

A. I. N° - 210613.3006/16-2
AUTUADO - DLD COMÉRCIO VAREJISTA LTDA.
AUTUANTE - HILTON MARINHO SILVA CAVALCANTI
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/04/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060-03/24-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. Os documentos comprobatórios das alegações defensivas foram analisados pelo autuante, que apurou inexistir débito no período fiscalizado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2016, refere-se à exigência de R\$ 123.536,71 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2014; janeiro, fevereiro, abril, maio e agosto de 2015.

O Autuado apresentou impugnação às fls. 28 a 39 do PAF. Alega que não merecem prosperar os argumentos trazidos pela Fiscalização, pois não condizem com a realidade dos fatos, razão pela qual, apesar de não ter sido devidamente intimado, vem apresentar a Defesa.

Diz que a Autoridade Competente, estranhamente, intimou o atual Diretor da empresa, Sr. Otávio Caliman Dadalto, bem como as suas sócias para efetuar o pagamento ou apresentar defesa.

Afirma que não há razão para intimação do atual Diretor, nem muito menos de suas sócias, tendo em vista que a DLD COMÉRCIO VAREJISTA é a legítima autuada, contribuinte do tributo objeto da autuação e possui personalidade jurídica própria para figurar no polo passivo da ação.

Também afirma que o atual Diretor e suas sócias, a princípio, não possuem responsabilidade tributária, seja porque o suposto débito não subsiste, conforme demonstrará nos tópicos seguintes, seja porque não preenche as hipóteses para redirecionamento da dívida nos termos do art. 135 do CTN, que transcreveu.

Entende que o redirecionamento só poderia se aplicar em caso de dissolução irregular da sociedade ou se comprovada a infração à lei, sendo que ambos devem ser provados e não meramente presumidos. O simples recolhimento a menos de tributos não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há que se falar em responsabilidade tributária do diretor e sócios a esse título ou a título de infração legal.

Nesse sentido, menciona o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e afirma que mera inadimplência não implica redirecionar a cobrança para os diretores e sócios.

Acrescenta que, no caso em tela, nem há que se falar em inadimplência ou falta de recolhimento do imposto, visto que não subsistem tais alegações, conforme demonstrará a seguir.

Reproduz a descrição da infração e os dispositivos considerados infringidos e informa que a sede da empresa fica em Vitória no Espírito Santo, logo, na maioria das vezes as mercadorias eram adquiridas dos seus fornecedores e alocadas no Centro de Distribuição que, por sua vez,

distribuía os produtos por meio de Notas de Transferências para as demais filiais, inclusive para aquelas estabelecidas na Bahia.

Diz que se observa no Demonstrativo Analítico juntado aos autos, que a maioria das notas fiscais identificadas no demonstrativo, foram emitidas pela própria DLD COMÉRCIO VAREJISTA LTDA., e por certo que todas as mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária, nos termos do Anexo 1 da Lei 7.014/96, foram devidamente tributadas e recolhidas.

Ressalta que a filial, ao emitir as Notas Fiscais de Transferência de mercadorias para a filial da Bahia, objeto de fiscalização, para todos os produtos cujo NCM estejam constando no Anexo 1 da Lei 7.014/96, com vigência em 2014 e 2015, era aplicada MVA correspondente, e geradas as GNREs, tendo como “UF Favorecida” o Estado da Bahia.

Informa que as GNREs eram recolhidas quando da saída das mercadorias do Estado do Espírito Santo com posterior entrada das mesmas no Estado da Bahia. Em anexo, todas as guias bem como os comprovantes de pagamento mês a mês para todo o período objeto da autuação (Doc. 02).

Alega que a Fiscalização se equivocou totalmente na lavratura do presente Auto de Infração e afirma que cumpriu com todas as exigências do Estado da Bahia. Pela vasta documentação anexa, todas as mercadorias sujeitas a incidência do ICMS Antecipação, tiveram o imposto recolhido.

Também alega que algumas mercadorias constantes do Demonstrativo juntado aos autos pela Fiscalização, não estão sujeitas à incidência do ICMS Antecipação, por não constarem no Anexo 1 da Lei 7.014/96, conforme quadro que elaborou à fl. 35.

Diante das considerações apresentadas, entende restar completamente comprovado que a Fiscalização não observou o Regulamento do Estado da Bahia para a lavratura do presente Auto de Infração, nem se certificou quanto ao recolhimento feito pelo Contribuinte. Simplesmente levantou todas as Notas e lavrou o referido Auto de Infração, fazendo com que o Autuado identificasse documento por documento para juntar aos autos desnecessariamente.

Requer a extinção do Auto de Infração na sua integralidade, nos termos do art. 156, I do CTN, que transcreveu.

Ressalta, ainda, que no mês 08/2015 transferiu várias mercadorias enquadradas como Antecipação Tributária, saindo do Estado da Bahia com destino ao Estado do Espírito Santo. Com isso, patente a observância de que o fato gerador presumido não se concretizou, fazendo jus o direito à restituição da quantia paga, conforme dispõe o art. 150 da CF/88.

Diante de todo o exposto, pede a desconstituição do presente Auto de Infração por total insubsistência material.

Em relação à multa aplicada, alega que, se ultrapassada a alegação de improcedência da autuação, a multa não deve prosperar. Diz que a multa aplicada não deve ter caráter confiscatório e o princípio do não confisco decorre do disposto no inciso IV do art. 150 da CF/88.

Assim, seja pelo não confisco, seja por observância à propriedade privada, jamais o estado da Bahia, enquanto ente político competente à imposição do ICMS, poderá afrontar e transgredir tal valor consagrado pela Constituição Federal.

Sobre a vedação do confisco, menciona ensinamento de José Cretella Junior e a jurisprudência. Cita a razoabilidade e a proporcionalidade, destacando que, ao se estabelecer um valor exorbitante pela suposta falta de recolhimento do imposto desvirtua-se, por completo, o instituto educativo e coercitivo da multa. Diz que restou amplamente evidenciada a ausência de razoabilidade e proporcionalidade por parte do legislador ordinário.

Dessa forma, por todos os argumentos acima esposados, entende como amplamente indevida a presente autuação, devendo, de pronto, ser desconstituído o presente Auto de Infração.

Pede que seja declarado o efeito suspensivo decorrente da apresentação da Defesa. Que seja excluído do polo passivo o atual Diretor da empresa, bem como as suas sócias, tendo em vista que o legítimo autuado possui personalidade jurídica própria.

Que seja o Auto de Infração desconstituído na sua integralidade em razão da sua completa insubsistência. O ICMS antecipação encontra-se devidamente recolhido, devendo ser extinta a obrigação tributária.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 564 dos autos. Diz que o Defendente alegou que a autuação se deu contra os sócios da empresa. Em verdade, o Auto de Infração foi lavrado contra o contribuinte DLD COMÉRCIO VAREJISTA, e apenas a intimação se deu na pessoa dos sócios, considerando que após a autuação, o Autuado fechou os seus estabelecimentos no Estado da Bahia, impossibilitando a intimação presencial.

Quanto ao mérito, diz que o Autuado alega que as Notas Fiscais de transferências tinham o ICMS recolhido por meio de GNREs e anexa tais documentos à Impugnação, comprovando a alegação defensiva.

Informa que à época da fiscalização as GNREs não foram apresentadas e após análise da documentação, restou comprovado que os créditos aqui reclamados foram quitados. Sendo assim, é forçoso opinar pela improcedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, o Defendente afirmou que a Autoridade Competente, estranhamente, intimou o atual Diretor da empresa, Sr. Otávio Caliman Dadalto, bem como as suas sócias para efetuar o pagamento ou apresentar defesa.

Alegou que não havia razão para intimação do atual Diretor, nem muito menos de suas sócias, tendo em vista que a DLD COMÉRCIO VAREJISTA é a legítima autuada, contribuinte do tributo objeto da autuação e possui personalidade jurídica própria para figurar no polo passivo da ação.

Disse que o atual Diretor e suas sócias, a princípio, não possuem responsabilidade tributária, seja porque o suposto débito não subsiste, conforme os tópicos seguintes, porque não preenche as hipóteses para redirecionamento da dívida nos termos do art. 135 do CTN.

Observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento.

De acordo com o art.108, combinado com o art. 109 do RPAF/BA, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, poderá ser feita pessoalmente, e neste caso, configura a ciência a data da aposição consignada pelo sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente.

Considera-se preposto, a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado (art. 3º, III do RPAF-BA)

Por outro lado, o art. 39 do RPAF/BA estabelece os dados que deverão constar no Auto de Infração, dentre eles, o dia, a hora e o local da autuação (inciso II); assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência ou declaração de sua recusa (inciso X).

Vale destacar que a intimação ao sujeito passivo acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal será feita, quando pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do sujeito passivo, do representante legal ou do preposto no próprio instrumento que se deseja comunicar (art. 108 do RPAF/BA), e a ciência do contribuinte ou responsável tributário vale como recibo, visando documentar que tomou conhecimento do fato ou do procedimento fiscal, não implicando concordância ou confissão quanto ao teor do fato comunicado (art. 110 do RPAF/BA),

Entendo que deve ser superada a alegação defensiva, considerando a comprovação de que houve intimação regular sobre a lavratura do Auto de Infração, que está embasado no demonstrativo elaborado pelo autuante e não se constatou prejuízo ao Defendente. A descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não houve violação ao devido processo legal e a ampla defesa, tendo em vista que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante o levantamento fiscal, o Autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa.

Não se constatou ausência dos requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do mencionado Regulamento, para se decretar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar apresentada na Impugnação.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2014; janeiro, fevereiro, abril, maio e agosto de 2015.

O Defendente alegou que no Demonstrativo Analítico elaborado pelo Autuante, a maioria das notas fiscais identificadas foram emitidas pela própria DLD COMÉRCIO VAREJISTA LTDA. e todas as mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária, nos termos do Anexo 1 da Lei 7.014/96, foram devidamente tributadas e recolhidas.

Afirmou as Notas Fiscais de transferência de mercadorias emitidas para a filial da Bahia, objeto de fiscalização, para todos os produtos cujo NCM estejam constando no Anexo 1 da Lei 7.014/96, com vigência em 2014 e 2015, foram aplicadas MVAs correspondentes, e geradas as GNREs, tendo como “UF Favorecida” o Estado da Bahia.

Disse que as GNREs foram recolhidas quando da saída das mercadorias do Estado do Espírito Santo com posterior entrada das mesmas no Estado da Bahia. Juntou ao presente PAF todas as guias bem como os comprovantes de pagamento mês a mês para todo o período objeto da autuação (Doc. 02).

Na Informação Fiscal, o Autuante reproduziu a alegação defensiva de que as Notas Fiscais de transferências tinham o ICMS recolhido por meio de GNREs e que foram juntados tais documentos à Impugnação, comprovando a alegação defensiva.

Informou que à época da fiscalização as GNREs não foram apresentadas, e após análise da documentação restou comprovado que os créditos aqui reclamados foram quitados. Sendo assim, disse que é forçoso opinar pela improcedência do presente Auto de Infração.

Sempre que o autuado aponta fatos divergentes daqueles mencionados pela Fiscalização, devem ser apurados esses fatos, e o preposto fiscal analisa os documentos apresentados pelo contribuinte e elabora demonstrativos apontando o débito remanescente (se existente), após excluir o que for comprovado. Neste caso, se o novo levantamento realizado reflete os dados constantes nos documentos apresentados pelo contribuinte, as conclusões do levantamento realizado são de responsabilidade do preposto fiscal. Ou seja, a convicção dos julgadores é decorrente das provas produzidas nos autos, seja por meio de documentos ou de levantamento fiscal.

No presente PAF, as informações prestadas pelo autuante convergem com as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, independentemente de juntar novos documentos ou demonstrativos, se as informações prestadas pelo Autuante refletem os dados constantes nos documentos apresentados pelo contribuinte, as conclusões constantes na Informação Fiscal estão corretas. Ou seja, a convicção dos julgadores é decorrente

das provas produzidas nos autos, seja por meio de documentos ou de apuração efetuada pelo preposto fiscal.

Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que não subsiste a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210613.3006/16-2**, lavrado contra **DLD COMÉRCIO VAREJISTA LTDA**.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2024

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA