas.

Os demonstrativos confeccionados pela auditoria apontam sintética e analiticamente do que se trata a infração.

Os levantamentos analíticos acusam, dentre outras informações, o número do documento fiscal, a data de emissão, a descrição da mercadoria, a quantidade comercializada, o tipo de embalagem, a base de cálculo para a substituição tributária (ST) prevista na legislação, indicando-se, item a item, os valores a serem recolhidos, somados mês a mês.

Por sua vez, os levantamentos sintéticos indicam os valores devidos por mês, os valores já recolhidos pelo sujeito passivo e as respectivas diferenças, transportadas para o auto de infração.

Destarte, inexistente qualquer vício material na exigência fiscal.

Por outro lado, já apreciando outra alegação defensiva, os fatos foram perfeitamente descritos no auto de infração. Para compreender-se a irregularidade, não há necessidade de se discorrer longamente sobre ela. A acusação parte do fato de que o contribuinte reteve e recolheu a menos o imposto devido por substituição tributária, alusivo às operações internas subsequentes, nas vendas que praticou no território baiano. Ademais, referenciou-se que os arquivos eletrônicos espelhantes dos levantamentos - parte indissociável do lançamento - suportaram a exigência fiscal.

Outrossim, totalmente dispensável constar na via do contribuinte a assinatura da autoridade fazendária responsável pelo saneamento do auto de infração. Este é um procedimento de controle interno que prescinde de registro na cópia entregue ao contribuinte. O importante é que tais assinaturas constem nas vias que integram o PAF, conforme se vê na fl. 01. O fato disto constar em outro auto de infração não significa que seja medida compulsória. Não há dispositivo cogente na legislação que imponha a aposição de tal formalidade na via a ser entregue ao sujeito passivo.

Em acréscimo, a opção de terem sido lavrados vários autos de infração não ofende qualquer disposição normativa, muito menos cerceia qualquer direito de defesa. Ao revés, facilita o exercício da contestação pelo estabelecimento autuado, que disporá de prazos e processos separados, cada um deles com 60 dias para oferecimento de impugnação, no sentido de expor com tranquilidade as razões que entende contrárias à pretensão. Pior seria se todas as infrações fossem lançadas num só PAF, dispondo a empresa de um único prazo de 60 dias para agitar todos os aspectos defensivos.

Tratando da questão essencialmente de mérito suscitada na impugnação, sustenta-se que não houve esclarecimento da metodologia de cobrança pela MVA, visto que, para efeito da substituição tributária, os refrigerantes possuem a base de cálculo fixada em pauta fiscal.

Sobre esta questão, a legislação de regência aplicável aos fatos geradores alcançados pela auditoria determina que, no caso de refrigerantes, a substituição tributária terá como base quantitativa de incidência a pauta fiscal, desde que o contribuinte solicite - e consiga do Estado um Termo de Acordo para que possa adotar este regime jurídico.

Cabe transcrever o art. 289, §11, VI, do RICMS-BA:

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal:

(...)

VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos localizados neste estado, desde que

possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias”.

O parecer final exarado pela Sefaz baiana e Termo de Acordo consequente, juntados à fl. 09 (frente e verso), conjugados com a informação de quais processos tributários administrativos constam em nome da impugnante, aposta à fl. 08 (frente e verso), atestam que a partir de 29.6.2017 estava o estabelecimento autuado credenciado a adotar como base de cálculo da ST os valores constantes na pauta fiscal.

Mais especificamente: consultando-se a cláusula primeira do Termo de Acordo de fl. 09, verso, verifica-se estar o autuado autorizado a usar a pauta fiscal nas operações internas com refrigerantes para cômputo da substituição tributária.

E na relação de processos tributários envolvendo a defendente, há como penúltima referência o citado Termo de Acordo, onde se registra como data da ciência 29.6.2017.

Neste diapasão, os demonstrativos analíticos feitos pelo autuante e encaminhados para a empresa destacam ineludivelmente qual foi o critério usado para se totalizar a base de cálculo da ST. Para tanto, basta verificar na coluna denominada “Critério”, onde se vê, até junho de 2017, a adoção da Margem de Valor Agregado (MVA), e pauta fiscal, a partir de julho de 2017.

Assim, está bem definido nos autos qual a metodologia empregada pela fiscalização na quantificação da base impositível das mercadorias sujeitas a tributação antecipada, sendo insubsistente a construção defensiva neste particular.

De todo o exposto, considero a autuação inteiramente PROCEDENTE.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, alegando o que segue:

Inicialmente informa a tempestividade do recurso e tece um breve relato dos fatos.

Preliminarmente alega a nulidade do lançamento tendo em vista que existe cerceamento de defesa buscando onerar o contribuinte com pesadas multas do mesmo sentido, confundindo também o seu direito de defesa.

No mérito, assevera que não pode o CONSEF citar ser indispensável constar na via do contribuinte a assinatura da autoridade fazendária responsável, se assim fosse não seria também necessário constar a assinatura do contribuinte na ciência do mesmo, pois não existe no RPAF que faça menção de ser dispensável a assinatura da autoridade fazendária e que tratar-se de matérias de direito a qual resguarda o contribuinte no pedido de nulidade do auto, devendo a PROFIS em análise no PAF manifestar-se para ratificar a anulação.

Diz que não há nos documentos subjacentes aos autos qualquer referência à base legal específica e detalhada aplicável à suposta infração à legislação tributária cometida pela impugnante.

Alega vício material do Auto de Infração por falta de correlação entre a conduta praticada e a normal legal indicada como infringida, desrespeitando o princípio da motivação, implicado na violação do disposto no art. 142 do CTN. Salaria que não basta identificar a conduta objeto do ato, mas sim qualificar devidamente aquela conduta dentro da norma supostamente violada e apta a gerar a cobrança fiscal, inclusive sob pena de violação a legalidade.

Aponta como falhas materiais que invalidam o lançamento:

1. Ausência na via do contribuinte do visto do saneador e da autoridade competente: traz por amostragem um processo de outro contribuinte, o qual esta formalidade consta, e que neste ficou totalmente ausente.
2. Ausência da descrição dos fatos: traz por amostragem um Auto de Infração com lavratura no mesmo mês, a qual o auditor descreve antes da capitulação da infração a descrição detalhada dos fatos, para assim lançar em seguida o crédito tributário.
3. Lavratura distinta de supostas infrações em autos separados: informa que o auditor lavrou 5 autos de infração distintos, cerceando o direito de defesa do contribuinte, para assim confundir, quando poderia em um único AI contemplar todas as supostas infrações apuradas, facilitando o seu direito de defesa. Afirma que este colegiado já possui decisões pacificadas a

qual anulam o procedimento fiscal, cuja descrição não está em conformidade com o procedimento adotado para apurar o ICMS na infração. Cita duas decisões neste sentido.

Por fim, além do já exposto, requer o envio do processo a PROFAZ para parecer das matérias de direito que assistem ao contribuinte devido aos equívocos de lavratura e de base de cálculo.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo retenção e recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, tudo conforme levantamentos fiscais, extratos do sistema INC e CD contendo EFD e notas fiscais autorizadas para a empresa nos exercícios fiscalizados.

Os períodos autuados foram de janeiro a julho de 2015, setembro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro a maio de 2017 e julho a outubro de 2017.

De início, informo que a peça recursal repisa tão somente as razões da impugnação.

Preliminarmente, quanto à nulidade aventada sob a alegação de cerceamento de defesa e de falhas materiais que invalidam a autuação, observo que descabem tais afirmações.

Primeiro, entende a recorrente que a ausência na via do contribuinte do visto saneador da autoridade competente seria caso de nulidade. Todavia, como já devidamente explicado pelo julgador de piso, tal assinatura não é uma obrigatoriedade. Trata-se de um procedimento de controle interno, sendo despendendo registro na cópia entregue ao contribuinte. A única exigência legal é que tais assinaturas constem nas vias que integram o PAF, o que foi feito, como se vê na fl. 01.

O fato de tal assinatura constar em outro Auto de Infração não torna o visto saneador na via do contribuinte uma obrigatoriedade, eis que inexistente dispositivo legal que assim o determine.

Quanto à alegação de ausência da descrição dos fatos, não vislumbro tal situação. Observando o Termo de Início de Fiscalização, denota-se que a infração foi devidamente descrita, constando o enquadramento legal e a multa aplicada, com base no que determina a própria legislação do Estado.

Ademais, os demonstrativos apresentados deixam evidentes os trabalhos realizados pelo autuante e toda sistemática adotada por ele, inexistindo, inclusive, a alegada ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo em vista que foram dadas todas as oportunidades de manifestação à recorrente. Saliento que, quando à multa aplicada, a mesma é uma determinação legal, não cabendo, nesta oportunidade, discussão sobre o possível caráter confiscatório da mesma.

Em relação ao entendimento de que a lavratura distinta de supostas infrações em autos separados prejudica o direito de defesa encontra-se completamente equivocado. Ao contrário do alegado pelo contribuinte, a segregação das infrações em autos separados facilita – e muito, a defesa por parte do sujeito passivo. Cada processo tem um prazo autônomo de interposição de defesa, dando, inclusive mais tempo para o contribuinte preparar as provas que dispõe e apresenta-las com a impugnação ou em outro momento cabível.

Nulidades superadas.

Quanto ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o mesmo se impõe, independente da solicitação do sujeito passivo.

No pertinente à solicitação de parecer da PGE/PROFIS sobre a matéria, saliento que os questionamentos aqui expostos não carecem de Parecer Jurídico, eis que inexistente questão jurídica que necessite de esclarecimentos.

Em relação ao mencionado equívoco na base de cálculo adotada, peço vênias para reproduzir a explicação proferida pelo julgador de piso por ser didática e precisa:

Tratando da questão essencialmente de mérito suscitada na impugnação, sustenta-se que não houve esclarecimento da metodologia de cobrança pela MVA, visto que, para efeito da substituição tributária, os refrigerantes possuem a base de cálculo fixada em pauta fiscal.

Sobre esta questão, a legislação de regência aplicável aos fatos geradores alcançados pela auditoria determina que, no caso de refrigerantes, a substituição tributária terá como base quantitativa de incidência a pauta fiscal, desde que o contribuinte solicite – e consiga do Estado um Termo de Acordo para que possa adotar este regime jurídico.

Cabe transcrever o art. 289, §11, VI, do RICMS-BA:

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 11. A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será o valor fixado em pauta fiscal:

(...)

VI - águas minerais e refrigerantes, para os contribuintes substitutos localizados neste estado, desde que possuam Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), para observação de critérios relativos ao cumprimento de obrigações tributárias”.

O parecer final exarado pela Sefaz baiana e Termo de Acordo consequente, juntados à fl. 09 (frente e verso), conjugados com a informação de quais processos tributários administrativos constam em nome da impugnante, aposta à fl. 08 (frente e verso), atestam que a partir de 29.6.2017 estava o estabelecimento autuado credenciado a adotar como base de cálculo da ST os valores constantes na pauta fiscal.

Mais especificamente: consultando-se a cláusula primeira do Termo de Acordo de fl. 09, verso, verifica-se estar o autuado autorizado a usar a pauta fiscal nas operações internas com refrigerantes para cômputo da substituição tributária.

E na relação de processos tributários envolvendo a defendente, há como penúltima referência o citado Termo de Acordo, onde se registra como data da ciência 29.6.2017.

Neste diapasão, os demonstrativos analíticos feitos pelo autuante e encaminhados para a empresa destacam ineludivelmente qual foi o critério usado para se totalizar a base de cálculo da ST. Para tanto, basta verificar na coluna denominada “Critério”, onde se vê, até junho de 2017, a adoção da Margem de Valor Agregado (MVA), e pauta fiscal, a partir de julho de 2017.

Assim, pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter integralmente a infração, nos moldes da decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 294888.0010/18-8, lavrado contra **FRANCO E ALMEIDA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$398.543,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS