

A. I. N° - 207349.0002/18-4
AUTUADO - 3M DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/06/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114-03/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pela autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2018, refere-se à exigência de R\$83.193,85 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 08.10.02: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, maio, agosto, outubro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$179,29. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 3.1, sendo essa retenção prevista no Conv. 110/07.

Infração 02 – 08.18.02: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, no mês de setembro de 2014. Valor do débito: R\$282,08. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 3.1, sendo essa retenção prevista no Convênio 74/94.

Infração 03 – 08.18.03: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; fevereiro, abril a julho de 2015. Valor do débito: R\$11.874,32. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2.1, sendo essa retenção prevista no Convênio 74/94.

Infração 04 – 08.31.03: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a junho e setembro de 2014. Valor do débito: R\$1.896,81. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2.1, sendo essa retenção prevista no Protocolo 41/08.

Infração 05 – 08.36.03: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$2.032,73. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2.1, sendo essa retenção prevista no Protocolo 106/09.

Infração 06 – 08.38.01: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; e novembro de 2015. Valor do débito: R\$53.847,66. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2.1, sendo essa retenção prevista no Protocolo 109/09.

Infração 07 – 08.49.01: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e maio de 2014; março a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$11.594,77. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 2.1, sendo essa retenção prevista no Protocolo 104/09.

Infração 08 – 08.49.02: 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 contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos meses de maio de 2014; fevereiro, março e abril de 2015. Valor do débito: R\$1.486,19. Multa de 60%. Vendas de produtos constantes nas Notas Fiscais do Anexo 3.1, sendo essa retenção prevista no Protocolo 104/09.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 55 a 63 do PAF. Reproduz os itens da autuação fiscal, o respectivo enquadramento legal e a multa aplicada.

Primeiramente, alega que os valores constantes das fls. 01 a 06 do auto de infração não são coincidentes com os valores apontados nos Anexos 2.1 e 3.1, o que já ensejaria a nulidade total do Auto de Infração.

Contudo, analisando os referidos Anexos, entendeu que parte do Auto de Infração encontra-se correto, pelo que efetuou o pagamento. Com relação às infrações 01, 02 e 08, concernente à retenção a menos, o impugnante concorda com a sua integralidade nos exatos valores constantes do Anexo 3.1.

No tocante às infrações 03, 04, 05, 06 e 07, concernente à ausência de retenção e o consequente recolhimento, esclarece que concorda com a atuação quanto às Notas Fiscais relacionadas no Anexo 2.1 e efetuou o recolhimento. Entende que a diferença existente entre o valor constante do Auto e do Anexo, deve ser cancelada, face a total nulidade, eis que não consta do Anexo 2.1.

Informa que as diferenças são as seguintes: Infração 03 – R\$ 2.055,23; Infração 04 – R\$ 347,23; Infração 05 – R\$ 239,80; Infração 06 – R\$ 53.678,24; Infração 07 – não há diferença.

Apresenta o entendimento de que essas diferenças, certamente, se deram tendo em vista o equívoco da fiscalização. Diz que foi intimado para prestar esclarecimentos acerca de algumas notas fiscais, e após os devidos esclarecimentos, a fiscalização acatou os argumentos da empresa, contudo, manteve tais valores no auto de infração, mas os excluiu do Anexo 2.1.

Diz que a maior diferença se refere à Infração 06. Informa que ao ser questionado pela fiscalização apresentou os regimes especiais dos adquirentes das mercadorias, regimes estes que afastam a substituição tributária, argumento este aceito pela fiscalização, conforme comprova o documento que acostou aos autos.

Reproduz o art. 142 do CTN e diz ser inegável que tanto o lançamento tributário, bem como o ato de aplicação de penalidade por infração à legislação tributária, consubstancia-se em verdadeiros atos administrativos e, como tais, devem observar os princípios que regem o exercício dessa atividade.

Como todo ato administrativo, o ato de lançamento tributário deve observância aos princípios constitucionais que regem a ação dos que se encontram a serviço do Estado, os chamados agentes públicos, e dentre esses se encontra o princípio da motivação, através do qual se obriga a que todo ato administrativo se encontre definitivamente motivado ou fundamentado pelo seu executor. Comenta sobre o princípio da motivação, na voz de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Alega que no ato administrativo em questão, pode-se notar que o agente público, ao descrever os motivos de fato que ensejaram a emissão do ato de lançamento tributário e de aplicação da penalidade, fez referência a valores não relacionados às notas fiscais constantes do Anexo que instruem o presente ato de lançamento.

Dessa forma, entende que parte dos valores exigidos não foi justificado pela fiscalização, o que lhe acarreta pena de nulidade, por total ausência de motivação. E mais, impede a ampla defesa do administrado.

Em sendo assim, as diferenças acima mencionadas nas razões de defesa devem ser canceladas eis que não comprovadas pela fiscalização.

Quanto à infração 06, lembra que de acordo com o relato da infração trata-se de ausência de retenção nos termos do Protocolo 109/09.

Reproduz a Cláusula segunda do aludido Protocolo, e alega que, mesmo superada a nulidade do auto de infração, conforme acima exposto, verifica-se que a diferença de valores se refere às remessas de mercadorias para a empresa Atacadão de Papel Ltda, a qual possui junto a essa Secretaria Fazendária o Regime Especial, conforme documento que acostou aos autos.

Diz que a própria fiscalização informou ao impugnante a aceitação do referido argumento, por isso, diante do aludido regime, a substituição tributária não se aplica.

Pede a improcedência do presente auto de infração, concernente às diferenças acima apontadas, pelo que, requer o provimento da defesa e a extinção do crédito tributário.

As autuantes prestam informação fiscal às fls. 113 a 121 dos autos. Esclarecem que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência da devida retenção do ICMS-ST nas notas fiscais, bem como, dos respectivos pagamentos incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Informam que a empresa autuada é contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Substituto Tributário, ficando subordinado ao cumprimento das normas dispostas nos diversos institutos que versem sobre a Substituição Tributária Interestadual.

Dizem que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação. Durante a lavratura do presente Auto de Infração, houve realmente um equívoco na transcrição dos valores dos Anexos 2.1 e 3.1 (que são os valores corretos) para os Anexos 1, 2 e 3. Dessa forma, concordam com a alegação do impugnante na integralidade, conforme a seguir descrito:

- a) quanto às infrações 1, 2, 7 e 8, foram constituídas corretamente e reconhecidas pelo impugnante;
- b) quanto à infração 3, o valor cobrado no AI é de R\$ 11.874,32 e o correto é R\$ 9.819,09, conforme demonstrado no “Anexo 1-Informação Fiscal”;
- c) quanto à infração 4, o valor cobrado no AI é de R\$ 1.896,81 e o correto é R\$ 1.549,58, conforme demonstrado no “Anexo 2-Informação Fiscal”;
- d) quanto à infração 5, o valor cobrado no AI é de R\$ 2.032,73 e o correto é R\$ 1.792,93, conforme demonstrado no “Anexo 3-Informação Fiscal”;
- e) quanto à infração 6, o valor cobrado no AI é de R\$ 53.847,66 e o correto é R\$ 169,42, conforme demonstrado no “Anexo 4-Informação Fiscal”;

Para concluir, elabora um Relatório Resumo com os valores totais a serem reduzidos por infração, chamado “Anexo 5–INFORMAÇÃO FISCAL”, demonstrando essa diferença e reduzindo o valor do Auto de Infração.

Ratificam a autuação realizada na forma regulamentar, contudo acatam todas as alegações apresentadas pelo autuado, anexando os novos demonstrativos do Auto de Infração (Anexos 01 a 05 da Informação Fiscal), que passa de R\$ 83.193,85 para R\$ 26.873,35. Pedem a procedência parcial do presente Auto de Infração.

O defendente apresentou manifestação às fls. 125/126 informando que tomou conhecimento da retificação do ato de lançamento tributário, requerendo a juntada aos autos das guias de recolhimento dos créditos constituídos, requerendo a extinção dos mesmos e arquivamento do processo.

VOTO

Inicialmente, o defendente alegou que os valores constantes das fls. 01 a 06 do auto de infração, não são coincidentes com os valores apontados nos Anexos 2.1 e 3.1, o que já ensejaria a nulidade total do Auto de Infração. Ou seja, o defendente apresentou o entendimento de que a existência de erro na elaboração do demonstrativo de débito, indica que as autuantes cometeram graves equívocos e vícios que maculam de nulidade insanável o lançamento.

Sobre esta alegação, conforme estabelece o § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo, quanto à mencionada correção. No caso em exame, os erros apontados pelo autuado foram analisados pelas autuantes, que acataram as alegações defensivas e refizeram os demonstrativos de débito; o defendente foi intimado e se manifestou quanto aos novos valores apurados na revisão efetuada pelas autuantes, ficando sanada a irregularidade alegada nas razões de defesa.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de retenção a menos 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 (Infrações 01 a 08).

O defendente informou que em relação às infrações 01, 02 e 08, concernente à retenção a menos, concorda com a sua integralidade nos exatos valores constantes do Anexo 3.1. Dessa forma, considero procedentes os itens não questionados pelo Contribuinte, tendo em vista que não há lide a ser decidida.

No tocante às infrações 03, 04, 05, 06 e 07, concernente à ausência de retenção e o consequente recolhimento, o impugnante concorda com a autuação, quanto às Notas Fiscais relacionadas no Anexo 2.1 e efetuou o recolhimento.

Na informação fiscal, as autuantes disseram que realmente houve um equívoco na transcrição dos valores dos Anexos 2.1 e 3.1 (que são os valores corretos) para os Anexos 1, 2 e 3. Dessa forma, concordaram com a alegação do impugnante na integralidade,

Elaboraram um Relatório Resumo com os valores totais a serem reduzidos por infração, chamado “Anexo 5–INFORMAÇÃO FISCAL”. Anexaram novos demonstrativos do Auto de Infração (Anexos 01 a 05 da Informação Fiscal), que passa de R\$ 83.193,85, para R\$ 26.873,35.

Vale salientar, que o defendente apresentou manifestação às fls. 125/126, informando que tomou conhecimento da retificação do ato de lançamento tributário, requerendo a juntada aos autos das guias de recolhimento dos créditos constituídos, requerendo a extinção dos mesmos e arquivamento do processo.

Observe que as informações prestadas pela autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados em documentos, as autuantes apresentaram os novos valores apurados na revisão fiscal que realizaram.

Quanto à infração 03, observe que no demonstrativo elaborado pelas autuantes (Anexo 1 – fl. 117), foi apurado o débito remanescente no valor total de R\$9.494,13, porque faltou incluir o débito relativo ao mês de 01/2014, no valor de R\$324,96, conforme apurado à fl. 20, mas foi indicado no Resumo das alterações a serem feitas no AI (Anexo 5 – fl. 121 do PAF), o valor total correto de R\$9.819,09. Neste caso, deve prevalecer o valor de R\$9.819,09, incluindo-se no débito apurado à fl. 117 do presente PAF, o valor de R\$324,96 correspondente ao mês 01/2014.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelas autuantes, considerando que é devido o imposto na forma apurada na revisão efetuada, quando foi prestada a informação fiscal. O lançamento fiscal é parcialmente subsistente, no valor total de R\$26.873,35, conforme demonstrativo à fl. 121 dos autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207349.0002/18-4, lavrado contra **3M DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.873,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA