

A. I. N° - 118505.0177/14-2
AUTUADO - BELLA DONA MODAS E ACESSÓRIOS EIRELI - ME
AUTUANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/10/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0194-03/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. Auto de Infração Modelo 4, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Concedido ao autuado prazo para apresentação de documentos fiscais, no entanto, antes da fruição do prazo foi efetuada a lavratura do Auto de Infração. 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. Evidenciada nos autos ofensa ao artigo 18, incisos I e IV, alínea “a” do RPAF-BA/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2014, exige crédito tributário no valor de R\$6.842,97, acrescido da multa de 60%, em razão da Infração - **54.05.08** - falta de recolhimento do ICMS antecipação - parcial ou total - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência do regime especial deferido, conforme cópias dos Danfes colacionados às fls. 08 a 17 e na “Memória de Cálculo”, fl. 06, e Termo de Ocorrência Fiscal nº 118505.0042/14-0, fl. 04, e Termo para Apresentação de Danfes, fl. 19 e Mandato de Fiscalização nº 20881459000159-214919.

Consta na “Descrição dos Fatos”: “... constatamos as seguintes irregularidade: falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte na condição de descredenciado. NFe - DANFES, recebidos conforme relação, Memória de Cálculo nºs 7169, 7081, 2978, 4667, 222, 228, 25302, 1760, 235 e 408153, cópias dos mesmo, intimações e outros documentos apensos, referem-se ao período financeiro fiscalizados nos dias de 08, 09, 12, 15, 16, 17, 19 e 23/09/2014. Mandato de Fiscalização nº 20881459000159-214919. A base de cálculo foi apurada através dos Danfes do período. Toda documentação aqui acostada é parte integrante do processo que constitui prova material de infração à legislação do ICMS.”

O impugnante apresenta defesa, fls. 38 a 40, na qual, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal articula os seguintes argumentos.

Inicialmente destaca que o Auto de Infração não pode prosperar, devendo ser nulo de pleno direito porque não se encontra estribado dentro dos cânones da legalidade e pelo fato de a autuação fiscal ter exorbitado em seu poder de tributar.

Assevera que o Fisco exorbitou em seu poder de tributar, aplicando multa abusiva pela suposta infração praticada, no valor de R\$10.948,75, o que não condiz com a realidade dos fatos, por isso diz protestar pela anulação do Auto de Infração.

Afirma que o Auto de Infração foi lavrado para exigir a equivocada multa sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial referente as aquisições interestaduais.

Observa que a autuação não pode prosperar por se consubstanciar em cobrança indevida, uma vez que efetuou os pagamentos tempestivamente por ocasião da saída das mercadorias com destino para este Estado.

Esclarece que se cadastrou no Simples Nacional em 20/08/2014 e iniciou suas atividades em 10/2014. Prossegue asseverando que efetuou compras interestaduais para posteriores revendas, só que as mercadorias circularam para seu estabelecimento comercial após reforma e conclusão de sua loja, por alguns dias as mercadorias ficaram retidas no estabelecimento do fornecedor até que tivesse um espaço físico apropriado para recebimento e alojamento de tais mercadorias.

Afirma que anexa aos autos comprovantes de arrecadação dos DAEs do ICMS antecipação parcial, pagos sobre as Notas Fiscais Eletrônicas de nºs 7160, 7081, 2978, 222, 228, 1760, 235, cujos pagamentos foram efetuados antes da ciência do Auto de Infração lavrado para exigir a equivocada multa, visto que todos os recolhimentos cobrados foram realizados. Acosta aos autos cópia dos DAEs relativos às NFes nºs 228 e 222, pagos, em 29/09/2014, fls. 47 e 50, e às NFes nºs 258, 235, 1760, 7081 e 650, pago em 30/09/2014, fls. 51 e 52.

Em relação à cobrança do ICMS antecipação parcial referente as NF-e nº 4667, 25302 e 408153, frisa que se trata de uma cobrança indevida. Observa que inexiste fato gerador nas operações interestaduais objeto dessas notas fiscais, pois se referem a aquisições de material para uso e consumo e bens para o ativo imobilizado.

Assevera que, conforme prevê o art. 272, do RICMS-BA/12, não há em que se falar em diferencial de alíquotas, pois é dispensado do pagamento do diferencial de alíquotas as ME e EPP. Por isso, diz entender ser, improcedente a cobrança.

Conclui requerendo o cancelamento da autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 66 e 67, nos termos que se segue.

Inicialmente reproduz o teor da acusação fiscal e em seguida resume as razões de defesa articulada pelo impugnante.

Afirma que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada, e isto é uma questão incontestável.

Explica que não houve multa abusiva, pois a mesma é aplicada conforme determina a legislação, bem como a criteriosa descrição dos fatos, encontra-se perfeita na peça vestibular do presente PAF, no qual estão indicados não só os dispositivos regulamentares cabíveis, mas, também, a tipificação prevista em Lei.

Ressalta que a nulidade prevista no nosso diploma legal não prevê o caso abordado pelo requerente e não guarda nenhuma conformidade com o crédito ora exigido.

Explica que na realidade o motivo da multa aplicada, é legal e indiscutível, basta verificar que o objeto da autuação relativo a falta do recolhimento da Antecipação Parcial não foi recolhido. Afirma que a legislação do ICMS é pacífica quanto a questão.

No que diz respeito à multa aplicada que foi de 60%, com direito a redução de 70% se for pago dentro do prazo legal de 30 dias, fl. 03, diz não ter exercido poder discricionário, pois está correta e amparada no art. 42 da Lei 7.014/96. Rebata tal assertiva ao asseverar que no PAF está consignado na memória de cálculo no campo próprio, a alíquota que foi aplicada à espécie para fins de apuração do montante do imposto a ser pago, bem como o valor da multa previsto na legislação de observância obrigatória, fls. 06 e 07.

Friza que o legislador ao definir a multa entendeu que a sua finalidade era de inibir o lançamento simulado, enfim, o dispositivo criado em lei foi com a função de impedir as diversas formas de evasão fiscal. Acrescenta que, na realidade, a multa aplicada além de legal, representa um duro golpe nas investidas de contribuintes que não recolhem o imposto devido.

Observa que o autuado é sabedor de que estava em situação irregular de descredenciado, isto está sacramentado. Quanto a nulidade suscitada, afirma que não encontra o respaldo legal exigido. Sustenta a legalidade da multa e diz que o requerente tenta enganar, ao anexar na peça vestibular documentos fiscais como se houvesse recolhimento tempestivo, fl. 48 a 52. Continua frisando que na realidade trata-se de um suposto pagamento antecipado, pois nenhum deles guarda conformidade com o pagamento dentro do prazo determinado pela legislação consoante previsto na alínea “d” do inciso III, da art. 332 do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

Explica que os recolhimentos apresentados pelo autuado, nenhum deles dá suporte legal a sua pretensão, pois se examinado com mais detença é fácil perceber que os pagamentos foram efetuados em data posterior aos documentos fiscais anexados ao processo, todos estão destacados em marca texto, já os documentos apresentados tem sua data limite posterior ao pagamento, fls. 08 a 17. Assinalou que refutar de uma vez por todas com os argumentos do autuado apresenta cópia de um e-mail do autuado, fl. 18, solicitando o recolhimento posterior ao lançamento com dispensa da multa.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, essa 3^a JJF converteu os autos em diligência para que o autuado fosse intimado a apresentar toda a documentação fiscal comprobatória de que não comercializa com as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais de nºs 4667, 25302 e 408153, com o objetivo de comprovar, inequivocamente, as alegações articuladas em sua defesa e, caso restasse comprovado, que fossem excluídas as notas fiscais cujas mercadorias não sejam destinadas a comercialização da “Tabela de Cálculo para Antecipação.”

Em atendimento ao pedido de diligência o Coordenador da IFMT - METRO, informa à fl. 71, que tanto a autuante, fl. 72, como ATE designado, fl. 75, compareceram ao endereço do estabelecimento autuado e não obtiveram êxito na localização, o que impossibilitou que fosse efetuada intimação do impugnante e o consequente atendimento da diligência.

O representante do autuado, em sustentação oral, em breve síntese, reiterou todos os argumentos articulados em sede de defesa e pugnou pela nulidade da autuação. Solicitou, tendo em vista o fechamento do estabelecimento autuado que todas as comunicações e notificações destes autos sejam endereçados ao escritório de seu Contador - Bomfim Contabilidade à avenida Dourival Caymmi , Vila dos Ex-Combatentes, Quadra D, Lote 01, Itapuã – Salvador – Bahia – CEP 41.635-151.

Na assentada do julgamento a Julgadora, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, solicitou vistas dos autos, no que foi atendida. e o julgamento foi adiado para a sessão seguinte.

VOTO

O presente Auto de Infração cuida da falta de recolhimento da antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado de mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação por contribuinte descredenciado.

De plano, observo que o modelo do Auto de Infração adotado neste caso é, de fato, o apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4) que ocorre quando as mercadorias estão, por óbvio, em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva do trânsito das mercadorias, em situação irregular.

O que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Auto de Infração, próprio para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem

efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar no Auto de Infração em 29/09/2014, não ocorreram quaisquer eventos no trânsito de mercadorias. Sequer foi lavrado o termo de depósito ou de apreensão das mercadorias.

Examinando outros aspectos formais do lançamento de ofício, verifico que a ação fiscal que originou a autuação foi iniciada em 29 de setembro de 2014, com a “Intimação para Apresentação de DANFES”, fl. 19, e tomado ciênciça por meio de e-mail, e fl. 18, concedendo um prazo de 48 horas para apresentação dos Danfes com os respectivos DAEs e a lavratura do Auto de Infração ocorreria também 29 de setembro de 2014, fl. 01, ou seja no mesmo dia da intimação.

De acordo com a “Intimação para Apresentação de DANFES”, fl. 19, preposto fazendário compareceu ao estabelecimento do autuado visando aferir a regularidade do cumprimento das obrigações tributárias, especificamente “verificar pagamentos Danfes”. Nessa oportunidade, a autuante emitiu a Intimação, solicitando a apresentação de DAEs e dos Danfes concedendo o prazo de 48 para apresentação e confirmado a intimação por *e-mail*, fl.18.

Dessa forma, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do “*devido processo legal*”. Na presente ação de fiscalização, não foram observadas as formalidades legais expressamente previstas em lei e demais atos normativos.

Constatou, assim, 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 por princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. Por ser o lançamento de crédito tributário ato vinculado, deve a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação, não lhe permitindo discricionariedades, devendo pautar sua atuação estritamente nos termos preconizados pela lei.

Ao verificar a existência de possível irregularidade quanto à aquisição de mercadorias, deve a fiscalização conceder aos contribuintes um prazo para apresentação da documentação que fora solicitada mediante o Termo de Intimação. Todavia, no caso em tela consta o prazo de 48 horas para o atendimento da Intimação. Prazo esse que não foi respeitado pela autuante, e o mais grave, o Auto de Infração foi lavrado no mesmo dia em que foi recebida por e-mail a Intimação - 29 de setembro de 2014, fl. 18.

Mesmo que se queira alegar que, após a lavratura do Auto de Infração o autuado teve tempo para apresentar a documentação solicitada durante a ação fiscal, afigura-se inadmissível, pois o procedimento foi concluído contendo um vício insanável, o qual impede que se determine a efetiva ocorrência da infração e do montante acaso devido. Ao se concluir o lançamento tributário de ofício, é necessário que ele esteja livre de qualquer vício.

Assim, resta evidenciada 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 por princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. Sendo o lançamento de crédito tributário ato vinculado, deve a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação, não lhe permitindo discricionariedades, devendo pautar sua atuação estritamente nos termos estipulados pela lei, é o que preceitua o art.142, do CTN.

Em suma, o procedimento adotado durante a ação fiscal afrontou o devido processo legal e cerceou o direito de defesa do autuado, maculando de nulidade todo o Auto de Infração, nos termos do art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Nos termos do art. 21, do RPAF-BA/99, deverá a autoridade competente providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas. Registro que qualquer notificação para o autuado, uma vez que seu estabelecimento não funciona mais no endereço cadastrado, deverá ser feita para o escritório do Contador - Bomfim Contabilidade à avenida Dourival Caymmi, Vila dos Ex-Combatentes, Quadra D, Lote 01, Itapuã – Salvador – Bahia – CEP 41.635-151.

Face ao 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 **118505.0177/14-2**, lavrado contra **BELLA DONA MODAS E ACESSÓRIOS EIRELI - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA