

A. I. Nº - 118505.0182/14-6,
AUTUADO - WATCH IMAGINE RELÓGIOS E ACESSÓRIOS EIRELLI - EPP
AUTUANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-01/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. 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. Como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A lavratura de “termo de ocorrência” inválido, que não materialize a “fiscalização de mercadorias em trânsito”, não lhe empresta tal qualidade. Evidenciada no caso dos autos a ofensa ao artigo 18, IV 'a' do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/10/2014 reclama o valor de R\$6.896,56, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação parcial, sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, , não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 34 a 35, após descrever a autuação afirma que o auto de infração não apresenta o valor individual das notas fiscais, impossibilitando a recomposição da Base de Cálculo no montante de R\$ 66.009,00.

Informa que, na busca de elementos documentais que comprovariam o recolhimento do imposto exigido encontrou o pagamento de R\$ 9.583,02, efetuado em 29/09/2014, correspondente às notas fiscais eletrônicas nºs 126030 e 126.056.

Ressalta ter percebido que o referido recolhimento não consta do sistema da SEFAZ, possivelmente por estar com o código equivocado, pois foi informado o código 1145 quando o correto seria 2175. Diz que providenciou a solicitação da retificação, conforme documento u anexou.

Prossegue informando que a nota fiscal eletrônica nº 126056 apresenta a Base de Cálculo de R\$50.370,65, imposto de R\$ 8.563,01, crédito fiscal de R\$ 3.525,98 e deve ser considerado o imposto recolhido de R\$ 4.026,62.

Discorda das exigências referentes as seguintes notas fiscais eletrônicas: 5851 emitida pela Tapeçaria Vila Carmosa, no valor de R\$1.045,37, referente a itens de consumo; 189.546 no valor de R\$ 1.025,00, emitida por Eugenia Steffens, por referir-se a ativo fixo e a de nº 1532, emitida por Atenas Industria de Embalagens, por tratar-se de embalagem/consumo.

No que diz respeito a NFe 23.427, de emissão de Calçados Biondini informa que efetuou o pagamento, com juros e multas, conforme documento de arrecadação que apresentou.

Quanto as NFes de nº 189.263 e 189.541, emitidas por Eugenia Steffens Hille, CNPJ 651.0700.129-49, informa não ter ciência de sua existência, ou seja, seus controles administrativos não evidenciam a presença daquelas compras.

Finaliza solicitando a desconsideração de todos os valores exigidos no Auto de Infração.

A autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 55 a 59 faz um resumo dos argumentos apresentados na defesa, nos seguintes termos:

1. Na busca dos elementos documentais que comprovem ter feito recolhimentos, a empresa encontrou o pagamento de R\$ 9.583,02, ocorrido na data de 29/09/2014, correspondente às Nfes nºs 126.030 e 126.056.
2. A empresa percebeu que o recolhimento acima informado não consta nos arquivos da SEFAZ, possivelmente por estar com código errado; pois foi recolhido com o código 1145, quando o correto seria o código 2175. A solicitação para a retificação foi feita, conforme DOC 006.
3. A NFe 126.056 apresenta a Base de Cálculo de R\$ 50.370,65, Imposto de R\$ 8.563,01, Crédito fiscal de R\$ 3.525,98; e IMPOSTO RECOLHIDO, valor histórico, de R\$ 4.029, 62.
4. Não deve haver a ocorrência e cobrança do tributo para as NF nº 5851 , emitida por Tapeçaria Vila Formosa, no valor de R\$ 1.045,37 (DOC 007), referente a itens de consumo; Nfe nº 189.546,00, no valor de R\$ 1.025,00, emitida por Eugenia Steffens, por referir-se a ativo fixo e a Nfe nº 1532, emitida por Atenas Industria de Embalagens, por se tratar de embalagem/consumo.
5. Com referencia à Nfe 23.427, de emissão de Claçados Biondini (DOC 010), a empresa efetuou o recolhimento, com juro e multas, documentação enviada pela nossa transportadora, conforme DAE (DOC 010.1).
6. As Nfe indicadas no AUTO, de nº 189.263 e 189.541, informadas como sendo de CNPJ 651.070.129-49, Eugenia Steffens Hille, a empresa informa não ter ciência de sua existência; ou seja, seus controles administrativos não evidenciam a presença dessas compras.

Após, passa a contestar os itens 1 e 2 afirmando ser inverídico pois foi verificado todos os pagamentos independente do código aplicado. Aduz que o código 2175 é exclusivo da SEFAZ e se o recolhimento fosse efetuado constaria no sistema. Acrescenta que na ocasião em que foi intimado nada apresentou, e se houve pedido de solicitação de retificação não tomou conhecimento do mesmo.

No item 3 diz que o autuado nada informa. Apenas descreve um documento fiscal com descrição de dados, ou seja descreve uma premissa falsa.

No item 4 apenas informa que o ICMS não é devido por tratar de consumo o que não é verdade pois a atividade da empresa é comercio varejista do artigo em questão.

No item 5 tenta mais uma vez confundir e apresenta um recolhimento espontâneo muito tempo após a entrada da mercadoria mesmo sabendo que a intimação alertava sobre o assunto conforme se verifica no doc. 23 e 24.

Quanto ao item 06, apresenta uma contestação sem fundamento de que "seus controles administrativos não evidenciam a presença dessas compras". Contudo, o requerente não apresentou durante o período da intimação nenhuma comprovação do alegado, pois se assim o fizesse seria orientado a procurar a DECECAP para efetuar um Boletim de Ocorrência.

Esclarece que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada e isto é uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, que nada mais questiona a não ser que seja considerado um recolhimento espontâneo após a intimação ,anexando comprovantes de pagamentos efetuados após a ação fiscal.

Frisa que o recolhimento apresentado pelo requerente é intempestivo razão pela qual não foram considerados. Enfim, trata-se de uma inobservância ao artigo 138, parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Afirma que se encontra descrito no Auto de Infração a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Enfatiza que o autuado é sabedor de que estava em situação irregular de descredenciado e isto está sacramentado. A própria autuada reconhece que o ICMS da mercadoria relativo ao objeto da autuação relativo à Antecipação Parcial é devido e não foi recolhido, questiona apenas a forma de exigir o crédito tributário clamando indevidamente pela improcedência sem nenhum amparo legal. Em relação ao tema o Regulamento do ICMS é pacífico quando a questão, dando garantia ao entendimento de que o ICMS é exigido “nas entradas”, conforme prevê o artigo 352ª.

A título de informação esclarece que o direito ao desconto está vinculado a tempestividade do recolhimento, no caso de descredenciado, antes da entrada da mercadoria no território baiano. É o que prevê o "Art. 273, que transcreveu.

Reafirma que o recolhimento apresentado foi intempestivo pois a intimação foi entregue em 29/10/2014 e os recolhimentos anexados foram todos após a intimação e a entrada da mercadoria no estado da Bahia.

Externa o seu entendimento de que “os recolhimento além de espontâneo dispensa por conta própria pelo requerente sem nenhum amparo legal e a multa que jamais poderia ser desprezada, pois não é poder discricionário do servidor, muito menos do autuado e ela foi amparada no artigo 42, inciso IV, alínea “i” da lei 7.014/96, já descrita na peça vestibular”.

Finaliza aduzindo que “à 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 Colendo Órgão Julgador”.

VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas no Estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais anexos, em razão de Antecipação Tributária parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido.

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

Para embasar a acusação fiscal foi elaborado um demonstrativo denominado “Memória de cálculo para antecipação tributária”, acompanhado de uma Intimação para apresentação de Notas Fiscais eletrônicas e respectivos DAES de pagamento, referentes aos DANFes nº 5851, 5736, 23427, 1520, 126056, 189263, 189541, 189546, Mandado de Fiscalização (ordem de Serviço), e fotocópias dos mencionados documentos fiscais, fls. 8 a 22.

Da análise dos citados documentos constata-se que a exigência fiscal diz respeito a Documentos Auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas - DANFes emitidos no período compreendido entre 17 a 24 de setembro de 2014, portanto, não se justifica a lavratura de Auto de Infração no modelo 4, com

data de ocorrência em 03/10/2014, já que, de acordo com os documentos inseridos nos autos, restou comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea. Nesta situação, o preposto autuante, constatando a conduta infracional, lavra o flagrante, apreendendo ou não mercadorias e/ou documentos, e impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que não ficou demonstrado nos autos.

Ademais, verifico que apesar de, à fl. 05/06, constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo sequer foi assinado pelo sujeito passivo.

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 na presente situação. No caso em questão, 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 trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura do Auto de Infração em lide.

Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **118505.0182/14-6**, lavrado contra **WATCH IMAGINE RELÓGIOS E ACESSÓRIOS EIRELLI – EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR