

A. I. Nº - 087461.0006/20-1
AUTUADO - EMPRESA DE ÁGUAS ITAY LIMITADA.
AUTUANTE - HÉLIO SILVA DAMASCENO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/08/2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0231-06/21VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Restou comprovado nos autos, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 07 a 36 que a Impugnante vendeu com frequência água mineral em garrafão de 20 litros para destinatários não inscritos no cadastro estadual, e sem CNPJ, em quantidades incompatíveis com a destinação de mercadorias para consumidor final, caracterizando a contumácia e intuito comercial dos adquirentes, de modo a enquadrar os destinatários como contribuintes de direito do ICMS. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em **28/09/2020** e se refere à cobrança de ICMS no valor de **R\$265.232,24**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, tendo sido efetuada a ciência do feito ao contribuinte no dia 01/10/2020, conforme doc. à fl. 38, e em 03/02/2021, conforme doc. à fl. 73, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01- 07.04.03 - falta de retenção do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e do respectivo recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, agosto a dezembro de 2017, janeiro a maio de 2018, com multa aplicada de 60% enquadrada no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Em complementação o fiscal disse que: *“A empresa vende com frequência água mineral em garrafão de 20 litros para destinatários não inscritos no cadastro estadual, sem CNPJ, em quantidades incompatíveis com a destinação de consumidor final, para os quais não estaria sujeito à proceder a retenção do imposto relativo às operações subsequentes. No entanto, as quantidades vendidas sugerem vendas a contribuintes não inscritos, destinadas a revendas”*.

A defesa apresentou sua peça às fls. 42 a 46, e inicialmente, relatou a tempestividade da impugnação e passou a fazer suas ponderações:

Sob o tópico **“I – DO LANÇAMENTO FISCAL E OS EQUÍVOCOS COMETIDOS PELA FISCALIZAÇÃO:** ” disse que o Autuante não disponibilizou à Impugnante o teor do auto de infração, o que impediu o contribuinte de promover defesa consistente. Explicou que o setor contábil tentou solicitar o auto de infração e demais elementos capazes de identificar a suposta infração e não obteve resposta da Inspeção na pessoa de Dr. Gilberto Rabelo, Inspetor de Indústria (doc. 02).

Acrescentou que o advogado que subscreve a presente compareceu à Inspeção e manteve contato com Sra. Carla, Coordenadora do Setor de Processos, tendo a mesma informado que em

virtude de mudanças no programa do DTE, as informações não estavam disponíveis e que o auto de infração estava na posse do auditor fiscal autuante, não sendo possível entregar cópia ao contribuinte.

Com isso, asseverou que o contribuinte não teve ciência do teor do auto de infração, o que tornaria o auto de infração nulo de pleno direito, conforme disse seria demonstrado nessa defesa.

Passando ao tópico “II - NULIDADE DA AUTUAÇÃO: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE: ” afirmou que restará comprovado, que a presente autuação não merece acolhida devendo ser declarada nula ante a existência do cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente, a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RPAF/97 (reproduz).

Isso porque, não fora disponibilizado o lançamento fiscal ao contribuinte para que o mesmo tenha ciência da suposta infração que teria cometido, sendo certo que tal fato impede o mesmo de promover defesa consistente voltada ao mérito do processo.

Salientou que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido. Cita e reproduziu ementas de julgados deste Órgão de julgamento (A-0026-01/16; 0101-03/17), que disse já teve oportunidade de rechaçar auto de infração eivado de nulidade nesse particular.

Acrescentou que sem ter concedido à autuada a faculdade de atuar em sua defesa, por denegar-lhe o acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou lhe denegando, também, a plena participação contraditória.

Pontuou que o laconismo da notificação do contribuinte também caracteriza cerceamento do direito de defesa, inutilizando-o como elemento probante da existência de crédito tributário devido pela autuada, vício que atinge todo o ato administrativo - mas também à negativa de possibilidade de *controle* deste mesmo ato, impossível que se faz a aferição da legalidade do auto.

Rematou que considerando que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a infração apontada, a mesma se encontra eivada de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória. De modo que não restaria alternativa, senão a decretação da NULIDADE de todo o Auto de Infração.

Conclui requerendo que seja determinada a imediata nulidade do auto de infração em razão do cerceamento do direito de defesa do contribuinte, inutilizando-o como elemento probante da existência de crédito tributário devido pela autuada, vício que afirmou atingir todo o ato administrativo e também à negativa de possibilidade de *controle* deste mesmo ato, por impossível que se faz a aferição da legalidade do auto, na forma do §3º do art. 8º do RPAF.

A informação fiscal consta da fl. 71, no qual o Autuante informou que o contribuinte foi autuado em 28/09/2020, por cometimento de infrações relativas à legislação do ICMS, e apresentou defesa alegando não ter recebido cópia do Auto de Infração.

Explicou que analisando o Termo de Cientificação de Lavratura de Auto de Infração, fl. 05, constatou que, de fato, não consta no auto de infração nos anexos da mensagem do DTE.

Deste modo, visando sanear o equívoco, encaminhou novo termo de cientificação, acompanhado de todos os anexos, inclusive o referido auto, sugerindo que fosse concedido novo prazo de

defesa, a partir da sua efetiva ciência.

Nova missiva para fins de efetuar a ciência da lavratura do presente Auto de Infração, bem como fazer a entrega dos seus anexos fora efetuada em 03/02/2021, conforme documento à fl. 73.

Todavia, a Impugnante não apresentou nova peça defensiva.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de impugnação ao lançamento de crédito tributário inaugurado pela lavratura do Auto de Infração **087461.0006/20-1**, que se refere à exigência de ICMS pela suposta constatação de que a Impugnante deixou de proceder a retenção do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e do seu respectivo recolhimento, que seria obrigatório, haja vista a qualidade da Impugnante de sujeito passivo por substituição tributária, relativa às operações internas subsequentes, nas vendas de água mineral realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O Autuante esclareceu ainda que:

“A empresa vende com frequência água mineral em garrafão de 20 litros para destinatários não inscritos no cadastro estadual, sem CNPJ, em quantidades incompatíveis com a destinação de consumidor final, para os quais não estaria sujeito à proceder a retenção do imposto relativo às operações subsequentes. No entanto, as quantidades vendidas sugerem vendas a contribuintes não inscritos, destinadas a revendas”.

Preliminarmente, cabe apreciação da arguição de nulidade com fulcro na alegação de que o Autuante não disponibilizou à Impugnante o teor do auto de infração, o que impediu o contribuinte de exercer a ampla defesa e o contraditório.

Todavia, consta dos autos que o Autuante aquiesceu com a alegação da defesa mas, em tempo, providenciou nova intimação para promover a ciência do lançamento do crédito tributário enviando via DTE cópia do auto de Infração e de seus anexos para a Impugnante, reabrindo o prazo de defesa.

De maneira que, entendo que o vício apontado pela defesa fora devidamente contornado nos conformes do §1º do art. 18 do RPAF. Afasto, portanto, esta arguição de nulidade.

Discordo também quanto à alegação de que o lançamento em tela se deu de forma lacônica, como alegou a defesa ainda em preliminar de nulidade, quando também pontuou que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança à infração apontada, estando eivada de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória.

Verifica-se dos autos que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito (fls. 07 a 36), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Portanto, não verifico dos autos qualquer mácula que possa inquinar o presente auto de Infração de nulidade.

Quanto ao mérito, não houve por parte da defesa qualquer arguição. Todavia, procedi o exame dos autos, prestigiando o princípio da verdade material, tendo constatado que, de fato, restou comprovado nas planilhas de fls. 07 a 36 que a Impugnante vendeu com frequência água mineral

em garrafão de 20 litros para destinatários não inscritos no cadastro estadual, e sem CNPJ, em quantidades incompatíveis com a destinação de mercadorias para consumidor final, caracterizando a contumácia e intuito comercial dos adquirentes, de modo a enquadrar os destinatários como contribuintes de direito do ICMS conforme previsão do art. 5º da Lei nº 7.014/96:

Art. 5º. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Por conseguinte, há pertinência na exigência da retenção do ICMS nas operações objeto da autuação, haja vista o que dispõe os incisos I e II do art. 8º da Lei nº 7.014/96, bem como o art. 289 do RICMS combinado com o item 3.2 do seu ANEXO 1:

Lei nº 7.014/96

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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

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

RICMS/2012

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.

ANEXO 1

ITEM	CEST	NCM/SH	DESCRIÇÃO	Acordo Interestadual/ Estados signatários	MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas operações internas
3.2	03.002.00	2201.1	Água mineral, gasosa ou não, ou potável, naturais, em embalagem com capacidade igual ou superior a 5.000 ml	Prot. ICMS 11/91 - Todos, exceto MG	134,15% (Aliq. 4%) 126,83% (Aliq. 7%) 114,63% (Aliq. 12%)	134,15% (Aliq. 4%) 126,83% (Aliq. 7%) 114,63% (Aliq. 12%)	100%

Deste modo, concluo que, após exames das peças acusatórias, nada verifico que possa mitigar a acusação fiscal.

Voto pela procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM OS membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de infração nº 087461.0006/20-1, lavrado contra **EMPRESA DE ÁGUAS ITAY LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$265.232,24**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR