

A. I. Nº - 213080.0152/17-3
AUTUADA - PACKLINE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - IFMT / METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.08.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-04/18

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. 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\$31.679,05, 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.

Consta da descrição dos fatos motivadores da autuação: “A empresa encontra-se *DESCREDENCIADA no cadastro da SEFAZ, e não recolheu o imposto devido tempestivamente. Mandado de Fiscalização COE nº 10265560000121-2017629 DANFE nº 23486*”.

Tempestivamente, a autuada, por seu preposto, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 14 e 15, onde, aponta que a mercadoria adquirida e objeto da autuação é um rolo de filme plástico liso, conhecido como filme Strecht, 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 garante inexistir 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. 42 e 43, em relação à questão preliminar, assevera que o lançamento se apresenta revestido dos fundamentos legais, sendo “...um embuste com a finalidade de protelar a ação fiscal”.

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, informa “que todo o corolário dos dispositivos infringidos está devidamente indicado nos campos enquadramento e tipificação”.

Frente à outra preliminar que assegura ter sido aventada na peça defensiva, rebate a mesma, sob o argumento de que às fls. 02 a 06 consignou a alíquota aplicada para fins de apuração do imposto

a ser recolhido (18%), além de memória de cálculo onde consta a relação dos documentos fiscais objeto da autuação.

Invoca o teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, que de forma expressa exclui a competência dos órgãos julgadores em declarar inconstitucionalidade de normas legais, motivo que leva a se abster de comentar.

Quanto ao motivo da autuação, qual seja a falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial, na primeira repartição de fronteira do percurso da mercadoria, amparado na legislação.

Indica que a empresa se encontrava descredenciada, situação que ainda perdura, vez que incluída na dívida ativa, e com “restrição de crédito”, além do que o imposto não foi pago no prazo regulamentar, tendo seguido todos os ritos processuais.

Fala ser a exigência fiscal incontestável, reconhecida pelo próprio contribuinte, 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.

Gostaria inicialmente de pontuar que a informação fiscal prestada pela autuante não guarda correlação com os argumentos da defesa, uma vez que esta em momento algum suscitou qualquer nulidade, ou aventou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, tudo indicando que a peça apresentada não se refere ao presente processo.

Este fato, por si só, determinaria num primeiro momento que o feito fosse convertido em diligência. Entretanto, existem alguns fatos que perpassam esta ocorrência, a tornam tal procedimento desnecessário.

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, constando, inclusive, esta como depositária nomeada das mercadorias “apreendidas”.

Da mesma forma, consta no lançamento como local de lavratura a IFMT Metro, que vem a ser a Inspetoria 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 substituição tributária total, inclusive aplica MVA de 66,34%, tendo, no corpo da peça exordial do lançamento a autuante se reportando a “falta de recolhimento da antecipação parcial”.

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.

O DANFE de fl. 07 traz como valor da operação R\$176.571,57, com alíquota de 12%, e imposto destacado de R\$21.188,59.

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.

Tal 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, devendo 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.

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, julgados nulos, sendo os fatos idênticos. Da mesma forma, o Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa, pela mesma autuante e sob a mesma justificativa com o número 213080.0156/17-9 foi igualmente julgado nulo por esta Junta de Julgamento Fiscal em 18 de julho de 2018.

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 a 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 **213080.0152/17-3** 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, 15 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA