Publicado no Diário Oficial de nº 5.541, de 10 de fevereiro de 2020

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	**023/2020**
PROCESSO Nº:	2016/7040/500118
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.689
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/003252
RECORRENTE:	CERÂMICA ARAGUAIA IND. E COM. DE TELHAS E TIJOLOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.434.926-0
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO. PROCEDÊNCIA – É procedente a reclamação tributária que exige ICMS devido por substituição tributária, pela falta de retenção e pagamento do imposto.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à exigência de ICMS devido por substituição tributária decorrente das saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para comercialização no exercício de 2013 no valor de R$ 3.101,38 (três mil, cento e um reais e trinta e oito centavos), conforme auto de infração (fls. 02/03).

Foram anexados ao presente processo o Boletim de Informações Cadastrais - BIC, Levantamento do ICMS – Substituição Tributária, DANFEs, declaração de autenticação de arquivos, mídia em CD contendo relação de NFe, relatório de arrecadação e solicitação para envio do auto de infração por via postal (fls. 03/28).

O sujeito passivo foi intimado por via postal (fls. 30/31). Apresentou impugnação tempestiva acompanhada de documentos (fls. 32/37), arguindo preliminar de nulidade do auto de infração alegando que não foram preenchidos os

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

requisitos das alíneas “c” e “d” do inciso I, do art. 35 da Lei nº 1.288/2001 quando a autoridade autuante deixou de citar o dispositivo legal que responsabilizaria o sujeito passivo de realizar a retenção do ICMS devido por substituição tributária e que, portanto, a descrição da infração não estaria clara e precisa.

No mérito, alegou que a penalidade sugerida só poderia ser imposta se houvesse a retenção do ICMS sem o seu devido recolhimento. Elucida que não fez retenção do ICMS substituição tributária nas saídas, e que como não fez, os seus clientes posteriormente em suas saídas recolheram o ICMS. Pediu a nulidade do auto de infração e o processo foi remetido para julgamento.

A julgadora de primeira instância às fls. 41/46 entendeu que o ilícito fiscal está perfeitamente descrito no campo 4.1 do auto de infração, aonde é relatado que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária nas saídas de tijolos furados para comercialização.

Esclareceu ainda, que a responsabilidade pela retenção se encontra definida no art. 13 da Lei nº 1.287/2001 e por não ser dispositivo infracional, não há necessidade de ser citado na tipificação da infração, portanto o auto de infração observou o requisito previsto na alínea “a”, do inciso I, do art. 35 da Lei nº 1.288/2001 e o ilícito fiscal está descrito com clareza e precisão no campo 4.1 do auto de infração. Desta forma rejeitou a preliminar de nulidades do auto de infração arguida pelo sujeito passivo.

No tocante a aplicação da multa de 150%, ponderou que esta só se aplica quando o sujeito passivo efetuou a retenção do imposto, mas não repassou aos cofres públicos. Sugeriu seja aplicada a multa de 100% prevista no art. 48, III, alínea “d” da Lei 1287/2001.

Conheceu do recurso voluntário, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração 2016/003252, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R$ 3.101,38 (três mil, cento e um reais e trinta e oito centavos), referente ao campo 4.11, com a penalidade do campo 4.15 do auto de infração alterada para a prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/2001, mais acréscimos legais.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Intimado da sentença e notificado por meio de Cobrança Administrativa Amigável em 18/12/2017, (fls. 48/49), o sujeito passivo não fez o recolhimento das exigências tributárias no prazo legal, sendo intimado via AR em 24/04/2018 e apresentando Recurso Voluntário em 04/06/2018 (fls. 57/69).

Pugnou o sujeito passivo, pela nulidade da notificação, justificando que a mesma foi feita a pessoa estranha do sócio administrador, demonstrado que houve inobservância do art. 22, III da lei 1288/2001, que causou cerceamento de defesa.

No mérito, alegou que não houve violação à obrigação tributária principal, visto que a penalidade só poderia ser imposta se houvesse a retenção do ICMS sem o seu devido recolhimento. Elucida que não fez retenção do ICMS substituição tributária nas saídas, e que como não fez, os seus clientes posteriormente em suas saídas recolheram o ICMS.

Alega ainda, que fabrica o produto “tijolo furado” com o fito restrito para uso em construção civil com NCM 6904.10.00, e que em razão disso, o referido produto não está tipificado no anexo XXII do Regulamento do ICMS, externando que a recorrente não cometeu a infração alegada na peça inaugural. Foram anexados: procuração particular, I Alteração contratual, documento de sócio e procuração pública.

A Representação Fazendária, em manifestação (fls. 72/73), arrazoa que o recurso voluntário, embora tempestivo e legítimo, não aduz fato novo, que mereça escrutínio. Expõe ainda que, na exigência tributária só é permitido admitir prova material e/ou direta, a qual sirva ao sujeito passivo como contraprova de que não descumpriu uma obrigação. No entanto o recurso voluntário não veio carreado de provas e argumentos de acordo com o previsto na legislação tributária,

Ressalta que as questões suscitadas foram devidamente combatidas pela julgadora singular. Pede que seja mantida a decisão *à quo*.

É o Relatório

VOTO

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Trata-se de reclamação tributária referente à exigência de ICMS devido por substituição tributária decorrente das saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O sujeito apresentou impugnação pedindo a nulidade do auto de infração e o processo foi remetido para julgamento.

A julgadora de primeira instância conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração 2016/003252.

O sujeito passivo, por meio de Recurso Voluntário, pediu pela nulidade da notificação, apontando que houve cerceamento de defesa. Alega a que a notificação foi feita a pessoa estranha do sócio administrador e que, dessa forma, não foi observado o previsto no art. 22, III da lei 1288/2001.

No mérito, aduz que não houve violação à obrigação tributária principal, visto que a penalidade só poderia ser imposta se houvesse a retenção do ICMS sem o seu devido recolhimento. Elucida que não fez retenção do ICMS substituição tributária nas saídas, e que como não fez, os seus clientes posteriormente em suas saídas recolheram o ICMS.

Alega ainda, que fabrica o produto “tijolo furado” com o fito restrito para uso em construção civil com NCM 6904.10.00, e que em razão disso, o referido produto não está tipificado no anexo XXII do Regulamento do ICMS, externando que a recorrente não cometeu a infração alegada na peça inaugural.

A Representação Fazendária ressaltou que as questões suscitadas já foram devidamente combatidas pela julgadora singular e pediu que seja mantida a decisão *à quo*.

Passemos a análise do feito.

Preliminarmente, o sujeito passivo arguiu a nulidade da notificação, justificando que esta foi feita a pessoa estranha do representante legal ou sócio administrador da empresa. Utiliza o art. 22, inciso III da Lei 1288/2001 como base legal para o pedido.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

De acordo com o art. 22, I, III, § 2.º, I, III da Lei 1288/2001, a notificação é perfeitamente válida quando, por via postal (AR) é entregue no endereço do sujeito passivo, ou por via direta é feita à pessoa do representante legal. Vejamos o dispositivo legal:

> Art. 22. A intimação e a notificação são feitas por:
>
> I – **via postal**;
>
> [...]
>
> III – ciência direta ao contribuinte ou a seu **representante legal**;
>
> [...]
>
> § 2º Considera-se feita a intimação ou a notificação:
>
> I – por via postal na data de entrega **no endereço do sujeito passivo**;
>
> [...]
>
> III – pela ciência direta ao contribuinte, na data da assinatura deste ou de seu representante legal. (grifo nosso)

No presente caso, vê-se que a notificação foi por via postal conforme AR às fls. 54, e foi entregue no endereço informado pelo contribuinte no BIC (fls. 03/04).

Ademais, verifica-se que na cópia do contrato social acostada às fls. 36/37, Raimundo Corrêa de Souza consta como um dos sócios administradores da empresa, mesma pessoa que recebeu a notificação da sentença às fls. 48/49, bem como recebeu posteriormente nova cópia da notificação via postal, conforme AR de fls. 56.

Conclui-se desta forma, que não houve cerceamento de defesa, visto que o sócio administrador da empresa recebeu a notificação no endereço do sujeito passivo, tornando, portanto, insubsistente o pedido de nulidade da notificação arguido pela parte recorrente.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

No que se refere às questões de mérito, verifica-se que houve clara violação à obrigação tributária principal, visto que, conforme descrito no campo 4.1 do auto de infração, o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária nas saídas de tijolos furados para comercialização.

O sujeito passivo alega que fabrica tijolo furado para uso em construção civil com NCM 6904.10.00 e que seu produto não está relacionado no anexo XXI do Regulamento do ICMS.

No entanto, trata-se de uma ponderação equivocada, pois, de acordo com BIC às fls. 04/05, o sujeito passivo tem como atividade principal a fabricação de artefatos de cerâmica e barro cozido para uso na construção e é enquadrado como estabelecimento industrial. Nesta condição a legislação estadual é bastante clara ao definir que a responsabilidade pela retenção e pagamento do ICMS devido por substituição tributária em relação às operações subsequentes é do estabelecimento industrial em relação aos produtos constantes do item 26 do anexo I, da Lei nº 1.287/2001 e regulamentado no item 7.1, do anexo XXI, do Regulamento do ICMS, assim como definido no art. 13 da Lei nº 1.287/2001, vejamos:

> Art. 13. São responsáveis por substituição em relação às operações subsequentes:
>
> I – o industrial ou importador em relação:
>
> *a) aos produtos constantes do Anexo I;*

ANEXO I DA LEI 1.287/01

ITEM	*DENOMINAÇÃO*
[...]	[...]
26	*Telhas, **tijolos** e lajotas **fabricados em cerâmica**.(grifo nosso)*

ANEXO XXI DO REGULAMENTO DO ICMS

[...]

7. Materiais de Construção – art. 54 e art. 56 do RICMS e Protocolos ICMS 32/92, 39/93 e 72/10, (Estados Signatários: AC, AP, CE, ES,

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

> GO, MT, MS, MG, PR, RJ, RS, RR, SC, SE, TO e DF) e Protocolo ICMS 11/85, (Estados Signatários: ES, MG, PR, RJ, BA, SP, MS, SC, RS, PB, RO, SE, AL, CE, AC, PA, AP, MA, MT, PE, PI, RN, RR, TO, GO e DF): (Redação dada pelo Decreto nº 4.143, de 13.08.10)
>
> 7.1. Telhas, **tijolos** e lajotas **fabricados em cerâmica** (Redação dada pelo Decreto nº 4.222, de 29.12.10) – alíquota interna 17% - alíquota interestadual de 7% ou 12% - margem de valor agregado = 40%. (grifo nosso)

Equivoca-se também o sujeito passivo, ao afirmar que seu produto está classificado na NCM 6904.10.00 e que seu produto não está relacionado no anexo XXI do Regulamento do ICMS.

Ocorre que quando a legislação incluiu tijolo no regime de substituição tributária, não restringiu a apenas um tipo de tijolo, por isso não definiu com classificação da NCM, portanto todos os tipos e tamanhos de tijolos assim como relacionados acima são sujeitos ao regime de substituição tributária.

Outro fato alegado pelo sujeito passivo é que não efetuou a retenção do ICMS-ST a seus clientes e que como não fez, os seus clientes posteriormente em suas saídas recolheram o ICMS, não causando prejuízos.

Equivoca-se mais uma vez o sujeito passivo, pois a obrigação de efetuar a retenção é do próprio sujeito passivo, assim como definido em lei. Ademais, das notas fiscais de vendas emitidas pelo sujeito passivo verifica-se que não houve sequer o destaque do ICMS, ou seja, realizou as operações, inclusive sem débito do imposto, prova disso são as notas fiscais anexadas por amostragem (fls. 07/16) e em mídia CD (fls. 18).

Por outro lado, a legislação tributária assegura que o destinatário das mercadorias fornecidas pelo sujeito passivo faça a escrituração de suas operações, conforme art. 65 do Regulamento do ICMS, ou seja, as entradas sem crédito do imposto e as saídas sem débito do imposto. Desta forma em nenhum momento houve o recolhimento do ICMS para o Estado.

Desta forma, entendo que o autor do lançamento agiu corretamente ao exigir o ICMS devido por substituição do sujeito passivo, em decorrência das saídas

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

de tijolos sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária e está devidamente comprovado por meio das notas fiscais (fls.07/16) que o sujeito passivo não efetuou a retenção do ICMS devido por substituição, conforme recomenda a legislação tributária e a não retenção do imposto, bem como, o seu não recolhimento implica em descumprimento da obrigação prevista no inciso IX, do art. 44, da Lei nº 1.287/2001:

> Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:
>
> IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

No tocante à penalidade, entendo ser aplicável a multa de 100% prevista no art. 48, III, alínea "d" da Lei 1287/2001, pelos motivos expostos na decisão *à quo*.

Desta forma, em recurso voluntário, voto para rejeitar a preliminar de nulidade da notificação, nos termos do art. 22, I, III, § 2.º, I, III da Lei 1288/2001 e documentos acostados aos autos. No mérito, em conformidade com o inciso IX, do art. 44, da Lei nº 1.287/2001, confirmo a decisão de primeira instância que julgou PROCEDENTE o auto de infração 2016/003252, e condenou o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R$ 3.101,38 (três mil, cento e um reais e trinta e oito centavos), referente ao campo 4.11, com a penalidade do campo 4.15 do auto de infração alterada para a prevista na alínea "d", do inciso III, do art. 48, da Lei nº 1.287/2001, mais acréscimos legais.

É como voto.

DECISÃO

Certifico que na conformidade da ata da sessão ordinária hoje realizada, o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da notificação e intimação, em face da não obediência da inteligência do disposto do art. 22, inciso III, da Lei nº 1.288/2001, arguida pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

valor de: campo 4.11 R$ 3.101,38 (três mil, cento e um reais e trinta e oito centavos) mais os acréscimos legais. O Representante Fazendário Rui José Diel, fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcélio Rodrigues Lima, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya e Valcy Barbosa Ribeiro. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e nove dias do mês de outubro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos 04 dias do mês de fevereiro de 2020.

Luiz Carlos da silva Leal
Vice-Presidente

Marcélio Rodrigues Lima
Conselheiro relator

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br