

A.I. Nº - 293873.0002/20-4
AUTUADO - G. A. L. RIOS CIA LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ – CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. ESQUADRIAS DE ALUMÍNIO E PVC. Por se tratar de operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária por retenção, é atribuída ao autuado, remetente das mercadorias, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo, conforme art. 8º inc. II da Lei nº 7.014/96. O defendente não apresentou comprovação de que recolheu o imposto retido. Afastada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 20/03/2020, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$61.286,53, acrescido da multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 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 localizados neste Estado, apurado nos períodos de setembro a dezembro de 2016.

A autuante no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, informa que o “*Contribuinte detentor do benefício fiscal DESENVOLVE, Resolução 017/2013 com propósito de produzir esquadrias de alumínio e PVC (portas, janelas, vitrôs e escadas). Infração 1 – ICMS retido e não recolhido decorrente de vendas de mercadorias a substituição/antecipação interna*”.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/2012.

A autuada impugna o lançamento, patrocinada por seus advogados, fls. 11 a 16, onde inicialmente demonstra ser tempestiva, faz um breve relato dos fatos, afirma peremptoriamente que a infração é completamente insubsistentes e em seguida argui nulidade do lançamento, transcrevendo o art. 18 do RPAF/99.

Explana que o fiscal autuante há de lançar o tributo com as formalidades previstas no RPAF, possibilitando ao contribuinte identificar o fato gerador da obrigação tributária e exercer seu direito a ampla defesa a ao contraditório, na forma do art. 5º da Constituição Federal. Acaso o Auto de Infração não preencha tais formalidades será nulo de pleno direito em razão da existência de vício formal.

Assevera ser esse o entendimento pacificado nessa SEFAZ, conforme trecho reproduzido do voto da decisão do julgamento do PAF nº 9095188.22/11-8.

Registra que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Salvador, também tem aplicado em julgamentos o mesmo entendimento reiteradamente, conforme se infere da decisão do Processo nº 13502.000679/2009-74, que reproduz em parte, na qual o órgão julgador declarou nulo o Auto de Infração, em face da não observância de formalidades obrigatórias para fins de lançamento.

Assevera que a referida decisão se amolda ao caso presente, haja vista que a descrição genérica, sem apontar o fato gerador com precisão, o impede determinar com segurança a infração.

Afirma que nesse contexto, sendo o Auto de Infração desprovido de formalidades legais, se encontra maculado de vício insanável, o que impõe a declaração de sua nulidade, na forma do art. 18 do RPAF, bem como na esteira da jurisprudência administrativa citada.

Prosseguindo, argui que a multa aplicada “*de 60% num sistema onde já há previsão de juros para indenizar e correção monetária para manter o poder aquisitivo*”, ofende flagrantemente o princípio constitucional à vedação ao confisco, previsto no art. 150, inc. IV da Constituição Federal, que reproduz.

Explica que por tributo com efeito confiscatório deve-se entender aquele que em decorrência da sua taxa extorsiva corresponde a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo estado.

Diz que a vedação do tributo confiscatório decorre de outro princípio: o poder de tributar deve ser compatível com o de conservar e não com o de destruir. Assim, tem efeito confiscatório o tributo que não apresenta as características de razoabilidade e justiça, sendo, igualmente atentatório ao princípio da capacidade contributiva.

Frisa que a Constituição Federal limita-se a enunciar o princípio, portanto, este dever ser entendido em termos relativos e não absolutos, examinando-se em cada caso concreto, se a taxa estabelecida, atenta ou não contra o direito de propriedade.

Lembra que a administração em todo e qualquer ato praticado, se encontra vinculada a consecução do bem comum, ou seja, o objetivo da aplicação da lei e atingir o fim esperado.

Conclui que a imposição da multa pretendida, no percentual de 60%, que entende exorbitante, não possui qualquer relação com o dever moral da administração, pelo contrário, constitui-se em verdadeiro ato desproporcional que conduz ao enriquecimento sem causa, amplamente vedado em nosso ordenamento, restando, assim, evidente a inconstitucionalidade da multa proposta, uma vez que ofende aos princípios consagrados na Constituição Federal.

Requer que seja determinada a nulidade do lançamento em razão da irregularidade identificada e subsidiariamente, na remota hipótese da sua manutenção, pede que seja reduzida a multa ao patamar de 20%, devido ao seu caráter confiscatório.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 23 e 24, onde reproduz a infração, as razões da defesa e afirma que a alegação de falta de precisão na determinação do fato gerador, não procede, uma vez que foi elaborada planilha, enviada ao preposto da empresa através de *e-mails*, fls. 25 e 26, oportunidade em que foram discutidas todas as autuações com planilhas detalhadas, identificando o fato gerador da obrigação tributária com número da nota fiscal, chave de acesso, valores, emitente e destinatário.

Registra que a multa aplicada está de acordo com a Lei nº 7.014/96, prevista no seu art. 42, inc. II, alínea “f”.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

Em 28/01/2021, o processo foi convertido em diligência a INFAZ-CENTRO NORTE para que a autuante anexasse aos autos o TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, na forma prevista no art. 28, inc. I do RPAF/99 e a comprovação da entrega ao contribuinte de cópia do DEMONSTRATIVO ANALÍTICO que dá suporte a exação, em papel e gravado em mídia.

Adicionalmente foi determinado que o órgão preparador após verificar o atendimento da solicitação, em seguida, caso não tenha sido possível comprovar a entrega do demonstrativo, deveria intimar o contribuinte para receber cópia do DEMONSTRATIVO ANALÍTICO, com reabertura do prazo de defesa de sessenta dias, para nova impugnação.

Em cumprimento à diligência a autuante retorna aos autos, fls. 34 e 35, onde esclarece que a intimação ao contribuinte foi feita por escrito, via *e-mails*, datados de 03/03/2020 e 25/03/2020, direcionado ao seu preposto responsável, identificada como Sra. Ilana, conforme cópias anexadas, contendo a intimação para apresentar livros e documentos, inclusive com a solicitação e autorização para retificar a EFD.

Diz que o contribuinte tomou ciência das intimações, fato que pode ser constatado através de mensagens trocadas e assim, entende que tais procedimentos se constituem em prova inequívoca da ciência do contribuinte que estava sob auditoria fiscal.

Quanto a comprovação de entrega dos demonstrativos analíticos, informa que a fiscalização foi encerrada em 20/03/2020 e devido as restrições por conta da pandemia do coronavírus, os demonstrativos foram enviados por *e-mail* em 23/03/2020, cujo recebimento foi confirmado pelo preposto da empresa, conforme mensagem, fls. 36 a 43.

Ressalta que o cálculo do valor exigido foi baseado nas informações fornecidas pelo contribuinte através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, fls. 44 a 47, tendo sido os demonstrativos lhe enviados com detalhamento de data, CNPJ, chave de acesso da nota fiscal, valor das operações e o ICMS devido, conforme mensagem transmitidas por *e-mails*, fls. 41 a 43, cujos recebimentos foram confirmados.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo, uma infração à legislação tributária, tempestivamente impugnada, decorrente da constatação pela autoridade fiscal da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado.

A autuada encontra-se inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, exercendo a atividade econômica principal de fabricação de esquadrias de metal, além de outras secundárias como fabricação de embalagens de material plástico, de artefatos de material plástico para uso na construção, exceto tubos e acessórios, comércio atacadista de vidros, espelhos, vitrais e molduras e material de construção.

A defesa, não aborda o mérito, tão somente argui nulidade do Auto de Infração com fundamento no que dispõe o art. 18 do RPAF/99, argumentando que “...o Auto de Infração desprovido de formalidades legais, o mesmo se encontra maculado de nulidade insanável, o que impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração, na forma do art. 18 do RPAF, bem como na esteira da Jurisprudência administrativa pacificada nessa SEFAZ”.

Saliento o caráter genérico da arguição, por não ter a defesa apontado precisamente um fato que possa ser caracterizado como falta de formalidades legais.

Foi exatamente no sentido de assegurar a observância dos princípios que regem o processo administrativo fiscal, que na fase de análise, registro, etapa importante que deve ser desenvolvida pelo julgador administrativo com cuidado e zelo, que os membros desta Junta de Julgamento Fiscal, decidiram converter o processo em diligência, visando esclarecer fatos detectados no decorrer da fase fiscalizatória, identificadas por este relator

É cediço que a Constituição Federal em seu artigo 37, determina os princípios norteadores dos atos praticados pela Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por seu turno, a Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal que analogamente se aplica a todos, nos âmbitos da Administração Pública, seguindo essa premissa, assim determina:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Estes princípios encontram-se também contemplado no Decreto nº 7.629/99 – RPAF/99, no seu art. 2º: “Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da

legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.

Assim, resta patente que os atos administrativos devem estar legalmente amparados, motivados e devidamente formalizados, conforme as disposições contidas no Título IV, Capítulo I da Lei Federal nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional.

Uma das formalidades indispensáveis à validade do processo administrativo fiscal, consiste na presença de elementos probantes que atestem o cumprimento do disposto no art. 28 do RPAF/99, *in verbis*:

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:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

A diligência determinada pela 2ª JJF, conforme já descrita linhas acima, solicitou que a autuante juntasse aos autos, cópia do termo de início de fiscalização e comprovasse que os demonstrativos analíticos foram entregues ao contribuinte.

Em cumprimento ao quanto determinado, a autuante demonstra que apesar de não ter procedido formalmente com a lavratura do termo de início de fiscalização, comprova que o contribuinte foi devidamente cientificado que se encontrava sob ação fiscal, conforme correspondências trocadas entre o preposto fiscal e a representante da empresa, consoante cópias aportadas às fls. 36 a 43.

Diante das provas trazidas pela autuante, considero que as correspondências trocadas entre as partes demonstram claramente que o contribuinte teve conhecimento prévio do início da ação fiscal, tendo em vista o que dispõe o art. 26, inc. III do citado RPAF/99 nas suas disposições quanto ao início do procedimento fiscal, onde considera que pode ocorrer com a “*intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização*”, não havendo restrições que estas sejam formalizadas via correio eletrônico, desde que institucional, o que ocorreu no presente caso.

Quanto a alegação do sujeito passivo da falta de elementos que o permitiria identificar o fato gerador, observo que a autuante elaborou o demonstrativo analítico, gravado no CD, fl. 07, com base nos registros fiscais da própria autuada, constantes na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, de forma clara, suscita e didática com a identificação de todos os elementos necessários para que o fato gerador esteja perfeitamente identificado e quantificado o valor exigido na autuação.

Portanto, restou claro que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o contribuinte exerceu a ampla defesa e o contraditório, pois obteve as cópias das peças necessárias à sua defesa, foram obedecidos os prazos legais e o levantamento foi realizado com base nas informações fiscais por ele fornecidas e produzidas, através de sua EFD, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Pelo exposto, não acato a arguição de nulidade suscitada.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido decorrente de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, respaldada no art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96, que assim determina:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

As mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas no levantamento estão sujeitas ao regime de substituição tributária, vez que estão relacionadas no Anexo 1 ao RICMS/2012 e conforme seu art. 289.

Constato inclusive, que os valores do imposto retido, foram informados na Declaração de Apuração do ICMS - DMA, porém, comprovadamente não foram recolhidos, portanto, pertinente a exação fiscal.

Os fatos apontados pela autoridade fiscal e identificados como uma infração à legislação tributária, em momento algum foram contestados pela defesa que sequer, repito, abordou o mérito da autuação, deixando inclusive de trazer aos autos quaisquer provas capazes de elidir a acusação.

Ressalto que o RPAF/99, determina no art. 123 que fica assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação, sendo que a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez e a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Destarte, não tendo a autuada apresentado no momento da impugnação qualquer prova, cabe aplicar o que determina os artigos 140, 142 e 143 do citado RPAF/99:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. (...)

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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto a insurreição da autuada referente ao percentual da multa aplicada, que entende possuir caráter confiscatório, em afronta aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro, lembro que o RPAF/99, não autoriza a apreciação por parte dos órgãos julgadores de questões que contestam a inconstitucionalidade da legislação tributária, como dispõe expressamente no seu art. 167, inc. I. Assim, deixo de apreciar o argumento.

Por derradeiro, friso que a multa de 100% sugerida pela autuante encontra-se prevista no art. 42, inc. V da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apontada no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo negar a sua aplicação, sequer reduzi-la.

O fato da autuada não ter apresentado qualquer motivo, seja jurídico ou fático, capaz de sustentar suas razões defensivas, a infração restou devidamente caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293873.0002/20-4**, lavrado contra **G. A. L. RIOS CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.289,53**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR