

A.I. Nº - 217730.0148/18-1
AUTUADO - NOVA ERA INFORMÁTICA EIRELI - EPP
AUTUANTE - ANGELINO CARLOS DA ROCHA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO- INTERNET 05.06.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0079-02/18

EMENTA: ICMS. LEILÃO. ARREMATAÇÃO. MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO EM OUTRO ESTADO. O ICMS devido na arrematação de mercadorias em leilão promovido pelo Poder Público em outra Unidade Federada deve ser recolhido ao Estado onde se destina a mercadoria pelo princípio do destino físico. Rejeitada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 16/07/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$30.512,19, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 56.01.06 – Falta do recolhimento do ICMS incidente no desembarque aduaneiro de mercadorias e ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto.

Consta na descrição dos fatos: “*Falta de recolhimento tempestivo do ICMS-IMPORTAÇÃO, de mercadorias arrematadas em leilão promovido pela Receita Federal do Brasil na cidade de Belo Horizonte – Minas Gerais, conforme guias de licitação nº 0617700/000044/2018 e 0617700/000045/2018, anexas. Estas mercadorias têm como destinatário a empresa Nova Era Informática Eireli – EPP – CNPJ 02.195.567/0001-96, situada na cidade de Guanambi-BA, conforme se vê nos DANFES de entrada nº 5642 de 26/06/2018 e 5643 de 27/06/2018, emitidos pela destinatária, evidentemente. Termo lavrado como prova do ilícito fiscal e servindo como prova para dar consistência à ação fiscal a ser desenvolvida.*”

Enquadramento legal: art. 1º, inciso I e art. 2º, inciso V da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso IV do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento, fls. 74, 74-v, e 75 a 82, onde após relatar resumidamente as circunstâncias da autuação, requer a nulidade do lançamento.

Reproduz o art. 936 do RICMS/1997 para destacar que no termo de fiscalização ou termo de ocorrência fiscal não atende aos requisitos do citado dispositivo regulamentar para embasar o auto de infração.

Diz que o termo de fiscalização se encontra eivado de vícios e compromete a lavratura do auto de infração, devendo ser declarado nulo.

Cita a Súmula 01 do CONSEF e transcreve a ementa destacando que “*É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para apuração do tributo.*”

Complementa citando os Acórdãos CJF nº 1064/99, 1071/99, 1123/99, 1132/99, 0122/2000, 0292/2000, 0457/2000, 0721/2000, 0734/2000, 0864/2000, 0948/2000, 1098/2000, 1271/2000, 1440/2000, 1772/2000, 1811/2000, 1915/2000, 0045/2000, e 0103/2000.

Friza que o procedimento fiscal deverá ser declarado nulo por não conter as informações claras, objetivas e compreensivas sobre a base de cálculo e o método utilizado para apuração do imposto.

Relata que há um descompasso entre o alegado e que contém o material da infração.

Relaciona como elementos necessários para validade do ato administrativo: motivo, agente competente, forma específica, conteúdo, finalidade e se reporta as formalidades a serem seguidas quando da lavratura de um auto de infração, assim enumerados:

1. Qualificação do autuado – nome completo, endereço e inscrição no CNPJ;
2. Local, data e hora da lavratura;
3. Descrição do fato de forma clara de modo a permitir a direito de defesa;
4. O dispositivo legal infringido e a penalidade aplicável;
5. O valor da multa, do tributo e seus respectivos encargos;
6. Assinatura do fiscal autuante, com a indicação do cargo e matrícula;
7. Elementos de prova como termos, laudos e depoimentos.

Assevera que nos autos não existe documento que ateste a veracidade dos fatos pois não há evidência fática comprovada pela inexistência de documentação.

Cita e reproduz o art. 938 do RICMS/97 para destacar a sua inobservância pelo autuante ao atribuir um valor exorbitante para a base de cálculo do imposto cobrada no auto de infração, sendo que não foi trazido aos autos elementos para formação da base de cálculo do ICMS exigido, caracterizando víncio insanável, devendo, portanto, ser o lançamento anulado.

Sobre a falta de demonstração da base de cálculo, motivo de nulidade, cita e transcreve o Acórdão nº 0117-03/06 do CONSEF.

Assevera não ser verdadeira a acusação do Fisco ao encontrar as mercadorias, motivo da autuação, sem o pagamento do tributo.

Friza que o ato de apreensão das mercadorias extrapolou o poder de polícia do Fisco que praticou na ação abuso de poder, promovendo um confisco como forma de coerção indireta para exigir o pagamento do imposto, pois entende que se trata de ato ilegal a retenção das mercadorias para fins de pagamento do imposto, procedimento vedado pela Constituição Federal e pelo CTN.

Explica que no caso concreto o imposto é deferido, cujo pagamento se daria na venda das mercadorias ao consumidor final, por serem as mercadorias produtos de informática, tendo solicitado novos cálculos, pois o autuante procedeu de forma equivocada ao aplicar a “alíquota estranha” de 21,95% desconsiderando os pagamentos realizados no ato da compra no valor de R\$5.560,00.

Defende que a alíquota a ser aplicada para operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados, conforme art. 266, inc. XIII do RICMS é 12%.

Apresenta os cálculos que julga correto, cujo montante a ser cobrado seria R\$11.120,00 e não R\$30.512,19, calculado pelo autuante.

Relata que a abusiva apreensão das mercadorias, foi revogada mediante decisão judicial; que as mercadorias possuíam nota fiscal, sendo recolhidos os impostos na Receita Federal e no Estado de Minas Gerais; que a operação não ensejou fato gerador do ICMS; que as mercadorias foram transportadas com os devidos DANFE's e impostos e que o auto de infração possui víncio formal por conter apenas a assinatura de um dos fiscais, portanto deve ser o auto de infração julgado nulo.

Diz que considerando o art. 199 do CTN, entende haver prestado todos os esclarecimentos para um “julgamento qualificado”, tendo juntado provas, argumentos e questionamentos com base na legislação.

Alerta quanto a necessidade de motivação dos atos administrativos e completa que “a *falta de elementos fáticos robustos que validem o ato não resta comprovados*”.

Observa que a ausência de requisitos de ordem formal é considerada pela jurisprudência administrativa como nulidade do processo e a consequente extinção do mesmo.

Aborda o princípio da legalidade como o mais importante, assim como o princípio da busca pela verdade real, que estão sendo desconsiderados no caso em discussão, visto que a multa aplicada não corresponde à realidade.

Afirma que a aplicação da penalidade ante aos argumentos apresentados e comprovados ofende ao princípio da razoabilidade cuja raiz constitucional encontra-se nos artigos 5º, incisos II e LXIX e artigos 37 e 84, reproduzindo lição de Celso Bandeira de Mello.

Conclui que concorda em parte com a autuação conforme cálculo que elaborou chegando o valor de R\$11.120,00.

Anexa a defesa os DANFE's 5643 e 5642 que originou o auto de infração e disponibiliza toda a documentação necessária a comprovar os argumentos apresentados.

Requer o acatamento da preliminar de nulidade, por falta de parâmetros para arbitrar a base de cálculo do ICMS.

Pede que no mérito, o lançamento seja anulado por violação ao princípio da legalidade e o afastamento da apreensão das mercadorias por violar os princípios constitucionais da vedação ao confisco.

O Inspetor Fazendário da INFRAZ-Guanambi em despacho às fls. 112 e 112-v, encaminhou os autos ao CONSEF para providencias.

Distribuído para instrução e posterior julgamento, ficou constatado que o autuante ainda não havia prestando a informação fiscal.

Em sessão de pauta suplementar ocorrida em 19/12/2018, os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência a INFRAZ de origem para o autuante prestar a informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa já apresentada às fls. 74, 74-v, e 75 a 82, na forma do §6º, art. 127, do RPAF/1999.

Em cumprimento à diligencia, o autuante presta a informação fiscal às fls. 118 a 126, onde faz o relato detalhado das circunstâncias da autuação ocorrida no trânsito de mercadorias no Posto Fiscal Jaime Baleiro, oportunidade que a representante da autuada apresentou os DANFE's 5642 de 26/06/2018 e 5643 de 27/06/2018, juntamente com as guias de licitação números 0617700/000044/2018 e 0617700/000045/2018.

Relata que após pesquisa nos registros da SEFAZ, identificou apenas um pagamento no valor de R\$36,00 conforme fls. 34 e 35 efetuado para autuada.

Acerca do argumento defensivo de que houve arbitramento da base de cálculo do imposto, diz que o arbitramento somente é possível no caso de documento inidôneo ou mercadoria desacompanhada de documento fiscal, fatos não observados no presente caso. Portanto, a base de cálculo corresponde exatamente ao valor constante nos DANFE's apresentados.

Esclarece que o Termo de Apreensão de Mercadorias é o instrumento legalmente previsto para ser utilizado quando se tratar de apuração de irregularidades constatada no trânsito de mercadorias.

Assevera que não existem vícios que comprometam a lavratura do Termo de Apreensão e o Auto de Infração, haja vista que constam a descrição da infração cometida, o enquadramento legal da infração, tipificação da multa aplicada.

Explica que o valor do imposto a ser recolhido consta na planilha e demonstrativo de débito, sendo importante registrar que não houve nenhum recolhimento por parte da autuada, portanto, não houve créditos a considerar.

Destaca que a citação da Súmula 01 do CONSEF não descharacteriza os cálculos e demonstrativos, pois no caso concreto não houve arbitramento, assim não serve como supedâneo aos argumentos da defesa.

Quanto a insistência da defesa em arguir nulidade do lançamento com suporte no artigo 939 do RICMS, frisa que não cabe tal argumento, haja vista que o mesmo trata de arbitramento da base de cálculo do imposto, que não é o caso. O contribuinte é portador de documento idôneo.

Acrescenta que também não cabe a aplicação do item 2, alínea “b” do inc. V do art. 938 do RICMS que trata de adotar como base de cálculo o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência, por não se tratar de ausência ou inidoneidade do documento fiscal.

Declara que a transportadora das mercadorias Expresso Guanambi Ltda – EPP, prestou apenas o serviço de transporte, está inscrita no cadastro de contribuintes e encontra-se credenciada para assinar TFD – Termo de Apreensão, conforme artigos 1º e 3º da Portaria nº 041/2011, portanto, foi designada como depositária das mercadorias apreendidas, fl. 04, atribuindo-lhe a responsabilidade de guarda dos bens.

Acrescenta que a apreensão de mercadorias é uma atribuição da fiscalização, sendo a mesma, prova do ilícito fiscal. A transferência de depositário ocorre por decisão administrativa ou judicial.

Refuta as acusações de abuso de poder, confisco e apreensão das mercadorias como forma coerção para o pagamento dos impostos, pois este não são diretrizes tampouco objetivo do Fisco estadual.

Diz que a planilha apresentada pela autuada é estranha à legislação, não reproduzindo os cálculos efetuados na mesma.

Cita e transcreve o art. 15, inc. I, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, aplicada ao caso de mercadorias arrematadas ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados, cuja alíquota a ser aplicada é 18%, conforme estabelece o art. 155, §2º, inc. I da Constituição Federal e art. 12, inc. IX da Lei Complementar nº 87/96.

Afirma não ter competência para analisar ou explicar os pagamentos efetuados para a Receita Federal – impostos federais, tampouco os valores recolhidos para o Estado de Minas Gerais.

Esclarece que para o cálculo do imposto dever ser observado o que preceitua o art. 17, §1º, inc. I da Lei nº 7.014/96, ou seja, integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o mesmo mera indicação para fins de controle.

Apresenta cálculo explicativo do montante exigido no auto de infração de modo a não restar dúvidas quanto a sua correção. Ademais, complementa que os cálculos foram apresentados de forma clara, fls. 37 a 63, através do trabalho realizado pela Central de Operação Estadual – COE.

Refuta todos os argumentos que justifique a existência de vício formal, prática de coerção ou de infringência de princípios básicos do direito, ratifica todos os termos da autuação e espera que o auto de infração seja julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo a acusação de falta de recolhimento tempestivo do ICMS-IMPORTAÇÃO, de mercadorias arrematadas em leilão promovido pela Receita Federal do Brasil na cidade de Belo Horizonte – Minas Gerais, conforme guias de licitação, conforme já descrito.

Preliminarmente, constato que o lançamento fiscal efetuado pela fiscalização de mercadoria em trânsito, através de Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias, atende as formalidades preconizadas no artigo 39, incisos I, III e IV e 41, incisos I e II, do RPAF/99.

Verifico que a imputação se encontra descrita de forma clara e objetiva no auto de infração, conforme transrito no relatório, está acompanhada do respectivo Termo de Apreensão nº 2177301002/18-0, devidamente assinado por agente fiscal competente, conforme documentos às fls. 03 a 04.

Foram juntados aos autos os DANFE's 5642 de 26/06/2018 e 5643 de 27/06/2018, às fls. 07 a 13 juntamente com as guias de licitação números 0617700/000044/2018 e 0617700/000045/2018, fls.14 a 29 e cópias do DACTE 6562, fl. 30, os quais servem como elemento de prova da acusação fiscal, ou seja, se apresentam em consonância com a narrativa dos fatos, atestando que a infração imputada tem fundamento nos documentos fiscais que acobertavam as mercadorias em trânsito apresentados ao agente do fisco pelo transportador das mercadorias, sendo considerados idôneos.

Pelo exposto, não identifico violação ao devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Tributário ou Administrativo, inexistindo ofensa aos dispositivos do Código Tributário Nacional, razão pela qual, devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas pela defesa, haja vista que o lançamento está revestido das formalidades legais, e não se encontra o motivo previsto no inciso IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, o auto de infração foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de imposto, em razão de terem sido encontradas mercadorias adquiridas em leilão promovido pela Receita Federal do Brasil, transitando sem o comprovante de recolhimento do ICMS devido.

A autuada não apresentou em momento algum, o comprovante de recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia e chega a admitir na defesa a procedência da exigência de R\$11.120,00 por ela calculado e não R\$30.512,19, calculado pelo autuante.

O art. 332, inc. V do RICMS/2012, estabelece que o recolhimento do ICMS será feito até o momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem, nas importações do exterior e nas arrematações em leilões e nas aquisições em licitação promovidos pelo poder público, de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados, portanto, antes da saída das mercadorias arrematadas do Estado de Minas Gerais.

A Lei nº 7.014/96 no seu art. 17, inc. VII define como sendo a base de cálculo na aquisição de mercadoria decorrente de arrematação em leilão fiscal, o valor da operação acrescido do valor dos impostos de importação e sobre produtos industrializados e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao adquirente.

Já a alíquota encontra-se determinada no art. 15, inc. I, alínea "e" da supracitada lei, ou seja, 18%.

Constatou que o autuante também considerou o que estabelece o art. 17, §1º, inc. I da Lei nº 7.014/96 para o cálculo do ICMS exigido na autuação, ou seja, integra a base de cálculo do imposto, o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Os cálculos constam na tabela seguinte.

DANFE	Valor da Mercadoria (A)	Alíquota (B)	Base de Cálculo (C=A/(1-B))	ICMS (D=C x B)
005.643	16.000,00	18,00%	19.512,20	3.512,19
005.642	123.000,00	18,00%	150.000,00	27.000,00
Total				30.512,19

Assim sendo, considerando as disposições normativas citadas é irrelevante para a definição do sujeito ativo do ICMS, na importação, o local do estabelecimento importador ou do desembarque aduaneiro, mesmo decorrente de leilão, cabendo o recolhimento do imposto em favor do Estado em que se operar a entrada física da mercadoria importada, ou seja, no caso concreto, o Estado da Bahia.

Diante do regramento citado, o pagamento que o contribuinte alega ter efetuado em favor do Estado de Minas Gerais, sem, contudo, apresentar o comprovante de recolhimento, deve ser considerado indevido, haja vista que o recolhimento do ICMS deveria ter sido apenas efetuado para o Estado da Bahia, antes da entrada no território baiano.

Contudo, cabe consignar que tendo o contribuinte efetuado o recolhimento indevido ao Estado de Minas Gerais, deve o mesmo pleitear a restituição do valor pago.

Como este fato só foi verificado por ocasião da passagem das mercadorias pelo Posto Fiscal Jaime Baleiro, repartição da Secretaria da Fazenda da Bahia, no trânsito das mercadorias, houve a formalização do lançamento fiscal, por dever de ofício, de forma correta, não cabendo qualquer reparo.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217730.0148/18-1**, lavrado contra **NOVA ERA INFORMÁTICA EIRELI – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.512,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR