

A. I. Nº - 210662.0145/13-3
AUTUADO - C&A MODAS LTDA
AUTUANTE - LAERTES BARBOSA SILVERIO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 29.10.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-05/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL E INTEGRAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Foram imputadas duas infrações de natureza distintas, com repercussões jurídicas tributárias diferentes, ou seja, apesar de as duas infrações coincidirem quanto ao descumprimento da obrigação de antecipar (parcialmente ou integralmente) o pagamento do imposto, com base em um fato gerador por presunção; diferem, quando uma faz constar, no pólo passivo da relação jurídico-tributária, o sujeito passivo na condição de contribuinte sujeição passiva direta – em relação à antecipação parcial, que diz respeito ao imposto cuja exigência decorre apenas das saídas das mercadorias de seu estabelecimento e a outra na condição de contribuinte por substituição – sujeição passiva indireta (na condição de responsável) – em relação à antecipação integral (ou total), que diz respeito ao imposto decorrente das operações subseqüentes, que eventualmente os demais contribuintes realizarão até o consumidor final. Os fatos geradores são claros, precisos e distintos, os quais não comportam o lançamento de ofício atribuir a sujeição passiva direta e indireta de forma conjunta, isto é, a condição de contribuinte e responsável ao mesmo tempo, ou seja, em um só lançamento, como foi caso em análise. Logo é nulo o lançamento que contiver tal imprecisão. Em outro dizer, as infrações devem ser imputadas de forma distinta. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/10/2013, constitui crédito tributário no valor de R\$13.177,84, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo. Lançado ICMS no valor de R\$8.236,15, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos, que, aos 21 dias do mês de outubro de 2013, no cumprimento de suas obrigações fiscais, o Fiscal Autuante constatou, pelo veículo Mercedes Benz Arego 1725, de cor amarela, placa policial NZT-6202 de Salvador, conduzido pelo motorista Dilso Gomes, CNH nº 01001107200, o transporte de 01 (hum) Conjunto de Confecções e Calçados, acobertados pelos

DANF's nºs 328.656 a 328.661, de 19/10/13, destinados a contribuinte descredenciado no cadastro do ICMS do Estado da Bahia.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 77 a 93, com documentos anexos acostados aos autos, contestando o Auto em tela, preliminarmente argüi sua nulidade por ausência de motivação adequada e falha na instrução do Auto. Diz que, o autuante constitui créditos tributários de ICMS por suposta falta de pagamento do imposto, no regime de antecipação, incidente sobre operações referentes às mercadorias acobertadas por DANFE's

Entretanto, diz que, o pagamento do ICMS incidente sobre tais mercadorias foi feito em conjunto com pagamentos relativos as mercadorias acobertadas por outros DANFE's, com relação aos quais não houve autuação alguma. Ou seja, em idênticas operações de circulação de mercadorias sujeitas à antecipação do ICMS, umas motivaram a autuação ora questionada, e, outras não.

Aduz que a fiscalização tinha elementos para verificar a regularidade dos pagamentos feitos pelo Defendente, no entanto preferiu não fazê-lo, lavrando equivocadamente o auto de infração ora impugnado. Destaca, então, que, se o pagamento referente às mercadorias constantes de diversos DANFE's foi feito em conjunto, por que razões foram desconsiderados apenas os pagamentos referentes aos DANFE's constante do auto de infração? Diz que, mesmo eventuais divergências poderiam ser esclarecidas com simples diligência junto à Defendente, ou solicitação de esclarecimento, o que não ocorreu. Assim, assevera que é evidente a nulidade do Auto em comento.

Por outro lado diz que o lançamento tributário, enquanto atividade administrativa plenamente vinculada, nos termos do art. 3º c.c. art. 142, ambos do CTN, pressupõe a adequada e suficiente descrição da conduta infracional, pois, destaca que, a devida descrição dos motivos de fato e de direito que levaram a prática do ato (motivação) é elemento imprescindível à validade de todo e qualquer ato administrativo.

Ainda citando outras considerações, observa que, além da nulidade do auto de infração ora impugnado, por ausência de motivação/fundamentação adequada, que implica em cerceamento do direito de defesa, diz que é certo que, tal como efetuada a apuração do suposto crédito tributário de ICMS, com inúmeras inconsistências e erros, carece o referido auto de infração de elementos suficientes para se compreender, com segurança, a razão da suposta ocorrência da infração, implicando, igualmente, em nulidade, nos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Pelo exposto, diante da nítida e patente ausência de elementos obrigatórios e indispensáveis à validade do lançamento, à luz do seu entendimento, diz que é de se decretar a nulidade integral da autuação.

De qualquer maneira, ainda que não se entenda dessa forma, diz que é de se reformar o Auto de Infração em tela, para, em obediência do princípio da verdade material e ante as informações e documentos aqui fornecidos, rever-se a autuação com a consideração dos pagamentos efetuados, afastando-se o suposto débito cobrado no Auto, conforme a seguir:

Sobre a perspectiva de ter efetuado o pagamento integral do ICMS referente às mercadorias acobertadas pelos DANFE's mencionados no, diz que, com relação aos DANFE's nº 328656, 328658, 328659, 328660 e 328661, todos referentes a operações com CFOP 2152, o analítico de entradas por CFOP referente ao CFOP 2152 (doc. 02) mostra que os valores de ICMS referente a tais notas compuseram a base de cálculo de R\$693.275,79 – referente às operações com CFOP 2152 e comprovada pelo registro de apuração de ICMS (doc 03) – a partir da qual, somando-se a base de R\$6.815,08, referente ao ICMS para o CFOP 2102, chegou-se ao valor de ICMS devido de R\$80.041,37, devidamente pago (doc. 04), tudo conforme demonstrativo de cálculos anexo (doc.05). Note-se que o pagamento (doc. 04) foi efetuado sob código DAE 2175, que é justamente o código para pagamento da antecipação parcial.

Já com relação ao DANFE 328657, a página 5 do relatório de substituição tributária para o CFOP 2409 anexo (do. 06) mostra que o valor de ICMS a ele relativo compõe o valor total de ICMS ST de

R\$19.704,52 (doc. 05) relativo ao total de ICMS ST para o CFOP 2403 no mesmo período (doc. 07), totaliza os R\$25.821,00, efetivamente pagos, conforme comprovantes anexo (doc. 08), so o código DAE 1145, que diz ser justamente o código para pagamento de antecipação total – tudo isso, conforme demonstrado na planilha de cálculo (doc. 05).

Diz que, evidente, portanto, que ao contrario do que indica o Auto, não ocorreu falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributaria – seja ela total ou parcial – visto que o ICMS referente às mercadorias acobertadas pelos DANFES mencionados foi integralmente recolhido, como diz comprovar os documento anexos.

Desta forma, diz que é de se cancelar o Auto de Infração, visto que, nos termos do art. 156, I, CTN, o pagamento extingue o crédito tributário, não havendo, no caso em tela, qualquer crédito a se constituir ou cobrar.

Traz, ainda, alguns destaques, argüindo a abusividade e a desproporcionalidade da multa imposta no lançamento ora combatida, sob a perspectiva da violação principio do não confisco. Diz que, caso se entenda adequada a anulação do Auto de Infração, o que se admite apenas para argumentar, observa o defendente que a aplicação de penalidade de multa no montante de 60% do valor do imposto, que seria supostamente devido (mas não é porque foi pago), como ocorreu no presente caso, é manifestamente abusiva e desproporcional e, em função disso, deverá ser reduzida a patamares razoáveis, de modo a homenagear o principio da razoabilidade e da vedação ao confisco.

Diz que, tal ato fere frontalmente o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, inerente à garantia do devido processo legal, em seu sentido material (*substantive due processo of law*), positivados na lei nº 9.784/98 e na Constituição Federal. No caso em tela, diz que, para um tributo de R\$8.236,15, cobra-se uma multa de R\$4.941,69, o que é evidentemente desproporcional.

Neste sentido traz a tona destaque de ensinamentos de Celso Antonio de Bandeira de Mello, decisão do Supremo Tribunal Federal - ADI 2667/MC, Rel. Min. Celso de Mello, tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 12-03-2004 – e outros. Destaca, também, ensinamentos A.R. Sampaio Dória e outras decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por todo o exposto, requer preliminarmente (1) o reconhecimento da nulidade do lançamento; caso assim não se entenda, requer (2) a imediata declaração de improcedência integral do auto, pela incorrências das supostas infrações e quitação dos tributos indicados como inadimplidos. Pede, ainda, caso não se entenda viável o pedido anteriormente citado requer (3) a redução da multa ao patamar de 20% do valor do tributo. Requer, caso necessário, (4) a juntada posterior de outros documentos aptos a demonstrar a veracidade de suas alegações, com fundamento nos princípios da verdade material, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como protesta pela realização de prova pericial, se for o caso, de modo a demonstrar a inexistência das inconsistências alegadas. Requer, por fim (5) que todas as intimações e publicações relativas ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome do patrono da impugnante, Eduardo Pugliese Pincelli (OAB/SP 172.548), com endereço na Rua Cincinato Braga, 340, 9º andar, São Paulo/SP, CEP:01333-000, sob pena de nulidade; e a realização de sustentação oral de suas razões de impugnação.

O fiscal autuante, em sua informação fiscal as fl. 118 a 120, reclama pela manutenção integral do Auto de Infração supracitado, alegando que o contribuinte o presente auto de infração foi lavrado em decorrência da aquisição por parte da autuada de mercadorias para comercialização, em outra unidade da federação, quando se encontrava com a sua inscrição estadual descredenciada, sem o recolhimento prévio à entrada neste estado do ICMS devido por antecipação parcial.

Diz que o conjunto probatório da acusação fiscal é robusto, estando amparadas na tela de situação cadastral do autuado (fl. 4), que comprova o descredenciamento, nos DANFE's (fls. 07 a 19), que comprovam a aquisição interestadual e ainda pelo histórico de pagamentos (fl. 5), que comprova a falta de recolhimento prévio do ICMS devido pela operação.

Destaca a regra geral inserta no art. 12-A da Lei 7.014/96, em que prevê a obrigatoriedade do recolhimento, a título de antecipação tributária a todos os contribuintes do estado, combinado com o artigo 332, inciso III, alínea “b”, do RICMS/2012, que estabelece o momento do pagamento como antes da entrada das mercadorias no território baiano. Diz, também, que, prosseguindo o mesmo dispositivo, em seu § 2º define as regras para o credenciamento do contribuinte em data posterior à entrada das mercadorias, que os citam.

No presente caso, observa que, ao se encontrar com a sua inscrição “*descredenciada*”, está o contribuinte obrigado ao recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, antes da entrada das mercadorias em território baiano.

Assim, diz que, mesmo se considerarmos o suposto pagamento, este não teria o condão de desvirtuar a autuação. É que os pagamentos informados junto com a defesa foram efetuados em 11/11/2013 e 25/11/2013, ou seja, após o ingresso das mercadorias em território baiano e após a lavratura do auto de infração.

Observa que, o contribuinte, em sua peça defensiva, não contesta os motivos da autuação, limitando-se ao argumento de extinção do crédito pelo pagamento, que, como demonstrado acima se mostra insuficiente para a extinção do PAF, por ser intempestivo.

Quanto ao percentual da multa aplicada, informar que, em que pese o inconformismo da autuada, é este o percentual previsto pela legislação em vigor.

Assim, pugna pela procedência do auto de infração.

VOTO

Quanto à pretensão de que todas as intimações e publicações relativas ao presente processo sejam feitas, também, em nome dos seus patronos, Eduardo Pugliese Pincelli (OAB/SP 172.548), com endereço na Rua Cincinato Braga, 340, 9º andar, São Paulo/SP, CEP:01333-000, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de ausência de motivação adequada e falha na sua instrução, seja pela falta de metodologia de fiscalização, seja em razão das inconsistências de fatos plenamente apuráveis na fiscalização, como o de já ter sido pago o imposto.

Da análise das peças que compõe o presente processo, vejo que possuem amparo jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, não em relação à motivação adequada ou falta de metodologia de fiscalização, sim por conta de falha na sua instrução, pois há uma questão prejudicial a ser apreciada neste processo no que diz respeito à validade formal do lançamento fiscal tributário, o que me valho dos votos proferidos dessa 5ª JJE, de lavra dos relatores julgadores Angelo Mário Pitombo e Tolstói Seara Nolasco, através dos Acórdãos nº 0158-05/14 e 0160-05/14.

Versa a autuação sobre falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária (art. 12-A da Lei nº 7.014/96), na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso (artigo 332, inciso III, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 16/03/2012), sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual, na situação de descredenciado, motivado por restrição de crédito decorrente de Dívida Ativa, conforme documento acostado à fl. 4 dos autos.

Trata-se de Auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias, dia 21/10/2013, em decorrência da aquisição, por parte do sujeito passivo, de mercadorias – *confeccões e calçados* - para comercialização oriundas de outra unidade da Federação, quando se encontrava descredenciado

para efetivar o pagamento do imposto por antecipação (§ 2º, art. 332, RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 16/03/2012) até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, por restrição de crédito em Dívida Ativa, ensejando seu pagamento prévio, antes da entrada no território deste Estado (art. 332, RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 16/03/2012), conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014, de 04/12/1996 a seguir descrito:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Grifo acrescido)

Como tal, à luz do demonstrativo de débito da autuação à fl. 3, vê-se que foi cobrado em uma única infração – 54.05.08 – duas imputações de natureza distintas, com repercussões jurídicas tributárias diferentes, ou seja, apesar de as duas infrações coincidirem quanto ao descumprimento da obrigação de antecipar (parcialmente ou integralmente) o pagamento do imposto, com base em um fato gerador por presunção; diferem, quando uma faz constar, no pólo passivo da relação jurídico-tributária, o sujeito passivo na condição de contribuinte – sujeição passiva direta – em relação à antecipação parcial, que diz respeito ao imposto cuja exigência decorre apenas das saída das mercadorias de seu estabelecimento e a outra na condição de contribuinte por substituição – sujeição passiva indireta (na condição de responsável) – em relação a antecipação integral (ou total), que diz respeito ao imposto decorrentes das operações subsequentes, que eventualmente os demais contribuintes realizarão até o consumidor final.

Os fatos geradores são claros, precisos e distintos, os quais não comportam o lançamento de ofício atribuir a sujeição passiva direta e indireta de forma conjunta, isto é, a condição de contribuinte e responsável ao mesmo tempo, ou seja, em um só lançamento, como foi caso em análise. Logo é nulo o lançamento que contiver tal imprecisão. Em outro dizer, as infrações devem ser imputadas de forma distinta.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210662.0145/13-3, lavrado contra C&A MODAS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de outubro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR