

PROCESSO - A. I. Nº 225080.0162/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0063-01/18
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0300-12/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo, a autoridade fiscalizadora, agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras do direito formal. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais, com confusão na exigência tributária e incerteza na apuração da base de cálculo, que fulminam de nulidade, a exigência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interpôs pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, através do Acórdão JJF nº 0063-01/18, a qual julgou Nulo o referido Auto de Infração, lavrado em 10/10/2017, para exigir ICMS no valor de R\$96.563,40, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte infração:

Infração 01- “Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencados no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes se outras unidades da federação por contribuinte descredenciado”.

Complementarmente consta no campo descrição dos fatos que “Mercadorias apreendidas no pátio da Transportadora Fedex para comercialização, oriundas de outro estado, destinadas a contribuinte descredenciado no Estado da Bahia”.

Trata-se de medicamentos constante do DANFE 444036 TAO 225080.0105/17.

Compulsando os autos, verifico que o autuado interpôs defesa alegando, preliminarmente, nulidade do Auto de Infração em face ao cerceamento do seu direito de defesa. Arguiu, em sede de impugnação, que houve omissão ou erro de requisitos exigidos pelo RPAF se constitui em causa de nulidade do ato, bem como da ação de cobrança dela decorrente.

De acordo com a peça defensiva, houve afetação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que, segundo o impugnante, para uma autuação ser válida e legítima, deve ensejar ao sujeito passivo a possibilidade de conhecimento de todas as alegações em seu desfavor, fazendo-se necessário a produção de todas as provas necessárias à demonstração das infrações cometidas. Sem essa demonstração, diz, não se respeita o instituto da segurança jurídica e da ampla defesa, conforme reza o art. 18 do RPAF/BA).

O fiscal autuante conclui que os argumentos defensivos são insustentáveis, mantendo assim a infração nos termos postos no presente processo administrativo fiscal.

Após análise das argumentações das partes da presente lide e dos documentos acostados aos autos, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe,

nos termos abaixo transcritos:

“O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS, no valor de R\$96.563,40, além da multa de 60%, sob a acusação descrita da seguinte forma: “Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencados no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da federação por contribuinte descredenciado”.

O contribuinte autuado, através dos advogados, legalmente constituídos, preliminarmente, pede a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento do direito de defesa, uma vez que não recebeu os demonstrativos da autuação, o que o impediu de conhecer plenamente a materialidade da ação fiscal, sua legalidade e a cobrança dela decorrente.

Lavrado regularmente no trânsito de mercadorias, há de se registrar que tanto o Termo de Apreensão quanto o Termo de Ocorrência Fiscal são instrumentos próprios ao caso concreto que devem ser emitidos pela autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização, verificar o cumprimento de obrigação tributária e constituem prova material de infração, em conformidade com o art. 28, do RPAF (Decreto nº 7.629/99).

Não vislumbro, por esse aspecto, qualquer prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, o qual foi plenamente exercido pelo sujeito passivo, inclusive adentrando ao mérito e apresentado documento de arrecadação, numa prova do entendimento da acusação fiscal. Para enfrentar o descredenciamento que teria justificada exigência antecipada do ICMS, o contribuinte impetrou Mandado de segurança (fls. 40/43).

Deixo, portanto, de acolher a nulidade suscitada pelo autuado.

A acusação fiscal exige o ICMS de R\$96.563,40, na primeira repartição fazendária, em virtude de o adquirente ter deixado de efetuar o pagamento do ICMS referente à aquisição no Estado de Goiás de medicamentos, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por força do art. 8, §4º, I, da Lei nº 7.014/96.

O preposto fiscal justifica a exigência antecipada do imposto, o fato de a empresa encontrar-se descredenciada, nos termos de art. 332, § 2º, RICMS/BA e conforme consta na ficha do contribuinte de fl. 17 e com omissão de pagamento de ICMS (art. 332, § 2º, III, RICMS/BA).

Examinando os autos do presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, contudo, verifico que a memória de cálculo utilizada para a determinação da base impositiva da exigência não se sustenta nos documentos acostados.

O DANFE que representa a Nota Fiscal Eletrônica nº 444036, emitida por HYPERMARCAS S/A (fl. 6) consta o valor de R\$27.648,00, diversamente do valor apontado no Termo de Apreensão (fl. 4) e na memória de cálculo (fl. 8), que instruiu a base de cálculo da autuação.

Dessa forma, apresentou o Auto de Infração à base de cálculo de R\$554.895,36, com lastro no aludido demonstrativo de fl. 08 deste PAF, parte integrante dessa peça processual. Todavia, não consta dos autos os motivos da diferença e qual cálculo aritmético foi utilizado pelo autuante para se chegar ao valor de R\$554.895,40, em divergência com o documento fiscal que acobertava as mercadorias, no valor de R\$27.649,00.

A preposta do Fisco, em sua Informação, faz referência à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, previsto no art. 352-A do RICMS/BA, o que não ajudou nada na compreensão da pretensão fiscal.

Aplica-se ao caso a Súmula CONSEF nº 01, cujo conteúdo fundamenta a nulidade do procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Dessa forma, não pode lograr êxito o lançamento de ofício que não assegure a prevalência da cláusula do “devido processo legal”. O Auto de infração respectivo não contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Diante do exposto, o presente Auto de infração é NULO.

É como voto.

Por força desta decisão acima prolatada, a 1ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras do CONSEF/SEFAZ, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF por força do disposto no art. 169, inciso I,

alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto no 7.629/99, alterado pelo Decreto no 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Em análise das alegações do autuante e autuado, verifico que se trata de uma infração de trânsito, lavrada pelo autuante nos termos postos na fl. 1 dos autos. Segundo o referido Auto de Infração, trata-se de “*falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição da fronteira ou do percurso sobre mercadorias elencados no Anexo 1 do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da federação por contribuinte descredenciado*”.

O sujeito passivo alega, preliminarmente, nulidade da autuação por cerceamento de defesa, pelo fato alegado de que não teve conhecimento dos demonstrativos da autuação, impedindo o mesmo de ter conhecimento pleno da “*materialidade da ação fiscal, sua legalidade e a cobrança dela decorrente*”.

Neste sentido, entendo descabida a referida alegação, como bem rebateu a decisão de primo grau, haja vista que constam dos autos os documentos Auto de Infração, Termo de Apreensão e Termo de Ocorrência Fiscal (fls. 1 a 6), necessários e suficientes para fins de cumprimento da obrigação fiscal e constituindo-se prova material legítima para lavratura do referido Auto de Infração. Tudo em conformidade com o art. 28, do RPAF/99. Portanto, tal argumento não pode prosperar, como bem decidiu a 1ª JJF, por não se vislumbrar qualquer cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório.

Verifico que as mercadorias (medicamentos) foram provenientes de Goiás e estavam no Regime de Substituição Tributária (ST), com base no art. 8, § 4º, I, da Lei nº 7.014/96. Contudo, o referido Estado não constava como signatária do Convênio ICMS 76/04. Desse modo, a empresa deveria pagar o ICMS devido por antecipação na entrada das mercadorias no território do Estado destino, ou seja, a Bahia, conforme estabelece o art. 322, inciso III, alínea “a” do RICMS/12, podendo tal pagamento ter sido efetuado no mês subsequente, como previsto no § 2º do susomencionado artigo.

Entretanto, constato que a empresa estava descredenciada. Em assim sendo, restava-lhe, tão somente, o pagamento no ato da entrada das mercadorias na Bahia. Tal descredenciamento se deu desde 08/06/2005, como apurado. O sujeito passivo alegou ainda, em sua defesa, que estava respaldado por liminar concedida pela 3ª Vara da Fazenda Pública em 27/10/2017, o que garantia o seu recredenciamento, mas tal liminar foi posterior à data da autuação, que se deu em 10/10/2017. Portanto, tal decisão judicial não alcançou fatos pretéritos.

Por outro lado, constato que o autuante traz como base de cálculo, do ICMS a ser cobrado, um valor muito superior ao quanto consignado no *DANFE que representa a Nota Fiscal Eletrônica nº 444036, emitida por HYPERMARCAS S/A*, acostado à fl.6 dos autos. Por este documento, o valor total das mercadorias adquiridas foi de R\$27.648,00, o mesmo valor constante no DACTE, emitida pela FEDEX BRASIL, também acostada aos autos.

Porém, para determinação deste valor trazido pelo autuante nos termos acostados à fl. 8 dos autos, sob o título de Memória de Cálculo, não se consegue averiguar como o fiscal chegou ao valor das mercadorias. Segundo este memorial, o valor das mercadorias (medicamentos) foi de **R\$616.550,04**, sobre o qual aplicou uma redução de 10% para chegar a base de cálculo de **R\$554.895,36**.

Ora, este cálculo restou comprometido, haja vista não haver qualquer fundamentação para o valor original, (em grifo) atribuída aos medicamentos, a partir do qual o fiscal autuante chegou a base de cálculo (em grifo) de forma imprecisa.

Foi com clareza solar o entendimento exposto pela nobre JJF, no sentido de que o valor da infração, calculada sobre a base de cálculo, carece de respaldo técnico legal, como se pode verificar numa simples análise da *Memória de Cálculo* usada pelo autuante para cobrar o ICMS nos valores constantes do Auto de Infração, em epígrafe. Como bem entendeu a decisão de primo grau, com espedeque no art. 39, inciso IV, do RPAF/99, cumulado com o art. 142 do Código Tributário

Nacional – CTN

Desse modo, por tudo quanto exposto, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, acima citado, entendo que **não foi demonstrado** como se chegou ao **valor total das mercadorias**. Por conseguinte, restou prejudicado o **cálculo do valor do ICMS devido**, a partir de uma base de cálculo que não foi mensurada, de forma clara e precisa, a qual deveria conter os **elementos suficientes para se determinar, com segurança**, o quanto devido em termos da infração.

Enfim, por tudo quanto analisado nos autos e documentos acostados e da legislação aplicável, entendo justo o julgamento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, acertada a Decisão Recorrida que julgou pela NULIDADE do Auto de Infração. Nesta esteira, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **225080.0162/17-0**, lavrado contra **D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP**. Recomendo que seja refeito o lançamento pela INFAZ ATACADO a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR DA PGE/PROFIS