

**A. I. Nº** - 281071.3003/16-1  
**AUTUADO** - GODOY & BAPTISTELLA IND. E COM. DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - PUBLICAÇÃO - 27.12.2017

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0237-04/17

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado limitou-se a arguir a nulidade do Auto de Infração em face de não preenchimento dos requisitos formais para sua validação. Fatos não comprovados nos autos, pois o lançamento atende a todos os requisitos formais estabelecidos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, contendo a qualificação completa do autuado, local data e hora da sua lavratura, descrição clara do fato apurado e considerado como irregular, o dispositivo legal infringido, o valor do tributo e seus respectivos encargos, a assinatura do autuante e os elementos de prova, os quais foram entregues ao autuado mediante recibo de arquivos eletrônicos. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 30/09/2016 com o objetivo de reclamar crédito tributário no valor de R\$75.850,90, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Aplicam-se as disposições do Protocolo ICMS 105/09, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos entre os Estados da Bahia e São Paulo”*.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 50 a 60, onde, após efetuar uma síntese dos fatos passou a arguir a nulidade do Auto de Infração com base nos fundamentos a seguir sintetizados.

Inicialmente assevera que o Auto de Infração estará eivado de nulidade por não preencher os requisitos de ordem formal, e que a legislação assegura ao contribuinte, expressamente, o direito à ampla defesa, discriminando, em seguida, os requisitos que devem conter no Auto de Infração, destacando, entre outros, a *“Descrição do fato tido como irregular, de forma clara e inteligível, para que o contribuinte possa exercer o seu direito de defesa”* e *“O dispositivo legal infringido e a penalidade aplicável que corresponde ao fato tido como irregular”*.

Menciona que recebeu a autuação como Auto de Infração, mas, na realidade, já se tem a aplicação de multa, ou seja, trata-se de um Auto de Infração e Imposição de Multa, enquanto o valor total do Auto de Infração é de R\$75.850,90, contudo, no demonstrativo de débito, existe outro valor para o débito total na ordem de R\$143.681,33.

Ressalta que o Auto de Infração, além das ilegalidades e irregularidades que diz apontar acima, não qualifica corretamente o local onde foi realizada a fiscalização, apenas informando IFEP

COMÉRCIO, sem trazer qualquer outra informação adicional e fundamental como CNPJ, endereço e nome completo, acrescentando que também não foi especificada a forma de cálculo de atualização e correção monetária e nem mesmo a previsão legal da forma de atualização e incidência de juros moratórios, e, ainda, não informa a tipificação correta do fato tido como irregular.

Assevera que estando o Auto de Infração carente dos requisitos de legalidade e validade, não resta dúvida que quando não possui descrição clara da infração cometida, bem como do débito cobrado, deve ser declarado nulo, por não cumprir os requisitos legais e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Passou em seguida a contestar a multa aplicada a qual considera confiscatória, devendo ser revista e reduzida, pois aplicada em 60% do valor do tributo, em afronta ao posicionamento predominante na jurisprudência do STF, baseado no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Diz que a vedação constitucional do confisco em matéria tributária significa a proibição do Estado em tributar de forma abusiva, compreendendo tanto a previsão dos tributos como a fixação das multas, citando, em seu socorro decisões oriundas de Tribunais Superiores.

Pontuou, ainda, que no presente caso, na remota hipótese de ser entendido pela procedência do Auto de Infração, a multa imposta no montante de 60% do valor do tributo devido é claramente inconstitucional, pois confiscatória, devendo ser reduzida para um patamar justo de no máximo 20% sobre o valor do tributo devido. Defende que, no mesmo sentido, deve ser reduzida a multa moratória aplicada para, no máximo, 2% sobre o valor do tributo devido, sendo que o E. Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a multa moratória estabelecida em 20% sobre o valor do tributo tem caráter confiscatório, devendo ser reduzida. Cita decisões do STJ a este respeito. Requer a redução também da multa moratória pois configura confisco, sendo inconstitucional, nos termos já esposado

Em conclusão à vista de tudo o quanto expôs, e por considerar demonstrada a insubsistência e a improcedência da ação fiscal, requer seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado, declarando-se a nulidade do Auto de Infração.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 93 e 94, aduzindo que a lavratura do Auto de Infração teve por fundamento a constatação da ausência de retenção do ICMS Substituição Tributária em diversas Notas Fiscais emitidas nos meses de novembro/2013 e novembro/2015, resultando em falta de recolhimento do imposto. Os valores de cada período constam no demonstrativo intitulado Anexo I, acostado às fls. 16 a 21 do presente PAF. Este demonstrativo foi elaborado a partir das informações constantes nas GIA-ST, Notas Fiscais Eletrônicas e documentos de arrecadação, registrados nos sistemas da SEFAZ/BA.

Ao analisar os argumentos defensivos cita que a autuada requer a nulidade do Auto de Infração, argumentando que o mesmo não preenche os requisitos de ordem formal determinados pela legislação pertinente.

Entende que este argumento não procede, uma vez que os autos evidenciam todos os elementos questionados pela defesa, tais como qualificação da autuada, com indicação de nome, endereço, CNPJ, local, data e hora da lavratura, descrição precisa da irregularidade, memória de cálculo dos valores objeto de cobrança, documentos comprobatórios que deram suporte material à autuação, enquadramento legal, etc.

Destaca que, além disso, foram entregues ao autuado, em meio eletrônico (CD-ROM), cópia do Auto de Infração, Demonstrativo de Débito e demais documentos relacionados à autuação, conforme detalhamento no Recibo de Arquivos Eletrônicos, acostado às fls. 40 do PAF. Sendo assim, não prospera o argumento da autuada, segundo o qual o presente Auto de Infração deveria ser anulado.

Ressaltamos que a autuada se limitou a questionar os aspectos puramente formais do Auto de Infração, não apresentando, contudo, alegações quanto à sua materialidade, isto é, não acrescentando nenhuma informação nova ou documento que pudesse contestar os valores cobrados.

Em conclusão disse que em seu entendimento, os argumentos da defesa, pela nulidade do presente Auto de Infração, não se sustentam, razão pela qual reafirma a consistência do presente lançamento tributário, e pede que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

## VOTO

A acusação que recai sobre o autuado está posta nos seguintes termos: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Aplicam-se as disposições do Protocolo ICMS 105/09, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos entre os Estados da Bahia e São Paulo”*.

Destaco que inicialmente o Auto de Infração foi considerado revel entretanto, após algumas intervenções, inclusive por parte da PGE/PROFIS e diligências posteriores a defesa foi considerada tempestiva, razão pela qual passo a examiná-la.

O autuado limitou-se a arguir a nulidade do Auto de Infração em face de não preenchimento dos requisitos formais para sua validação. Não é o que vejo nos autos, pois o lançamento atende a todos os requisitos formais estabelecidos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, contendo a qualificação completa do autuado, local data e hora da sua lavratura, descrição clara do fato apurado e considerado como irregular, o dispositivo legal infringido, o valor do tributo e seus respectivos encargos, a assinatura do autuante e os elementos de prova, os quais foram entregues ao autuado mediante recibo de arquivos eletrônicos fls. 40, 42 e 43.

Quanto ao argumento de que no Auto de Infração consta o valor original do lançamento na ordem de R\$75.850,90 enquanto que no demonstrativo de débito consta o valor de R\$143.681,33 em função da indicação do valor da multa de 60% incidente sobre o descumprimento da obrigação principal, nada há de errado em relação a isto. A multa é resultante da falta de pagamento do imposto, portanto, se reveste em uma sanção acessória em decorrência do descumprimento da obrigação principal. Neste sentido ela atende especificamente o previsto pelo Art. 242, do CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Não procede também o argumento defensivo de que não há qualificação correta do local onde foi realizada a fiscalização, pois consta de forma claro no Auto de Infração a data da sua lavratura, hora local e o período fiscalizado. Em relação ao local, considerando que se trata de contribuinte substituto localizado em outra unidade da Federação, o Auto de Infração foi lavrado na própria Inspetoria Fiscal, no caso a IFEP Comércio, situação esta prevista e permitida à luz do Art. 39, § 1º do RPAF/BA:

*§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

Também não se reveste de sustentação o argumento falta de tipificação correta do fato tido como irregular vez que consta do lançamento o seu enquadramento legal que está condizente com o fato apurado e adequadamente apontado, inclusive em relação a multa aplicada.

Por igual, não procede a arguição de que não foi especificada a forma de cálculo de atualização e correção monetária e que não há a previsão legal da forma de atualização e de incidência de juros

moratórios, visto que o demonstrativo de débito entregue ao autuado remete a legislação vigente, neste caso, a Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do estado da Bahia – COTEB, que assim dispõe:

***Art. 102.** Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:*

***II** - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.*

***§ 1º** Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.*

***II** - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.*

Por fim, por não vislumbrar nos autos qualquer carência de requisitos para validade e legalidade do Auto de Infração, inclusive estando presentes todos os elementos que possibilitaram ao autuado o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, não acolho o pedido de Nulidade do Auto de Infração.

Quanto a insurgência do autuado em relação ao percentual da multa aplicada, destaco que ela possui previsão na Lei nº 7.014/96 e está corretamente aplicada, e em relação ao argumento do seu efeito confiscatório em face do seu percentual de 60%, observo que de acordo com o Art. 167, I do RPAF/BA não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, razão pela qual fica a mesma mantida no percentual indicado no Auto de Infração, sem qualquer redução, que, aliás, neste aspecto, não é atribuição deste órgão julgador reduzir ou cancelar penalidade pelo descumprimento de obrigação principal.

Finalmente e considerando que em relação ao mérito do lançamento não houve qualquer insurgência por parte do autuado e pelo fato da autuação se encontrar devidamente demonstrada analiticamente nos autos, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2810713003/16-1** lavrado contra **GODOY & BAPTISTELLA IND. E COM. DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.850,90**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 12 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA