

A. I. Nº - 210436.0242/14-6
AUTUADO - RODRIGO ARANHA DA SILVA
AUTUANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 28/10/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-03/15

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. O Auto de infração é incongruente, ao descrever e enquadrar o ilícito tributário como “falta de antecipação parcial” e calcular o débito enquadrando o contribuinte como “sujeito passivo por substituição tributária” implicando cerceamento do direito à defesa do autuado. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 10/12/2014, exige crédito tributário no valor de R\$6.467,70, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual inapta, (Infração - 54.05.08), conforme DANF-e 051, 70844 e 71782, fls. 6/8 e Termo de Ocorrência 210436.0096/14-0, fl.9.

O autuado ingressa com defesa tempestiva fls.25/30. Diz ser empresa que atua no ramo de suprimentos de informática na comercialização de *toner* e tintas para impressoras de computadores, sendo a maioria de suas vendas dirigidas a órgãos estaduais.

Afirma que ao tentar emitir certidão de débitos fiscais tomou conhecimento que a referida certidão estava com o status de *positiva* por constar no cadastro fazendário a existência de processo tributário reclamando um crédito de R\$10.348,32, se encontrando no estado de revel/inadimplente produzindo com isso, efeitos negativos na sua atividade comercial.

Aduz ter procurado a SEFAZ e tomado conhecimento que o auto de infração era a causa de seu descredenciamento. Frisa que jamais fora citado para adimplir a obrigação ou prestar justificativa tempestiva, vindo a tomar conhecimento que uma intimação fora enviada através de AR para seu antigo endereço e assinada por uma pessoa estranha à atividade comercial e sem competência para assinar qualquer documento de sua empresa.

Nesse sentido, afirma ter havido falha processual, contrariando o art. 108 do RPAF/99, configurando violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Sobre as atividades desenvolvidas pela administração pública cita os princípios e normas de direito público a que se sujeita o auto de infração. Assevera que a intimação ou citação a respeito de autuação devem ser endereçadas ao titular da empresa ou pessoa legalmente competente para assim proceder. Aduz desconhecer quem após assinatura no AR e em decorrência de tal falha deve ser reaberto prazo de defesa para que se concretizem os princípios da ampla defesa e contraditório elencados na CF/88.

Ao repetir a acusação fiscal e enquadramento legal afirma observar inconsistências que maculam a constituição do crédito tributário de forma que o mesmo não pode prosperar. Explica que no

auto de infração a data de ocorrência do fato gerador é atribuída como perfeita no dia 01/12/2014 com a data de vencimento no mesmo dia, portanto este é o marco temporal da exigência tributária. Prossegue aduzindo que os documentos fiscais foram emitidos no mês de agosto de 2014 e os débitos apurados levando-se em conta a natureza da empresa autuada (MEI), os fatos geradores ocorreram antes da entrada das mercadorias no território baiano, conforme dispõe o art. 332 do RICMS/2012 que transcreve.

Argumenta que a MVA é utilizada em operações sujeitas à antecipação total do ICMS, incluindo aí, as mercadorias sujeitas ao regime de Substituição tributária constantes do Anexo 1 do Regulamento de ICMS/BA e nas operações com contribuintes não inscritos no cadastro da SEFAZ/BA ou inaptos e baixados.

Neste caso, afirma que foi declarado inapto no dia 03/12/2014, portanto em data posterior a ocorrência do fato gerador ocorrida no mês de agosto de 2014 com lançamento em 01/12/2014, caracterizando-se como retroatividade *in malus*, fato tipificado no art. 106 de CTN. Conclui que a MVA só poderia ser aplicada aos lançamentos ocorridos a partir de 03/12/2014, conforme edital nº 47/12, quando foi declarada a inaptidão da empresa, sendo visível a transgressão a legislação tributária.

Sustenta que conforme RICMS/2012 as mercadorias objeto da litigância, estão acobertadas pelo benefício da redução da base de cálculo, preponderando o NCM/SH8443.9933 tonner, conforme expresso no art. 266, XII do RICMS/12, que transcreve. Assevera que é nesse sentido a interpretação da DITRI balizado no Parecer nº 12850/2009 de 29/07/2009, (suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, para comercialização). Aplicabilidade da redução da base de cálculo estabelecida no art. 87, inciso V. Não há antecipação parcial a recolher.

Observa que o auto de infração combatido decorre de interpretação errônea da legislação estadual, aplicando MVA indevida em período em que a empresa não se encontrava inapta, e não procedendo à correta aplicação da redução da base de cálculo conforme legislação vigente. Requer a reabertura do prazo de defesa e que seja decretada a improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta a informação fiscal fls.34/36. Diz vir apresentar informação fiscal em relação à impugnação do lançamento que gerou o Auto de Infração em questão, lavrado na fiscalização de Mercadorias em Trânsito, em que exige a cobrança do ICMS conforme descreve na peça vestibular, em razão da situação de "*Irregular/Inapto*".

Diz que antes de entrar no mérito da ação fiscal, é importante abordar uma peculiaridade levado a efeito pelo requerente, de que a ação fiscal possui relação com o crédito reclamado e de que foi utilizada a MVA equivocada e que tem direito ao benefício da redução da base de cálculo na ação fiscal, inclusive apresentando um suposto parecer que não guarda conformidade com a real intenção proposta pela administração fazendária.

Ressalta que *o Parecer citado fala em outros produtos de informática e os créditos reclamados nos documentos fiscais são referentes a outros*. Enfim, diz que o autuante lastreou a sua ação fiscal conforme determinado pela legislação de observância obrigatória. Além de não fazer parte do rol das mercadorias descritas na peça vestibular invocou benefícios fiscais não amparados pela lei.

Informa que mesmo se estivesse dentro da Lei, o direito ao desconto está vinculado a tempestividade do recolhimento, no caso de descredenciado: antes da entrada do território baiano. É o que prevê o nosso diploma legal art. 273 e 332, III, "a" do RICMS/BA. Frisa que ao declarar uma suposta presunção de que a MVA utilizada era indevida, mais uma vez o requerente falta com a verdade, pois é obrigatória a sua utilização para os contribuintes em situação irregular.

Aduz ser indiscutível, e a própria autuada reconhece, que o ICMS da mercadoria referente ao objeto da autuação, relativamente a inaptidão é devido, questiona apenas, a forma da inaptidão. Em relação ao tema o Regulamento do ICMS diz ser pacífico quando a questão dando garantia ao entendimento expressado pela Autuante de forma que o ICMS é exigido dos contribuintes irregulares conforme prevê o artigo 25 do nosso Regulamento.

Afirma que a autuada não apresenta nenhuma outra prova ou evidência que ponha por terra as alegações produzidas pelo fisco. As provas materiais colhidas consistem em exigir o crédito apenas em relação ao documento relacionado, bem como uma base de cálculo para apuração do ICMS totalmente devida como prevista. Enfim o autuado é sabedor de que estava **inapto** e em situação irregular e questiona apenas a forma da ciência do procedimento de desabilitação que é uma imposição da lei e que não cabe ao autuante analisar, mas o de apenas obedecer e aplicar a legislação.

Prossegue afirmando que a legislação tributária estadual é expressa no sentido de determinar a obrigatoriedade do estabelecimento toda vez que adquirir ou vender mercadorias deve-se encontrar com a sua situação regular, ou seja, ativo no cadastro estadual, o que não foi o caso do "remetente" que estava inapto e foi autuado.

Frisa não existir nenhuma dúvida quanto à questão da aplicação da Legislação. O autuado, para fugir da imposição do pagamento da penalidade e das cominações legais está a fazer sofisma semântico – querendo fazer crer que a verdade dos fatos pode ser contestada por uma simples interpretação do seu ponto de vista, ou seja, quer transformar em inverdade uma constatação factual e material, em virtude de um fato consumado.

Assevera que a luz de todos os elementos probatórios trazidos aos autos, não há como sustentar os argumentos do Autuado quanto a sua ilegitimidade quanto paciente do tributo devido, devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Órgão Julgador.

VOTO

Consta da acusação fiscal que se trata de lançamento tributário referente a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual inapta, conforme DANF's 051, 70844 e 71782, fls. 6/8.

O presente Auto de Infração modelo 4 foi lavrado pela fiscalização de mercadoria em trânsito para constituir crédito tributário, em face da ocorrência fiscal, consignada como "*falta de recolhimento de antecipação parcial por contribuinte INAPTO / DESCRENCIADO*", exigência de ICMS, no valor de R\$6.467,70, e multa de 60%. Infração enquadrada no art.332, III, b do RICMS/BA e 12-A, III do art. 23, art.32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Importante registrar, que apesar de o autuante empreender a ação fiscal como se fosse uma operação de trânsito de mercadorias, não houve instantaneidade no procedimento de fiscalização, pois os documentos fiscais foram emitidos no mês de novembro de 2014, o Auto de infração foi lavrado em 10/12/2014, registrado em 22/01/2015, e o contribuinte só tomou ciência em 11/06/2015.

Observo que apesar de à fl.9, constar um "Termo de Ocorrência Fiscal", o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o referido documento não possui assinatura do autuado. No caso em comento, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, lavrando-se o termo de início de fiscalização ou com a intimação do contribuinte para apresentação dos livros e documentos fiscais nos termos do art. 28 do RPAF/99, sendo dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal.

Na defesa apresentada, o autuado alegou que só tomou conhecimento da existência de processo tributário referente ao presente auto de infração, quando precisou de uma certidão negativa referente a tributos estaduais e foi informado que se encontrava revel/inadimplente produzindo

com isso, efeitos negativos na sua atividade comercial. Afirmou que seu descredenciamento inclusive teria ocorrido por conta do presente débito e que jamais fora citado para adimplir a obrigação ou prestar justificativa tempestiva, sendo informado pela SEFAZ, que uma intimação fora enviada através de AR para seu antigo endereço e assinada por uma pessoa estranha à atividade comercial e sem competência para assinar qualquer documento de sua empresa. Argüiu ter havido falha processual, contrariando o art. 108 do RPAF/99, configurando violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Argumentou ainda, que a MVA é utilizada em operações sujeitas à antecipação total do ICMS, incluindo aí, as mercadorias sujeitas ao regime de Substituição tributária constantes do Anexo 1 do Regulamento de ICMS/BA. Disse 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”*. 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) embora o auto de infração tenha sido lavrado no modelo 4 como se fosse de trânsito, os fatos descritos e os elementos que compõem o PAF, nos leva a concluir que não houve instantaneidade na referida operação;
- 2) conforme alegação defensiva, o autuado só tomou conhecimento da ação fiscal após a lavratura do auto de infração;
- 3) apesar de a acusação fiscal imputar ao autuado a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial com fundamento no art.12-A da Lei 7014/96, o demonstrativo de débito, a informação fiscal e as mercadorias relacionadas nos DANF-e se referem a falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária;
- 4) na memória de cálculo, a autuante consignou o valor total das mercadorias relacionadas nos DANF-e, aplicando a MVA respectiva, fez incidir a alíquota de 17%, não abatendo os créditos fiscais destacados nas notas fiscais, identificando assim, o valor exigido nos autos.

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.

Apesar do empenho no desenvolvimento da ação fiscal e da cronologia dos fatos narrados pela própria agente do Fisco, em sua Informação Fiscal, 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 na condição de inapto, de mercadorias destinadas a comercialização cujo enquadramento legal escolhido pela autuante é que seria devido o ICMS antecipação parcial e outra situação tributária completamente diversa são as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária arroladas nos DANF-e's supra citados, indicando ao autuado a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária.

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.

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 (não foi dado ao autuado o crédito destacado nas notas fiscais), porque os fatos aqui descritos nos leva a concluir que não se trata de auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias e, sobretudo, porque descreve infração não apontada nos demonstrativos acostados aos autos.

Recomendo a autoridade competente, verificar a possibilidade de refazimento do auto de infração a salvo dos vícios aqui apontados, com fulcro no art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Por tudo acima exposto, é NULO o 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 **210436.0242/14-6**, lavrado contra **RODRIGO ARANHA DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR