

A. I. Nº - 225080.0147/17-0
AUTUADO - D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP
AUTUANTE - LUCIDALVA ROCHA VIANA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/10/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-04/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. Restou comprovado que o Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Apreensão válido, ou outro elemento comprobatório da ocorrência do fato à época da autuação, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Arts. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$109.340,28, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: *Falta de recolhimento do ICMS ref. 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.*”.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração o seguinte registro: *Mercadorias apreendidas no pátio da Transportadora FEDEX, para comercialização, oriundas de outro estado, destinadas a contribuinte descredenciado no estado da Bahia. MEDICAMENTOS*

DANFES: 438720/438771/438776/438777

TAO: 2250800101/17.”

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresentou impugnação, fl. 26 a 31, inicialmente falando sobre a tempestividade da mesma.

Pede preliminarmente a nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa do autuado, visto que descumpriu o RPAF, aprovado pelo Decreto 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 RPAF.

Após transcrever o disposto no Art. 8º, § 3º; Art. 2, VI, § 4º, II do citado Regulamento diz que a omissão de qualquer dos requisitos exigidos pelo RPAF, ou erro relativo a estes, se constitui em causa de nulidade do ato, bem como da ação de cobrança dela decorrente. No presente caso, é impossível desconhecer a nulidade autuação diante das evidências constatadas, pois fere frontalmente o disposto no art. 25 do RPAF.

Acrescenta que, pelo Princípio 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, para tanto, necessário se faz a produção de todas as provas necessárias à demonstração das infrações cometidas. Sem essa demonstração, não podemos conceber o instituto da segurança jurídica e da ampla defesa, ambos consagrados constitucionalmente e reitera o pedido de nulidade por cerceamento ao direito do contraditório e ampla defesa.

No mérito, após transcrever o teor da infração diz que 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 um procedimento concernente a fiscalização de estabelecimento, isto porque, data vênica, tais documentos não

disponibilizam relatórios e dados necessários para que seja constatada a verdade material dos fatos, e a legalidade da ação fiscal.

Assevera que este é o entendimento deste Conselho de Fazenda, conforme Ementas cujo teor transcreve, e observa ainda, que não há no “Termo de Ocorrência Fiscal”, informações necessárias aos procedimentos fiscais, tais como: data real da entrada da mercadoria no estado, alíquota aplicada, dentre outras informações necessárias para que não configure cerceamento do direito de defesa.

Em seguida, salienta que o contribuinte objeto da ação fiscal foi surpreendido com o seu descredenciamento junto CAD-ICMS, malgrado estar em dia com TODOS os requisitos necessários para se estar credenciado, de forma a realizar o recolhimento nos moldes do artigo 332, § 2º do RICMS/BA, razão pela qual impetrou Mandado de Segurança, Processo nº 0564195-26.2017.8.05.0001, que em decisão interlocutória (anexa), 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.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) Seja julgada procedente a preliminar de nulidade, em conformidade com o art. 18, alínea “b” do RPAF/BA, pelas razões expostas.
- b) Que seja declarado NULO o AUTO DE INFRAÇÃO lavrado pelo agente fiscal LUCIDALVA ROCHA VIANA; e que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

A Autuante presta Informação Fiscal (fls. 50/51), inicialmente esclarecendo que o Auto de Infração teve origem pelo fato de ter sido encontrado pela “Fiscalização de Mercadorias em Trânsito” no Pátio da Transportadora Fedex Brasil Logística e Transporte Ltda., IE. 27.300.431, nesta Capital, as mercadorias constantes nos DANF nºs 438720, 438771, 438776, e 438777, às 09:00h do dia 28/09/2017, (fls. 03 a 15) destinadas à autuada, na situação de DESCREDENCIADA, sem o recolhimento do ICMS, devido por antecipação.

Em seguida apresenta um resumo dos argumentos defensivos dizendo que o mesmo alega o seguinte:

- “1 – Que a autuante causou cerceamento do direito de defesa, na medida em que não apresentou nos Autos Planilha com definição da Base de Cálculo;*
- 2 – Que a autuante é incompetente para a lavratura do presente Auto de Infração, vez que o procedimento é próprio da fiscalização de estabelecimento;*
- 3. Diz também às fls. 20 que a autuante deixou de considerar o Termo de Acordo na forma do Decreto nº 11.872.”*

Em seguida diz que não procede a alegação de cerceamento do direito de defesa, por falha na base de cálculo, vez que nos DANFES, certifica-se, com clareza, que cada produto traz o PMC (Preço Máximo de Venda ao Consumidor) que multiplicado pelas quantidades ali existentes, apura-se o valor total com PMC. Somadas as parcelas por produtos tem-se valor da folha do DANFE. A seguir, a Memória de Cálculo e Planilha da Base de Cálculo. (fls. 14 e 15);

Quanto à alegação de que a Ação Fiscal é própria da Fiscalização de Estabelecimento, a autuada comete um exagerado engano, pois a mercadoria foi apreendida no pátio da Transportadora Fedex, no município de Salvador, de onde supostamente seguiria para a sede da empresa no município da autuada em Lauro de Freitas, não tendo nada a ver com a Fiscalização de Estabelecimento.

Observa que às fls.49 (Relação de Contribuintes descredenciados) a autuada teve o Termo de Acordo Cassado em 18/08/2017, e às fls. 48 e 49, nota-se que a autuada vive cenário de 13 (treze) descredenciamentos, onde a maioria por restrição de crédito-Dívida Ativa, Omissão de Pagamento e Omissão de Pagamento Antecipação Tributária.

Já no item I. Relatório, da DECISÃO INTERCULATÓRIA do Mandado de Segurança (fls.42) diz que até àquela data (27.10.17) não tinha recebido qualquer resposta à solicitação de RECRENCIAMENTO. Também no item II. Fundamentação, da DECISÃO INTERCULATÓRIA (fls. 42), diz que pode considerar abusivo o descredenciamento motivado “pela emissão de pagamento antecipação tributária”.

Conclui que por ter a Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, encontrada pátio da Transportadora Fedex, no município de Salvador, mercadoria oriunda do Estado de Goiás, destinada à autuada, estando esta na condição de DESCREDENCIADA, sem recolhimento do ICMS devido por antecipação, mantém o presente Auto de Infração, esperando que seja julgado totalmente procedente, e seja recolhido aos cofres do Estado o Imposto e Penalidade prevista no RICMS/BA.

Consigna que o Auto de Infração exige ICMS, conforme descreve na peça vestibular autuada.

Diz que a questão principal se resume à exigência do imposto em razão de o autuado se encontrar descredenciado, sendo esta uma questão incontestável reconhecida pelo próprio contribuinte que nada mais questiona a não ser o de requerer o recolhimento noutra data prevista pelo sistema normal de apuração, como se estivesse na condição de credenciada. Ressalta que, como elemento probatório, anexou documento à fl. 09, o qual informa que o estabelecimento estava descredenciado.

Observa que o impugnante pretende que sejam aplicados todos os descontos previstos na legislação. Ou seja, um recolhimento espontâneo, sem a multa, efetuado após a ação fiscal, e não quer pagar mais nada da antecipação parcial, requerendo, ainda, um abatimento inexistente sem nenhum argumento convincente, com pedidos que fogem aos procedimentos da denúncia espontânea. Diz que se trata de uma inobservância ao artigo 138, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Consigna que em relação à apresentação dos fundamentos legais da respectiva lavratura, descrevendo a hipótese de incidência tributária e discriminando os tributos e multas devidas, mediante a explicitação das alíquotas aplicáveis e da base de cálculo utilizada, são elementos formais que não podem ser questionados, a não ser para efeito de procrastinação do julgamento.

Afirma que o autuado é sabedor de que estava em situação irregular de descredenciado e isto resta sacramentado. Acrescenta que o impugnante questiona, apenas, a forma de exigir o crédito tributário, arguindo, indevidamente, a nulidade sem nenhum amparo legal.

Salienta a Autuante que, em relação ao tema, o Regulamento do ICMS é pacífico, dando garantia ao seu entendimento, de forma que o ICMS é exigido nas entradas conforme prevê o artigo 352, cuja redação transcreve.

Observa que a multa não poderia ser desprezada, pois não é poder discricionário do servidor. Registra que a multa encontra-se prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, de observância obrigatória, já descrita na peça vestibular.

Assevera que outra alegação defensiva que não procede é a de que, foi “*surpreendido por seu descredenciamento*” [...] e que a justiça “*determinou o recredenciamento*”. Afirma que não houve, de forma alguma, desrespeito a nenhuma ordem judicial, haja vista que o crédito tributário foi reclamado no intuito de assegurar a sua exigibilidade.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

Na fl. 23, a JJF converte os autos em diligência à INFAZ de origem no sentido de proceder, por parte do autuado, o recebimento e ciência da memória de cálculo contendo o demonstrativo do levantamento do débito, como também para que fossem devidamente assinados os documentos de fls. 01 a 04/verso e, após esta deliberação, reabrir prazo de 60 (sessenta) dias para interposição da devida defesa.

Nas fls. 25/26, foi atendido à diligência solicitada.

Em nova defesa através de representantes, fls. 29/34, em sede de preliminar suscitada, argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa. Alega que a autuante não apresentou os demonstrativos em formato editável, conforme manda o RPAF. Neste sentido, reproduz os artigos 8º, § 3º, e 28, VI, § 4º, II, todos do referido diploma regulamentar processual.

Acrescenta que a omissão de qualquer dos requisitos exigidos pelo RPAF, ou erro relativo a estes, se constitui em causa de nulidade do ato, bem como da ação de cobrança dela decorrente. Diz que é impossível desconhecer a nulidade da autuação, diante das evidências constatadas, pois fere frontalmente o art. 25 do RPAF. Reproduz o referido dispositivo regulamentar. Invoca os princípios do contraditório e da ampla defesa, para sustentar que se faz necessária a produção de todas as provas indispensáveis à demonstração da infração imputada, pois, sem essa demonstração aplica-se o disposto no art. 18, § 1º, do RPAF/99. Transcreve o referido artigo.

No mérito, observa que a atividade de fiscalização é essencialmente vinculada, ou seja, o agente fiscalizador se encontra adstrito ao enunciado da lei.

Alega que foi autuado por preposto fiscal lotado no Trânsito de Mercadorias e, desse modo, o “Demonstrativo de Débito – Trânsito de Mercadorias” e o “Auto de Infração Modelo 4” não servem para tratar um procedimento concernente à fiscalização de estabelecimento, haja vista que referidos documentos não disponibilizam relatórios e dados necessários, a fim de que seja constatada a verdade material dos fatos, bem como a legalidade da ação fiscal.

Registra que esse entendimento é ratificado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, conforme ementa que reproduz.

Afirma o impugnante que não há no “Termo de Ocorrência Fiscal”, informações necessárias aos procedimentos fiscais, tais como: data real da entrada da mercadoria no Estado, alíquota aplicada, entre outras informações necessárias para que não configure cerceamento do direito de defesa.

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

Esclarece que impetrou Mandado de Segurança, Processo nº 0564195-26.2017.8.05.0001, que em decisão interlocutória que colaciona, determinou o seu recredenciamento de forma a possibilitar o recolhimento do ICMS na forma prevista no artigo 332, § 2º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Antes de adentrar na análise dos argumentos suscitados pela defesa, observo algumas irregularidades nestes autos, as quais, como julgadora, tenho o dever de ofício de apreciá-las, apesar de não terem sido levantadas pela defesa.

A infração imputada ao autuado no presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, trata da falta do recolhimento do ICMS antecipação tributária total, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, por contribuinte descredenciado.

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 225080.0101/17-3, encontra-se claramente rasurado pois foram postas em uma cópia reprográfica, algumas informações em manuscrito, como se verifica nos campos ‘NOME OU RAZÃO SOCIAL’, e demais informações da empresa autuada, “MERCADORIAS/DOCUMENTOS, “DESCRIÇÃO DOS FATOS” “DATA DA CIÊNCIA” do detentor da mercadoria e do Termo de Depósito, além do que não consta a identificação das assinaturas referentes ao Detentor da mercadoria e do Depositário.

Tendo em vista os fatos acima delineados, fica claro que este Auto de Infração foi lavrado com a ausência de Termo de Apreensão válido, bem como outro elemento comprobatório da ocorrência

do fato à época da autuação, o que vai de encontro ao quanto estabelecido pelos Art. 26, I, 28, IV e IV-A do RPAF/BA, conforme se verifica a seguir:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

(...)

Art. 28. 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:

(...)

IV - 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;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

Além da irregularidade acima apontada também verifico que o papel de trabalho elaborado pela fiscalização denominado “Memória de Cálculo”, encontra-se sem assinatura do preposto fiscal, contrariando o disposto no art. 15 do RPAF/BA, a seguir transcrito:

“Art. 15. Na lavratura dos atos e termos processuais e na prestação de informações de qualquer natureza, observar-se-á o seguinte:

I - os atos, termos, informações e papéis de trabalho serão lavrados ou elaborados, sempre que possível, datilograficamente, mediante carimbo ou por sistema eletrônico de processamento de dados;

II - no final dos atos e termos deverão constar, sob pena de responsabilidade funcional:

a) a localidade e a denominação ou sigla da repartição;

b) a data;

c) a assinatura do servidor, seguindo-se o seu nome por extenso;

d) o cargo ou função do servidor responsável pela emissão ou elaboração do instrumento, e o número do seu cadastro funcional.

§ 1º Os papéis gerados ou preenchidos pelo sistema de processamento eletrônico de dados da repartição fiscal prescindem da assinatura da autoridade fiscal, para todos os efeitos legais.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos demonstrativos, planilhas e outros levantamentos ou papéis de trabalho elaborados pelos agentes do fisco.”

Ademais, o valor do imposto apurado acrescido da multa de 60% informado no mencionado documento de R\$153.145,02, difere totalmente do exigido no presente lançamento, no caso R\$109.340,28.

Isto posto, os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Assim, voto pela Nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **225080.0147/17-0** lavrado contra **D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. – EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR