

A. I. Nº - 232340.0043/14-8
AUTUADO - FARMÁCIA DROGAPOLY LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEN
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/03/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-03/16

EMENTA. ICMS. NULIDADE. **a)** INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício. O ato administrativo de lançamento tributário deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Procedimentos de fiscalização típicos de auditoria fiscal de estabelecimento. Fatos geradores não verificados no trânsito de mercadorias, e sim, após a entrada das mercadorias no estabelecimento comercial. Lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materializa a “fiscalização de mercadorias em trânsito”. **b)** FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não demonstrado o critério adotado na determinação da data de ocorrência do fato gerador. Evidenciado, no caso dos autos, ofensa ao art. 18, incisos II, IV, alínea “a” do RPAF-BA/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/12/2014, exige crédito tributário no valor de R\$8.571,97, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial - (54.05.08), antes da entrada no território deste Estado, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previsto na legislação fiscal, conforme DANFES relacionados na “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária”, fls. 06 e 07 e Termo de Ocorrência nº 232340.0026/14-6 fls. 04 e 05.

O autuado ingressa com defesa, fls. 95 e 96, depois observar sua tempestividade aduz os seguintes argumentos.

Inicialmente, observa que o presente Auto de Infração constitui lançamento de ICMS, entendido pelo Fisco como em função da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, com o valor original no montante de R\$13.715,15. Destaca não haver embasamento jurídico para manutenção deste *quantum debeatur*, inverídico e insustentável.

Informa que anexa aos autos 04 DAEs, onde no corpo dos mesmos se encontra relacionado o números dos DANFES, devidamente sombreados, comprovando a quitação das antecipações parciais devidas.

Observa que o único DANFE que não se encontra recolhido é o de número 19682, a qual será o saldo a pagar do Auto de Infração em epígrafe.

Conclama pelo recebimento da presente impugnação e, por decorrência, a determinação dos efeitos do art. 151, inciso III, do CTN, com a consequente suspensão da exigibilidade do suposto crédito

tributário, objeto da notificação, ora impugnada, e seus regulares efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do seu nome e de seus associados em cadastro de devedores ou similar.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, mantendo-se, apenas, a exigência do ICMS sobre o DANFE nº 19682.

Fiscal designado presta informação fiscal às fls. 132 a 134. Inicialmente observa que a questão principal do Auto de Infração se resume à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada e isto é um aspecto incontestável, reconhecido pelo próprio autuado, que nada mais questiona a não ser o de requerer que seja considerado o recolhimento “espontâneo” realizado após a intimação e a entrada das mercadorias no Estado da Bahia, uma norma inexistente anexando comprovantes de pagamentos efetuados após o inicio da ação fiscal, já que o recolhimento apresentado é intempestivo.

Revela ser importante observar que os recolhimentos apresentados pelo impugnante, conforme se verifica na peça vestibular, não foram considerados, uma vez que efetuados sem a multa, com a finalidade de esconder que existia um crédito reclamado.

Resume destacando que o autuado recolheu o imposto após a intimação e não quer pagar mais nada da antecipação parcial e requer apenas uma apropriação inexistente sem qualquer argumento convincente com pedidos que foge aos procedimentos, inclusive da denúncia espontânea. Frisa tratar-se de uma inobservância ao art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN.

Em relação a apresentação de fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, afirma serem elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Destaca que o autuado é sabedor de que estava em situação irregular de descredenciado e isto está sacramentado.

Friza ser indiscutível, e o próprio autuado reconhece que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo à Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido, questionando apenas a forma de exigir o crédito tributário clamando indevidamente pela nulidade sem qualquer amparo legal.

Esclarece que em relação ao tema, o RICMS-BA é pacífico, dando garantia ao entendimento expressado de forma que o ICMS exigido “nas entradas” conforme prevê o art. 352-A, cujo teor reproduz.

Informa que o direito ao desconto está vinculado à tempestividade do recolhimento, no caso do descredenciado, indica que é antes da entrada no território baiano como previsto no art. 273 e no inciso III, do art. 332 do RICMS-BA/12.

Explica que o recolhimento foi intempestivo, haja vista que a intimação ocorreu em 16/10/2014, fl. 55, já os recolhimentos foram todos efetuados após a entrada da mercadoria no Estado da Bahia. Destaca que os recolhimentos, além de “espontâneos” dispensou, por conta própria a multa que jamais poderia ser desprezada, pois não é poder discricionário do servidor, e foi amparada da alínea “i”, do inciso IV, no art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração cuida da falta de recolhimento da antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado de mercadorias, conforme DANFEs enumerados na “Descrição dos Fatos”, procedentes de outra Unidades da Federação por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

De inicio, ao compulsar as peças que compõem os autos constato, mesmo sem ter havido qualquer arguição de nulidade, constato a necessidade de analisar a presença dos requisitos

indispensáveis para a validade do lançamento. Assim, exercendo a competência de julgador, passo a examinar de ofício esses requisitos na forma que se segue.

Constatou que as mercadorias discriminadas nos DANFEs não foram objeto de fiscalização no trânsito de mercadorias, como seria de se esperar, diante do Modelo 4 de Auto de Infração utilizado para a realização do lançamento, e sim, de fiscalização típica em estabelecimento, podendo tal fato ser facilmente percebido, a partir dos termos emitidos pelo autuante, em especial o Termo de Ocorrência Fiscal nº 232340.0026/14-6, fls. 04 e 05, no qual, sequer, foi consignada a assinatura do detentor das mercadorias e a quem foi confiada a posse dos produtos após o encerramento da ação fiscal, na condição de depositário.

Fica patente, portanto, que o Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado com o único intuito de dar feição de aparente de ação fiscal empreendida no trânsito de mercadorias, cuja característica é principal é instantaneidade da apuração, quando na realidade os procedimentos de fiscalização foram realizados em momento ulterior à ocorrência do fato gerador.

Das evidências emergem que, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado por agente de tributos lotado na IFMT - Metro, ele não é um Auto de Infração de trânsito, mas de monitoramento (auditoria sumária) do ICMS recolhido pelo contribuinte, com relação a algumas operações de circulação de mercadorias ocorridas em determinado período do ano de 2014, com viés de risco de sonegação determinado pela COE nos termos do art. 3º, da Portaria SEFAZ nº 217 de junho de 2012. Ou seja, ele deixou de ser uma abordagem imediata a alguma atitude adotada pelo contribuinte em um exato momento, para ser um acompanhamento de seus procedimentos fiscais durante um período.

O próprio autuante, ao intimar o sujeito passivo, conforme “Intimação para Apresentação de Livros e Documentos”, acostados às fl. 17, demonstra que desenvolveu a ação fiscal no estabelecimento da empresa, e não no trânsito. Colaciona também aos autos, fls. 80 e 81, cópia do Mandado de Fiscalização nº 63227904000174-2014105, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, através Regime Sumário Apuração do ICMS - art. 318 do RICMS-BA/12, no estabelecimento do contribuinte autuado, relativo à operação de circulação de mercadoria com viés de risco de sonegação. Demonstrada, portanto, a inobservância, pelo autuante, das rotinas e roteiros próprios da fiscalização de estabelecimentos, tanto no início, como no encerramento dos trabalhos.

O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo o preposto do Fisco agir nos estritos termos da legislação. Ressalto que, além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como o agente fiscal deve proceder na constituição do crédito.

Constatou também que a data de ocorrência constante do Auto de Infração, fl. 01 é 22/09/2014 e nas notas fiscais, objeto da autuação, acostadas às fls. 32 a 79, constam como datas de emissão o período que abrange de 01/09/2014 a 01/10/2014, ou seja, resta patente que foi adotada aleatoriamente, 22/09/2014, como sendo a data de ocorrência. Existindo, inclusive, DANFEs de nº 19682, remetente do Rio de Janeiro, fl. 32 e nº 52105, emitente de São Paulo, ambas emitidas em 01/10/2014, portanto, depois da data ocorrência constante do Auto de Infração. Logo, resta inequívoco que a insegurança atinente ao momento da ocorrência do fato gerador se configura instalada nos autos, implicando óbice incontornável à imprescindível caracterização da imputação.

Em assim sendo, nos termos em que está posta a legislação, é incompatível com a operação de trânsito a apuração de imposto lastreado em fato pretérito, como ocorreu no presente caso. Na situação sob análise, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide, não demonstrado o critério adotado na determinação da data de ocorrência do fato gerador.

Também observo que no Auto de Infração consta a acusação fiscal como sendo falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial e o correspondente enquadramento legal

dessa irregularidade, a alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS-BA/97 c/c o art. 12-A da Lei nº 7.014/96. No entanto, no demonstrativo de apuração de débito acostado às fls. 06 e 07, “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária” a exigência apurada se refere à antecipação tributária aplicando-se, inclusive a MVA para obtenção da base cálculo. Logo, contrariando a expressa previsão do inciso III do art. 23 da Lei nº 7.014/96.

Ante a inexistencia nos autos de elementos suficientes para determinação com segurança do cometimento da infração, com repercussão no exercício da ampla defesa do sujeito passivo, entendo ter sido violado o art. 18, incisos II, IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, motivo pelo qual o lançamento em lide deve ser julgado nulo.

Nestes termos, recomenda-se ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuinte, que verifique o cumprimento de obrigações tributárias do sujeito passivo, em novo procedimento de fiscalização que não contenha os vícios acima enumerados.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232340.0043/14-8, lavrado contra **FARMÁCIA DROGAPOLO LTDA. - EPP.** recomenda-se ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuinte, em novo procedimento de fiscalização que não contenha os vícios.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR