

PROCESSO - A. I. N° 140780.0015/21-3
RECORRENTE - COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA – COOPALM
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0255-04/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/09/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0201-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Descabimento da exigência tendo em vista a atividade industrial exercida pelo Autuado. Item insubsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Fato não questionado em relação ao mérito da autuação. Não acolhidas as arguições de nulidade por cerceamento ao direito de defesa e insegurança da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2021, no valor de R\$ 37.966,39 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro, setembro e dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.522,79, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e não é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 02 - 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, nos meses de janeiro, fevereiro, julho e agosto de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 32.443,60, acrescido de multa de 100%, prevista no Art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que o Autuado foi regularmente intimado a apresentar as planilhas com memória dos cálculos dos recolhimentos do ICMS Substituição Tributária por Retenção informados na DMA dos meses de referência 01/2018, 02/2018, 07/2018 e 08/2018, entretanto, não atendeu a intimação, não enviou as planilhas solicitadas, restando comprovada a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária por Retenção, relativo às operações de vendas nos períodos acima relacionados, ficando confirmadas as divergências apontadas no Resumo Fiscal.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão n° 0255-04/21-VD (fls. 82 a 87), com base no voto a seguir transscrito:

“As acusações que versam nos presentes autos para fim de exigência de ICMS no montante de R\$ 37.966,39, mais multas, estão assim postas:

1 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. O contribuinte apresenta divergências entre ICMS Substituição Tributária por Antecipação informado na DMA e o recolhido referente aos períodos de 01/2018, 09/2018 e 12/2018. Foi regularmente intimado a apresentar as planilhas com memória dos cálculos dos recolhimentos do ICMS Substituição Tributária por Antecipação – Anexo 01 e ICMS Antecipação Parcial informados na DMA dos períodos acima mencionados, entretanto, não respondeu a intimação, não enviou as planilhas solicitadas, restando comprovada a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária por Antecipação – Anexo 01, relativo aos períodos acima informados, considerando que na condição de indústria não recolhe o ICMS por antecipação das entradas, ficando confirmadas as divergências apontadas no Resumo Fiscal”. Valor lançado R\$ 5.522,79 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, linha “d” da Lei nº 7.014/96.

2 – ““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. Apresenta divergências entre ICMS Substituição Tributária por retenção informado na DMA e o recolhido referente aos períodos de 01/2018, 02/18, 07/2018 e 08/2018. O contribuinte foi regularmente intimado a apresentar as planilhas com memória dos cálculos dos recolhimentos do ICMS Substituição Tributária por Retenção informados na DMA dos meses de referência 01/2018, 02/18, 07/2018 e 08/2018. Entretanto, não atendeu a intimação, não enviou as planilhas solicitadas, restando comprovada a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária por Retenção, relativo às operações de vendas nos períodos acima relacionados, ficando confirmadas as divergências apontadas no Resumo Fiscal”. Valor lançado R\$ 32.443,60 mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso V, linha “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou em preliminar, com base no Art. 24, II do RPAF/BA, arguição de nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao seu direito de defesa, citando, para efeito de sustentação ao seu argumento, descumprimento ao Art. 142 do CTN, além de artigo relacionado ao Código Tributário do Município de Salvador, que em nada se aplica ao presente caso, pontuando que em face da quantidade de notas fiscais envolvidas na autuação, e ante a ausência de relatórios em formato Excel ou TXT impossibilita o exercício ao seu direito de defesa.

Após citar outros argumentos relacionados a esta questão para efeito de embasamento do pedido formulado, concluiu asseverando que a ação fiscal se encontra desprovida dos requisitos mínimos e indispensáveis de validade, impondo-se a nulidade do Auto de Infração, argumentos estes que foram rebatidos de forma circunstanciada pelo autuante.

Analizando os elementos presentes nos autos, em particular a planilha de fls. 08 e 09, juntamente com as DMA de fls. 10 a 15, que se revestem nos documentos que deram causa à autuação, vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos.

Isto porque, as referidas planilhas indicam, em relação a Infração 01, o valor informado na DMA a título de substituição tributária por antecipação, decorrente das entradas de mercadorias, porém, não há indicação ou comprovação dos respectivos recolhimentos, o mesmo ocorrendo em relação a infração 02, onde consta a indicação do ICMS retido por substituição tributária, porém, não consta a comprovação dos recolhimentos respectivos.

Portanto, o lançamento, sob o ponto de vista formal, atende plenamente ao quanto estabelecido pelo Art. 39 do RPAF/BA, bem como ao Art. 142 do CTN, não apresentando qualquer circunstância que acarrete cerceamento ao direito de defesa, visto que, os dados que motivaram a autuação foram obtidos com base nas próprias DMA, transmitidas pelo autuado, não havendo porque se falar em cerceamento ao direito de defesa, além do que, na situação presente nos autos é totalmente desnecessária a apresentação de planilhas em formato Excel ou TXT passíveis de transformação, conforme alegado pela defesa.

Desta maneira, não acolho os argumentos trazidos pelo autuado para efeito de nulidade do Auto de Infração, visto que não se configurou o alegado cerceamento ao direito de defesa.

Por outro ângulo, e apesar do autuado não ter apresentado qualquer argumento defensivo relacionado ao mérito da autuação, constatei que a infração 01, se reporta a que “(...) O contribuinte **apresenta divergências entre ICMS Substituição Tributária por Antecipação informado na DMA e o recolhido referente aos períodos de 01/2018, 09/2018 e 12/2018**. Foi regularmente intimado a apresentar as planilhas com memória dos cálculos dos recolhimentos do ICMS Substituição Tributária por Antecipação – Anexo 01 e **ICMS Antecipação Parcial informados na DMA** (...)”.

O enquadramento legal desta infração foi feito com base nos artigos 8º, § 4º, inciso I, alínea “a” e 23 da Lei nº 7.014/96, c/c o Art. 289 do RICMS/BA.

Os referidos dispositivos legais aqui mencionados assim se apresentam:

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;

(...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

Art. 289 do RICMS/BA:

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.

Da leitura da acusação tem-se que se faz referência, conjuntamente, a substituição tributária por antecipação e ICMS antecipação parcial, o mesmo ocorrendo em relação ao demonstrativo de fl. 08, não distinguido uma situação da outra, fato este que, poderia se conduzir a nulidade do lançamento, considerando-se ainda que em relação ao Art. 289 do RICMS foi mencionado apenas seu caput.

Entretanto, analisando o normativo tributário acima transcrito, aliado ao fato da atividade desenvolvida pelo autuado, “Fabricação de conservas de palmito”, portanto, um estabelecimento industrial, e, nesta condição, a legislação é clara ao dispor que não se fará a antecipação tributária do imposto, de acordo com o Art. 8º, inciso III da citada lei, inclusive não há incidência da antecipação parcial, citada na acusação, de acordo com o Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 a qual só ocorre quando das aquisições de mercadorias para comercialização:

Art. 8º (...)

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, **não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:**

(...)

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;(grifos acrescidos).

Desta forma, mesmo que as informações base para a autuação tenham sido extraídas da DMA do autuado, porém, tendo em vista a atividade econômica exercida pelo mesmo, não é devido, neste caso, o imposto por antecipação tributária, quer total ou parcial.

Nesta condição, apesar do autuado, no mérito, não ter se referido a esta questão, considero improcedente a infração 01.

Já a infração 02, por se referir a imposto retido e não recolhido nas operações de saídas promovidas pelo autuado, não havendo qualquer questionamento do mesmo em relação ao seu mérito, a mesma fica mantida.

Quanto ao argumento defensivo relacionado a caráter confiscatório da multa aplicada, vejo que a insurgência do sujeito passivo se prende a questões eminentemente de ordem constitucional e jurídica.

Apesar dos argumentos jurídicos e decisões de Tribunais Superiores apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu de forma correta e estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim, as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da multa aplicada e seu efeito dito confiscatório, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 32.443,60, sendo a infração 01 improcedente e a infração 02 procedente.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 97 a 109), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual relatou que, tendo em vista que a Decisão recorrida julgou improcedente a Infração 01, cujo valor era inferior a R\$ 200.000,00, este Recurso envolve exclusivamente a Infração 02.

Informou que é uma cooperativa criada por 37 produtores rurais, que hoje é constituída por cerca de 500 agricultores familiares, distribuídos em 29 municípios do Baixo Sul da Bahia, atuando de forma a orientar técnica e financeiramente seus cooperados.

Suscitou a nulidade da autuação por entender que não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a referida infração, com base no Art. 142 do CTN, no Art. 18 do RPAF/99 e no Art. 24 do Decreto nº 25.370/13 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado de Alagoas), porquanto o demonstrativo apresentado é precário, sem qualquer referência às notas fiscais autuadas por competência, privando-lhe do exercício do direito de defesa.

Discorreu sobre a inconstitucionalidade, o caráter confiscatório, irrazoabilidade e desproporcionalidade da multa aplicada, acostando doutrina e ementa de julgamento do STF, que decidiu ser inconstitucional a multa com valor superior ao do tributo devido.

Requeru o provimento do Recurso Voluntário e o cancelamento da multa no percentual de 100%.

Presente na sessão de videoconferência, a Sra. Fernanda Ferreira Brandy e Moreira, no qual exerceu o seu direito a sustentação oral.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão da sua falta de recolhimento por antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior (Infração 01), e por substituição tributária (Infração 02), relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A 4ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, sendo subsistente a Infração 02 e improcedente a Infração 01, não cabendo Recurso de Ofício em razão do seu valor ser inferior ao valor de alçada previsto no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Quanto à Infração 02, o Autuado apenas suscitou sua nulidade por cerceamento do direito de defesa e por entender que não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a referida infração, além de questionar a inconstitucionalidade da multa aplicada, sob a alegação de que tem caráter confiscatório e por violar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Saliento que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96.

Verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada nenhuma violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ao contrário, a acusação é bem simples: o Autuado declarou a existência de operações sujeitas à substituição tributária por retenção nas suas DMAs, mas não efetuou o correspondente recolhimento do imposto e, tendo sido intimado a apresentar os documentos de arrecadação e as planilhas com memória dos cálculos dos recolhimentos, não cumpriu ao solicitado.

Neste caso, inclusive, a nulidade arguida se confunde com o próprio mérito da autuação, já que os meios de prova estão em poder do Autuado. Para elidir a infração, bastaria ao Autuado apresentar os respectivos comprovantes de recolhimento ou as provas de que suas declarações estão em desacordo com suas efetivas operações.

Diante do exposto, não acolho as nulidades suscitadas e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso

Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140780.0015/21-3**, lavrado contra **COOPERATIVA DOS PRODUTORES DE PALMITO DO BAIXO SUL DA BAHIA - COOPALM**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.443,60**, 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 julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE SILVA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS