

A. I. N° - 297856.0103/15-2  
AUTUADO - ACP MERCANTIL INDUSTRIAL LTDA.  
AUTUANTES - JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS e GERALDO CAMPOS BAHIENSE  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 27/10/2015

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0200-04/15**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. (PROTOCOLO ICMS 109/09).

**a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **c)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS RETIDO. As mercadorias objeto da autuação (artigos de papelaria) estão enquadradas no regime de substituição tributária, na forma do Protocolo ICMS 109/09. O Estado da Bahia na condição de signatário do referido protocolo, atribui ao remetente estabelecido no Estado de São Paulo - também signatário do mesmo protocolo - a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto nas operações interestaduais com destino ao território baiano, conforme previsto na legislação do ICMS deste Estado. Infrações subsistentes. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

sugerem que o auto de Infração seja julgado O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/03/15, exige ICMS no valor de R\$150.978,60, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. ICMS: R\$23.222,97. Multa de 60%. *Conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 - Quadro Resumo - Demonstrativo do Débito - Protocolo 109/09, conforme Protocolo ICMS 109/09 e suas alterações, Ano 2013 (pág. 09) e demonstração analítica no relatório Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menor, relativo ao exercício 2013 (págs. 11 a 12).*
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. ICMS: R\$15.395,31. Multa de 60%. *Conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 - Quadro Resumo - Demonstrativo do Débito - Protocolo 109/09, conforme Protocolo ICMS 109/09 e suas alterações, Ano 2013 (pág. 09) e demonstração analítica no relatório Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido, relativo ao exercício 2013 (págs. 13 a 14).*
3. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. ICMS: R\$112.360,32. Multa de 150%. *Conforme demonstrado resumidamente na Tabela 1 - Quadro Resumo - Demonstrativo do Débito - Protocolo 109/09, conforme Protocolo ICMS 109/09 e suas alterações, Ano 2013 (pág. 09) e considerando como base*

*de processamento as NFe de saída 2013, cujas chaves estão listadas no arquivo ChavesNFe ACP 2013, gravado na mídia digital juntada ao PAF (pag. 16).*

O autuado apresenta defesa (fls. 25 a 42), na qual afirma que o lançamento não merece prosperar. Preliminarmente, suscita a nulidade o Auto de Infração sob o argumento de que não há uma fiel descrição do fato infringido, ou mesmo quem foi o destinatário substituído. Diz que não há como se falar em infração ou imposição de multa, pois sequer foi identificada detalhadamente a infração na hipótese de substituição tributária. Argumenta que não foram relacionadas as notas que teriam dado suporte ao Auto de Infração. Ressalta que as cópias das notas fiscais anexadas aos autos não estão numeradas, bem como diz que não se pode localizar precisamente o embasamento legal do Auto de Infração. Alega que foram afrontados os princípios da ampla defesa e da segurança jurídica. Diz que a mera especificação genérica de ‘vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia’ não possui o condão de impor uma penalidade, uma vez que deveria conter a apresentação de documentos, livros, notas fiscais, guias de recolhimento, etc. Discorre sobre os elementos constitutivos do ato administrativo, bem como tece considerações acerca de requisitos do Ato de Infração.

Sustenta que na lavratura do Auto de Infração não foram observadas formalidades previstas e, portanto, não pode prosperar, sob pena de alterar o entendimento segundo o qual os lançamentos de ofício devem ser praticados de acordo com as formas prescritas na lei. Diz que, dentre as exigências formais mais comuns, estão a lavratura dos termos delimitadores da ação fiscal, a fundamentação legal do lançamento, da penalidade e do tributo, a correta descrição da infração, indicando as operações e os contribuintes envolvidos na substituição tributária. Frisa que esses requisitos estão ausentes no Auto de Infração em análise. Afirma que as omissões cometidas levam à nulidade a autuação, pois trazem prejuízo ao exercício do direito de defesa.

Assevera que a decretação da nulidade do Auto de Infração é necessária, pois nele não há elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração que lhe foi imputada. Após transcrever o disposto nos artigos 244 e 250 do Código de Processo Civil, diz que estando a descrição dos fatos com informações insuficientes para caracterizar a infração, impõe-se a decretação da nulidade. Frisa que a descrição da infração deverá conter: a repercussão do tributo caracterizada pela falta de recolhimento do imposto; a origem da repercussão mencionada, descrevendo o levantamento efetuado; qual a infração constatada; o período em que a infração foi verificada; o valor da base de cálculo e do tributo exigido.

Diz que se trata apenas de um descumprimento de obrigação acessória, já que não se vislumbra se houve o recolhimento a menor, a ausência de retenção e falta de recolhimento do tributo.

No item III da defesa, ao tratar do mérito da lide, o defendant afirma que a multa é confiscatória. Destaca que o débito objeto da autuação tem o valor de R\$ 150.978,60, porém a multa atinge o patamar de R\$191.711,38, embora ainda haja a correção no valor de R\$23.510,08. Discorre sobre o caráter das multas e, em seguida, diz que não se justifica a exigência de multas moratórias em percentuais abusivos que extrapolam os limites razoáveis com feição de confisco patrimonial e potencial de inviabilizar as atividades dos contribuintes.

Faz alusão a artigos da Constituição Federal, tece considerações sobre o princípio da legalidade e, mais adiante, afirma que deve ser decretada a nulidade do lançamento, por ter sido praticado sem o arcabouço da legalidade em vista do erro de direito cometido. Transcreve doutrina e jurisprudência administrativa.

Disserta sobre o princípio da motivação e conclui que do erro de direito incorrido na autuação resulta a nulidade do lançamento por falta de motivação. Cita doutrina e jurisprudência.

Ao concluir a sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja anulado.

Os autuantes prestam a informação fiscal (fls. 63 a 68) e, após efetuarem uma síntese dos fatos, afirmam que as preliminares de nulidade não merecem acolhimento, pois o Auto de Infração

contém todos os elementos necessários e suficientes para caracterizar as infrações, bem como possui todos os requisitos citados pelo defendant.

Dizem que os procedimentos de cálculos e critérios adotados no levantamento fiscal são os prescritos nas normas pertinentes. Frisam que os demonstrativos analíticos completos, mês a mês, em meio digital, e o resumo dos valores exigidos foram entregues ao autuado e acostados ao processo. Mencionam que esses demonstrativos permitem acompanhar os procedimentos de cálculo e evidenciam a propriedade do lançamento de ofício.

Pontuam que, dentre outras peças, foram acostados ao processo e entregues ao autuado os seguintes documentos: resumo dos valores da autuação para cada mês do exercício fiscalizado (fl. 9); legenda dos campos que compõem os demonstrativos (fl. 10); a primeira e a última folha do Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Retido a Menor (fls. 11 e 12); a primeira e a última folha do Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido (fls. 13 e 14); em meio digital, os demonstrativos analíticos, integrais (fl. 16).

Mencionam que os demonstrativos analíticos trazem informações de cada nota fiscal (número, data, nome e CNPJ do destinatário) e especifica para cada um dos seus itens, dentre outros dados: o produto, o código NCM, o CFOP, as alíquotas, a quantidade, o valor da operação e do desconto, a MVA, as bases de cálculo da ST e o ICMS-ST calculado.

Afirmam que tais demonstrativos expõem, de forma cristalina e exaustiva, as informações necessárias e suficientes para o acompanhamento e a compreensão dos cálculos efetuados e dos seus resultados. Destacam que o modelo utilizado é o padrão da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, gerado por sistemas automatizados.

Aduzem que o enquadramento legal e a tipificação da multa são informações automatizadas pelo Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI), seguindo as infrações descritas.

Explicam que as multas constantes no Auto de Infração são geradas automaticamente pelo SEAI, em conformidade com a legislação vigente.

Ao finalizar, os autuantes solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração. Apesar de ter longamente discorrido nessas preliminares, a nulidade, em apertada síntese, foi arguida sob a alegação de cerceamento de defesa decorrente de falhas na descrição das infrações e de inobservância de formalidades previstas para a lavratura de Auto de Infração.

Ao contrário do afirmado pelo defendant, cada uma das infrações imputadas ao autuado foi descrita de forma clara e precisa. As descrições utilizadas pelos autuantes são as rotineiramente empregadas pela fiscalização quando apuram infrações tais como as que se encontram em análise, sendo que os contribuintes têm entendido tais descrições sem dificuldades. Ademais, não se pode olvidar que corroborando essas descrições, constam no Auto de Infração o enquadramento legal dos ilícitos fiscais e a tipificação das multas indicadas pelos autuantes.

Os demonstrativos elaborados pelos autuantes, dos quais o autuado recebeu cópia quando foi notificado do lançamento, são auto-explicativos e contêm todos os elementos necessários para se conhecer a metodologia empregada na apuração do imposto lançado e todos os dados que foram utilizados nessa apuração, tais como: número das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado, código e descrição dos produtos vendidos, código NCM de cada produto comercializado, valor do produto, quantidade, alíquotas, base de cálculo do ICMS próprio, margem de valor adicionado, base de cálculo da substituição tributária, ICMS devido por substituição tributária, etc. Esses demonstrativos deixam claro que houve descumprimento de obrigação principal, colocando por terra a tese defensiva de que teria havido mero descumprimento de obrigação acessória.

Não se sustenta o argumento defensivo de que o lançamento careceria de motivação, pois, conforme já relatado, a motivação do lançamento foi a falta de retenção e a retenção a menos do ICMS devido por substituição tributária, bem como a falta de recolhimento de ICMS retido. Os fatos foram descritos com clareza e com as respectivas capitulações legais. Dessa forma, o ato administrativo se encontra devidamente motivado, com a indicação dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração e os preceitos jurídicos em que se fundamentou, não se sustentando a tese defensiva de que o ato administrativo teria sido praticado sem o arcabouço da legalidade em vista de erro de direito.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendant, pois não houve o alegado cerceamento de defesa e o lançamento contém motivação e motivo.

O autuado afirma que as multas indicadas na autuação possuem o caráter de confisco, o que é vedado pelo Constituição Federal.

As multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no art. 42, II, “e”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Adentrando ao mérito da lide, inicialmente, saliento que os produtos elencados na autuação – artigos de papelaria - estão enquadrados no regime de substituição tributária, conforme o Protocolo ICMS 109/09, do qual os Estados da Bahia e de São Paulo são signatários. Dessa forma, ao efetuar remessas de artigos de papelaria para contribuintes localizados no Estado da Bahia, o autuado, por força do disposto no Protocolo ICMS 109/09, estava obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) em favor deste Estado.

O autuado não nega a sua obrigação de efetuar a retenção do ICMS-ST, especialmente quando se observa que ele está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia na condição de contribuinte substituto. Além de não apontar erros na apuração do imposto lançado, o defendant não contrapõe números aos constantes nos demonstrativos acostados ao processo, os quais deixam evidente que nas remessas de artigos de papelaria para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em relação a diversas operações o autuado efetuou a menos a retenção do ICMS-ST (infração 1), deixou de proceder a retenção (infração 2), bem como não recolheu ICMS-ST retido (infração 3).

Considerando que os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir essas acusações, foi correto o procedimento dos autuantes ao efetuar o lançamento de ofício do imposto que deixou de ser retido e recolhido, acrescido das multas previstas na legislação.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297856.0103/15-2, lavrado contra **ACP MERCANTIL INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$150.978,60**, acrescido das multas de 60% sobre R\$38.618,28 e de 150% sobre R\$112.360,32, previstas no art. 42, II, “e”, e IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR