

A. I. N° - 232535.0009/14-2
AUTUADO - BARREIRO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA DA SILVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET-29.10.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-04/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO. b) PAGAMENTO A MENOS. Não acolhidas as arguições de nulidade. Ausência de vícios e inexistência de cerceamento ao direito de defesa. Impossibilidade de se atribuir ao transportador, neste caso, a responsabilidade solidária pela falta de pagamento e/ou pagamento a menos do imposto. Autuado, exceto em relação as aquisições de brindes, não apresentou argumentos ou documentos que elidam as acusações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2014, de exigência de crédito tributário no total de R\$56.219,12 em face das seguintes acusações:

Infração 01 - 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, no total de R\$44.763,77, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 07.21.02 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, no total de R\$11.455,35, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

Cientificado da autuação em 18/12/2014 o autuado ingressou com impugnação ao lançamento em 18/02/2015, docs. fls. 689 a 792, onde, **de início**, apresenta os seguintes "**pedidos**":

1. Nulidade do Auto de Infração pelo vício que provocou danos ao Contribuinte.
2. Que se assim não for definido que seja considerado os pagamentos feitos através de processo administrativo fiscal iniciados nos postos fiscais das rodovias, produtos sinistrados e dos DAES gerados e emitidos pela contabilidade também não considerados.
3. Que seja desconsiderado o valor requerido sobre a nota fiscal de emissão de brinde.
4. Que sendo o primeiro pedido não aceito, seja deferido mais prazo, com a finalidade de anexar ao processo Termos da Transportadora, relatório do GETRA, já solicitado e anexado a este processo o seu protocolo, e segunda via do comprovante dos pagamentos dos tributos feitos que não foram dentro do prazo de fiscalização achados, haja vista que a informação contida no auto na última página informando que o prazo seria de apenas 30 dias quando o prazo alterado por lei vigente é de 60 dias.

5. Que seja qualificado solidariamente e juntada ao processo administrativo as transportadoras responsáveis pelas liberações das mercadorias que são apreendidas.
6. Que seja mantido o direito das reduções prevista na lei, caso sejam indeferidos, mesmo que parcialmente os pedidos.

Em seguida passa a suscitar a nulidade do Auto de Infração, com base no Art. 18. II do RPAF/BA, ao argumento de que houve preterição ao direito de defesa, bem como eventuais incorreções e omissões. Cita que de acordo com o Auto de Infração lhe foi concedido o prazo de 30 (trinta) dias para defesa, tempo insuficiente para lastrear sua defesa, diferentemente do que estabelece a Lei nº 13.199/2014. Com isso considera que houve vício considerável no procedimento fiscal.

Após tecer outras considerações acerca do prazo para defesa, diz que é contribuinte descredenciado, e nas competências abrangidas pela autuação todas as compras efetuadas fora do Estado eram formalizadas através de TFD's, sendo que todas as mercadorias foram entregues e, conseqüentemente, todos os pagamentos foram realizados. Explica que como o Estado orienta a proceder em relação ao Termo de Acordo de Fiel Depositário (TFD), onde está definido que o Transportador só efetua a entrega das mercadorias após a comprovação do pagamento do valor da antecipação tributária devida, transcrevendo, em seguida, respostas de perguntas que foram formuladas à SEFAZ a este respeito, para concluir que, em relação ao contribuinte descredenciado, na hipótese de inexistência de TFD não existem débitos a serem lançados.

Cita que pelo princípio da legalidade, e também pelos critérios de segurança em que devem estar pautadas as relações jurídicas, os lançamentos tributários não podem estar lastreados em suposições ou informações controversas, que suscitem dúvidas ou em questões que representam descontrolo de processos administrativos, havendo necessidade da prova da existência do fato gerador.

Menciona a responsabilidade que é atribuída ao transportador que efetua a entrega das mercadorias sem a autorização da SEFAZ, e indaga por que não foi atribuído a transportadora a responder solidariamente pela suposta entrega sem autorização, fato este que requereu no item 5 do seu pedido.

Adiante solicita que seja pedido *"aos setores correspondentes e responsáveis pela inscrição dos débitos da SEFAZ/BA baixe todos os DAEs a este requerimento anexado e que solicite a identificação e a apresentação das TFD's dos períodos referentes as notas fiscais constantes do Auto de Infração para identificação dos comprovantes restantes e, conseqüentemente, a baixa total dos débitos e extinção do A.I acima já qualificada"*.

Em seguida pugna no sentido de que não sendo deferido o seu primeiro pedido, que sejam excluídas as notas fiscais objeto de pagamentos cujos Termos não foram considerados, DAEs pagos não considerados e por fim a nota fiscal nº 36.641, indicada na última linha da planilha, referente a remessa de brinde.

Pede a exclusão das notas fiscais nº 51.837 e 57.782, em face de sinistro, e que encontra-se em anexo declaração da empresa informando este fato.

Quanto às notas fiscais nº 114403, 177799, 188753, 188754, 188760, 188766, 2311, 2312 e 2314 também devem ser excluídas em face da sua quitação, de acordo com os Termos e DAEs anexados e devidamente identificados.

Referindo-se as questões de mérito cita que *"encontra-se impedida de exercer o seu direito de defesa, em decorrência do não reconhecimento do débito restante constante no Auto de Infração"* e diz ser relevante *"considerar que a fiscalização incluiu a nota fiscal e não detalhou o TFD correspondente a cada Nota Fiscal do Fato Gerador, não dando clareza no procedimento, e o processo que designou as infrações representa a não observância de toda legislação e situação cadastral do contribuinte do período fiscalizado"*.

Em conclusão menciona que a Notificação é Nula, porque a SEFAZ/BA, não especificou as TFD's que fazem referência as Notas Fiscais objeto da autuação, causando-lhe cerceamento ao direito de defesa, e, para que não ocorra *bis in idem* "*sejam aceitas as notas fiscais, os DAES pagos e TF pagas*".

Por sua vez o autuante prestou a informação fiscal de fls. 794 a 800, destacando que a alegação do autuado de nulidade da autuação é totalmente descabida e sem amparo jurídico, visto que, à luz dos documentos acostados aos autos, verifica-se que foi obedecida a legislação tributária baiana, inclusive, todos os requisitos previstos no RPAF/BA, estando o procedimento revestido da mais absoluta legalidade, foi obedecido o devido processo legal e que inexistem nos autos quaisquer vícios, omissões e incorreções que o levem à nulidade.

Observa que não houve qualquer óbice ao exercício do direito de ampla defesa e contraditório, conforme suscitou o autuado, citando que o fato de constar no Auto de Infração o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, ao invés de 60 (sessenta) dias, novo prazo previsto na Lei 13.199/2014, não inviabilizou ao autuado o pleno exercício do direito de defesa, a qual foi exercida plenamente, inclusive exercendo o seu direito de impugnação no prazo de 60 dias, considerando que a intimação ocorreu no dia 18/12/2014, conforme se vê às fls. 03.

Salienta que as Infrações 01-07.21.01 e 02-07.21.02 elencadas no Auto, encontram-se perfeitamente descritas, caracterizadas, identificadas e demonstradas nos lançamentos constituídos em estrita observância aos preceitos legais, sendo que a autuação está respaldada em demonstrativos de apuração de ICMS, fls. 11 a 23, os quais foram entregues ao autuado, onde estão relacionadas as notas fiscais em que o mesmo recolheu e deixou de recolher o ICMS por antecipação ou substituição tributária.

Registra que as notas fiscais acostadas às fls. 24 a 682, demonstram de forma inquestionável as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia efetuadas pelo autuado.

Quanto à alegação de que o imposto exigido na autuação fiscal é indevido, pois sendo contribuinte descredenciado, foram emitidos TFD (Termos de Fiel Depositário) e pagos através de DAES, não pode prosperar, já que desprovida de respaldo jurídico, sendo que o autuado limitou-se a apresentar genérica e singela alegação, para eximir-se do pagamento do ICMS exigido sem trazer as provas capazes de comprovar efetivamente tais pagamentos acrescentando que a simples existência de TFD e pagamentos de ICMS não impede a apuração de ICMS por antecipação ou substituição tributária, posteriormente, em ação fiscal legal, como a decorrente do Auto de Infração lavrado. Neste ponto, destaca que a apuração dos valores de ICMS substituição tributária, lançados na Infração 02, que trata de recolhimentos a menor, levou em consideração os recolhimentos anteriormente efetuados pelo autuado, consoante demonstrativos de fls. 18 a 23.

No tocante à responsabilidade solidária tributária das empresas transportadoras, em face da existência de supostos TFD, suscitada pelo autuado, aduz que este foi o contribuinte fiscalizado, na forma da lei, resultando na presente autuação fiscal, não podendo, assim, deixar de ser o responsável pelo pagamento do ICMS e demais cominações legais. Frisa, ainda, que a solidariedade tributária passiva não comporta o benefício de ordem, podendo o fisco escolher um dos sujeitos passivos como o responsável pelo cumprimento da obrigação pelos pagamentos dos tributos e demais acréscimos legais.

Quanto às notas fiscais 51837 e 57782, ao alegar a ocorrência de sinistralidade, não lhe assiste razão, uma vez que não apresentou nos autos quaisquer provas capazes de comprovar tal argumento.

Em relação às notas fiscais 239326, 114403, 177799, 188753, 188754, 188760 e 188766, diz que o autuado não juntou aos autos quaisquer comprovantes de que os respectivos impostos por antecipação ou substituição tributária tenham sido efetivamente pagos.

Ressalta que as cópias de DAE acostadas pelo autuado às fls. 705/706, não contém autenticação

mecânica e/ou não estão acompanhadas de comprovantes de seus respectivos recolhimentos, não se constituindo, pois, em documentos comprobatórios de pagamentos dos valores do ICMS neles inseridos.

Já em relação às notas fiscais 2311 (fls.709 a 712), 305414 (fls.714), 2312 (fls.716 a 718) e 2314 (fls. 720 a 722), o autuado alega que devem ser baixadas, devido quitações em documentos, termos e DAes por ele anexados. Ressalta, entretanto, que os documentos acostados à defesa, inclusive, os relatórios de fls. 708, 713, 715 e 719, não especificam e discriminam tais notas, e nem demonstram vinculação e/ou relação com as mesmas, não ficando, assim, efetivamente comprovados os respectivos pagamentos do ICMS por antecipação ou substituição tributária.

Pontua que as NFs 2311 (fls.709 a 712), 305414 (fls.714), 2312 (fls.716 a 718) e 2314 (fls. 720 a 722) contém anotações manuscritas a tinta, no sentido de tentar vinculá-las aos relatórios de fls. 708, 713, 715 e 719, mas sem qualquer valor probante efetivo de pagamentos de ICMS.

Quanto aos documentos isolados de fls.723 a 789, anexados à defesa, afirma que nenhum deles também especifica e discrimina quaisquer das notas fiscais elencadas nos demonstrativos de ICMS de fls.11 a 23, e nem tampouco comprovam qualquer vinculação e/ou relação com as referidas notas, não se constituindo, portanto, em comprovantes de pagamento do ICMS exigido no Auto de Infração.

No tocante à nota fiscal 36641, à fl. 707, emissão em 29/11/2013 e valor total de R\$201,00, não se opõe ao argumento do autuado, devendo ser excluída da autuação fiscal, vez que tem como natureza da operação código de CFOP 6910, que trata de remessa de mercadoria a título de brinde. Com isso, excluiu essa nota fiscal do mês de outubro/2013, em seu demonstrativo de ICMS às fls. 17, que passa a ter o valor histórico de ICMS de R\$270,24, que corresponde apenas o ICMS apurado da nota fiscal 357933 de 08/10/2013.

Em consequência, a “Infração 01-07.21.01”, em sua Data de Ocorrência 31/10/2013 e Data de Vencimento 25/11/2013, o valor histórico do ICMS fica alterado de R\$309,77 para R\$270,24, modificando, assim, o valor total da referida Infração para R\$44.724,24, informando que, desta maneira, o valor total do débito (valor histórico) do Auto de Infração, constante às fls. 03, fica alterado de R\$ 56.219,12 para R\$56.179,59 que é o somatório da Infração 01 (R\$44.724,24) e Infração 02 (R\$11.455,35).

Conclui pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide cuida de duas infrações: a primeira refere-se a falta de pagamento do imposto a título de antecipação tributária nas aquisições interestaduais de calçados, enquanto que a segunda refere-se a antecipação tributária efetuada a menos nas mesmas situações.

O autuado inicia sua defesa arguindo nulidade do Auto de Infração por vício que lhe teria provocado danos, citando que lhe foi conferido apenas o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar defesa, em afronta ao prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido pela Lei nº 13.199/2014.

Efetivamente consta impresso à fl. 03 do Auto de Infração, no campo destinado à intimação, que o prazo para defesa é de 30 dias, entretanto, vejo que o autuado foi intimado no dia 18/12/2014 e apresentou defesa no dia 18/02/2015. Portanto, apesar de constar impresso no corpo do Auto de Infração, lavrado em 15/12/2014, que o prazo seria de trinta dias, o autuado exerceu plenamente seu direito de defesa utilizando o prazo de sessenta dias, cuja impugnação foi normalmente recebida e está sendo considerada para fim deste julgamento. Atendido, portanto, a determinação emanada da Lei nº 13.199/2014 bem como do Art. 123 do RPAF/BA, não há que se falar em vício que tenha causado dano ao autuado, não havendo, ainda, cerceamento ao direito de defesa.

Vejo, também, que o presente Auto de Infração atende à todas as regras estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual não se sustenta o argumento defensivo de que houve erro na

identificação do sujeito passivo, posto que os demonstrativos de fls. 11 a 23, cujas cópias foram entregues ao autuado, sob recibo, indicam todas as notas fiscais abarcadas pela autuação, cujas cópias estão apensadas aos autos.

Quanto ao argumento de que pelo fato de se encontrar na condição de contribuinte descredenciado e da existência de Termo de Acordo de Fiel Depositário (TFD), não significa que deva ser transferida ao transportador a responsabilidade do pagamento do imposto por antecipação tributária. A emissão desse Termo pelos postos fiscais tem a finalidade de apenas permitir que o transportador prossiga a sua viagem sem a necessidade de aguardar que o contribuinte descredenciado efetue o pagamento do imposto por antecipação tributária. Aliás, o autuado não comprova a existência dos tais Termos de Acordo e muito menos os pagamentos correspondentes as notas fiscais que deram causa a autuação.

Observo que a exigência fiscal decorreu de uma regular ação fiscal, abrangendo os exercícios de 2011, 2012 e 2013, portanto, fatos já ocorridos fora do âmbito do transporte das mercadorias, situação esta em que não se pode cogitar em atribuir responsabilidade solidária ao transportador. Aliás, a exigência contida na infração 2 refere-se a pagamento efetuado a menos pelo autuado, impossível, portanto, de se atribuir responsabilidade a terceiros por este fato. Já em relação a infração 1 o pagamento não ocorreu ou não foram comprovados.

Também não vejo obrigatoriedade do Fisco detalhar em seu levantamento o TFD correspondente a cada nota fiscal objeto da autuação, até porque, não se sabe, com segurança, que existiram TFD para as notas fiscais objeto da autuação. O dever do Fisco foi plenamente cumprido, na medida em que resta demonstrado nos autos, mensalmente e de forma individualizada, todas as notas fiscais envolvidas na autuação.

Desta maneira, não acolho as arguições de nulidade suscitadas pela defesa.

Quanto ao argumento de que sejam aceitos os pagamentos feitos através de processos administrativos fiscais iniciados nos postos fiscais das rodovias, produtos sinistrados e DAE que não foram considerados pelo autuante, tenho a observar:

a) Em relação aos ditos processos administrativos iniciados em postos fiscais, o autuado apresenta diversos extratos de "Relatório de PAF", todos referentes ao exercício de 2012, porém não menciona ou indica sua relação ou vinculação com as notas fiscais que deram causa à autuação. Ora, se de fato o pagamento ocorreu, em relação as notas fiscais autuadas, caberia ao autuado juntar aos referidos relatórios os DAE dos respectivos pagamentos e sua vinculação com as notas indicadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante, o que infelizmente não ocorreu, situação esta que impossibilita uma realização de diligência para averiguação dos fatos ante a ausência de elementos que deveriam ser trazidos pelo autuada que dessem margem à essa providência saneadora;

b) no que toca a alegação da existência de produtos sinistrados, por igual, não existem provas nos autos a este respeito. Portanto, trata-se de um argumento que não surte qualquer efeito;

c) quantos aos DAE ditos não considerados, verifico que apenas dois DAEs foram juntados aos autos, um no valor de R\$2.973,79 (fl. 705) e o outro no valor de R\$3.643,73 (fl. 706), porém, ambos sem autenticação bancária, situação esta que impossibilita seu acolhimento.

Quanto ao pedido de exclusão da exigência fiscal relacionada à nota fiscal 36641, fl. 707, emissão em 29/11/2013 e valor total de R\$201,00, assiste razão ao autuado, visto que realmente se trata de operação a título de remessa de brindes, não sendo, neste caso, devido o imposto por substituição tributária. Desta maneira, deve ser excluído o valor de R\$39,53 constante da data de ocorrência de 31/10/2013, cujo débito remanescente corresponde ao valor de R\$270,24.

Em consequência, o valor total da Infração 1 fica reduzida para a quantia de R\$44.724,24, ficando mantida sem alteração o valor da infração 2 - R\$11.455,35, totalizando o débito no valor de R\$56.179,59.

Finalmente, quanto ao pedido para que seja assegurado o direito as reduções previstas em lei, observo que estas estão asseguradas no forma prevista pelo Art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Ante ao exposto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232535.0009/14-2** lavrado contra **BARREIRO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.179,59**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR