

A. I. Nº - 130577.0072/17-3
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO (SNIPER ARMAS E MUNIÇÕES) - ME
AUTUANTE - GRAÇA HELENA CRISTO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068-05/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte com a inscrição estadual na situação de descredenciado. Em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois analisando a peça acusatória, observo que a infração está fundamentada para cobrança do ICMS ST, referente à aquisição de mercadoria - “armas” e “munições” - não acobertada pelo instituto da substituição tributária, onde o correto seria a constituição do crédito relativo à antecipação parcial, como assim está posto na descrição dos fatos e no desenvolvimento do roteiro de apuração do imposto pela fiscalização. Desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquia de vício insanável o Auto de Infração. Sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Logo, com base no art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/99, declaro de ofício, nulo o Auto de Infração. Com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, com o encaminhamento o presente processo à Fiscalização do Comércio, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, destacando que a autuada se encontra com sua situação cadastral, junto a SEFAZ/BA, na condição de INAPTA, com a informação de BAIXA INDEFERIDA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/06/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$ 32.018,99, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 54.05.10: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, com enquadramento nas alíneas “a” e “d” do inciso III, do art. 332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c parágrafo 3º e inciso I, do parágrafo 4º do art. 8º, parágrafo 6º, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Lançado ICMS no valor de

R\$32.018,99, mais multa de 60% tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Na descrição dos fatos, o autuante alega a falta de recolhimento do ICMS antecipado parcial na entrada no Estado das mercadorias constantes no DANFE nº 407961, destinadas a contribuinte em situação irregular/descredenciado.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 26 a 28, com documentos anexos acostados aos autos, contestando integralmente o Auto em tela, pelas razões que passo a expor:

Diz tratar-se de Auto de Infração lavrado em 02 de Junho de 2017, no qual foi imputado ao contribuinte responsabilidade tributária pela suposta 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 preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Por sua vez, diz que certo é que não houve no caso em exame, apreensão de mercadorias. Esta informação encontrava-se suprimida por ocasião da ausência de intimação idônea do contribuinte e entrega da documentação necessária ao exercício regular da ampla-defesa. Aduz que sem embargos, lavrou o Estado da Bahia o presente Auto de Infração exigindo do contribuinte um montante de R\$51.230,38, sendo R\$32.018,99 relativo ao ICMS antecipado e R\$19.211,39 referente à multa pelo não recolhimento antes da chegada no primeiro posto fiscal.

Assim, em que pese o termo de ocorrência fiscal ter apontado suposta irregularidade, assevera que vem à presença deste respeitável Conselho de Fazenda impugnar o respectivo Auto de Infração, nos termos dos fundamentos a seguir elencados.

Dos Fundamentos da Impugnação - *cerceamento do direito de defesa* - consignar que o preposto fiscal não disponibilizou ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da Impugnação, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa, conforme já anunciamos em petição derradeira.

Observa que prevê o RPAF/BA, em seu artigo 44 que “*O Auto de Infração será lavrado em 3 (três) vias, que terão a seguinte destinação: I - uma via, processo; II - uma via, autuado; III - uma via, autuante*”, e ainda que “*na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.*”

Também prevê o RPAF/BA que “*O Auto de Infração far-se-á acompanhar: I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente; II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido*”.

Nesse sentido, diz que a ausência dos pressupostos previstos nos dispositivos invocados, geram inúmeras consequências que inviabilizam o exercício regular do direito de defesa do Contribuinte, já que não teria à sua disposição todos os documentos necessários para justificar com precisão os itens pontuados pelo preposto fiscal, até porque não foram entregues os documentos relativos ao presente PAF, ocasião em que resultou no cerceamento do direito de defesa.

Em outras palavras, aduz que o fato de não terem sido entregues todos os papéis de trabalho, a exemplo das Notas Fiscais que serviram de supedâneo à autuação, que permitisse ao contribuinte exercer com primazia o seu direito Constitucional da ampla defesa, tão bem hospedado no artigo 2º do RPAF/BA, impõe a nulidade absoluta de todo o procedimento de lançamento de ofício, nos termos do inciso II do artigo 18 do RPAF/BA, que destaca.

Assim, diz que resta evidente a nulidade suscitada, devendo este Conselho de Fazenda declarar

nulo o presente feito por vício insanável, em vista do flagrante cerceamento do direito de defesa, notadamente por não existir nos autos elementos que afastem a incidência da norma insculpida no artigo 18 do RPAF/BA, bem como os termos de apreensão de mercadorias, guia de transportes, a chave de acesso do DANFE/NFE para o exercício da ampla defesa e demais documentos imprescindíveis à conclusão do feito.

Das questões de mérito. Noutro giro, caso ultrapassadas as questões já exploradas na presente peça, da análise dos documentos constantes nos autos, observa que é possível extrair que o Auto de Infração foi lavrado por agente de tributos estaduais, em 02 de Junho de 2017, em Modelo próprio, que denota inicialmente a sua lavratura no trânsito de mercadorias.

Contudo, diz verificar que o DANFE objeto do presente AI teve sua data de emissão suprimida pela SEFAZ/BA, o que dificulta o exercício da ampla-defesa, notadamente por ser impossível assinalar se realmente o procedimento fiscal presidido pela Inspetoria de Trânsito teria validade jurídica, em vista da competência funcional do Preposto Fazendário.

Outro fato que diz caber destacar é que o Termo de Ocorrência Fiscal que fundamenta o presente Auto de Infração, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias.

Isto posto, à luz dos elementos acima, diz não restar dúvida de que se trata de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, visto que os documentos apresentados pela fiscalização não confirmam se havia o trânsito de mercadoria no momento imediatamente e contemporâneo à autuação.

Isto significa dizer, alega o defendant, que as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, não se verificou no trânsito de mercadorias e sim em datas anteriores, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar através de fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Desta forma, diz, que por não se tratar de uma operação ocorrida no trânsito de mercadorias e sim relacionada à apuração de fatos pretéritos, deveria ser adotado o procedimento concernente à fiscalização no estabelecimento do autuado, cujo procedimento deve observar as normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Observa que na espécie, examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, diz que há de fato, a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento.

Nesse ponto, aduz que 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. No presente caso, como o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, teria de ser precedido, forçosamente, da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, mediante emissão do instrumento próprio, conforme determina a legislação tributária de regência.

Destaca que é possível notar que apesar de constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo além de não se encontrar assinado pelo autuado, a data real da entrada das mercadorias no Estado foi ignorada, conforme se extraí dos autos.

Ressalta que de acordo com os documentos que se extraem dos autos, a exigência diz respeito aos documentos fiscais ali indicados. Da análise dos citados documentos constata-se que se tratam de Notas Fiscais eletrônicas com data de emissão suprimida, portanto, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador e consequentemente a lavratura de Auto de Infração no modelo empregado, 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.

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.

Em outras palavras, diz que o Decreto nº 14.208/12 dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base em documentos fiscais eletrônicos. O decreto é técnica e juridicamente perfeito. Resta ser cumprido. Observa que o decreto não manda que autoridades incompetentes executem atos com desvio de função. Em nenhum momento o decreto se refere à lavratura de Auto de Infração.

Diz que a disciplina da lavratura de Autos de Infração e da competência para lavrá-los constitui objeto do RPAF e do COTEB. Aduz haver o vício aqui assinalado gravíssimo, pois afeta a legalidade do lançamento, não admitindo contemporização, haja vista que diz respeito à inobservância do devido procedimento fiscal e o lançamento tributário é um ato vinculado, regrado por lei, de modo que deve ser feito como a lei manda, não dando margem a discricionariedade. Pensar de outra forma é permitir que os contribuintes sejam corriqueiramente injustiçados com a alta carga tributária.

Por derradeiro, é de bom alvitre frisar que apenas por amor ao debate, caso essa nobre junta entenda por manter incólume a autuação vergastada, requer a redução da multa aplicada de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Do requerimento. Requer que seja a presente impugnação seja integralmente acatada, julgando-se o auto de infração vergastado totalmente improcedente, nos termos dos fundamentados acima.

A agente Fiscal Autuante em sua informação fiscal às fls. 37/38, traz inicialmente à tona o destaque da autuação, que se trata da falta de recolhimento do ICMS referente a 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 sem destinatário certo.

Em seguida, de forma resumida, destaca os termos da defesa, diz que a empresa Alexandre Lobo Pinto ME, Inscrita no Cadastro da SEFAZ sob o nº 49.006.128 ME, tem como Atividade Principal o Comercio Varejista de Armas e Munições.

Observa que a empresa adquiriu em 22/05/2017, conforme fls. 6 e 7 deste processo, mercadorias que constam no DANFE de número 000407961, sujeitas à antecipação parcial, e neste caso, fundo de pobreza, para aquisições dessas mercadorias em outras unidades da federação.

Aduz que a referida empresa no momento da aquisição dessas mercadorias se encontrava na condição de descredenciada, conforme consta na fl.11, salientando que atualmente está na condição de inapto, conforme fl.35, sendo os pagamentos ICMS realizados através de cobranças Judiciais, fl. 36 deste processo, para compras fora do Estado da Bahia.

Em sua defesa, às fls. 26, 27 e 28, o autuado requer a nulidade do Auto de Infração alegando

diversos argumentos equivocados e infundados, como falta de qualificação do autuante, sem data e hora da lavratura, falta de assinatura do autuante e autuado e outros inúmeros argumentos que provam uma total desinformação das leis e no caso específico do RICMS-BA, uma vez que todas essas informações estão claramente expostas no referido Auto de Infração e no TAO de nº 1305771002/17-2, anexos a este processo.

Diz que a defesa tenta desqualificar a ação fiscal no trânsito de mercadorias alegando ausência do Termo de Apreensão e que esses procedimentos são de Fiscalização de Comércio e que a SEFAZ/BA suprimiu a data de emissão do DANFE. Destaca que o advogado do autuado não observou que na fl. 7 consta a o DANFE nº 407961 com sua data de emissão 22.05.2017, onde fica clara a intenção da defesa em criar situações para que o contribuinte continue a procrastinar o pagamento e cumpra com suas obrigações tributárias após ação judicial.

Diz que as mercadorias (Armas e Munições) foram apreendidas na madrugada do dia 02.06.2017, no Posto Fiscal Honorato Viana, localizado na BR 324. Como se tratava de questão de segurança foi acionado o Comando de Policiamento Especializado, CIPE-Polo Industrial para proceder a custódia das Armas e Munições até que se localizasse o contribuinte. Posteriormente o mesmo fez a liberação das mercadorias mediante a apresentação do Mandado de Segurança, sendo dado ao transportador o Termo de Apreensão e o Auto de Infração para entregar ao autuado (fl.16).

Diante do exposto acima, fica claro e evidente que o contribuinte está totalmente equivocado em sua defesa, comprovando um total desconhecimento do RICMS-BA. Neste contexto, conclui a Fiscal Autuante, com base na fundamentação supra, que a cobrança da antecipação parcial do ICMS, com sua devida multa, encontra-se em conformidade com a lei e requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa a autuação sobre falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação total, em aquisição interestadual de mercadorias adquiridas – “armas” e “munições” - procedentes do Estado de São Paulo através DANFE nº 407961 (fls. 6/7), sob a acusação de estarem enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, destinadas a contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal., com lançamento do imposto no valor de R\$32.018,99 e enquadramento nas alíneas “a” e “d” do inciso III, do art. 332, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c parágrafo 3º e inciso I, do parágrafo 4º do art. 8º, parágrafo 6º, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96; mais multa de 60% tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

A empresa ALEXANDRE LOBO PINTO ME, Contribuinte Autuado, inscrita no Cadastro da SEFAZ sob o nº 49.006.128 ME, tem como Atividade Principal o Comercio Varejista de Armas e Munições, no momento da passagem dessas mercadorias, acobertadas pelo DANFE de número 00407961 (fls. 6/7), pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado na BR 324, na madrugada do dia 02.06.2017, como descrito pela d. Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, encontrava-se na condição de descredenciada junto ao cadastro de Contribuinte da SEFAZ/BA, conforme consta do documento de fl.11, salientando que atualmente está na condição de inapta, conforme documento de fl. 35 dos autos.

Tal condição levou a Fiscal Autuante, no Posto Fiscal Honorato Viana, a apreender as mercadorias acobertadas pelo DANFE nº 000407961, emitido por CBC BRASIL DISTRIBUIDORA, estabelecida no Estado de São Paulo, com destino ao Contribuinte Autuado ALEXANDRE LOBO PINTO ME, com enquadramento nas alíneas "a" e "d", do inc. III, do art. 332, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12, que a seguir destaco:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

- a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;
- d) destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria; (Grifos acrescidos)

É clara as disposições das alíneas "a" e "d", do inc. III, do art. 332, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, quando estipula que o ICMS por Antecipação Total, decorrente de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes será recolhido, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação, destinadas ao contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, independente do tipo de mercadoria. No caso objeto da autuação, as mercadorias tinham um destinatário certo, que era o Contribuinte Autuado ALEXANDRE LOBO PINTO ME, estabelecido neste Estado, porém, na situação de contribuinte com inscrição na situação de descredenciada (fls. 11), portanto com situação cadastral irregular, que é o objeto da atuação.

Em sede de defesa, o sujeito não traz aos autos quaisquer questões de mérito como contra-razões da autuação, na realidade argui preliminar de nulidade sob a perspectiva do cerceamento do direito de defesa, com a premissa de que a Fiscal Autuante não teria disponibilizado todos os papéis necessários à confecção da impugnação; ademais, traz também aos autos outras argüições de nulidade como argumento de mérito, tipo a alegação de que o Auto de Infração foi emitido no modelo próprio para as ações fiscais desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, onde à luz do seu entendimento, teria de ser procedido pela Fiscalização de Comércio; também argui que apesar de constar um “Termo de Ocorrência Fiscal”, o mesmo não se presta para fundamentar o procedimento fiscal adotado, haja vista que o mesmo, além de não se encontrar assinado pelo autuado, a data real da entrada das mercadorias no Estado foi ignorada, conforme diz extrair dos autos. Também alega que se trata de nota fiscal eletrônica com data de emissão suprimida, em que à luz do seu entendimento, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador e consequentemente a lavratura de Auto de Infração no modelo empregado, já que de acordo com os documentos inseridos nos autos, resta comprovado que se tratam de fatos pretéritos, enquanto que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea.

Ultrapasso todas essas argüições de nulidades, pois como bem destaca a Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, apresenta-me que o sujeito passivo criou situações para procrastinar o pagamento do Auto de Infração. Vê-se claramente nos autos que as mercadorias – “armas” e “munições” - acobertadas pelo DANFE nº 000407961, emitido por CBC BRASIL DISTRIBUIDORA, estabelecida no Estado de São Paulo, foram apreendidas na madrugada do dia 02.06.2017, no Posto Fiscal Honorato Viana, localizado na BR 324. Como se tratava de questão de segurança foi acionado o Comando de Policiamento Especializado, “CIEP-Polo Industrial”, para proceder a custódia das Armas e Munições até que se localizasse o contribuinte. Posteriormente o mesmo fez a liberação das mercadorias mediante a apresentação do Mandado de Segurança, sendo dado ao transportador o Termo de Apreensão e o Auto de Infração para entregar ao autuado (fl.16).

Neste contexto, o Auto de Infração deveria ser de fato lavrado no trânsito de mercadoria, como assim procedeu de forma assertiva a fiscalização. Há também o destaque do recebimento do Termo de Apreensão das mercadorias autuadas por preposto da empresa registrado à fl. 16 dos autos, por fim está bastante visível a data de emissão do DANFE, à fl. 7, onde se vê, de forma bastante legível, o registro da data de sua emissão, que foi o dia 20.05.2017, pela CBC BRASIL DISTRIBUIDORA, estabelecida no Estado de São Paulo, tendo como destinatário certo o Contribuinte Autuado, ALEXANDRE LOBO PINTO ME, estabelecido neste Estado.

Nessa situação, o preposto Fiscal Autuante, constatando a conduta infracional no desenvolvimento de seu plantão de trabalho, lava o flagrante, apreendendo as mercadorias e/ou documentos, e por conseguinte impõe a exigência fiscal em relação àquele ato que está presenciando, o que ficou demonstrado nos autos. Afastadas as arguições de nulidade.

No mérito, a acusação é de antecipação tributária total, em que pese na descrição dos fatos, bem assim no desenvolvimento de todo o roteiro de constituição do crédito relacionar a antecipação parcial. Pois bem, a antecipação tributária total é a presunção de que o contribuinte efetuará uma operação subsequente e por essa razão o ICMS é cobrado antes mesmo que a operação presumida ocorra, calculado sobre um valor ajustado pelo índice da margem de valor agregado (MVA), que diz respeito ao quanto o produto chegará ao consumidor final. Essa sistemática é um instrumento de política tributária que visa a preservar o erário baiano da perda de arrecadação, relativa às mercadorias procedentes de outra unidade da federação e gerar isonomia em relação aos mesmos produtos.

Observa-se a existência de três variáveis nessa operação determinantes para que a autuação seja caracterizada procedente ou não. A condição de o autuado estar com inscrição baixada/inapta/descredenciado, ser contribuinte do ICMS e a natureza da operação. Em relação à primeira variável, que diz respeito à inscrição estadual do destinatário da mercadoria estar na situação de restrição no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, observa nos autos que o destinatário detinha uma inscrição junto à Fazenda Pública Estadual, caracterizada como Contribuinte descredenciado (fl. 11).

Quanto à condição de contribuinte do ICMS, vê-se no Sistema INC da SEFAZ (fls. 14), módulo de Dados Cadastrais, que o contribuinte estava grafado quando da ocorrência do fato gerador da autuação, como contribuinte. Portanto, resta comprovado que o autuado era contribuinte do ICMS. Corrobora ainda para essa assertiva que sua atividade econômica principal desenvolvida, registrada também no Sistema INC, é de comércio varejista de armas e munições – CNAE 4789009 (fls. 14).

A terceira condição importante nessa operação, determinante para que a autuação seja caracterizada procedente ou não, é a natureza da operação. Como tal todas as mercadorias acobertadas pelo DANFE nº 407961 (fl. 7) – “armas” e “munições” – emitido pela CBC BRASIL DISTRIBUIDORA, estabelecida no Estado de São Paulo, tendo como destinatário certo o Contribuinte Autuado, ALEXANDRE LOBO PINTO ME estabelecido neste Estado, discriminadas com Código CFOP 6102, não estão acobertadas pelo instituto da substituição tributária total (Anexo I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12), como posto no enquadramento da autuação, ou seja, alíneas “a” e “d”, do inc. III, do art. 332 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Aliás, em que pese a acusação da fiscalização se relacionar a substituição total, todos os papéis de trabalho desenvolvidos, relativos às apurações da base de cálculo, são voltados à antecipação parcial, o que é ratificado na descrição dos fatos da autuação.

E em não sendo acobertada pelo instituto da substituição tributária, não vejo como julgar procedente a autuação. Existe uma flagrante contradição entre a acusação e a descrição dos fatos. Em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois analisando a peça acusatória observo que a infração está fundamentada para cobrança do ICMS ST, referente à aquisição de mercadoria - “armas” e “munições” - não acobertada pelo instituto da substituição tributária, onde o correto seria a constituição do crédito relativo à antecipação parcial, como assim está posto na descrição dos fatos (fl. 1) e o desenvolvimento do roteiro de apuração do imposto (fls. 8/9) pela fiscalização, que aliás é o que deixa a interpretar a pretensão da fiscalização.

Portanto, verifico uma desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquia de vício insanável o Auto de Infração. Desta forma, é de se concluir que a divergência aventada vicia de forma o lançamento fiscal, vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Logo, com base no art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/99, declaro de ofício, nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha acima apontada, com o encaminhamento do presente processo à Fiscalização do Comércio, no sentido de exigir o crédito

tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, destacando, conforme se pode observar às fls. 13 dos autos, que a autuada se encontra com sua situação cadastral junto a SEFAZ/BA, na condição de INAPTA, com a informação de BAIXA INDEFERIDA.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 130577.0072/17-3, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO (SNIPER ARMAS E MUNIÇÕES) – ME**. Representa-se à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo da falha acima apontada, com o encaminhamento do presente processo à Fiscalização do Comércio.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR