

A. I. Nº - 206887.0014/18-8
AUTUADA - ARGO BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.09.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-05/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS NAS PRESTAÇÕES DE TRANSPORTE. Autuada exclui, na primeira impugnação, aqueles casos em que não se posiciona como responsável tributário. Levantamentos feitos sem resistência do autuante, quedando incontroverso o debate. Infração parcialmente procedente. **2. MULTA PELA ENTRADA DE DOCUMENTOS FISCAIS SEM REGISTRO NA ESCRITA. INTIMAÇÃO PRÉVIA NÃO FORMALIZADA.** Compete ao fisco, antes de aplicar a sanção de 1% do valor das entradas, intimar previamente o contribuinte para saneamento das inconsistências. Ausência da formalidade acarreta a nulificação do lançamento. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/5/2018, tem detalhadamente as seguintes exigências:

Infração 01 – 07.09.03:

Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade e sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

O valor histórico de imposto monta R\$33.502,25, com enquadramento legal no art. 8º, §6º, da Lei 7014/96 c/c o art. 332, III, “g”, item 2, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei atrás mencionada.

Abrange os fatos geradores ocorridos de abril a dezembro de 2016.

Infração 02 – 16.01.02:

Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal.

O valor histórico da multa de 1% monta R\$29.332,26, com enquadramento legal nos arts. 217 e 247, ambos do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e, quanto à penalidade, no art. 42, XI, da Lei 7.014/96.

Abrange os fatos geradores ocorridos em dezembro de 2016 e de 2017.

Anexou-se na autuação quadro demonstrativo do ICMS sobre o frete, devido pelas operações interestaduais (fls. 04/07), planilha das notas fiscais emitidas sem registro (fls. 08/12), declaração de “sem movimento” prestada por profissional da contabilidade (fl. 13), registros de saída (fls. 14/17), excertos de instrução normativa onde se consigna a pauta fiscal de fretes (fls. 18/19), dados cadastrais da empresa (fls. 22/24) e mídia digital contendo demonstrativos (fl. 25), dentre outros documentos.

Veio a impugnação em 03/8/2018 (fls. 30/34), conforme sistema de protocolo (fl. 29).

Nela aduz-se que, quanto à infração 01, inexistia a substituição tributária quando as prestações de transporte são efetuadas por empresas ME e EPP optantes do “Simples”, por empresas inscritas na

Bahia e quando o serviço é contratado pelo adquirente, de forma que “não cabe a cobrança total dos valores levantados pelo Auditor Fiscal” (sic; fl. 33).

Quanto à infração 02, argumentou que deu entrada na maioria das notas fiscais apontadas na autuação, conforme mostram os “Sped’s” de 2016 e 2017.

Solicita, ao final, que sejam analisados os documentos fiscais e “Sped’s” apensados com a defesa, de sorte a revisar o lançamento para apresentar os valores efetivamente devidos para pagamento reconhecidos pelo impugnante.

Como lastro à contestação, traz o contribuinte, entre outros, documentos de representação legal (fls. 36/50), levantamento por ele efetuado no qual constam as quantias de ICMS sobre o frete que pretende excluir do montante autuado, remanescendo diferenças totalizadas mês a mês (fls. 55/56), DANFES, CTs e Consultas dos Optantes do “Simples” (fls. 62/200), planilha relacionada à infração 02 (fl. 201), registros fiscais de entradas e de saídas (fls. 202/234), outros DANFES (fls. 235/252) e CD contendo a defesa (fl. 253).

Informações fiscais advieram (fl. 255). Nelas, em face da infração 01, contraditou-se que mesmo as empresas apontadas na impugnação precisariam ter inscrição na Bahia para que não fosse feita a retenção; ademais, não se reclama o valor do frete e sim a antecipação tributária sobre o valor deste serviço. Em face da infração 02, alerta que as notas fiscais, não obstante lançadas nos “Sped’s”, não encontraram registro nos livros fiscais próprios.

Há nova manifestação da empresa (fls. 259/264), agora no sentido de nulificar as duas irregularidades, seja porque inexiste o destaque do valor do frete nas notas fiscais, sendo de seu desconhecimento os valores contratados, seja porque o enquadramento legal da infração 01 está incorreto, seja porque, para a infração 02, deveria o autuante intimá-la para regularizar a EFD antes de aplicar a sanção pecuniária.

Diligência (fl. 267) faz retornar o processo à Unidade de origem para que o i. auditor fiscal ofereça novo informativo fiscal, em virtude da petição de fls. 269 a 264, em atenção ao contraditório, acenando razões reiterativas (fl. 271).

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, por conseguinte, a apresentar o meu voto.

VOTO

Cumpre analisar, inicialmente, os aspectos formais e preliminares do processo.

Em sua segunda peça impugnatória, o sujeito passivo argui nulidades para ambas as infrações, calcadas em fundamentos distintos.

No que tange à infração 01, alega-se enquadramento legal incorreto por parte da fiscalização, na medida em que o art. 332 do RICMS-BA referenciado no auto de infração, alude a entradas de mercadorias no território baiano, operação que não guarda conexão lógica com a acusação fiscal.

Igual raciocínio pode ser visto no comando do art. 8º, §6º da Lei 7.014/96, porquanto trata da responsabilidade do destinatário da mercadoria, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, desconhecer o valor do frete cobrado pela prestação do serviço.

Isto porque, o enquadramento normativo equivocadamente da irregularidade não enseja a nulidade do lançamento, bastando para tanto, que pela descrição dos fatos se consiga identificar do que se trata a cobrança perpetrada.

Eis o comando do art. 19 do RPAF-BA, *verbis*:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Com efeito, extrai-se da descrição fática contida na peça vestibular que a exigência parte da falta de retenção, pelo autuado, do imposto atinente às prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

Tal descritivo, inelutavelmente, encontra subsunção legal, designadamente no art. 8º, IV da Lei baiana do ICMS:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

V - o contratante de serviço ou terceiro que participe da prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal”.

Por conseguinte, improcede o pedido de nulificação neste particular.

Todavia, o mesmo não pode ser dito para o relativo à infração 02.

É que esta, cobra pena pecuniária pelo não registro na escrita de documentos fiscais acobertadores de operações não tributáveis.

Estamos a tratar de punição de natureza tributária, em virtude do contribuinte omitir-se no cumprimento de obrigação acessória que não trouxe prejuízo para o Estado da Bahia, na medida em que as mercadorias não estavam submetidas à tributação do ICMS.

Ao se enveredar pelas vias sancionatórias, é preciso seguir regimento o que manda a legislação em vigor, não tendo cabimento a adoção de alternativas não previstas na lei, pondo em risco o *iter* traçado para efetuar-se a tipificação da conduta tida como ilícita, antes de aplicar a pena.

No caso em tela, o inciso XI, do art. 42 da Lei do ICMS na Bahia, foi **revogado** pela Lei 13.816/2017, publicada em 22.12.2017, mas que, por deixar de tratar aquela conduta como típica, há também de comportar retroatividade, por ser mais benigna, conforme manda o art. 106, II, “c” do CTN.

Em conclusão, não há como se sustentar a procedência da penalidade aplicada.

Assim, à exceção da infração 02, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória possui poderes conferidos pela autuada com o fito de atuar neste PAF, a ver das fls. 36 e 37.

Não se vê mitigações ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Passemos à análise do mérito, nomeadamente quanto à infração 01.

Nela a cobrança traduz a falta de retenção do imposto por substituição tributária, atinente a prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetivadas por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita na Bahia.

A questão principal está em saber se o autuado era mesmo o responsável por substituição pela retenção do imposto relacionado ao transporte das mercadorias.

Trata-se de empresa atacadista, que comercializa produtos hortifrutigranjeiros, em que os compradores vão até o seu estabelecimento retirar os gêneros alimentícios.

Restou incontroverso no PAF que as operações eram realizadas a preço FOB, até porque se as vendas fossem a preço CIF, o valor do frete já estaria incluso no preço das mercadorias.

Nos documentos fiscais emitidos pela autuada, não há evidências de que as operações fossem feitas pela modalidade CIF.

Por outro lado, na segunda peça impugnatória o sujeito passivo alega à fl. 261, que “compulsando as notas fiscais juntadas à presente defesa, em nenhuma delas consta a inclusão do frete e do seguro, logo, ou não há possibilidade de cobrança do tributo, por não ter sido destacado o valor do frete e do seguro, ou, no caso em tela, a fundamentação está errada, o que por consequência deve ser anulada” (sic.).

Superado o óbice da nulidade, conforme apreciado retro, resta saber se o fato da ausência do destaque do frete na nota fiscal de venda seria elemento suficiente para afastar a responsabilidade do autuado como substituto processual.

Não parece ser esta omissão, ponto decisivo para a improcedência da infração.

Isto porque se observa, pelas notas fiscais e respectivos conhecimentos de transporte (CT) trazidos pelo próprio contribuinte, que a despeito de não haver indicação do valor do frete no documento de venda, está muito claro no CT **o autuado figurar como o tomador do serviço**, particularidade que só não o qualifica como responsável por substituição porque o transportador prestador é integrante do “Simples Nacional”.

Assim se verifica nas Notas Fiscais abaixo e Conhecimentos de Transporte correspondentes:

NF	CT	FL. PAF	PRESTADOR
009	40	61/63	Marcia e Elismaiara Transp Ltda.
010	42	64/66	Idem
011	44	75/77	Idem
040	56/63	89/92	Chirlene Sales Neto
087	171	134/137	Idem

Desta sorte, na primeira peça impugnatória, o autuado **reconheceu** claramente que deveria se excluir do levantamento as prestadoras de serviço inscritas no “Simples Nacional”, e aquelas prestações a cargo do destinatário, de tal modo que:

“Exclua as cobranças indevidas relacionadas nos itens das infrações 01 e 02 constantes no Auto de Infração que neste momento demonstra a sua improcedência (Provas em anexo) revisando o auto de infração para apresentar os valores efetivamente devidos para pagamento reconhecidos pelo IMPUGNANTE” (maiúsculas originais, demais destaques da transcrição).

E apresentou na oportunidade uma planilha em que indica, mês a mês, quais são as prestações efetuadas por integrante do “Simples Nacional”, denominada de “SN” na coluna “SIMP” e quais são as prestações nas quais o frete ficou como encargo do destinatário, utilizando na coluna “FRETE POR” a expressão “destinatário”.

Assim, na revisão efetuada pela própria defendente, constante da planilha de fls. 55 e 56, remanesceram os valores efetivamente devidos, somados mensalmente, totalizando um importe reconhecido de R\$17.520,99.

Importante assinalar, que estas quantias foram novamente levadas ao conhecimento do autuante, que, pela segunda vez, não ofereceu qualquer contraditório, pelo que, por ser a parcela incontroversa da presente discussão, merece subsistir.

Infração 02 parcialmente procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206887.0014/18-8**, lavrado contra a **ARGO BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$17.520,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, com recomendação de que seja avaliada a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, se for o caso.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR