

A. I. Nº	- 213080.0156/17-9
AUTUADA	- PACKLINE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE	- ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM	- IFMT METRO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET – 21.08.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-04/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. LANÇAMENTO EFETUADO EM DESACORDO COM AS NORMAS DE REGÊNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Apuração de fato gerador do imposto não verificado quando do trânsito da mercadoria, mas após adentrar no estabelecimento do autuado. Divergência entre a acusação e o fato gerador lançado. Termo de Ocorrência Fiscal lavrado sem qualquer prova de ciência da empresa autuada. Insegurança quanto a infração cometida. Recomendação de renovação da ação fiscalizatória junto ao estabelecimento. Vícios insanáveis do procedimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 14 de julho de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$33.550,91, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.08**. Falta de recolhimento do ICMS referente a 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.

Tempestivamente, a autuada, por seu preposto, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 13 e 14, onde, aponta que a mercadoria adquirida e objeto da autuação é um rolo de filme plástico liso, conhecido como filme Strecth, e tem por finalidade embalar mercadorias ou produtos que estejam sobre o “palet”, facilitando o seu deslocamento no estabelecimento.

Na forma do RICMS/12 Anexo I, vigente em 2017, a partir de 01/02/2017 inexistente Convênio entre Amazonas e Bahia, e tal produto não é para uso em construção civil nem artigo de papelaria, possuindo a empresa autuada “Termo de Atacadista”.

Após firmar que a operação está sendo feita de forma regular, solicita a “impugnação” do lançamento.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 40 a 42 reafirma a autuação, quanto a antecipação tributária parcial, apontando que a questão central é a se encontrar a empresa descredenciada, sendo esta uma ocorrência incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, ao afirmar que “possui termo de acordo”.

Fala que em resumo, o autuado não quer pagar nada a título de antecipação parcial, tendo verificado que ainda que existente tal “termo”, isso não ampararia tal medida, vez que a atividade desenvolvida é a de “comércio atacadista de embalagens” conforme consta na fl. 32, e não ampara seu pleito.

Tece a seguir, diversas considerações acerca da ação fiscal, pontuando que a mesma se apresenta “perfeita e cristalina”, sendo o fato comprovado por documentos anexados ao processo, estando a redação bem definida, sem nenhum erro de procedimento, tendo respeitado o direito de defesa.

Observa que a defesa tenta fugir do pagamento legal da antecipação parcial, descoberta pela COE, ferramenta de trabalho desenvolvida pela Administração Fazendária e que está cumprindo através de Mandado de Fiscalização, sendo o crédito reclamado em obediência à legislação, especialmente o artigo 12-A da Lei 7.014/96, relativo à antecipação parcial.

Reitera ter a própria autuada reconhecido que o imposto da mercadoria relativo à antecipação parcial é devido e não foi recolhido, sendo pacífico o entendimento do CONSEF quanto a questão, não havendo como se sustentar a argumentação do autuado, devendo ser ratificado pelo órgão julgador

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação, por parte da empresa autuada.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, tanto assim que abordou todos os aspectos da autuação na sua peça defensiva, diante da instalação do contencioso.

Antes de qualquer observação a respeito do lançamento, alguns tópicos merecem destaque, ainda que não tenha sido objeto da impugnação. O primeiro deles é aquele relativo ao Termo de Ocorrência Fiscal lavrado pela autuante e inserido às fls. 04 e 05 sem qualquer assinatura do autuado ou da empresa, inclusive onde consta a empresa autuada como depositária nomeada.

Da mesma forma, consta no lançamento como local de lavratura a IFMT Metro, que vem a ser a Inspeção responsável pelas ações fiscais desenvolvidas no trânsito de mercadorias.

A acusação fiscal fala que a conduta do sujeito passivo se referiria à antecipação parcial, todavia o demonstrativo de cálculo de fl. 06 calcula antecipação total, inclusive aplica MVA de 66,34%, tendo, por diversas vezes, na informação fiscal prestada, a autuante se reportando a “falta de recolhimento da antecipação parcial”, inclusive grifando tal observação.

O que diferenciaria a substituição tributária por antecipação parcial da antecipação total seria o fato de que na primeira, não se esgota a tributação, ao passo que na segunda, ocorre o encerramento da tributação, sendo as bases de cálculo distintas, na forma prevista na legislação.

O DANFE de fl. 07 traz como valor da operação R\$187.004,86, com alíquota de 12%, e imposto de R\$22.440,59.

Nesta situação, nos deparamos com uma situação na qual a acusação feita na peça exordial do lançamento, não guarda qualquer semelhança ou coerência com a apresentada quando da elaboração dos cálculos do imposto devido, uma vez que a primeira, reitero, fala em débito de antecipação parcial, ao passo que a segunda se reporta a antecipação total com encerramento de tributação, figura totalmente diversa daquela.

Tal divergência além de se configurar em flagrante cerceamento de defesa, como se pôde observar na peça defensiva, na qual o sujeito passivo se defendeu quanto a falta de recolhimento de imposto relativo a antecipação tributária total com encerramento de tributação (artigo 8º da Lei 7.014/96), ao passo que a acusação indicada na autuação seria de falta de recolhimento de antecipação parcial sobre aquisições interestaduais de mercadorias em operação interestaduais, sem encerramento de tributação, matéria tratada no artigo 12-A da Lei 7.014/96, traz em seu bojo, incerteza quanto a infração eventualmente cometida pelo autuado.

Esta prática se configura em nulidade prevista no artigo 18 do RPAF/99, incisos II (os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa) e IV, alínea “a” (o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator).

Além de tal fato, de igual forma, o lançamento contém exigência fiscal embasada em operação documentada fiscalmente, não tendo sido objeto de fiscalização quando do trânsito das mesmas, como deveria, diante do modelo de Auto de Infração utilizado para a realização do lançamento (Modelo 4), e sim, de fiscalização típica em estabelecimento, constatado como já firmado anteriormente, pelo Termo de Ocorrência Fiscal lavrado.

Diante do fato de o lançamento de crédito tributário se apresentar como ato vinculado, devendo o Agente Fiscal agir nos estritos termos da legislação, nos termos do artigo 142 do CTN, devem ser obedecidas regras relativas não somente ao direito material, mas, de igual forma, o direito formal, qual seja, aquelas que norteiam o procedimento da autoridade administrativa.

Nos autos, a autuante menciona estar cumprindo Mandado de Fiscalização, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, a qual se realiza nos termos do artigo 318 do RICMS/12, no estabelecimento do autuado, relativo à operação de circulação de mercadoria, já adentrada no estabelecimento destinatário, sendo o fato gerador do imposto pretérito, o que atesta não ter ação fiscal se desenvolvido no trânsito de mercadorias.

Estando a empresa inscrita na condição de submetida ao regime de apuração do imposto normal, o que não se tem notícia nos autos, a ação não poderia ser desencadeada por Agente de Tributos, nos termos do artigo 107 do COTEB. Não é este, todavia, o foco da discussão ora travada, mas sim o fato da constatação da infração ter se dado em momento posterior ao seu trânsito.

Neste caso, caberia à SEFAZ adotar procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive a correta data de ocorrência dos fatos geradores, o que não ocorreu.

Da mesma forma, noto que o Termo de Ocorrência Fiscal foi lavrado unicamente para aparentar legalidade ao lançamento tributário, e o pior: sem que se desse a devida e necessária ciência ao sujeito passivo de que estaria sob ação fiscal, o que impediria qualquer ação espontânea relativamente ao documento enunciado no lançamento, ou seja, a conclusão óbvia é a de que, em verdade não ocorreu qualquer ação fiscal empreendida no trânsito de mercadorias, reitero o que contraria ao quanto disposto nos artigos 26, I (*considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento*), e 28, incisos IV e IV-A do RPAF/99 (*a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS; Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos*).

Tais entendimentos acima esposados são pacíficos neste Órgão, à vista dos Acórdãos CJF 0356-11/17, CJF 0216-12/15, CJF 0385-12/14, JJF 0173-05/16, JJF 0233-04/17 e JJF 0217-04/14 sendo estes dois últimos relativos a lançamentos da mesma autuante do presente, sendo os fatos idênticos, os quais foram igualmente julgados nulos.

Desta maneira, entendo violado o artigo 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/99, motivo este que se junta ao anteriormente abordado, suficiente para que, de ofício, o lançamento seja considerado nulo, recomendando ao órgão competente, encarregado em proceder ações fiscais no estabelecimento de contribuintes, que verifique o cumprimento de tal obrigação pelo sujeito passivo, de acordo com a previsão contida no artigo 21 do mencionado diploma regulamentar.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0156/17-9** lavrado contra **PACKLINE**

COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA. Recomenda-se ao órgão competente analisar a possibilidade de refazimento da ação fiscal no estabelecimento da empresa autuada, a salvo dos vícios aqui apontados, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA