

A. I. N°. - 269199.0027/20-4
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR PEREIRA RODRIGUES
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/08/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-03/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDOS NO ESTADO DA BAHIA. Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. Não acatadas as nulidades suscitadas. Indeferido pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2020, exige ICMS no valor de R\$ 1.262.089,71, acrescido da multa de 100%, pela falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2016. (Infração 07.12.01).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.40/46. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Diz apresentar impugnação, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Declara que vem, por suas advogadas infra firmadas, constituídas nos termos do instrumento de mandato anexo, com endereço profissional indicado no rodapé, tempestivamente, oferecer a defesa administrativa pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Inicialmente, requer que todas as publicações do presente feito sejam realizadas em nome do advogado Ermiro Ferreira Neto, inscrito na OAB/BA sob o n. 28.296, sob pena de nulidade.

Aduz que em 06/01/2021, foi notificada pelo Fisco Estadual acerca da lavratura do presente Auto de Infração, oportunidade em que foi fiscalizado o exercício de 31/01/2016 a 31/12/2016.

Ocorre que, como restará esclarecido a seguir, inexistente qualquer razão ao Fisco, sendo o Auto de Infração nulo - considerando a descrição genérica dos dispositivos, além de inexistir prática infrativa de sua parte. Por fim, ainda que não se entenda pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, tem-se que a multa aplicada está em total desconformidade com a proporcionalidade, razoabilidade e princípio da vedação ao confisco.

Explica que a presente controvérsia se desenrola à luz do Decreto 13.780/2012, que dispõe sobre o Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, e da Lei 7.014/96, também atinente à previsão e regulação do referido imposto. Ocorre que, pela simples análise dos dispositivos indicados no enquadramento legal da presente infração, verifica-se que o Órgão autuante deixou de descrever especificamente os dispositivos utilizados para enquadramento da infração, o que fere diretamente o seu direito ao contraditório e a ampla defesa da Autuada.

Afirma que ao analisar os dispositivos indicados no enquadramento legal do Auto de Infração — elemento essencial para sua validade, verificou que não há indicação específica do dispositivo efetivamente utilizado pelo Fisco Estadual para apuração da infração referente ao ICMS. Repete a acusação fiscal e o dispositivo para caracterização do responsável pelo lançamento.

Diante disso, da simples análise, entende que resta evidente que o seu direito de defesa está limitado em razão da ausência de descrição completa da infração ora apontada. Como se sabe, algumas informações devem estar contidas obrigatoriamente no Auto de Infração de forma clara, com o objetivo de permitir ao contribuinte saber exatamente a natureza do crédito tributário e a forma que está sendo apurado. Isso permitirá o exercício do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente previsto nos termos do art. 5º inciso LV, da Constituição Federal, caso contrário haverá verdadeira afronta e limitação desse direito.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal Estadual, o Regulamento aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, em seu artigo 39, cuida de prever todos esses elementos e, entre eles, expressamente determina a necessidade de indicação de todos os dispositivos relativos à infração, conforme transcreve.

Afirma que os fundamentos legais deveriam aparecer de forma expressa e específica, a fim de indicar, com precisão, todos os dispositivos utilizados pelo fiscal no momento da lavratura do Auto de Infração. No entanto, não foi o que ocorreu no caso dos autos, tendo em vista que não houve qualquer indicação específica dos dispositivos legais utilizados para apuração do ICMS por ela supostamente devido.

Pergunta como é possível, que haja o pleno exercício de defesa se não é possível determinar, sequer, os dispositivos utilizados para a autuação? Diz que resta claro, portanto, que a ausência de um dos requisitos essenciais e obrigatórios do Auto de Infração macula, de maneira insanável, a sua lavratura, principalmente considerando a violação ao contraditório e à ampla defesa da Autuada, o que enseja a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Por outro lado, comenta que ainda que não se entenda pela nulidade do Auto de Infração ora vergastado, tem-se que, ainda assim, a presente autuação deve ser julgada insubsistente. Isso porque, diferentemente do quanto indicado no Auto de Infração, em realidade, recolheu regularmente o Imposto sobre Circulação de Mercadorias em todo o período apurado na condição de substituta, após retenção do ICMS ST. Inclusive, todas essas informações são facilmente retiradas do próprio sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, não havendo razão ao Fisco Estadual na realização do lançamento fiscal.

Comenta que ainda que não se entenda pela nulidade ou pela improcedência do Auto de Infração, o valor de 100% atribuído à multa lançada no Auto é fator determinante para o seu afastamento ou, pelo menos, sua redução. Sustenta que não há dúvida de que o ato administrativo de lançamento deve observar a legalidade. No entanto, não é menos verdade, que este mesmo ato deve se submeter aos princípios implícitos e explícitos aplicáveis ao Direito Tributário, dentre os quais o da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao confisco, que lhe conferem legitimidade.

Salienta que a despeito das multas tributárias não possuírem a mesma natureza jurídica dos tributos, a instituição e aplicação delas reclama obediência aos mencionados princípios, sob pena de violação a direitos e garantias fundamentais pela via oblíqua da imposição de penalidades. Como limitação constitucional à imposição de multas tributárias, diz que o princípio da proporcionalidade tem a capacidade de garantir a adequação das normas aos fins aos quais elas se destinam, assegurar o emprego dos meios menos prejudiciais para consecução dos objetivos normativos e fazer com que se tenha a certeza de que os benefícios gerados com a aplicação daquela disposição legal sejam menores do que os possíveis ônus que venha acarretar.

Aponta a redação do artigo 150, IV, da Constituição Federal, como reforço ao seu entendimento. Aduz que sendo a multa fixada em valor exorbitante, sobrepondo-se ao valor do próprio imóvel em que incide, resta caracterizado o efeito confisco, por agredir violentamente o patrimônio do contribuinte, mutilando a propriedade privada, o que é vedado pela Carta Magna.

Portanto, aduz que considerando que esse tipo de penalidade não existe como mecanismo de aumento da arrecadação ao Ente Federativo, resta claro que a multa arbitrada em 100% sobre o valor do tributo se mostra completamente desarrazoada, desproporcional e contrária ao princípio

da vedação ao confisco, devendo ser afastada. Por outro lado, na remota hipótese de não ser esse o entendimento deste Julgador, a multa deverá ser reduzida, tendo em vista que se trata de multa excessiva, que viola frontalmente os preceitos constitucionais mencionados.

Dessa forma, requer o Contribuinte: (i) seja declarada nula a Notificação Fiscal, em razão da indicação de dispositivos totalmente genéricos, o que viola o contraditório e a ampla defesa da Autuada; (ii) caso não entenda pela nulidade da Notificação Fiscal, requer seja observada a insubsistência do Auto de Infração; (iii) subsidiariamente, requer seja o valor da penalidade afastada ou aplicada reduzida aos limites da proporcionalidade/razoabilidade.

Em tempo, requer novamente, que todas as publicações do presente feito sejam realizadas em nome de seu advogado Ermiro Ferreira Neto.

A Autuante presta a informação fiscal fls.71/72. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Afirma que a informação fiscal apresentada tem a finalidade de contestar os argumentos da defesa e informar que, a Autuada apresentou impugnação do lançamento constituído, conforme Auto de Infração acima epigrafoado, no que tange as exigências fiscais relativas ao instrumento de autuação, que na forma do art. 127, § 6º do RPAF/99, passa a apresentar ao mesmo tempo os argumentos da defesa e a contestação.

Afirma que a empresa efetuou a retenção do ICMS ST, mas não efetuou o recolhimento do imposto. Foi anexada ao PAF a relação das notas fiscais eletrônicas e o relatório do INC, onde consta que o autuado não realizou qualquer recolhimento do referido imposto retido.

Sobre a alegação de que deixou de descrever especificamente os dispositivos utilizados para enquadramento da infração, afirma que como pode ser observado no Auto de Infração, fl. 02, a infração está descrita, evidenciando o enquadramento legal e os dispositivos estão especificados. E o RPAF dispõe que não implica nulidade, o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Aponta que como pode ser observado no Auto de Infração, fl. 02, a infração está descrita evidenciando o enquadramento legal e os dispositivos estão especificados, art. 8º da Lei 7014/96, e o art. 289 do RICMS/BA.

A respeito da alegação do autuante que recolheu o imposto retido, porém como pode ser observado à fl. 10 do PAF, no extrato de recolhimentos da SEFAZ, ICMS Retenção Declarado X ICMS Recolhido, à fl. 11, e Arrecadação do INC de 05/01/2011, o contribuinte declarou o ICMS retido, mas não recolheu, com divergência de R\$ 1.337.213,88 e o AI foi no valor de R\$ 1.262.089,71, porque foi feito com base nas informações da EFD, DAES às fls 13 a 24 do RPAF/99.

Quanto à multa aplicada, sustenta que cabe à fiscalização, por se tratar de atividade vinculada, aplicar o previsto na legislação. E no próprio demonstrativo de débito há previsão de redução conforme o momento do pagamento do Auto de Infração.

Por todo o exposto, frisa a convicção de ter demonstrado a exatidão do procedimento fiscal adotado, esperando que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente, o defendente arguiu nulidade do Auto de Infração. Disse que a descrição da infração foi genérica em relação aos dispositivos que teria infringido, o que fere diretamente o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, além de inexistir prática infracional de sua parte.

Sobre esta alegação, observo que o art.142 do CTN assim dispõe: *compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Sendo assim, compulsando os elementos que compõem o presente PAF, constato que todos os requisitos exigidos pelo citado dispositivo legal, se encontram retratados neste processo. Portanto, carece de suporte fático ou jurídico tal alegação. Verifico que neste auto de infração, o procedimento fiscal foi desenvolvido de acordo com as normas legais, em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, como também, observando as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente as contidas no seu art. 39. A autoridade fiscal é competente e se encontrava no desempenho de suas funções fiscalizadoras, estando claramente identificados, a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, permitindo o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório pelo contribuinte.

Ademais, destaco que não implica nulidade da autuação fiscal, as eventuais incorreções, haja vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal e o autuado entendeu a irregularidade que lhe foi imputada e se defendeu declarando que: *“diferentemente do quanto indicado no Auto de Infração, em realidade, recolheu regularmente o Imposto sobre Circulação de Mercadorias em todo o período apurado na condição de substituta, após retenção do ICMS ST”*.

Essa declaração é prova concreta de que o defendente entendeu perfeitamente a acusação fiscal ora em apreciação. Consta deste processo que o Autuado foi intimado do início da ação fiscal fls. 07/08, via DTE, recebeu os demonstrativos e cópia do CD contendo as planilhas que sustentam a autuação fls. 13/29, além de cópia do Extrato SICRED da SEFAZ com valores retidos e não recolhidos fl.10.

Neste cenário, considero que não ocorreu cerceamento ou mesmo mitigação ao amplo direito de defesa concedido ao autuado, razões pelas quais, não acolho as arguições de nulidades alinhadas pelo defendente. Não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial, os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes a irregularidade imputada.

Dessa forma, constato que não se encontram no presente processo, os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente processo exige ICMS sob acusação de que o autuado efetuou a retenção do referido imposto e não realizou o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2016. (Infração 07.12.01).

A matéria encontra-se normatizada nos termos do art.8º, inciso II, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

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;

Dúvidas não há, sobre a obrigação do contribuinte em realizar a retenção, com o consequente recolhimento do ICMS, nos termos expostos pela lei, no dispositivo acima reproduzido.

O defendente não apontou qualquer equívoco nos dados numéricos do levantamento fiscal, mesmo porque o demonstrativo tomou por base os valores declarados pelo próprio Autuado. Em sua defesa limitou-se a apontar questão prejudicial e imputar confiscatoriedade a multa aplicada.

Observo que caberia ao sujeito passivo trazer à luz deste processo os documentos comprobatórios do recolhimento dos valores lançados neste Auto de Infração, o que até esta fase do processo não ocorreu.

Nessa linha de entendimento, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Autuado não se desincumbiu de comprovar suas alegações, com dados e provas que tivessem o condão de elidir a irregularidade apurada. Declaro, pois, integralmente subsistente a infração 01.

O defendente alegou ainda, que caso não se entenda pela nulidade ou pela improcedência do Auto Infração, o valor de 100% atribuído à multa lançada é fator determinante para o seu afastamento ou, pelo menos, sua redução. Sustenta que não há dúvida de que o ato administrativo de lançamento deve observar a legalidade. No entanto, não é menos verdade, que este mesmo ato deve se submeter aos princípios implícitos e explícitos aplicáveis ao Direito Tributário, dentre os quais, o da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao confisco, que lhe conferem legitimidade.

Saliento que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, com fulcro no art. 158 do RPAF/99, e § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, invocando o princípio da boa-fé, registro que os mencionados dispositivos foram revogados, portanto inexistente previsão legal na legislação de regência vigente, para este Órgão Julgador atender ao mencionado pleito.

Por fim, o autuado requer, que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269199.0027/20-4**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 1.262.089,71**, acrescido da multa de 100%, prevista alínea 'a', do inciso V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR