



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº **01/2022**

Sessão: 4ª Sessão Ordinária Virtual de 17 de fevereiro de 2022

Processo Nº 1/3515/2019

Auto de Infração Nº: 1/201909366

Recorrente: MG DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI –
CGF: 06.340.584-9

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Conselheiro Relator: Marcus Vinícius de Vasconcelos Maia

EMENTA: ICMS. Falta de Recolhimento. ICMS por Substituição Tributária por entradas. Carga Líquida. Decreto nº 31.270/13. Imposto escriturado na EFD. Análise do livro Registro de Apuração do ICMS. Dispositivo infringido: art. 436, do Decreto nº 24.569/97. Reenquadramento da penalidade, nos termos do art. 123, I, “d”, da Lei 12.670/96, por ser a penalidade típica e aplicável à época dos fatos geradores. Auto de Infração julgado parcialmente procedente, por unanimidade, conforme voto do relator e de acordo com manifestação, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRA CHAVE: ICMS. Substituição Tributária. Carga Líquida. Falta de Recolhimento. Imposto escriturado e não pago. Procedência parcial.

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

ICMS ST DECLARADO NO SPED. FALTA DE RECOLHIMENTO NO TODO OU EM PARTE DO IMPOSTO DE RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER O ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ENTRADA INTERNA DECLARADO NA EFD/SPED DOS MESES DE 01/2017 A 09/2018, NO VALOR PRINCIPAL TOTAL DE R\$ 354.522,41, CONFORME CONSULTA DA APURAÇÃO DO ICMS ST, INFORMAÇÕES ADICIONAIS DO AJUSTE DA APURAÇÃO DO ICMS E NFE, ANEXAS.

Auto de Infração com imposição de imposto no valor de R\$ 354.522,41 (trezentos e cinquenta e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e quarenta e um centavos) e multa de R\$ 709.044,82 (setecentos e nove mil, quarenta e quatro reais e oitenta e dois centavos). Período da infração: de 01/2017 a 09/2018. Dispositivo infringido: art. 436 do Decreto nº 24.569/97, e penalidade nos termos do art. 123, I, "e", da Lei nº 12.670/96, com alteração dada pela Lei nº 13.418/03.

Nas informações complementares, o auditor do fisco consigna que o contribuinte, por meio do Termo de Intimação nº 2019.03656, foi intimado a apresentar as notas fiscais eletrônicas de entradas internas dos meses de 01/2017 a 09/2018, referente a ICMS extra-apuração. Transcorrido o prazo fixado para apresentação da documentação pelo contribuinte, foi lavrado o auto de infração por falta de recolhimento do ICMS extra-apuração declarado na EFD, referente ao período de 01/2017 a 09/2018, no valor principal de R\$ 354.522,41 (trezentos e cinquenta e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e quarenta e um centavos).

Encontram-se anexos aos autos os seguintes documentos, todos alusivos ao período de 01/2017 a 09/2018: telas de consulta ao sistema COPAF (consulta de débitos por contribuinte); telas de consulta ao livro Registro de Apuração do ICMS e de Informações Adicionais do Ajuste de Apuração do ICMS da EFD; e relação de notas fiscais eletrônicas (DANFEs) de entrada.

O contribuinte autuado interpôs impugnação ao feito fiscal, tendo a autoridade julgadora de 1ª instância decidido pela procedência do feito fiscal com esteio no art. 436 do Decreto nº 24.569/97, fixando penalidade nos termos do art. 123, I, "e", da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03.

Irresignada com a decisão do julgador singular, a atuada interpõe tempestivo Recurso Ordinário, reiterando os termos da Impugnação, onde resumidamente consigna:

I) em sede preliminar:

a) aplicação do Código de Relacionamento com o Contribuinte do Estado do Ceará (Lei Complementar nº 130/2014);

b) nulidade da autuação (descrição da infração de modo genérico), com preterição das garantias processuais constitucionais do contribuinte;

c) inconstitucionalidade da multa com efeito confiscatório/garantia constitucional da não-confiscatoriedade/ofensa ao princípio da proporcionalidade;

d) gratuidade do processo administrativo;

e) ilegalidade do lançamento, em razão da natureza *ex lege* da obrigação tributária.

II) quanto ao mérito, pugna, em caso de não acatamento das preliminares suscitadas, pela aplicação do parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96. Destaque-se que, por ocasião da impugnação, a autuada solicitou o reenquadramento da penalidade para a prevista na alínea 'd', do inciso VIII, do art. 123 da Lei nº 12.670/96;

A Assessoria Processual Tributária manifesta-se pela procedência do feito fiscal nos termos da decisão singular.

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Trata-se a presente acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS submetido ao regime de substituição tributária por carga líquida fixada no Decreto nº 31.270/13, no período de 01/2017 a 09/2018, representando violação ao disposto no art. 436 do Decreto nº 24.569/97.

Antes de se adentrar na análise do mérito, convém discorrer sobre as questões "preliminares" trazidas na peça recursal, que na realidade se reportam a aspectos não relacionados à autuação fiscal propriamente dita:

I) da aplicação do Código de Relacionamento com o Contribuinte do Estado do Ceará (Lei Complementar nº 130/2014):

Referido diploma normativo estabelece normas gerais de ordem pública e interesse social, sobre direitos, garantias e obrigações aplicáveis na relação tributária do contribuinte com a Administração Tributária do Estado do Ceará, não se prestando a regulamentar, de modo específico, as regras de cumprimento do dever de pagar o ICMS-ST, por entradas, ao qual o contribuinte está sujeito, tendo em vista seu enquadramento na CNAE nº 4679699. Ademais, a citada norma foi elencada pelo contribuinte de modo vago e impreciso, sob a alegação de que a subsunção da conduta da autuada ao art. 436 do Decreto nº 24.569/97 seria genérica, sendo o ato maculado pela nulidade, em razão de comprometer o exercício dos princípios da ampla defesa e do contraditório pelo contribuinte. Contudo, infere-se que não assiste razão à impugnante, tendo em vista que restou suficientemente comprovada a ofensa ao art. 436 do Decreto nº 24.569/97, relativo à obrigação de recolher o ICMS-ST, de acordo com a ação fiscal realizada, instrumentalizada pelos documentos e relatórios acostados aos autos. Deste modo, não procede a questão suscitada.

II) da nulidade da autuação (descrição da infração de modo genérico), com preterição das garantias processuais constitucionais do contribuinte:

O contribuinte encontra-se, por força de sua CNAE (4679699 – comércio atacadista de materiais de construção), enquadrado na sistemática do Decreto nº 31.270/2013, que dispõe sobre o regime de substituição tributária com carga líquida do ICMS nas operações com material de construção, ferragens e ferramentas, sendo responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, até o consumidor final, quando da entrada da mercadoria neste Estado.

Nesse sentido, considerando o trabalho desenvolvido na ação fiscal, diversamente do que sustenta a recorrente, que afirma que se operou com cerceamento de seu direito ao devido processo legal, constata-se que tal assertiva é desprovida de fundamento, tendo em vista que o contribuinte teve a ciência plena acerca do procedimento fiscalizatório realizado, tendo sido intimado, por meio do Termo de Intimação nº 2019.03656, relativo ao Mandado de ação Fiscal nº 2019.03389, a apresentar documentação, e também na fase litigiosa do presente feito, lhe sendo assegurado o binômio *ciência-participação* dos atos processuais cabíveis a lhe assegurar o devido processo legal constitucional, a teor dos arts. 46 (princípios do contraditório e da ampla defesa), 102 (defesa em primeira instância), e 105 (recursos), todos da Lei nº 15.614/14. Desta feita, uma vez que restou evidente a violação ao art. 436 do Decreto nº 24.569/97, no sentido da responsabilidade que assiste ao contribuinte substituto pelo recolhimento do ICMS-ST, plenamente evidenciada pela ação fiscal desenvolvida, que culminou na lavratura do auto de infração 201909366-2, e considerando que não houve a juntada, pela recorrente, de prova que demonstre a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Fisco, considera-se impertinente a nulidade arguida.

III) da inconstitucionalidade da multa com efeito confiscatório/garantia constitucional da não-confiscatoriedade/ofensa ao princípio da proporcionalidade:

A alegação de inconstitucionalidade da multa (art. 123, I, 'e', da Lei nº 12.670/96), por possuir efeito confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão. Deste modo, cabe ressaltar que não compete ao CONAT afastar a aplicação da penalidade prevista no art. 123, I, 'e', da Lei nº 12.670/96, sob o fundamento de inconstitucionalidade, restando plenamente arguíveis e válidos seus preceitos. Assim, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/14, não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em ADI, ADC ou Súmula vinculante. No mesmo sentido, colaciona-se a Súmula nº 11 do CONAT: “é vedado aos órgãos de julgamento do Contencioso Administrativo Tributário – CONAT afastar ou reduzir multa sugerida em auto de infração sob o fundamento de apresentar natureza confiscatória por implicar indevido controle de constitucionalidade da lei nº 12.670/96”. Portanto, a inconstitucionalidade suscitada não pode ser apreciada no âmbito deste órgão julgador.

IV) da gratuidade do processo administrativo:

Inobstante haja a recorrente questionado a exigência de taxa no âmbito do CONAT, infere-se que tal obrigatoriedade decorre do disposto nos itens 1.9.1 e 1.9.2, do anexo IV, da Lei nº 15.838/2015, alusivo à cobrança de taxa de fiscalização e prestação de serviço público pela SEFAZ/CE. Deste modo, descabe a preliminar alegada, sendo-lhe impositiva a obrigação tributária quanto ao recolhimento de referida taxa. Descabe, portanto, a irresignação da autuada.

V) ilegalidade do lançamento, em razão da natureza *ex lege* da obrigação tributária:

Em virtude de ser a atividade da Administração Tributária plenamente vinculada aos termos da legislação (art. 3º e 142 do CTN), não sendo cabível interpretação que desvirtue o sentido do disposto no art. 436 do Decreto nº 24.569/97, cujas disposições são cogentes, infere-se que o contribuinte simplesmente argui, em tese, que o lançamento tributário foi eivado de vício material, não havendo identificado, com exatidão, a matéria tributável, havendo sustentado, de modo confuso e infundado, que “o agente autuante não conseguiu identificar, com exatidão, os fatos geradores do eventual imposto estadual, eis que se apegou, irregularmente, a situações não previstas em lei que define as condições de concreção da norma ao caso concreto”. Deste modo, infere-se que as conclusões a que chegou a recorrente defluem de fatos inteiramente diversos daquilo que a dinâmica processual aponta, ou seja, ao contrário do que sustenta, em observância ao princípio da legalidade tributária, o procedimento preparatório ao lançamento observou as devidas cautelas, com respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, culminando com a regular e legítima constituição do crédito tributário, mediante lavratura de auto de infração, sendo inteiramente desprovidas denexo causal as alegações da autuada. Nesse sentido, conclui-se pela inadequação do assunto ora ventilado.

Finalmente, e quanto ao mérito, observa-se que a autuada trata a matéria alusiva à autuação fiscal de modo tangencial, ou seja, apenas sustenta, em tese, a nulidade do procedimento fiscal que resultou na lavratura do auto de infração, que teria enquadrado, de modo genérico, a infração ao disposto no art. 436 do Decreto nº 24.569/97.

A falta de recolhimento de imposto, constatada pela análise da Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, mediante exame da apuração mensal do ICMS-ST, conjuntamente com o levantamento dos documentos fiscais destinados à autuada, é meio juridicamente adequado à comprovação da infração à legislação tributária, restando preciso e incontestado seu enquadramento legal, assim como a definição da penalidade cabível em relação à matéria.

A própria autuada demonstrou hesitação quanto ao mérito, ora requerendo a reclassificação da penalidade, nos termos da art. 123, VIII, 'd', da Lei nº 12.670/96, por ocasião da impugnação, ora requerendo a redução da multa, na forma do parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96, por ocasião do recurso ordinário, sem haver estabelecido uma conexão entre a falta de recolhimento do imposto e seu enquadramento nos dispositivos legais elencados. Neste sentido, ante a ausência de conexão lógica presente neste contexto, e dada a ausência de elementos probatórios suficientes a fundamentar a pretensão da recorrente, posto que não comprovou no presente processo a existência de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito da SEFAZ/CE de efetuar o lançamento, conclui-se que os argumentos da autuada são juridicamente insubsistentes.

Assim considerado, depreende-se dos autos a materialização da falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária (ST por entradas, na forma do Decreto nº 31.270/13), imputada na presente acusação fiscal, não trazendo a autuada contraprovas aptas e suficientes a desconstituir a presente autuação, tendo como dispositivo infringido o art. 436 do Decreto nº 24.569/97.

Por fim, destaque-se a necessidade de reenquadramento da penalidade a ser cominada na presente infração, como sendo a prevista no art. 123, I, d", da Lei nº 12.670/96, tendo em vista que, conforme análise das provas trazidas aos autos, restou constatada a regular escrituração das operações objeto da autuação, e por ser a penalidade típica e aplicável à época dos fatos geradores.

Do exposto, conheço do Recurso Ordinário no sentido de decidir pela **parcial procedência** do auto de infração, em vista da ocorrência da infração à legislação tributária e pelo reenquadramento da penalidade aplicada, para o disposto no art. 123, I, d", da Lei nº 12.670/96, nos termos deste voto.

É como voto.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 354.522,41
Multa: R\$ 177.261,20
TOTAL: R\$ 531.783,61

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: MG DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI – CGF: 06.340.584-9, e Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve, preliminarmente, em relação aos argumentos suscitados pela recorrente. Afastados por unanimidade de votos. No mérito, decide de forma unânime dar parcial provimento, para reformar a decisão exarada em 1ª Instância singular para julgar **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, nos termos do voto do conselheiro relator, alterando a penalidade para o Art.123, I, “d” da Lei nº12.670/96, com base na Súmula Nº 06- CONAT-SEFAZ/CE, entendimento adotado em manifestação oral pelo douto representante da Procuradoria Geral do Estado, contrário ao disposto no parecer da Assessoria Processual Tributária.

SALA DA SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 17 de fevereiro de 2022.

Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior
Presidente

Assinado de forma digital por
RAIMUNDO FRUTUOSO DE OLIVEIRA JUNIOR
Data: 2022.03.27 15:43:15 -03'00'
<http://se.pro.gov.br/assinador/digital>



MATTEUS VIANA
NETO:15409643372
Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

Assinado de forma digital por
MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2022.03.27 15:43:15 -03'00'

Marcus Vinícius de Vasconcelos Maia
Conselheiro Relator

MARCUS VINICIUS DE VASCONCELOS
MAIA:7766662337
2

Assinado de forma digital
por MARCUS VINICIUS DE
VASCONCELOS
MAIA:77666623372
Dados: 2022.03.21 14:13:09
-03'00'