

A I Nº - 210570.0047/14-8

AUTUADO - BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A.

AUTUANTE - CARLOS LUIS BARRETO DE SOUSA

ORIGEM - IFMT-DAT/SUL

INTERNET - 15.07.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0101-01/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Lançamento de ofício lavrado de forma defeituosa, com vício insanável que o inquia de nulidade. Todavia, a exigência não procede, uma vez que o autuado efetuou o respectivo pagamento, antes do início da ação fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 30/10/14, exige ICMS no valor de R\$8.894,84, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte acusação: *"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 outras unidades da Federação, por contribuintes descredenciados, não inscrito ou desabilitado, ou ausência de regime especial deferido".*

Consta na descrição dos fatos que *"operação interestadual de mercadorias para comercialização, conforme DANFE/NFE nº 118.596, de 22.10.2014, emitido por Vilheto Alimentos Industria e Comercio Ltda., Barueri/SP, destinada a contribuinte sem autorização ou regime especial para prazo de pagamento. Falta de pagamento da Antecipação Tributaria Parcial, antes da entrada no território desse Estado da Bahia, conforme determina o art. 332, § 2º do RICMS/BA. Substitui o Auto de Infração nº 210717.1027/14-5, de 24.10.2014".*

A autuada apresenta defesa, fls. 39 a 41, através de advogado legalmente constituído, com Procuração, fls. 42 dos autos, arguindo que se trata de Pessoa Jurídica de direito privado, atuando no ramo de comercialização de produtos manufaturados, semimanufaturados ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedado por lei, sujeita a incidência do ICMS.

Diz que apesar da surpresa pela lavratura do presente Auto de Infração, o mesmo não pode prosperar pela extinção do débito em razão do pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN, do valor total de R\$14.231,74, referente a antecipação do ICMS incidente na aquisição ou recebimento de mercadorias, através da nota fiscal eletrônica nº 118.596, emitida por Vilheto Indústria e Comércio Ltda., no valor de R\$88.948,50.

Pede o julgamento de nulidade ou improcedência da ação fiscal e que as futuras intimações sejam entregues ao advogado que indica, sob pena de nulidade.

O Agente de Tributos Estaduais presta Informação Fiscal, fls. 65/67, aduzindo que não se sustentam as alegações defensivas. Reitera que lavrou o combatido Auto de Infração em virtude da aquisição de mercadorias para comercialização sem o recolhimento prévio do ICMS, conforme determina o art. 332, § 2º do RICMS/BA.

Afirma que o próprio autuado não contesta o cometimento da infração ou a obrigação do recolhimento antecipado do imposto; alega, porém, o pagamento do imposto devido, anexando DAE de fl. 59, comprovante do recolhimento.

Alega o autuante que o pagamento foi intempestivo, uma vez que feito, após o início da ação fiscal, no dia 24.10.2014, as 16:32:12 horas (fl. 60), quando não mais existia a espontaneidade do contribuinte, considerando que o termo de apreensão 210717.1007/14-4 fora lavrado na mesma data, porém, às 12,29 horas (fl.8), de acordo com o art. 26, RPAF BA.

Diz que lavrado o termo de apreensão, estará iniciada a ação fiscal, excluindo a espontaneidade do sujeito passivo prevista no art. 138 do CTN. Pede o afastamento da exigência tributária. 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: *"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 outras unidades da Federação, por contribuintes descredenciados, não inscrito ou desabilitado, ou ausência de regime especial deferido"*; exigência de ICMS, no valor de R\$8.894,84 e multa de 60%. Infração enquadrada no art. 8º, inciso I, §4º; art. 12-A; art. 23º, §6º e art. 32º da Lei nº 7.014/96.

Na defesa apresentada, o autuado pede a extinção do débito exigido, alegando que efetuou o devido recolhimento, apresentando o respectivo documento, fls. 60. O agente do Estado afirma que o autuado efetuou o pagamento, após o início da ação fiscal, no dia 24.10.2014, às 16:32:12 horas (fl. 60), quando não mais existia a espontaneidade, prevista no art. 138 do CTN, considerando que o termo de apreensão nº 210717.1007/14-4 fora lavrado na mesma data, porém, às 12,29 horas (fl.8), de acordo com o art. 26, RPAF BA.

Apesar da descrição e fundamentação inadequadas da infração constante do lançamento de ofício - *"antecipação tributária – parcial ou total"*, o agente fiscal esclarece, no campo descrição dos fatos, que se trata da exigência de ICMS antecipação parcial e o autuado apresentou razões, sem prejuízo ao direito à ampla defesa.

Com relação a entrega das intimações e notificações pertinentes ao presente processo, no endereço do advogado do autuado, não existe óbice o atendimento do pleito, contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

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 inquinaria a nulidade, não fosse pela improcedência da sua exigência, porque fundado em clara divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e a sua descrição, promovida pela agente fiscal. Verifico que o Auto de Infração em tela foi lavrado, em 30.10.2014, suportado pelo Termo de Ocorrência (e não Termo de Apreensão, consignado pelo preposto do Fisco, em sua Informação), prova material da infração (art.28, IV-A do RPAF BA), lavrado em 29.10.2014.

Apesar da sustentação fiscal de que o autuado efetuou o pagamento, após o início da ação, perdendo a espontaneidade (art. 138 do CTN), os documentos colados nos autos comprovam justamente em contrário.

Consta no Auto de Infração e respectivo Termo de Ocorrência a falta de pagamento do ICMS relativo a operação da nota fiscal eletrônica nº 118.596, cópia do DANFE acostada aos autos (fl.11). Consta também do processo administrativo fiscal – PAF, o comprovante de pagamento da

operação, no valor de R\$12.410,53, em 24.10.2014 (fl. 60), valor ainda superior ao cálculo elaborado pelo preposto do fisco, em sua planilha de fls. 29, que deu a exigência consignada na peça inicial, datada, inclusive, de 29.10.2014, no valor de R\$8.894,85.

A justificativa de que o presente auto de infração substitui o auto de infração nº 210717.1007/14-4 é inverossímil, uma vez que o mesmo não existe no “mundo”, não consta dos registros da SEFAZ, o cancelamento de tal auto de infração.

O Termo de Ocorrência lavrado no dia 24.10.2014, às 12:29 horas (fls. 08/09), consignado pelo agente de tributo estadual, como a base da exigência, em sua Informação Fiscal, diz respeito à operação diversa daquela que deu azo ao Auto de Infração e engloba a aquisição das mercadorias constantes dos DANFES nº 118.597 e 118.596. O Termo de Ocorrência nº 210570.0045/14-5 (fls. 06/07), que deu suporte ao Auto de Infração, foi lavrado no dia 29.10.2014, às 11:43 horas, data posterior ao pagamento da exigência, conforme comprovante de pagamento, DAE anexado ao PAF (fls. 60).

Portanto, o Auto de Infração foi lavrado em completa dissonância aos princípios que regem o devido processo legal e a ausência de termo de ocorrência válido, nos termos dos artigos 26 e 28, IV-A, RPAF BA., o inquina de nulidade. Todavia, considerada a possibilidade da decisão no mérito, em favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, conforme o parágrafo único do art. 155, RPAF BA., a exigência é improcedente, considerando o pagamento da aludida operação (nf – e nº 118.596), através do DAE (fl. 60), antes do início da ação.

Em face de tais considerações, a exigência contida no presente Auto de Infração não subsiste e o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210570.0047/14-8 lavrado contra BARCELONA COMERCIO VAREJISTA E ATACADISTA.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSE BIZERRA LIMA IRMAO – JULGADOR