

PROCESSO - A. I. N° 148714.0003/18-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VOGA QUÍMICA LTDA.
RECORRIDOS - VOGA QUÍMICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0031-03/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0302-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Afastada a arguição de nulidade. Dados da imposição colhidos em documentos de informação fiscal do contribuinte (RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BA). Alegação da defesa não mitigou a acusação fiscal. Reduzir *ex officio* da penalidade (de 150% para 100%), com fundamento no princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benigna (art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN). Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recursos de Ofício (fl. 121), e Voluntário (fls. 136 a 148), interposto em face do acórdão em epígrafe, da lavra da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que concluirá em 23/03/2021, pela procedência da autuação.

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/2018, e notificado ao sujeito passivo em 10/01/2019, (fl. 62), para exigir ICMS no valor de R\$807.193,46, mais multa (150% do valor lançado), e acréscimos legais, contém a narrativa de uma infração, cujas ocorrências são indicadas em todos os períodos de apuração dos exercícios de 2015 e 2016:

INFRAÇÃO 1 – 07.12.01: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. O contribuinte lançou o ICMS referente a substituição tributária referentes a produtos industrializados (tintas e vernizes) nas saídas dentro do Estado efetuando também a escrituração fiscal referente a essas vendas porém não efetuou o devido pagamento. [...] Enquadramento Legal: Artigo 8º, da Lei 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

A o cerne da lide gravita em torno do suposto cerceamento do direito de defesa do Sujeito Passivo, haja vista entender necessária “diligência no estabelecimento da Recorrente, ou - no mínimo - a intimado [Sic] para prestar esclarecimentos com a finalidade de averiguar corretamente o pagamento do tributo” (fl. 140), e sobre o caráter confiscatório da multa. Essa, aliás, é o objeto do Recurso de Ofício, uma vez que o órgão julgador *a quo* ajustou a multa de 150% do valor lançado para 100% do valor lançado, tendo em vista alterações legislativas subsequentes ao lançamento e ao fato gerador.

A 3ª JJF rejeitou integralmente as alegações do sujeito passivo, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

O presente Auto de Infração, tem por espeque a acusação de que a Impugnante deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Referente ao período de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

Preliminarmente, deve-se enfrentar a arguição de nulidade, que teve por espeque o IV do Art. 18 do RPAF, através da alegação de que de ter havido “CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE”, afirmando a defesa, que no caso dos autos, não houve quaisquer demonstrativos integrantes

para atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária, lhe tendo prejudicado o direito de defesa e o contraditório.

Afasto esta arguição de nulidade, haja vista que às fls. 7 a 55, estão apensados todos os demonstrativos atinentes à perfeita cognição do levantamento fiscal realizado, bem como cópias da escrituração fiscal da Impugnante, acompanhadas da flagrante prova de falta do recolhimento do ICMS-ST RETIDO, reclamado por este lançamento de crédito tributário de ofício.

Cabe registrar, também, que a despeito de não ter vindo aos autos a escrituração fiscal digital solicitada na diligência às fls. 88 e 89, fora colacionada aos autos (fls. 101) relatório emitido pelo sistema de controle da SEFAZ-BA “INC – Informações do Contribuinte” que representa prova inequívoca de que os valores informados pela Contribuinte, a título de ICMS-ST RETIDO, não foram efetivamente recolhidos.

Em segunda preliminar, indefiro o pedido de diligência, por entender que todos os elementos necessários à perfeita cognição sobre o feito se encontram acostados aos autos, prescindindo desta forma de qualquer informação extra.

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Como prova da acusação fiscal, a Autuante colacionou aos autos a escrituração do Contribuinte anexado às folhas 8 à 55, a qual o mesmo apresentou a Receita Estadual referente aos valores mensais das Saídas sujeitas a Substituição tributária referentes a produtos industrializados (tintas e vernizes) indicando às respectivas parcelas do ICMS SUBSTITUÍDO RETIDO nas saídas dentro do Estado, as quais não houve o respectivo recolhimento.

Em sua defesa, o Impugnante não questionou os valores lançados nem os documentos que fundamentaram a acusação fiscal.

A 5ª JJF diligenciou os autos, para que o Autuante juntasse os documentos digitais referentes à escrituração fiscal, documentos que foram intimados à apresentação pela Impugnante, concomitantemente lhe apresentado relatório do INC onde constam a falta de recolhimentos dos valores exigidos neste Auto de Infração, conforme consta das fls. 93 a 113, porém não houve pronunciamento da defesa.

Reputo estar devidamente configurado nos autos, que a Impugnante realizou operações sujeitas à substituição tributária do ICMS, nas quais realizou a retenção o ICMS a título de substituição tributária, em face de sua condição de sujeito passivo por substituição, em relação às suas operações de saída de mercadorias e não realizou o recolhimento devido aos cofres públicos, conforme restou comprovado da análise dos documentos apensados pela Autuante às fls. 08 a 55 (RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA –BA), onde constam os valores mensais declarados pela Impugnante como devidos ao Estado por representar valores retidos dos seus clientes a título do ICMS-ST devido pelas operações subsequentes, e não recolhido ao Estado da Bahia.

Quanto ao questionamento em relação à multa, em primeiro registro, que falece competência à essa instância do contencioso, sobretudo por se tratar de exação positivada, posto que em se tratando de tribunal administrativo, não se pode olvidar que seus membros são funcionários públicos, cujos atos são vinculados à lei, impedidos, portanto, de emitir juízo de valor acerca de penalidade instituída pelo Poder legislativo.

Todavia, devo registrar que a multa aplicada foi redimensionada para menos, pela Lei Nº 14183, de 12/12/2019, e desta forma, implica em retroatividade da cominação menos onerosa ao contribuinte infrator. Veja-se:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 100% (cem por cento) do valor do imposto: (Redação dada pela Lei Nº 14183 DE 12/12/2019).

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Nesse sentido, o artigo 106 do Código Tributário Nacional, que estabelece a retroatividade da lei “penal” benéfica, nos seguintes termos:

“Art. 106 – A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática”.

Por todo o exposto, voto pela procedência do presente Auto de Infração.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Regularmente intimado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário reiterativo dos argumentos de Defesa:

- a) aduziu necessidade de conversão do feito em diligência, ante o cerceamento do direito de defesa, aduzindo que os critérios utilizados pela Fiscalização não foram evidenciados; que a Fiscalização teria optado pelo “caminho mais cômodo”, limitando-se a presumir fatos e lançar sobre a Recorrente o ônus de provar sua inocência; que o lançamento foi feito com base em uma análise superficial, e evoca julgado deste Conselho (Acórdão CJF nº 0335-12/13) para assentar que o indeferimento da diligência implica cerceamento do direito de defesa;
- b) afirmou que a multa aplicada ostenta caráter confiscatório, sendo assim incompatível com a Constituição Federal - expõe suas ideias em alentada monografia, com transcrições doutrinárias de ementas de julgados de órgãos do Poder Judiciário.
- c) conclui requerendo declaração de nulidade do Acórdão recorrido e conversão do feito em diligência, ou, sucessivamente, seja o Auto de Infração julgado improcedente (para readequação da multa a 20% do valor lançado), postulando, ainda, para que todas as intimações na Imprensa Oficial sejam feitas, exclusivamente, em nome do advogado subscritor da peça recursal, Nicolai Trindade Mascarenhas (OAB/BA 22.386), sob pena de nulidade processual.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 30/08/2021, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 07/10/2021 para julgamento, oportunidade em que o conselheiro Antonio Dijalma Lemos Barreto se declarou impedido.

VOTO

Ambos os Recursos são cabíveis e adequados (arts. 169 e seguintes do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), não havendo questões a apreciar sobre sua admissibilidade. Deles conheço, portanto.

Em relação ao requerimento de publicações endereçadas “exclusivamente” em nome do causídico que subscreve a petição, sob pena de nulidade, cumprem algumas observações.

Primeiro, este Conselho inclui nos editais de intimação publicados na imprensa oficial, corriqueiramente, os dados do advogado devidamente habilitado e subscritor da peça recursal, como se constata do edital de intimação abaixo:

Diário Oficial do Estado da Bahia do dia 28/09/2021 | Edição 23259 Edição Principal

**CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - CONSEF
EDITAL(IS) DE CONVOCAÇÃO
(SESSÃO VIRTUAL)**

O Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com base no art.51, do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 7.592/99 convoca os Senhores Conselheiros e Julgadores, o(s) representante(s) da PGE/PROFIS e Advogados, legalmente constituídos. Aqueles não julgados serão incluídos na(s) pauta(s) da(s) sessão(ões) seguinte(s), independente de publicação, de acordo com o art. 67, I, do Regimento Interno:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL através de
VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 07/10/2021 às 14:00**
RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA
Auto de Infração - 1487140003181 - Recurso Voluntário: Autuado(a)
VOGA QUIMICA LTDA - Autuante(s) - MARIA DA CONCEICAO REIS
MACIEL - Advogado(s): NICOLAI TRINDADE MASCARENHAS

Segundo, é importante destacar que as normas acerca de intimações se encontram insculpidas nos arts. 108 e 109 do RPAF/99, de modo que a sua observância não poderá implicar nulidade.

Portanto, considero o requerimento prejudicado, uma vez que já atendido, nos limites da legislação de regência.

O Recurso de Ofício (cujo objeto é exclusivamente a redução da multa diante da modificação legislativa), pode ser examinado em conjunto com a alegação do Sujeito Passivo em relação ao caráter constitucional da penalidade aplicada.

Peço licença, portanto, para adiantar minhas ponderações em relação ao pleito, no Recurso Voluntário, de nulidade do acórdão recorrido, por cerceamento do direito de defesa, e de deferimento de diligência fiscal.

Compulsando os autos, confirmam-se as razões de decidir do órgão julgador de primeiro grau, ao afastar a tese de cerceamento do direito de defesa, pois o lançamento contempla elementos suficientes para que esta se produza, e com maior razão, ao recorrer a elementos internos da SEFAZ - o Sistema INC - dado o silêncio do Autuado em fornecer dados.

Na mesma linha, como cogitar em diligência fiscal, se o autuado dá mostras de que não contribuirá, fornecendo elementos para novas investigações? Em verdade, repito, os elementos dos autos já se mostram satisfatórios para aferir a ocorrência, ou não, dos eventos que ensejaram a autuação, e não se devem deferir diligências para provar o que já está apto a ser provado, seja porque os elementos dos autos já são aptos a gerar convicção do julgador, seja porque o que se aduz deixou de ser evidenciado por meio de elementos a serem trazidos com a defesa (no caso, tanto na fase procedural da Ação Fiscal, quanto na fase de Defesa, e ainda na fase de Recurso Voluntário) - inteligência do art. 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/99.

Rejeito, portanto, a alegação de cerceamento de direito de defesa, e o pleito de realização de diligência fiscal.

Enfim, o tema da multa, que é comum a ambos os recursos (de Ofício e Voluntário).

A JJF reduziu a multa, que fora aplicada em 10/12/2018, para tratar de fatos ocorridos entre 2015 e 2017, no importe de 150% do valor lançado, para fixá-la no percentual de 100%, consoante redação atual dos dispositivos aplicados após a publicação da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19 (efeitos a partir de 13/12/19).

Cuida-se de aplicação evidente da regra de retroação benéfica de que cuida o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Portanto, a readequação da penalidade a patamares inferiores ao da regra vigente ao tempo da infração, diante de lei nova mais benéfica, foi corretamente aplicada. Sou pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Já em sede de Recurso Voluntário, quando o Sujeito Passivo sustenta de forma alentada que a multa aplicada, a despeito de prevista na legislação, deve ser minorada diante de julgados do STF e outras asserções, devo destacar que o Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, tem a sua competência estabelecida no Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956, de 11/12/1981, que precisamente em seu art. 125, veda expressamente aos “órgãos julgadores” deliberar sobre “a declaração de constitucionalidade”, “questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”, e “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.

Dito de outro modo: ainda que tenhamos convicções jurídicas diversas, e ainda que

reconheçamos a relevância e expressão dos julgados de Tribunais Superiores sobre a matéria, nenhum deles aplicável diretamente ao Sujeito Passivo e a esta lide, há de se reconhecer que por uma questão de Política Legislativa a Casa que representa o Povo da Bahia, decidiu não contemplar este Conselho com a competência para efetuar a dosimetria da penalidade nessas circunstâncias.

Diante do exposto, é de se rejeitar o pleito recursal em relação à revisão da multa aplicada, ainda que se resguardem as opiniões pessoais desta Relatoria em relação ao seu montante e em relação à adequação da legislação aos princípios constitucionais tributários. Sou pelo Não Provimento do Recurso de Voluntário.

Do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO a ambos os recursos, de Ofício e Voluntário, retificando de ofício a conclusão do acórdão recorrido, já que houve sucumbência (com a redução da multa lançada), de modo que julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentado, e de ofício, manter a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 148714.0003/18-1, lavrado contra VOGA QUÍMICA LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$807.193,46, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS