

A. I. Nº - 210377.0061/13-5
AUTUADO - PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A
AUTUANTE - FERNANDO CÉSAR MONTEIRO TORRES
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 21/05/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-03/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados. De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho de Fazenda Estadual é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$106.642,60, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou de percurso, sobre mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição estadual inapta. Consta na descrição dos fatos que o autuado com irregularidade no cadastro de ICMS no estado da Bahia, deixou de recolher o ICMS/ST na primeira repartição de fronteira ou de percurso, referente aos DANFEs descritos no termo de ocorrência fiscal nº 210573.0808/13-9 fls.6/7.

O autuado, por meio de advogado procuração fls.100/101, ingressa com defesa tempestiva fls.84/97. Diz ser uma tradicional e conceituada rede atacadista de medicamentos e drogas de uso humano que atua em diversos Estados da Federação e para o regular desenvolvimento de suas atividades, necessita manter-se rigorosamente em dia com todas as suas obrigações tributárias.

Afirma ter sido surpreendida ao receber o auto de infração em referência, lavrado pela fiscalização estadual, no entanto, aduz que o lançamento de ofício padece de diversos equívocos, não se sustentando à luz do ordenamento jurídico pátrio, devendo ser julgado nulo ou improcedente por essa Junta de Julgamento Fiscal.

Argumenta que o lançamento é ato administrativo pelo qual se identifica a ocorrência do fato gerador, determina-se a matéria tributável, indica-se o montante devido e, em sendo o caso, aplica-se a penalidade cabível, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional e por ter presunção de legalidade e legitimidade, tal ato deve fazer referência clara a todos estes elementos, sob pena de ser considerado nulo, como diz ocorrer no presente caso.

Frisa que da leitura do auto conforme foi relatado, não é possível saber quem seria esse contribuinte inapto, quais mercadorias teriam sido remetidas pela Impugnante a ele e quais as notas fiscais envolvidas. Menciona que a falta de clareza do relato do fiscal não permite, a compreensão da situação trazida no auto de infração, o que impõe o reconhecimento da sua nulidade, devendo, se for o caso, ser lavrada uma nova autuação, permitindo com isso, o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo contribuinte.

Destaca que a fiscalização, ao fazer o cálculo do imposto sequer indicou a alíquota aplicável na operação, não transcrevendo o dispositivo legal pertinente, ou seja, é possível constatar que não

consta o fundamento do critério quantitativo utilizado na elaboração do lançamento, nem a demonstração contábil coerente que aponte como a fiscalização chegou ao valor lançado.

Afirma que não entendeu os motivos que ensejaram a cobrança do ICMS em tela. Para reforçar seu entendimento transcreve o § 1º do art. 129 da Lei nº 3.956/2011 que especifica os requisitos mínimos do ato administrativo. Cita o art. 37 da CF/88 sobre os princípios que regem a Administração Pública. Transcreve lição do mestre Helly Lopes Meirelles. Sobre a incerteza na determinação da base de cálculo transcreve decisão de julgado deste CONSEF pela nulidade, dentre outros, o Acórdão 0001-12/13 da 2ª CJF.

Afirma que ainda que se considere válido o auto de infração, o que se admite por mero amor ao debate, não há como o mesmo ser mantido no ordenamento jurídico, em razão da ausência de conduta do impugnante contrária à legislação.

Menciona que o Fisco quer transferir o ônus da atividade de fiscalização para a Impugnante, como se essa fosse uma atribuição sua, pois está sendo obrigado a recolher um imposto supostamente devido por outro contribuinte e, ainda, lhe impõe uma altíssima multa, já que esta não tem qualquer relação com a situação do contribuinte inapto.

Lembra que se fez a remessa de qualquer mercadoria para um contribuinte considerado inapto no CAD-ICMS foi porque o próprio sistema da Fazenda do Estado da Bahia permitiu, o qual – vale repisar – sequer foi identificado pelo fiscal na autuação, o que dificulta sua necessidade em comprovar a regularidade da operação realizada.

Afirma que somente depois da circulação da mercadoria e do fato gerador do imposto, é que foi alterado o sujeito passivo da exação tributária, havendo claramente uma acusação completamente sem fundamento para que o erário não seja prejudicado, e se esse terceiro não fez o recolhimento do imposto, o Fisco tem que tomar as medidas cabíveis para a recuperação do valor perante aquele contribuinte, invadindo o patrimônio dos sócios da referida sociedade, se for o caso. Destaca que a manutenção da cobrança certamente violará o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Diz que por confisco, a doutrina e jurisprudência já assentaram que deve ser entendida toda e qualquer exigência que prive a pessoa de parte substancial do seu patrimônio. Destaca que no mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, transcreve o artigo 150, IV, da Carta da República. Reproduz jurisprudência sobre o tema.

Requer seja julgado nulo/improcedente o presente lançamento, ou, caso assim não se entenda reduzida a multa, para adequar-se aos limites legais.

O autuante presta a informação fiscal fls.136/138. Informa que a empresa autuada adquiriu mercadoria acobertada pelos DANFes citados no Termo de Ocorrência Fiscal datado de 29/08/2013, momento esse que a mesma se encontrava com sua situação cadastral de INAPTO na SEFAZ/BA, conforme comprovante anexo ao processo (pág. 14) e sem qualquer comprovação de antecipação do tributo devido a esse Estado.

Diz que a autuada apresentou defesa requerendo nulidade / improcedência do auto de infração alegando o cerceamento do seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, a ilegalidade da multa aplicada e inclui em seus pedidos uma possível redução da mesma, pois, entende ser abusiva e confiscatória.

Informa que inexistente o cerceamento alegado pela defesa, uma vez que se discute, no presente momento, sua peça de impugnação ao auto de infração, que teve sua impetração dentro do prazo e trâmites normais do processo, não existindo nenhum prejuízo do direito ao contraditório e à ampla defesa. No que diz respeito ao questionamento de não ser observado os Princípios Constitucionais, afirma ser improcedente este argumento, uma vez que todo procedimento fiscal obedeceu aos princípios questionados, em especial ao da legalidade.

Afirma que analisando o presente processo, constata o cumprimento de todos os requisitos previstos para autuação preceituados no Código Tributário Estadual, bem como aqueles exigidos no art. 39 do RPAF/BA. Sobre a discordância da defesa no que tange ao percentual de 60% de multa e reivindica uma possível redução da mesma, demonstrando assim, que não observou no próprio Auto, a existência de prazos que se cumpridos, permitem a desejada redução. Registra que o percentual aplicado possui previsão no art. 42 da Lei 7.014/96 e encontra-se tipificado no Auto em demanda. Opina pelo reconhecimento da procedência total do auto de infração.

Após análise e discussão em pauta suplementar, a 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência fl.142, a fim de que o autuante procedesse a elaboração de nova informação fiscal, rebatendo cada ponto alegado pelo autuado em sua defesa, nos termos do parágrafo 6º do artigo 127 do RPAF/BA, especialmente sobre o demonstrativo de débito fls.17/19.

Às fls.145/147, o autuante repete os dados da informação fiscal anterior, não trazendo aos autos as explicações necessárias de forma a caracterizar a acusação fiscal, principalmente no que tange ao demonstrativo de débito que sustenta o autuo de infração, deixando de cumprir dessa forma, ao solicitado na diligência.

O autuado volta a se manifestar fls.151/164. Rebate a autuação afirmando a impossibilidade de alteração do lançamento, posto que o auto seria nulo em razão da falta de elementos que esclareçam a infração praticada e seria improcedente em função de a empresa já ter realizado o recolhimento do ICMS devido. Diz ainda, que a multa aplicada seria confiscatória.

Reitera que o processo administrativo original sofre de nulidade insanável, tendo em vista que o mesmo continha inicialmente vícios formais e materiais que comprometem a existência do próprio ato administrativo de lançamento realizado pela autoridade fiscal.

Salienta que o fisco sequer pode mencionar, com absoluta certeza a infração cometida pelo contribuinte, pois em momento algum, determina como chegou à base de cálculo do imposto, ou quais operações estariam em desacordo com a legislação. Diz que o ato de lançamento é regido pelo princípio da imutabilidade, somente podendo ser alterado especificamente nas hipóteses autorizadas por lei.

Alega que no presente caso foram incluídos novos dispositivos legais para a apuração da base de cálculo do imposto, na tentativa de convalidar o vício original que maculou o lançamento, modificando os critérios jurídicos inicialmente aplicados, alterando-se a infração relatada, bastando observar que o autuante mudou a tipificação legal inicialmente art. 8º, inciso I da Lei 7.014/96 e na informação fiscal apresentada determinou a aplicação do art. 268, inciso VIII do RICMS/12, Convênio ICMS 76/94 mencionando a substituição tributária de mercadorias elencadas no item 32 do Anexo 1 do regulamento citado, alterando desta forma o fundamento legal para aplicação da base de cálculo do imposto supostamente devido.

Ratifica todos os pontos expostos em sua peça impugnatória inicial. Transcreve julgados desse CONSEF reconhecendo a nulidade de procedimentos elaborados com deficiência pelos agentes competentes, como os Acórdãos CJF 0001-12/13 e JJF nº 0292-02/12.

Quanto ao mérito esclarece que possui regime especial no estado da Bahia, em razão de acordo celebrado entre ela e a SEFAZ, o qual dispensa o remetente da mercadoria da retenção do imposto nas operações realizadas com a impugnante, documento fls.165/168, comprovando que a suposta infração relatada pelo autuante inexistente, pois não havia a obrigação de ter que ser feita qualquer retenção no momento em que foi autuado.

Aduz que mesmo sem o recolhimento do imposto naquele momento, as mercadorias foram liberadas e remetidas para a impugnante, que procedeu ao recolhimento do tributo, conforme faz prova documentos que anexa. Diz que nesse sentido vale conferir a planilha e o comprovante de pagamento do tributo do período onde todas as notas fiscais de entradas relacionadas pelo

autuante foram levadas em consideração para o cálculo do ICMS, não tendo ocorrido de fato qualquer prejuízo ao erário estadual. Reafirma que a multa aplicada teria caráter confiscatório.

Pede que o auto de infração seja julgado nulo ou improcedente e a multa aplicada seja reduzida.

O autuado realiza aditamento à sua impugnação fls.286/299, reiterando argumentos anteriormente expendidos apensando demonstrativo de todas as notas fiscais relativas ao período autuado com o DAE comprovando o recolhimento do ICMS devido fl.360.

O autuante às fls.365/367, repete argumentos da informação fiscal inicial. Diz que o DAE apresentado pelo defendente não corresponde e não demonstra boa intenção do autuado, pois a data de recolhimento é posterior a data de lavratura do auto de infração e só corresponde a alguns dos DANFES apreendidos. Opina pela procedência total da autuação.

VOTO

Consta da acusação fiscal que se trata de lançamento tributário referente a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária - parcial ou total – antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo, conforme relação de DANFs, fls. 33/80.

O autuado alegou cerceamento do seu pleno direito de defesa, argüindo nulidade do lançamento fiscal, em razão da falta de elementos que esclareçam a infração praticada e que seria improcedente em função de a empresa já ter realizado o recolhimento do ICMS devido.

O impugnante ainda levantou questão preliminar de nulidade à ação fiscal por entender que no presente caso foram incluídos dispositivos legais para a apuração da base de cálculo do imposto, na tentativa de convalidar o vício original que maculou o lançamento, modificando os critérios jurídicos inicialmente aplicados, alterando-se a infração relatada, bastando observar que o autuante indicou a tipificação legal inicialmente no art. 8º, inciso I da Lei 7.014/96 e na informação fiscal apresentada, apontou a aplicação do art. 268, inciso VIII do RICMS/12, Convênio ICMS 76/94, mencionando a substituição tributária de mercadorias elencadas no item 32 do Anexo 1 do regulamento citado, alterando desta forma, o fundamento legal para aplicação da base de cálculo do imposto supostamente devido.

Saliento ser importante esclarecer que o fato de o contribuinte, no momento da ocorrência do fato descrito na autuação, encontrar-se descredenciado por estar inapto junto ao cadastro de contribuintes do estado da Bahia, conforme fl.14 deste PAF, perde direito aos benefícios do Termo de Acordo citado em sua defesa, devendo recolher o ICMS/ST na entrada do território do Estado da Bahia.

No entanto, constato que o autuante cometeu equívocos na apuração da infração. Para o deslinde da questão é necessário observar o que determina a legislação tributária estadual e como foi desenvolvida a ação fiscal.

O lançamento de crédito tributário é ato vinculado (parágrafo único do art. 42, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias e de rotinas administrativas.

O autuante elaborou um levantamento "Demonstrativo da falta de pagamento ou pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Tributária em operações de aquisição interestaduais de mercadorias elencadas na Substituição Tributária" fls.17/19. Nesta planilha, que se refere ao mês de agosto de 2013, o demonstrativo de débito discrimina cada mercadoria, (medicamentos), as quantidades e preços. Registrou o ICMS devido, abateu o crédito destacado em cada documento fiscal, apurando o valor do "ICMS a pagar".

Embora tenha seguido estes procedimentos, o autuante não realizou a ação fiscal de maneira completa, não dando certeza ao valor da base de cálculo do imposto, eis que, totalizou o imposto devido no montante de R\$118.491,78, e logo abaixo registrou a quantia de R\$106.642,60, valor este

que transferiu para o auto de infração, inexistindo nos autos qualquer referencia da forma como chegou a este valor. Além disso, na planilha demonstrativa do débito, abateu o crédito destacado nas notas fiscais totalizando R\$15.309,18 e lançou no auto de infração um crédito de R\$13.778,26, sem qualquer explicação de como teria chegado a este valor.

Diante deste quadro, este Colegiado perseguiu a verdade material dos fatos. Em 30/04/2014 solicitou que o autuante tomasse providências no sentido de demonstrar, com exatidão, a base de cálculo apurada. O autuante não cumpriu a diligência nos termos requeridos, haja vista que limitou-se a repetir os mesmos argumentos trazidos na informação fiscal.

É dever do Fisco determinar com segurança, a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nulo o lançamento de ofício.

A autuação em foco enquadra-se, na situação descrita na Súmula CONSEF nº 1:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

A adoção de procedimento impróprio de fiscalização, feriu direitos do contribuinte. Esses vícios tornam patente que não foi seguido o devido processo legal. Houve prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o seu direito de defesa. O procedimento é nulo, nos termos do art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210377.0061/13-5**, lavrado contra **PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A**.

Esta Junta 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR