

A. I. N° - 225080.0162/17-0
AUTUADO - D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP
AUTUANTE - LUCIDALVA ROCHA VIANA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/06/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0063-01/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras do direito formal. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais, com confusão na exigência tributária e incerteza na apuração da base de cálculo, que fulminam de materialidade, a exigência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/10/2017, exige ICMS no valor de R\$96.563,40, acrescido da multa de 60%, em razão da irregularidade a seguir descrita: *"Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencados no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes se outras unidades da federação por contribuinte descredenciado"*.

Consta ainda no campo descrição dos fatos que *"Mercadorias apreendidas no pátio da Transportadora Fedex para comercialização, oriundas de outro estado, destinadas a contribuinte descredenciado no Estado da Bahia"*.

Trata-se de medicamentos constante do DANFE 444036 TAO 225080.0105/17.

Na peça defensiva apresentada (fls. 23/28), através de seu advogado, Procuração (fl. 29), acusa, o autuado, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, em face ao cerceamento do seu direito de defesa, visto que descumpriu o RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/1999 e Instrução Normativa da Secretaria da Fazenda, na medida em que não apresentou ao contribuinte, demonstrativos em formato editável, conforme determina o art. 8º, § 3º, do RPAF/BA.

Diz que a omissão ou erro de quaisquer dos requisitos exigidos pelo RPAF se constitui em causa de nulidade do ato, bem como da ação de cobrança dela decorrente. No presente caso, é impossível desconhecer a nulidade da autuação diante das evidências constatadas.

Aduz que pelos Princípios do contraditório e da Ampla Defesa, todo processo administrativo ou judicial, para que seja válido e legítimo, deve ensejar ao sujeito passivo a possibilidade de conhecimento de todas as alegações em seu desfavor, fazendo-se necessário a produção de todas as provas necessárias à demonstração das infrações cometidas. Sem essa demonstração, diz, não se respeita o instituto da segurança jurídica e da ampla defesa, consagrados constitucionalmente. (art. 18, § 1º do RPAF/BA).

Requer a nulidade do Auto de Infração.

Discorre que a atividade de fiscalização é essencialmente vinculada; o agente fiscalizador se encontra inteiramente preso ao enunciado da lei. A instituição do tributo é sempre feita mediante lei, e sua arrecadação e fiscalização constituem atividade administrativa vinculada. A própria instituição do tributo há de ser feita nos termos estabelecidos na Constituição, na qual se encontram os princípios jurídicos fundamentais da tributação.

Diz que na presente ação fiscal o contribuinte foi autuado por preposto fiscal lotado no Trânsito

de Mercadorias, deste modo, o “Demonstrativo de Débito – Trânsito de Mercadorias” e o “Auto de Infração Modelo 4” não servem para tratar de procedimento concernente a fiscalização de estabelecimento, isto porque, *data venia*, tais documentos não disponibilizam relatórios e dados necessários para que seja constatada a verdade material dos fatos, e a legalidade da ação fiscal.

Cita procedente: Auto de Infração nº 213080.1151/16-2, observando que não há no “*Termo de Ocorrência Fiscal*”, as informações necessárias aos procedimentos fiscais, necessárias para que não se configure cerceamento do direito de defesa.

Salienta que foi surpreendido com o seu descredenciamento junto ao CAD-ICMS, malgrado estar em dia com todos os requisitos necessários para estar credenciado e realizar o recolhimento nos moldes do artigo 332, § 2º do RICMS/BA.

Para tanto, impetrou Mandado de Segurança, Processo nº 0564195-26.2017.8.05.0001, que determinou o recredenciamento da impetrante de forma a possibilitar o recolhimento do ICMS da forma diferida, prevista no artigo 332, § 2º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Pede a nulidade da autuação, em conformidade com o art. 18, alínea “b” do RPAF/BA e o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Na Informação prestada (fls. 49/50), o preposto fiscal diz que a questão principal se resume à exigência do imposto em relação à empresa se encontrar descredenciada e que isso é uma questão incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte. Anexa o documento de fl. 07.

Aduz que o impugnante pede a aplicação dos descontos previstos na legislação para recolhimento espontâneo, sem multa, após a ação fiscal, o que foge ao instituto da denúncia espontânea, prevista no artigo 138 parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Informa que o autuado quer apenas a procrastinação do julgamento. Sabe que estava em situação irregular de descredenciado e requer a nulidade da autuação sem nenhum amparo legal.

Lembra a incidência do ICMS antecipação parcial, conforme prevê o artigo 352-A e que a multa não poderia ser desprezada, pois não é poder discricionário do servidor, uma vez prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

Aduz que também não procede a alegação defensiva de que foi “*surpreendido por seu descredenciamento*” ou que a justiça “*determinou o recredenciamento*”. Afirma que não houve desrespeito a nenhuma ordem judicial, pois o crédito foi reclamado visando assegurar a exigibilidade futura do crédito tributário.

Conclui que são insustentáveis os argumentos do Autuado.

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS, no valor de R\$96.563,40, além da multa de 60%, sob a acusação descrita da seguinte forma: “*Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencados no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da federação por contribuinte descredenciado*”.

O contribuinte autuado, através dos advogados, legalmente constituídos, preliminarmente, pede a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento do direito de defesa, uma vez que não recebeu os demonstrativos da autuação, o que o impediu de conhecer plenamente a materialidade da ação fiscal, sua legalidade e a cobrança dela decorrente.

Lavrado regularmente no trânsito de mercadorias, há de se registrar que tanto o Termo de Apreensão quanto o Termo de Ocorrência Fiscal são instrumentos próprios ao caso concreto que devem ser emitidos pela autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização, verificar o cumprimento de obrigação tributária e constituem prova material de infração, em conformidade com o art. 28, do RPAF (Decreto nº 7.629/99).

Não vislumbro, por esse aspecto, qualquer prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, o qual foi plenamente exercido pelo sujeito passivo, inclusive adentrando ao mérito e apresentando documento de arrecadação, numa prova do entendimento da acusação fiscal. Para enfrentar o

descredenciamento que teria justificada exigência antecipada do ICMS, o contribuinte impetrou Mandado de segurança (fls. 40/43).

Deixo, portanto, de acolher a nulidade suscitada pelo autuado.

A acusação fiscal exige o ICMS de R\$96.563,40, na primeira repartição fazendária, em virtude de o adquirente ter deixado de efetuar o pagamento do ICMS referente à aquisição no Estado de Goiás de medicamentos, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por força do art. 8, §4º, I, da Lei nº 7.014/96.

O preposto fiscal justifica a exigência antecipada do imposto, o fato de a empresa encontrar-se descredenciada, nos termos de art. 332, § 2º, RICMS/BA e conforme consta na ficha do contribuinte de fl. 17 e com omissão de pagamento de ICMS (art. 332, § 2º, III, RICMS/BA).

Examinando os autos do presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, contudo, verifico que a memória de cálculo utilizada para a determinação da base imponível da exigência não se sustenta nos documentos acostados.

O DANFE que representa a Nota Fiscal Eletrônica nº 444036, emitida por HYPERMARCAS S/A (fl. 6) consta o valor de R\$27.648,00, diversamente do valor apontado no Termo de Apreensão (fl. 4) e na memoria de calculo (fl. 8), que instruiu a base de cálculo da autuação.

Dessa forma, apresentou o Auto de Infração à base de cálculo de R\$554.895,36, com lastro no aludido demonstrativo de fl. 08 deste PAF, parte integrante dessa peça processual. Todavia, não consta dos autos os motivos da diferença e qual cálculo aritmético foi utilizado pelo autuante para se chegar ao valor de R\$554.895,40, em divergência com o documento fiscal que acobertava as mercadorias, no valor de R\$27.649,00.

A preposta do Fisco, em sua Informação, faz referência à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, previsto no art. 352-A do RICMS/BA, o que não ajudou nada na compreensão da pretensão fiscal.

Aplica-se ao caso a Súmula CONSEF nº 01, cujo conteúdo fundamenta a nulidade do procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Dessa forma, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do "*devido processo legal*". O Auto de infração respectivo não contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Diante do exposto, o presente Auto de infração é NULO.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 225080.0162/17-0, lavrado contra **D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR