

A. I. Nº - 232195.0071/14-8
AUTUADO - FLAG CONFECÇÕES LTDA. (MODA MANIA CONFECÇÕES)
AUTUANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT / METRO
INTERNET - 22/10/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0213-03/15

EMENTA. ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 16/09/2014, exige crédito tributário no valor de R\$30.953,91, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial - ou total, conforme o caso (infração - 54.05.08), antes da entrada no território deste Estado, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme cópias dos DANFES, fls. 11 a 44, e relacionados na “Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal”, fls. 08 e 09, anexa ao Termo de Ocorrência Fiscal nº 232195.0067/14-0, fls. 04 e 05, e Demonstrativo de Débito fl. 46.

Consta na “Descrição dos Fatos”: Antecipação Tributária Parcial. Contribuinte descredenciado. Recolhimento parcial do valor do ICMS devido, relativo à Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada das mercadorias no território baiano, integram este processo diversos DANFES relacionados em formulário. Mandado de fiscalização monitoramento emitido pelo COE nº 41974460000106-2014811. Período levantado: julho/2014. No valor lançado na rubrica crédito fiscal, estão inclusos o valor do crédito destacado no DANFE, relativo a operação própria do remetente, e o valor pago a menor, pelo contribuinte, a título de antecipação tributária parcial.”

O autuado, por meio de advogada com procuração à fl. 76, ingressa com defesa tempestiva às fls. 69 a 75, articulando os argumentos resumidos a seguir.

Inicialmente esclarece que a alíquota incidente nas operações com mercadorias adquiridas da Região Norte e Nordeste é de 12% e que a fiscalização na elaboração da planilha referente à antecipação parcial calculou o crédito fiscal aplicando a alíquota de 3% quando na verdade deveria calcular com a alíquota de 12%. Explica que, por consequência o resultado da diferença entre a alíquota interestadual de 12% e a alíquota interna de 17% será de 5% a título de antecipação parcial.

Diz juntar o comprovante de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial adimplido com base na real diferença e requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Menciona e transcreve o teor das Súmulas 346 e 473 do Superior Tribunal Federal - STF para invocar o poder-dever da autotutela, como princípio constitucional implícito, previsto no art. 37

caput da CF/88, e ressaltar que independente da interposição de recurso sobre a matéria deve a autoridade administrativa reapreciar os atos, ora impugnados, produzidos em seu âmbito, em obediência ao princípio da auto tutela e ao da legalidade, devendo revogar ou anular seus atos sempre que afrontarem o ordenamento jurídico.

Pugna para que sejam admitidas as presentes razões, sob pena de desrespeitar frontalmente os princípios mencionados, uma vez que estará pactuando com o desrespeito à lei.

Afirma que no presente caso, inobstante a improcedência do Auto de Infração, adverte que está sendo aplicada multa em valores confiscatórios em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte, configurando esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela constituição Federal.

Diz ser explícito e inequívoco o exagero da multa aplicada, eis que, nela foram utilizados índices elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente no país. Frisa que tais multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere normal multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um dígito.

Sobre o tema para corrobora sua tese trás a colação ementas de Recursos Extraordinários julgados pelo STF e de trecho de lição do Prof. Rui Barbosa Nogueira.

Assevera ser nítido o caráter confiscatório da multa aplicada restando latente a inconstitucionalidade da exigência, por afronta ao art. 150, inciso IV, da CF/88.

Requer a correção da multa, mencionando restar explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo de sua aplicação.

Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitido e a juntada de novos documentos para elucidar a questão e a realização de perícia e diligência.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração e reconhecimento da inexistência das multas culminadas, bem como reconhecimento do reconhecimento do caráter confiscatório de sua aplicação.

O autuante presta informação fiscal, fls. 97 a 100, resumida na forma que se segue.

Afirma não proceder a alegação do suposto crédito fiscal exigido pelo autuado, pois tudo foi amparado pela legislação da glosa prevista. Revela que, conforme se observa na peça vestibular em questão, os itens foram todos listados destacados, verificados e abatidos de acordo com a legislação em observância ao Dec. 14.213/12.

Assevera que a aplicação do crédito de 3% que é o relativo a glosa, é previsto no aludido decreto, cujo teor do art. 1º reproduz.

Frisa que o autuado é sabedor de que se encontrava em situação irregular de descredenciado por estar incluído na Dívida Ativa.

Observa ser indiscutível, e a próprio autuado reconhece que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo á Antecipação Parcial, é devido e não recolhido, questionando apenas a forma de exigir o crédito tributário, declarando ainda que a “cobrança de multa com caráter confiscatório, “afronta às garantias constitucionais” e no final clama indevidamente pela “improcedência de Auto de Infração, em razão do equívoco cometido pelo autuante”.

Em relação à questão da penalidade aplicada, destaca que se encontra consignada no sistema da memória de cálculo e no campo próprio, inclusive a multa que é de observância obrigatória para o motivo determinante da autuação, enfim, como servidor cumpre o que determina o art. 42 da Lei 7.014/96. Para corroborar sua assertiva, reproduz trecho do voto exarado no Acórdão JF N° 0012-04/10.

Ressalta que a multa aplica não é poder discricionário, pois ela já consta no sistema, e aparece o desconto de acordo com a data do dia programado para o recolhimento e ele é definido automaticamente, a depender do dia programado para o pagamento.

No tocante à antecipação parcial o RICMS-BA/97 é pacífico quanto a questão, dando garantia ao entendimento expressado, de forma que o ICMS é exigido “nas entradas” conforme prevê o art. 352-A, cujo teor reproduz.

Conclui querendo a manutenção a autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração trata de exigência fiscal referente à falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado.

Ao compulsar os elementos que constituem o presente Auto de Infração, constatei a existência de óbices intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. É cediço que os princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal são norteadores da instauração, do preparo, da instrução e da decisão do processo administrativo. Ademais, por ser o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

De início verifico que, apesar do Auto de Infração ser lavrado com a emissão do “Modelo 4” destinado a apuração de irregularidades ocorridas no trânsito de mercadorias, resta patente nos autos que a ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias. O Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 04, não faz constar o local do cometimento da irregularidade apurada e indica o local da lavratura como sendo a Inspetoria de Fisc. Merc. Trânsito Região Metropolitana, portanto, não faz menção que o fato tenha se verificado no trânsito de mercadorias, revelando assim que a cobrança, ora em lide, não se concretizou no momento em que as mercadorias estavam postas em circulação ou de passagem por postos fiscais da Secretaria da Fazenda da Bahia.

Outro aspecto formal que macula o procedimento fiscal é a constatação da falta de assinatura do Termo de Ocorrência Fiscal por parte do contribuinte. Também não há nos autos qualquer prova, a exemplo de declaração de recebimento que indique tenha sido entregue ao contribuinte o demonstrativo da origem da exigência fiscal com a respectiva apuração da base de cálculo. Configurando-se, assim, em mais um vício formal a reforçar as fragilidades do lançamento fiscal.

No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias (Modelo 4), teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, o que não ocorrera, já que o Termo de Ocorrência Fiscal anexado aos autos não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, por não constar a assinatura do sujeito passivo.

Entendo que, nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorrera no presente caso, uma vez que as notas fiscais foram emitidas no mês de julho de 2014 e a lavratura ocorrera em 16/09/2014. Situação que caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, previstas no art. 28 do RPAF-BA/99. Ademais, não sendo o contribuinte optante pelo Simples Nacional e operação que resultou na autuação não sendo realizado no Trânsito de Mercadorias afigura-se o autuante incompetente para a lavratura do presente Auto de Infração, consoante previsão expressa no inciso I do art. 42, do RPAF-BA/99.

Em suma, não foi dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal. Ou seja, o Auto de Infração nasceu sem qualquer respaldo legal para ter sustentação, vez que afrontou, claramente, o princípio constitucional da ampla defesa.

Diante das razões acima expendidas é NULO o Auto de Infração, com fundamento no art. 18, inciso II e inciso IV, letra “a”, do RPAF-BA/99, que expressamente determinam a invalidade do lançamento de ofício efetuado com preterição ao exercício do direito de defesa e que não contenha elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Recomendo a autoridade fazendária competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF-BA/99, podendo o sujeito passivo exercer seu direito ao recolhimento espontâneo, antes da nova ação fiscal, na forma do art. 95 do RPAF-BA/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 232195.0071/14-8**, lavrado contra **FLAG CONFECÇÕES LTDA (MODA MANIA CONFECÇÕES)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA