

PROCESSO - A. I. Nº 293873.0002/20-4
RECORRENTE - G. A. L. RIOS CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0198-02/21-VD
ORIGEM - INFACENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/11/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0263-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 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 defendant não apresentou comprovação de que recolheu o imposto retido. Afastada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 2ª JJF nº 0198-02/21vd, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 20/03/2020, para exigir 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, vitrões 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, conforme fls. 11 a 16.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 23 e 24. Sinaliza que consta anexo ao Auto de Infração, planilha identificando o fato gerador da obrigação tributária com número da nota fiscal, chave de acesso, valores, emitente e destinatário. Pugna pela manutenção integral da autuação.

Em 28/01/2021, o processo foi convertido em diligência a INFACENTRO NORTE, solicitando anexar 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.

Em cumprimento à diligencia 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, identificado como Sra. Ilana, conforme cópias anexadas, contendo a intimação para apresentar livros e documentos, inclusive com a solicitação e autorização para retificar a EFD.

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.

A 2^a JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando por unanimidade Procedente o presente Auto de Infração.

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".

Saliente 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 transrito 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 2^a 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 exhibir 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 relacionas no Anexo I ao RICMS/2012 e conforme seu art. 289.

Constatou 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 constitucionalidade 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.

A recorrente, em razão da decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, bem como consubstanciada nas seguintes razões fáticas e jurídicas, interpõe seu Recurso Voluntário,

expondo e requerendo o que se segue.

Requer a nulidade do presente Lançamento Fiscal por constatar ausência do Termo de Início da Ação Fiscal. Ratifica a nulidade sinalizada em sua peça defensiva, visto que a forma em que se deu o presente processo fiscal escancara o descumprimento do rito fiscalizatório previsto no art. 26 do RPAF. Afirma que da leitura do supracitado artigo, depreende-se que, na ausência do Termo de Início de Fiscalização, o rito procedural consiste na apresentação de INTIMAÇÃO escrita, apresentada ao contribuinte, preposto ou responsável, o que não ocorreu.

Salienta que a comunicação feita pelo autuante, quanto tenha partido de e-mail institucional, por si só, não é capaz de caracterizar aquele ato quanto INTIMAÇÃO.

Explica a recorrente que o RPAF exige o envio de INTIMAÇÃO, não o envio de qualquer comunicação, desprovida de elementos indispensáveis para que a notificação seja adequada e suficiente compreendida por seu destinatário, especialmente no que concerne nos ônus decorrentes do desatendimento.

Conclui que o Auto deve ser declarado nulo de pleno direito em razão da existência de vício formal. Traz entendimento relacionado à NOTIFICAÇÃO FISCAL Nº 9095188.22/11-8.

No mérito, contesta o percentual da multa aplicada.

Sinaliza que não se desconhece a existência de corrente doutrinária que se manifesta pela impossibilidade desse controle pela administração pública. Contudo, há forte corrente doutrinária, que se escora em jurisprudência sólida, que sustenta pelo pleno cabimento de a administração pública se recusar a aplicar norma inconstitucional.

Traz lição de Rodrigo Lopes Lourenço, em “*Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*”. Invoca a Súmula nº 347 do STF.

Diz ser possível o afastamento de norma inconstitucional pela administração pública, abrangendo-se, por consequência, os órgãos fazendários.

Salienta que a imposição de multa fiscal de 60% (sessenta por cento), num sistema onde já há previsão de juros para indenizar e correção monetária para manter o poder aquisitivo, constitui flagrante a ofensa ao princípio constitucional. Aponta evidente inconstitucionalidade da multa aplicada posto que representa ofensa aos princípios consagrados pela Constituição deste Estado de Direito, de forma que se requer seja reformado o acórdão da 2ª JJF para reduzir a multa ao patamar de 20% da exação.

Este é o relatório.

VOTO

Cinge-se o presente Recurso Voluntário a suscitar questões preliminares, não invocando o contribuinte razões meritórias que pudessem infirmar a ação fiscal.

De logo, saliento que o Acórdão que deu ensejo ao presente Recurso está suficientemente fundamentado, não se vislumbrando questão de fato e de direito que justifique a sua desconstituição.

As razões que invocam a nulidade da infração são as mesmas trazidas em sede de impugnação, todas estas vinculadas à ausência do Termo de Início da Ação Fiscal. Não obstante o Termo de Intimação ser, de fato, uma das formalidades indispensáveis à validade do processo administrativo fiscal, é de se concluir que ainda em fase de defesa, o presente PAF foi convertido em diligência e, naquela oportunidade, foi conferido à empresa autuada acesso à cópia do termo de início de fiscalização, assim como acesso aos demonstrativos analíticos que acompanham o presente Auto de Infração.

Não obstante o saneamento dos vícios processuais em sede de impugnação, é ainda de se pontuar que a pandemia trouxe inovações nas práticas processuais viabilizando, pois, a sua continuidade.

Em razão da conjuntura de suspensão dos atos presenciais, motivado pelas determinações da Organização Mundial de Saúde para adesão ao isolamento social como medida de proteção e enfrentamento do Coronavírus (COVID-19), a Intimação Eletrônica (correio eletrônico) foi a

ferramenta mais utilizada nos tribunais administrativos e jurídicos de todo o mundo.

Apesar do correio eletrônico não ser o meio tecnicamente mais seguro para a prática de atos processuais, da análise do histórico de conversas entre o autuante e o responsável pela empresa autuada, é possível constatar que não houve falha na comunicação, assim como não impediu que a autuada exercesse o seu direito de defesa.

O contribuinte foi devidamente cientificado que se encontrava sob ação fiscal, conforme fls. 36 a 43 dos autos. Ou seja, em observância ao disposto no art. 26, inc. III do citado RPAF/99, a *"intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização"*, substitui o referido Termo de Intimação, não havendo restrições para a formalização via correio eletrônico, desde que institucional, o que ocorreu no presente caso.

Portanto, e no tocante à arguição de nulidade do procedimento fiscal, não acolho as razões trazidas pela ora recorrente. Isto porque, para ser declarada a nulidade processual no que tange ao procedimento fiscal efetuado pelo Fisco, é necessário que fique evidenciado que este deixou de observar normas que norteiam a legislação tributária e o devido processo legal, assim como haja prova do prejuízo da autuada no exercício do contraditório, o que não se vê nos autos.

Assim, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com os ditames legais não tendo a recorrente arguido para questões meritórias a exemplo de cálculo, prova de quitação ou demais elementos que pudessem elidir a presente infração.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade quanto aos percentuais da multa aplicada, não obstante entender tratar-se de valores realmente elevados, foge da competência desse Colegiado a apreciação de redução de multa por obrigação principal, a teor dos artigos 158/159 do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 o Auto de Infração nº 293873.0002/20-4, lavrado contra G. A. L. RIOS CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 61.289,53, 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, 30 de agosto de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS