

A. I. Nº - 232340.0017/15-5
AUTUADO - FERNANDO SODRÉ PINHO 93831811504
AUTUANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM
ORIGEM - IFMT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTENET 22.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-02/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A obrigatoriedade pelo pagamento da antecipação parcial está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infração caracterizada, pois o autuado não estava credenciado para efetuar o pagamento da antecipação parcial na entrada das mercadorias no estabelecimento. Ultrapassadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração Modelo 4 em epígrafe, lavrado em 13/04/2015, exige ICMS no valor de R\$1.105.000,00, em decorrência da seguinte infração:

54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação, no mês de março de 2015, conforme Termo de Ocorrência Fiscal (fs.04 e 05), DANFES (fls.06 e 07), Monitoramento Vies de Risco Sonegação Fiscal (fls.09 e 10), Termo de Ocorrência Fiscal (fl.11).

Consta na descrição dos fatos: *Falta de recolhimento da a/total do ICMS, pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outra da Federação (Goiás). Danfes nºs 81095 a 81101. Mandado de Fiscalização nº 17914976000172-201548. Mandado desmenbrado por orientação do Coordenador Washington.*

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído nos autos, apresenta impugnação tempestiva às folhas 18 a 21 mediante a qual, contesta o presente lançamento, apresentando as razões de fato e de direito a seguir articuladas.

Aduz que o auto de infração foi lavrado por entender e presumir a fiscalização presumir adquiriu os produtos, enquadrando-lhe como sujeito passivo da obrigação como se tivesse adquirido os referidos produtos. Salienta que apesar do revestimento formal legal da operação, trata-se de uma simulação de uma suposta operação patrocinada pelo remetente com o intuito comprovadamente de fraude, contra a Fazenda Estadual, utilizando seu nome para prejudicá-lo, pois simulou “ vendas ” ao descarregar ou “ desovar ” compras fictícias, que jamais existiram.

Ilustra que o processo administrativo fiscal e sua instrução deverão estar pautados no princípio da verdade material, expresso no art. 2º do regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Dec. 7.629/99, destacando que o seu parágrafo primeiro evidencia que a instrução deve ser necessária a elucidação do processo e ao convencimento da autoridade julgadora.

Assim, assevera que para a fiscalização capitular uma infração deve comprovar a existência da mesma, o que diz, nos autos restar equivocada, por entender que meros elementos da convicção subjetiva, sem a devida prova material da infração não são suficientes para tal fim. Comenta que a presunção de veracidade do agente público não deve extrapolar a verdade material para presumir uma suposta infração.

Frisa que a nulidade deste auto baseia-se na verdade material provada nos autos, e informou que acostou ao processo cópia do Boletim de Ocorrência na competente Delegacia, informando de que o requerente não adquiriu os produtos. Com base nisso, sustenta que o autuante não reuniu os elementos suficientes a provar a materialidade da infração, que deveria ocorrer contra o destinatário que utilizou tão somente da subjetividade de remessas para presumir através de uma diligência da COE (Central de Operações Estaduais) de uma suposta infração.

Desta forma, diz que não foi observado pela fiscalização que a empresa não possui suporte para tal monta, nunca teve nem 000,1 % o referido valor no seu patrimônio. Afirma que o valor da operação é tão absurda que o remetente (fornecedor), poderia emitir tal documento, contudo o destinatário (adquirente), jamais poderia realizar a operação, o que chega a uma das hipóteses de nulidade expostas no art.18, IV, “a”, do RPAF.

No caso concreto desta lide argumenta que, com os documentos acostados na peça vestibular, apela no sentido de que o auto seja julgado NULO e o autuante seja autorizado a efetuar o refazimento sua ação fiscal, no sentido de reclamar o crédito contra o remetente. Colocou-se como testemunha em todas as fases do processo em benefício do Estado da Bahia, bem como autoriza a quebra do seu sigilo, fiscal, bancário e telefônico, por entender que o fornecedor agiu com dolo e má fé na situação fática, descrita no parágrafo anterior, e capitulou a infração em mera subjetividade sem aferir com segurança se tratar de fraude ou simulação. Entendendo restar provado nos autos a sua boa fé objetiva da obrigação principal através dos documentos e declarações, traz a baila um julgado do TFR, AC 24.955, DJU 9/5/69.

No mérito, diz que ao proceder com a análise do presente auto de infração entende que a ação que ensejou o digno fiscal a presumir uma ilicitude com base em suposições e probabilidades.

Observa que nos autos ainda é possível verificar a sua boa-fé objetiva pois o mesmo nunca comercializou um montante deste valor em toda a sua história de prática comercial, pois o seu estabelecimento trata-se de um contribuinte de pequena monta e não tem condições nenhuma e nunca praticou uma movimentação tão volumosa.

Opina que o fornecedor supracitado deve pagar pelo crime praticado contra a administração pública pela suposta infração, independente de outras ações judiciais que moverá contra o real acusado.

Reafirma que como suposta destinatária das mercadorias, é a maior prejudicada pela ação fiscal, pois comprometeu a sua capacidade que só poderá gerar prejuízos com um desenquadramento por um faturamento inexistente.

Na certeza e no, aguardo e o deslinde deste auto para uma intentar uma ação judicial mais lastreada.

Sustenta que diante das provas testemunhais e documentais, e da boa-fé objetiva nos autos e do princípio da verdade material, que rege o processo administrativo fiscal, fica evidente que não houve a caracterização da materialidade da infração, mas, sim, uma fraude ou simulação do fornecedor. Pede a aplicação dos artigos 112, incisos I e II, e 149, do CTN.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado **NULO** com o refazimento da ação fiscal contra o fornecedor que agiu com fraude e má fé.

Na informação fiscal às fls. 29 a 30, o autuante informou que constatou em diligência *in loco* que o contribuinte autuado não possui suporte para adquirir o montante, reclamado, mas não lhe cabe poder discricionário para avaliação, mas sim o de cumprir com sua obrigação.

Quanto a alegação defensiva de que houve presunção de que o autuado houvera adquirido os produtos, e que a operação trata de uma simulação de uma suposta operação patrocinada pelo remetente com o intuito comprovadamente de fraude, contra a Fazenda Estadual, salientou que a questão principal se resume a uma ação em que cumpriu com suas obrigações e reclama um crédito, e o autuado em sua defesa informa que a empresa não adquiriu os produtos e o fornecedor agiu de má fé.

Destaca que a defesa está centrada na acusação de que o fornecedor agiu com fraude e má fé, pois o estabelecimento nunca comercializou um montante deste valor em toda a sua história de prática comercial, a ainda de que a empresa trata-se de um contribuinte de pequena monta e não tem condições nenhuma e nunca praticou uma movimentação tão volumosa, para ao final, requere a nulidade da ação fiscal com o refazimento da ação fiscal contra o fornecedor".

Pelo acima alinhado, considerou que estar-se-ia diante de um dilema, onde como autuante cumpriu com uma determinação legal e constituiu o crédito fiscal através do Mandato de Fiscalização, cabendo agora uma análise mais profunda através da INFIP e a DECECAP e verificar se o fornecedor realmente efetuou as operações e aplicar os rigores da Lei quando constatar o ilícito tributário.

Concluindo, diz que cabe ao CONSEF avaliar a possibilidade de identificar o real responsável pelo tributo devido, ou devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.

O processo foi pautado para julgamento, sendo na sessão do dia 02/02/2016, por unanimidade, julgado pela nulidade do lançamento, por restar comprovado tratar-se o presente auto de infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial utilizando o AI – Mod. destinado a autuação no trânsito de mercadorias, conforme Acórdão JF nº 0001-02/16 (docs.fls.34 a 37).

Esta Junta recorreu de ofício da citada 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.46 e 47, o sujeito passivo foi cientificado do referido julgamento, porém, manteve-se silente.

Conforme Acórdão CJF nº 0120-11/16 (fls.51 a 53), foi decidido por unanimidade PROVER o Recurso de Ofício desta 2ª JF, e tornar NULA a DECISÃO expressa no referido Acórdão, por entender que o ato não será declarado nulo quando não causar dano ao Erário, e por não ser possível ingressar no mérito das questões não decididas no aludido julgamento, retornando o PAF, para novo julgamento, a fim de que seja analisado o mérito da imputação.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 23/08/2016, para realização de diligência, sendo decidido pela desnecessidade de realização de tal diligência, em virtude de os autos conter todos os elementos necessários para o julgamento da lide.

VOTO

Trata de novo julgamento do Auto de Infração objeto do presente processo, tendo em vista que através do Acórdão CJF nº 0120-11/16, fls.51 a 53, foi decidido por unanimidade, PROVER o Recurso de Ofício, e declarada NULA a decisão recorrida que foi objeto do julgamento pela instância julgadora, com base no entendimento de que é descabida a nulidade do lançamento, e que os julgadores de primo grau deveria ter se manifestado sobre a questão da imputação, ou seja, da antecipação parcial,

A acusação constante no Auto de Infração é de: “Infração 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial, antes da entrada no território deste Estado, de

mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação.”

Foi utilizado o Auto de Infração modelo 4, neste PAF para a constituição do crédito tributário em lide, o qual é utilizado para formalizar lançamentos de ofício nas infrações apuradas pela fiscalização trânsito de mercadorias, inclusive com o código da infração 54.05.08 de infração no trânsito.

A ação fiscal foi determinada pela Central de Operações Estaduais da Secretaria da Fazenda, conforme *Mandado de Fiscalização nº 17914976000172-201548 (docs. fls.09 e 10)*, cuja conclusão fiscal está baseada de que as mercadorias foram, adquiridas pelo autuado e tem origem no Estado Goiás através dos *Danfes nºs 81095 a 81101 (docs.fl.s.06 e 07)*.

Inicialmente vale consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar deve debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Verifico que há, nestes autos, um vício jurídico que tenho o dever, como julgador, de levantar de ofício, pois diz respeito à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

Neste processo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, foi constatado que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, vislumbro que, o mesmo não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, visto que não houve apreensão das mercadorias, e por via de consequência não foi lavrado o correspondente Termo de Apreensão, haja vista que o Termo de Ocorrência Fiscal às fls.04 e 05 apesar de constar a assinatura do autuado não houve apreensão das mercadorias.

Ademais, a exação fiscal diz respeito aos DANFES 81095 a 81101 (docs.fl.s.06 e 07), os quais, estão datados de 28/03/2015, sendo a suposta apreensão em 13/04/2015 sem a informação no Termo de Ocorrência Fiscal do transportador e da Placa Policial do veículo transportador. Além disso, a ação foi determinada em 08/04/2015 pela Central de Operações Estaduais (COE), fl.09, o que evidencia que as mercadorias não estavam em trânsito. Constam ainda nos autos uma intimação, emitida pela Inspetoria Fiscal de Mercadorias em Trânsito Metro e um Termo de Ocorrência Fiscal, fls.11 e 12, que confirmam que a ação fiscal não ocorreu no trânsito das mercadorias.

O débito lançado no auto de infração foi apurado com base no somatório dos DANFES, os quais foram emitidos em 28/03/2015, e o auto de infração emitido em 13/04/2016. Portanto, por se tratar de operações pretéritas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, haja vista que a ciência do auto de infração ocorreu em 18/07/2015, conclui-se que não se trata de “*uma infração constatada no trânsito de mercadorias*”, apesar de o autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais.

Reza o art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 que “Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”, dispositivo repetido no Decreto nº 7.629/99, adrede mencionado.

No caso, comprovado tratar-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime Simbahia de apuração do ICMS, conforme consta no extrato do INC – Informações do Contribuinte no site da SEFAZ, fl.08, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não falece de competência ao autuante para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comercial.

Assim, apesar de o autuante ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais optante pelo Regime do Simples Nacional, pelo fato de restar caracterizado que a ação fiscal não ocorreu no trânsito, eis que, sem a apreensão das mercadorias.

Cumpra observar que, diante da alegação do sujeito passivo de que o fornecedor agiu com fraude e má fé ao utilizar seus dados cadastrais para emissão dos DANFES, o autuante na informação fiscal, fl.30, registrou o seguinte:

.....

“estamos diante de um dilema, onde o autuante cumpriu com uma determinação legal e constituiu o crédito fiscal através do Mandato de fiscalização, cabendo agora uma análise mais profunda através da INFIP e a DECECAP e verificar se o fornecedor realmente efetuou as operações a aplicar os rigores da Lei quando constatar o ilícito tributário.

Ante o exposto, cabe ao CONSEF avaliar a possibilidade de identificar o real paciente do tributo devido, ou devendo o presente auto de infração ser ratificado pela decisão deste Colendo Órgão Julgador.”

Esta informação, da forma como foi posta, caracteriza total insegurança no presente lançamento tributário.

Pelo acima comentado, concluo que ocorreu vício insanável na lavratura do presente auto de infração, o que leva à nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não oferecer segurança na imputação ou não for obedecido o devido processo legal.

Cabe consignar que a jurisprudência do CONSEF nos casos de lançamentos de valores não apurados no trânsito da mercadoria, utilizando o Auto de Infração - Mod.4, é unânime no sentido de que se a ocorrência não foi verificada no trânsito de mercadorias, a ação deveria ser realizada no estabelecimento obedecendo o artigo 28 do RPAF/99.

Contudo, apesar de entender que não foi cumprido o devido processo legal no que diz respeito à formalização do lançamento tributário, dando estrito cumprimento a determinação de instância superior do Conselho de Fazenda Estadual através do Acórdão CJF nº 0120-11/16, fls.51 a 53, ultrapasso as questões formais acima alinhadas, e passo a adentrar no mérito da autuação tomando por base os documentos que instruem o presente processo.

A exigência fiscal é decorrente da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste estado, de mercadorias procedentes do Estado de Goiás, acobertadas pelos DANFES nº 81.095 e 91.101, fls.06 e 07.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

O lançamento foi impugnado com base nas seguintes premissas: que houve presunção da fiscalização de que adquiriu as mercadorias constantes nos documentos fiscais; conforme Certidão emitida pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, Polícia Civil, DEPOM, registrou Boletim de Ocorrência, informando de que não adquiriu os produtos; que não foi observado pela fiscalização que a empresa não possui suporte para aquisição de tal monta, inclusive que nunca comercializou um montante no valor dos documentos fiscais; e que cabe ao fornecedor pagar pelo crime praticado contra a administração pública pela suposta infração, independente de outras ações judiciais que moverá contra o real acusado.

Não acolho o argumento defensivo de que houve presunção da fiscalização na conclusão fiscal, visto que, os documentos fiscais objeto da autuação contém todos os dados cadastrais do autuado.

O § 17 do artigo 89 do RICMS/2012, prevê que: “§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.”

Portanto, é dever do contribuinte verificar regularmente as notas fiscais que foram emitidas em seu nome. E no caso de desconhecimento da operação, além do registro previsto no dispositivo acima transcrito, reza o § 16 do mesmo dispositivo citado: “O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

No caso em apreciação, o autuado na qualidade de contribuinte destinatário das mercadorias objeto da autuação deixou de atender ao disposto § 17 do art.89 do RICMS/2012. Sendo assim, a Certidão apresentada, fls.22 e 23, por ter sido emitida em 14/04/2015 às 13:37 horas, após o início da ação fiscal que ocorreu no dia 13/04/2015 através do Termo de Ocorrência fiscal, fls.04 e 05, não elide a legitimidade do presente lançamento tributário.

Do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração, no valor de R\$1.105.000,00. Contudo, verifiquei que consta no SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária o valor de histórico de R\$1.255.455,75, conforme Relatório anexado a fl. 68.

Diante do exposto, recomendo a autoridade fazendária competente proceder a retificação no SIGAT, da base de cálculo constante no demonstrativo de débito fl. 2 para o valor de R\$6.500.000,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232340.0017/15-5**, lavrado contra a empresa **FERNANDO SODRÉ PINHO 93831811504**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.105.000,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR