

A I Nº - 213080.0080/13-0
AUTUADO - JOSETE FERREIRA DA SILVA - ME.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 15. 08. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0163-01/14

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 à defesa do autuado. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 26/08/13, exige ICMS no valor de R\$66.269,20, acrescido da multa de 60%, em razão de "mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada". Consta no campo descrição dos fatos a "falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial por contribuinte INAPTO/DESCRENCIADO" e ainda que "este Termo de Apreensão digitalizado substitui o de nº 22, lavrado manualmente em 20.08.2013.

A autuada apresenta defesa, fls. 168 a 177, através de advogada legalmente constituído, com Procuração, fls. 178 dos autos, arguindo a tempestividade das suas razões, nos termos da legislação vigente (art. 22, RPAF/BA). Descreve os fatos, a norma de enquadramento (art. 8º, I Lei 7.014/96), o fundamento da multa aplicada, depreendendo-se que a acusação é de saída de mercadorias, na condição de sujeito passivo por substituição, sem fazer a devida retenção.

Diz que, no entanto, a empresa autuada está sem atividade desde 2009 e não realiza operações com entradas ou saídas de mercadorias, desde essa data, e não tem o menor conhecimento de ter deixado de proceder à antecipação parcial, quando em funcionamento.

Afirma que o referido auto de infração descreve "*falta de antecipação parcial*", mas, contrariamente, faz o enquadramento e tipificação do contribuinte, segundo a legislação do ICMS, como "*sujeito passivo por substituição tributária*". Contesta o enquadramento e tipificação da infração, aduzindo que se tratava de microempresa, jamais operou como sujeito passivo por

substituição ou o responsável pela retenção do imposto devido na operação a ser realizada pelos adquirentes, pois se tratavam de meros consumidores finais.

Salienta que a empresária individual é pessoa simples, de poucos recursos e que desconhece a aquisição das mercadorias mencionadas, motivo que fez levar o caso à Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública - boletim DECECAP SSA-BO-14-00146 (DOC Anexo) a fim de que pudesse ser devidamente apurado.

Ressalta, em que pese ter assinado o termo de depósito do agente fazendário, em data anterior (20/08/2013), fl. 13, que o fez em razão de ausência de instrução e compreensão acerca do respectivo termo, pois o mesmo descreve que a apreensão se deu no estabelecimento, quando em verdade, em nenhum momento, a autoridade fazendária, presume-se *concessa venia*, verificou essas mercadorias fisicamente no endereço que indica.

Alega que tal presunção decorre do fato de que há vários anos, no local, funciona uma loja de roupas “*Lojão Tudo é*” de modo que se houvessem mercadorias, nesse endereço, o próprio dono do estabelecimento teria assinado o termo de depósito, sendo o mesmo autuado e não, a ora autuada. Explica que a titular foi encontrada em sua residência sendo-lhe apresentado o termo para que tomasse ciência. Observa que não assinou o referido termo no local do estabelecimento, inclusive porque, há muitos anos, já não funciona sua antiga bomboniére. Diz que a autuada desconhece tais mercadorias e que somente assinou o termo de depósito por falta de instrução e compreensão acerca do mesmo.

Sublinha a descrição da infração que apenas menciona “*Mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.*” Aduzindo que, na hipótese de o fiscal ter encontrado mercadorias *in loco*, deveria ter juntado ao termo de apreensão relatório descritivo com individualização das mercadorias localizadas, pois não é crível que as mercadorias foram encontradas com cada lote acompanhada de sua respectiva nota fiscal. Sobretudo, se for considerado que as aquisições se referem ao período de 13/01/2013 e a pretensa apreensão se deu em agosto/2013. Deduz que, nesse ínterim, provavelmente, as mercadorias já teriam sido comercializadas por quem as comprou, concluindo que o auto de infração se baseou em notas fiscais puxadas do sistema interno da SEFAZ.

Diz que é ilegítima passiva e pede a nulidade do auto de infração (art. 18, IV, “b”), uma vez que não adquiriu referidas mercadorias, tendo realizado, inclusive, a notícia do fato na Delegacia de Crime Contra a Ordem Econômica e contra a Administração Pública. Afirmar também que não opera mais a atividade empresarial desde 2009.

Aduz que a acusação é incongruente, pois tipificada sob a premissa que o autuado seja sujeito passivo por substituição, conforme indicação do art. 8º, inciso I. Diz que na condição de microempresa, jamais poderia ser enquadrada como tal, pois, segundo a legislação do ICMS, nunca estaria obrigada a realizar a retenção do imposto, nas suas operações comerciais. Quando em atividade, diz, suas vendas eram realizadas exclusivamente para consumidores finais.

Reclama ainda que motivou a autuação, segundo a acusação fiscal, encontrar-se a empresa, no momento da autuação, na condição: “(...) INAPTO/DESCREDENCIADO”. Deduz que, no caso, seja qual for o regime de tributação da empresa, a cobrança deveria se dar pela antecipação integral em função do valor da operação de entradas e nunca de saídas, posto que estas dependeriam da certeza e comprovação da atividade operacional da empresa.

Completa que a descrição dos fatos se refere à falta de antecipação parcial, portanto, reportar-se-à às operações de aquisição (entradas) de mercadorias e o enquadramento da infração menciona a falta de retenção do imposto, o que só seria pertinente na condição *sine qua non* de que os descritivos infracionais tratassem de saídas de mercadorias e nunca de entradas. Conclui que a confusão é total e nada se pode aproveitar do aludido auto de infração.

Reforça o pedido da nulidade, pois a autuante efetuou outro lançamento, com tipificação e cálculo do ICMS distintos. Pede a aplicação o art. 18, IV, "a", RPAF/BA, pois, o lançamento de crédito tributário em voga está desprovido de elementos nucleares minimamente suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o infrator, tampouco acerca do *quantum debeatur*.

Diz que descabe a antecipação parcial, estando a empresa inativa; que o lançamento tributário em questão não tem sustentação legal, não podendo prosperar a exigência, de acordo com o art. 18, inciso IV, na alínea "a" do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Conclui que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Reitera que está sem operar há vários anos, desconhece as operações, objeto da autuação fiscal, questionando a ausência de provas. Considera a impossibilidade de apresentar a prova diabólica e uma vez que jamais terá como provar o não recebimento da mercadoria, caberá ao Fisco comprovar a efetividade da acusação fiscal, de posse da prova inequívoca de que a operação comercial de aquisições de mercadorias foi realizada, de fato, pela empresa autuada.

Assevera que é comum comerciantes desonestos se apropriem de inscrições cadastrais de outros para realizarem aquisições de mercadorias e desta forma fugir da tributação. Assevera que: a) não realizou nenhuma operação de compra e venda de mercadorias; b) no endereço em que funcionava, atualmente funciona uma loja de roupas, conforme fotos anexas. Junta cópia da queixa apresentada junto à Delegacia de Crimes Econômicos e contra a Administração Pública acerca do uso não autorizado de seu cadastro para realização destas aquisições clandestinas.

Aduz a inconsistência do lançamento tributário, pois dos próprios documentos acostados aos autos pela Administração Fazendária se percebe a existência de notas fiscais que não se referem a aquisição de mercadorias, mas sim à devolução das mesmas. Aponta, por exemplo, que as notas fiscais nºs 857 (fl. 46), 11.494 (fl. 75), 991 (fl. 76), 31.700 (fl. 129) refletem exatamente essa inconsistência, pois se tratam de notas de devolução de mercadoria.

Pede a nulidade do auto de infração por ilegitimidade passiva (art. 18, IV, b, do RPAF); pela fragilidade e confusão da acusação fiscal que impossibilita a certeza quanto base de cálculo e o valor do débito e/ou da determinação com segurança da hipotética infração cometida; pela inconsistência do cálculo do quanto devido; pelo descabimento da antecipação parcial e pela improcedência da autuação com base na ausência de recebimento das mercadorias indicadas nas notas fiscais elencadas no demonstrativo fiscal apresentado.

A Agente de Tributos Estaduais presta Informação Fiscal, fls. 188/196, aduzindo que a legislação tributária é expressa em determinar a antecipação parcial para todos os contribuintes descredenciados, independente do enquadramento e do seu faturamento.

Afirma que o próprio autuado sabe que estava em situação de descredenciado por omissão de pagamento, por isso aplicada a penalidade em desobediência ao Decreto 13.780/12 (art. 332-A). Transcreve os artigos 352-A e 125. Diz que no caso, a legislação *"exige o recolhimento antecipado do contribuinte descredenciado e o pagamento deve ocorrer pelo próprio contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição"*. Conclui que o recolhimento deverá ser efetuado antes da entrada no território baiano, no caso da antecipação parcial, conforme o regulamento.

Acusa que o contribuinte não recolheu nada de antecipação e ao tomar conhecimento da ação fiscal pediu a baixa da empresa. Reiterando que a ação fiscal não recai sobre as saídas das mercadorias e sim sobre aquisições interestaduais.

Explica que a ação fiscal decorreu da denúncia que a empresa de nome de Josete Ferreira da Silva, nome de fantasia Bombozão, estava praticando concorrência desleal. Uma equipe, no local, encontrou um caminhão descarregando no estabelecimento e foi lavrado o auto de infração 213.080.0066/13-7, relativo às mercadorias que estavam sendo descarregadas. O referido auto de

infração foi pago, no mesmo dia, 24.07.2013, caindo por terra a tese de que a empresa não funcionava no local, desde 2009. Iniciado em seguida, levantamento de estoque das mercadorias que se encontravam no estabelecimento, acompanhado de funcionário da empresa, que entregou a documentação solicitada.

Afirmou que durante diligência do último 09 de junho de 2014 constatou a existência da empresa "*Lojão Tudo é 10*", que se estabeleceu somente em 8 de março de 2014, passando a funcionar no dia 06 de junho de 2014, concluindo que o estabelecimento tinha apenas 3 meses no lugar da antiga locatária Josete Ferreira da Silva, com documentos acostados aos autos.

Contesta a afirmação defensiva de que "*a autoridade fiscal não examinou fisicamente as mercadorias, no endereço que indica*", aduzindo que a diligência foi efetuada no local. Destaca ainda que houve, no levantamento quantitativo, o abatimento das mercadorias estocadas. Diz "*que o crédito foi reclamado apenas em relações aos documentos fiscais que foram coletados junto ao próprio contribuinte que atendeu a intimação*".

Diz que o autuado não apresenta nenhuma elemento de prova e que a ação fiscal não inclui as mercadorias objeto do primeiro auto de infração, nem as mercadorias listadas na contagem física do estoque do estabelecimento, optando pelo modo menos oneroso (art. 1º. "§2º, RPAF/BA). Afirma que exigiu o crédito tributário apenas em relação aos documentos relacionados e acatados os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais.

Insiste que entregou na residência da representante da autuada apenas o documento, depois de muitas tentativas no endereço do estabelecimento, através dos Correios, via AR com a informação de que "mudou-se, fls. 158 e 161. Destaca que importante é que o contribuinte tomou ciência e pode exercer seu direito de defesa.

Quanto a negativa de que não adquiriu as referidas mercadorias, tendo oferecido notícia à Delegacia de Crimes contra a Ordem Econômica e a Administração Pública, diz que não comentará por demais repetitivo. Sublinha que as alegações da defesa não têm embasamento legal e que a ação fiscal é cristalina: falta de recolhimento da antecipação parcial. Pede a procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

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 constituem 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.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 213080.0080/13-0 lavrado contra JOSETE FERREIRA DA SILVA - ME.

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", 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOÃO VICENTE DA COSTA NETO – JULGADOR