

PROCESSO - A. I. Nº 213080.0080/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSETE FERREIRA DA SILVA (O BOMBONZÃO) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0163-01/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 20.11.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0332-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. Lançamento de ofício lavrado de forma defeituosa, com vício insanável que o inquina de nulidade. Existe, nos autos, clara e fundada divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e a sua descrição. Consta no Termo de Apreensão, *"mercadorias armazenadas no referido estabelecimento"*; na folha inicial do Auto de Infração: *"mercadoria destinada a estabelecimento do contribuinte com inscrição suspensa, cancelada ..."*. Enquadramento legal no art. 8º, Lei 7.014/96, indica a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, na saída de mercadoria destinada a outro contribuinte não inscrito, e, no campo descrição dos fatos, consta *"falta de recolhimento de antecipação parcial, por contribuinte descredenciado"*, implicando cerceamento do direito de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal - 1ª JJF, que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado para exigir ICMS no valor de R\$66.269,20, acrescido da multa de 60%, em razão de constatação de *"mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada"*. No campo descrição dos fatos, a autuante fez constar a seguinte observação: *"Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial por contribuinte INAPTO/DESCREDENCIADO"* e ainda que *"este Termo de Apreensão digitalizado substitui o de nº 22, lavrado manualmente em 20.08.2013"*.

A 1ª JJF decidiu a lide com fundamento no voto abaixo reproduzido:

"O presente Auto de Infração modelo 4 foi lavrado pela fiscalização de mercadoria em trânsito para constituir crédito tributário, em face da ocorrência fiscal, assim consignada: "mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada"; exigência de ICMS, no valor de R\$66.269,20 e multa de 60%. Infração enquadrada no art. 8º, inciso I, Lei 7.014/96.

Consta na descrição dos fatos "falta de recolhimento de antecipação parcial por contribuinte INAPTO / DESCREDENCIADO".

Na defesa apresentada, o autuado alegou que está fora de atividade, que não realiza operações com mercadorias desde 2009, mas que não deixou de proceder à antecipação parcial do ICMS, quando em funcionamento. Diz que o presente Auto de Infração é incongruente, ao descrever a "falta de antecipação parcial" e enquadrar o contribuinte como "sujeito passivo por substituição tributária".

Salienta que desconhece a aquisição das mercadorias mencionadas, levando o caso à Delegacia de Crimes

Econômicos e contra a Administração Pública - DECECAP para que seja devidamente apurado o caso. Contesta ter havido apreensão das mercadorias, no local indicado no Termo. Alega a ilegitimidade passiva, arguindo que no local funciona, há vários anos, uma loja de roupas "Lojão Tudo é". Argui que motivou a autuação, segundo a acusação fiscal, encontrar-se, o autuado, no momento da autuação, na condição: "(...) INAPTO/DESCREDENCIADO.". Deduz que, nesse caso, o ICMS poderia ser exigido pela antecipação integral em função do valor da operação de entradas e nunca de saídas, como assinalou o fiscal. Pede a nulidade dos autos, nos termos do art. 18, IV, "a", RPAF/BA.

A preposta do Fisco informa que a ação fiscal é cristalina, que a legislação tributária é expressa em determinar a antecipação parcial para todos os contribuintes descredenciados e que o recolhimento deverá ser efetuado, antes da entrada no território baiano conforme o regulamento.

Diante dos elementos juntados ao processo verifico que:

- 1) Termo de Apreensão foi lavrado, em 20.08.13, após a constatação da irregularidade que determinou a apreensão (fl. 10), descrevendo a existência de "mercadorias armazenadas no referido estabelecimento conforme listagem anexa" .*
- 2) a listagem discrimina as notas eletrônicas com status "autorizada", que estariam acobertando as mercadorias apreendidas e objeto do presente Auto de Infração (fls. 05/09).*
- 3) cópias dos DANFES relativo às notas fiscais eletrônicas autorizadas para o contribuinte autuado impressas no web DANFE, serviço gratuito que transforma uma Nota Fiscal Eletrônica em um DANFE, pronto para impressão (fls. 26/156).*
- 4) na memória de cálculo, a autuante consignou o valor total das mercadorias, relacionadas no anexo ao Termo de Apreensão (item 2), fez incidir a alíquota de 17% e subtraiu o somatório dos créditos fiscais (também somados no anexo do item 2), identificando o valor exigido nos autos (fl.04).*

Examinando as peças que compõem a lide, constato que o lançamento de ofício, na forma como foi constituído, não pode resistir, isto porque lavrado de forma defeituosa, com vício insanável que o inquina de nulidade, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. Existe, nos autos, clara e fundada divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e a sua descrição, promovida pela agente fiscal. Consta no Termo de Apreensão, prova material da infração (art.28, IV, Decreto 7.629/99) que: "mercadorias armazenadas no referido estabelecimento, conforme listagem anexa"; infração descrita na folha inicial do Auto de Infração: "mercadoria destinada a estabelecimento do contribuinte com inscrição suspensa, cancelada ...". No campo "descrição dos fatos", consigna a preposta fiscal: "falta de recolhimento de antecipação parcial, por contribuinte INAPTO/DESCREDENCIADO".

Apesar de o empenho no desenvolvimento da ação fiscal e da cronologia dos fatos narrados pela própria agente do Fisco, em sua Informação Fiscal, fls. 188/196, entendo que o procedimento utilizado, na tentativa de demonstrar a infração, de fato, ocorrida, nesse processo administrativo fiscal - PAF não logrou êxito e implicou cerceamento do direito de defesa do autuado.

Sobretudo, porque houve, na exigência em debate, evidente mudança do fulcro dos motivos determinantes da autuação. Uma coisa é a constatação de mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com inscrição baixada e outra situação tributária completamente diversa consta como fundamento jurídico e enquadramento legal escolhido pela autuante, indicando a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, na saída de mercadoria destinada a outro contribuinte não inscrito, conforme regra extraída da Lei 7.014/96, abaixo reproduzida.

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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

Na Informação Fiscal, a autuante é enfática na afirmação que a exigência recai sobre a falta de recolhimento da antecipação parcial (art. 12-A, Lei 7.014), fazendo referência aos artigos 125 e 352-A e ao Decreto 13.780/12 (RICMS/BA/12), que não se comunicam. Ainda mais grave é que o ICMS antecipação parcial incide na operação de aquisição de mercadoria para comercialização, exceto aquelas da substituição tributária, com fase de tributação encerrada, o que também não resta claro, no presente Auto de Infração, e a autuante incluiu na exigência mercadorias de simples remessa, brinde, devolução de venda, além de mercadorias do regime da substituição tributária. Sendo, assim, forçado a concordar com o autuado que "a confusão é total e nada se pode aproveitar do aludido Auto de Infração".

Os fatos tidos como infração à legislação do imposto devem ser descritos "de forma clara, precisa e sucinta", conforme determina o inciso III do art. 39 do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), juntando-se ainda as provas correspondentes. Isso porque, para que o contribuinte, ao ser acusado, em querendo, possa defender-

se, precisa ser informado do que foi efetivamente apurado, o direito aplicado e quais as consequências jurídicas do fato.

O sistema processual administrativo, no Estado de Direito, é regido por garantias e princípios constitucionais, incluindo a limitação do exercício de tributar, definidos os seus limites numa ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula do "due process of law". Procedimento fiscal dessa natureza constitui óbices à defesa, dificultam o contraditório, sendo incompatível com o direito processual.

Em face de tais considerações, meu posicionamento é pela nulidade do lançamento de ofício, com fundamento no art. 18, II, RPAF/BA. Não somente pela descrição dos fatos e do direito aplicável ao caso, ainda também porque a base material da acusação não é confiável (existência de operações diversas de comercialização) e, sobretudo, porque descreve infração não apontada nos demonstrativos acostados aos autos.

Por tudo acima exposto, é NULO o Auto de Infração".

Em decorrência da Decisão supra, a 1ª JJF, recorreu, de ofício, à uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Analizando, atentamente, todos os documentos que integram os autos do presente processo, concluo que a Decisão de piso está correta e deve ser mantida na íntegra.

O ilustre relator da 1ª JJF fundamenta sua Decisão de maneira bastante coerente e lúcida, apontando as falhas existentes no lançamento desde o seu nascedouro, as quais acolho, sendo desnecessário aqui repeti-las.

No entanto, entendo que outras questões devem ser pontuadas.

A partir do descompasso existente entre a descrição dos fatos no Auto de Infração [falta de recolhimento de antecipação parcial por contribuinte inapto/descredenciado] e a infração tida como cometida [mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada] vislumbra-se as seguintes falhas:

1. Citação de que *"este Termo de Apreensão digitalizado substitui o de nº 022, lavrado manualmente em 20/08/13"*, fato que não se confirma, pois inexistente nos autos termo que substitui o anterior;
2. Consta do Termo de Apreensão nº 022, fl. 10, como descrição dos fatos, *"mercadorias armazenadas no referido estabelecimento conforme listagem anexa"*, fato que não se confirma já que não consta dos autos a listagem das mercadorias ditas apreendidas. Aliás, o procedimento correto, nestas situações, seria um levantamento das existências de mercadorias em estoque/armazenadas, com assinatura do contribuinte que acompanhou o levantamento, confirmando sua veracidade;
3. À fl. 11 existe uma intimação datada de 08/08/13 através da qual foi concedido o prazo de 48 horas para que o recorrido comparecesse à IFMT Metro para *"prestar informações"* em relação a empresa individual em nome de Josete Ferreira da Silva, IE 075.709.780. Adiante, à fl. 12, uma segunda intimação datada de 21/08/13, para que, além de prestar as informações mencionadas na intimação anterior, apresentar os comprovantes de recolhimento da antecipação parcial relativos aos DANFes de 2013, conforme relação anexa.
4. A mencionada relação, fls. 05 a 09 e 21 a 25, apesar de não conter qualquer assinatura, abrange documentos fiscais que datam de janeiro/2013 a julho/2013, que totalizam, R\$683.845,29, valor este que serviu para a denominada "Memória de Cálculo", base para a autuação, sem qualquer segregação de natureza da operação e se estavam sujeitas a antecipação parcial ou total.
5. Foi utilizado para lavratura Auto de Infração - Modelo 4, específico para autuações ocorridas

no trânsito de mercadorias, o que não se aplica ao presente caso, pois os fatos descritos abrangem os períodos de janeiro a julho/2013, e desta maneira, a apuração, se devida, deveria ocorrer mensalmente e não tendo como data de ocorrência o dia da lavratura do A.I. , ou seja 26/08/13. Este fato implica em prejuízo à Fazenda estadual já que os acréscimos moratórios, se devidos, seriam calculados em valores inferiores àqueles porventura devidos.

De maneira que, à luz dos fatos acima alinhados, associados aos argumentos já consignados pelo voto constante da Decisão de piso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo-se inalterada a Decisão recorrida.

Deverá a autoridade fazendária da circunscrição fiscal do recorrido, analisar a possibilidade de, através de novo procedimento em fiscalização de estabelecimento, reclamar a existência de crédito tributário, se devido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0080/13-0** lavrado contra **JOSETE FERREIRA DA SILVA (O BOMBONZAO) - ME**, devendo a autoridade fazendária da circunscrição fiscal do recorrido, analisar a possibilidade de, através de novo procedimento em fiscalização de estabelecimento, reclamar a existência de crédito tributário, se devido.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS