

A. I. N° - 148714.0003/18-1  
AUTUADO - VOGA QUÍMICA LTDA.  
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO REIS MACIEL  
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/04/2021

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0031-03/21-VD

**EMENTA: ICMS.** 1. SUSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 10/12/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de **R\$807.193,46**, bem como aplicação de multa no percentual de 150%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 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. Referente ao período de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 65 a 73, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre o título “*II - NULIDADE DA AUTUAÇÃO: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE*” quando evocou o IV do Art. 18 do RPAF, alegando que no caso dos autos, não houve quaisquer demonstrativos integrantes para atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária, sendo este em sua opinião motivo para a sua nulidade, em vista de prejudicar seu direito de defesa o seu contraditório. Trouxe excertos de ementas deste CONSEF e de doutrina.

Passando ao segundo tópico “*II – NA EVENTUALIDADE: A NECESSÁRIA REDUÇÃO DA MULTA PARA O PERCENTUAL DE 20% DO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL*” tomado por base o art. 158 do RPAF e art. 42, § 7º, da Lei n.º 7.014/96, disse que aplicar-se uma multa acima de 20% no valor da obrigação, é um verdadeiro confisco do dinheiro dos contribuintes, e que vai de encontro às normas gerais tributárias impressas na Constituição Federal. Pediu a redução da multa imposta para o patamar de 20%, conforme precedente desse CONSEF que apontou.

Ao final, pediu que caso esse órgão de Julgamento entenda que não é caso de nulidade do auto de infração, que acate a exclusão da multa punitiva imposta pela fiscalização, vez que o mesmo agiu de boa-fé e que, eventual equívoco no recolhimento da exação, deveu-se exclusivamente à erro na interpretação da extensa e confusa legislação tributária.

A Autuante se pronunciou à fl. 82, explicou que conforme escrituração do Contribuinte anexado às folhas 7 a 55, o mesmo apresentou a Receita Estadual o valor total das Saídas sujeitas a Substituição tributária referentes a produtos industrializados (tintas e vernizes) nas saídas dentro do Estado, porém não efetuou o devido pagamento. Acrescentou que não houve nenhum questionamento de erro por parte da fiscalização quanto a cálculo. Disse ter apenas exigido o valor devido apresentado pelo contribuinte no livro de Apuração cuja cópia encontra-se anexa.

A 5<sup>a</sup> JJF diligenciou o processo fls. 88 a 89, para que o Autuante juntasse aos autos os documentos da escrituração digital, documentos que foram disponibilizados para exame da Impugnante conforme consta das fls. 93 a 113, porém não houve pronunciamento da defesa.

**5<sup>ª</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**REMESSA DOS AUTOS À REPARTIÇÃO FISCAL DE ORIGEM**

*Considerando constar da fl. 56 que a apuração do valor lançado pelo Auto de Infração epigrafado tomou por base a Escrituração Fiscal Digital –EFD;*

*Considerando que para a efetiva cognição sobre o feito se faz necessário o exame da fonte original dos dados (EFD) e que estes arquivos não foram anexados aos autos;*

*Considerando que as cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 08 a 55) representam apenas cópias impressas do referido livro, as quais apartadas do formato oficial (EFD) conforme §1º do art. 247 do RICMS/12, não transferem valor probatório à acusação fiscal;*

*Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).*

*§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:*

*(...)*

*IV - Registro de Apuração do ICMS;*

*(...)*

*Considerando que o Auto de Infração deve se fazer acompanhar das provas necessárias à demonstração do fato arguido, conforme exigência do inciso II do §4º e inciso VI do art. 28 do RPAF, veja-se:*

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*(...)*

*VI - Auto de Infração ou Notificação Fiscal, para exigência do crédito tributário, atendidas as disposições pertinentes deste Regulamento;*

*(...)*

*§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

*(...)*

*II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.*

*Na assentada para julgamento ocorrida no dia 10/10/2019, o colegiado desta 5<sup>ª</sup> JJF decidiu pela remessa dos autos à repartição fiscal de origem para que fosse providenciada a seguinte diligência:*

- 1. Solicitar à Autuante que supra o presente Auto de Infração com os arquivos da EFD referente ao período objeto do respectivo lançamento do crédito tributário em tela, tanto em formato original (txt) como em PDF.*
- 2. Havendo modificação do lançamento, deve ser dado ciência à Autuada, devendo ser procedida a concomitante reabertura do prazo de 10 (dez) dias, bem como nova informação fiscal se for o caso.*

*Cumprida a diligência devem os autos retornarem ao CONSEF para julgamento.*

*Sala de Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2019*

O Autuante se pronunciou às fls. 93 a 95 .....

Complementar o relatório

É o relatório.

## 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 5<sup>a</sup> 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 fora 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.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, com redução da multa, o Auto de Infração nº **148714.0003/18-1**, lavrado contra **VOGA QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$807.193,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, V “a” com a nova redação dada pela Lei Nº 14183, de 12/12/2019, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2021

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA