

PROCESSO	- A. I. 232155.0111/18-5
AUTUADA	- BOMFIM FESTA COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.
AUTUANTE	- EDVALDO RAIMUNDO DE NOVAES
ORIGEM	- DAT/SUL IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10.03.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-02/20

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 ocorrida quando do trânsito da mercadoria, mas após adentrar no estabelecimento do autuado. Divergência entre a acusação e o fato gerador lançado. Insegurança quanto à 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 29 de outubro de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$407.751,46, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.09.01.** Falta de recolhimento do ICMS – Antecipação Total – de mercadoria comercializada por contribuinte submetido ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento. Os fatos ocorreram no mês de outubro de 2018.

Consta a indicação do autuante na descrição dos fatos de que “*Em, 29 de outubro de 2018, no exercício das minhas funções fiscalizadoras e cumprindo o Mandado de Fiscalização de nº 10279903000107—018924 detectei as seguintes irregularidades contribuinte inscrito deixo de efetuar o recolhimento da Antecipação Parcial e Total quando das entradas neste território*”.

Tempestivamente, a autuada, por seu responsável legal, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 557 a 566, onde alega ser empresa constituída no Estado do Bahia há vários anos e sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo as infrações, ora contestadas incorrido em erro que as tornam nulas de todos os efeitos, seja fiscal ou legal.

Assim, entende suprida de razões para comparecer perante o Órgão Administrativo competente para apresentar suas motivações de inconformismo, esperando ao final, ver providas suas razões de ingresso.

Destaca que durante vários anos e em várias revisões fiscais já ocorridas, em nenhum momento foi alvo de autos de infração, entendendo que as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas “exponenciadas” significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Registra que a exigibilidade do tributo enfocado pelo Auto de Infração restará suspensa visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo artigo 151 do CTN, em vigor, consoante transcrição.

Como preliminar, argui restarem as infrações eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado eiva-se de vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis, que passaremos a demonstrar a seguir, de forma que padecerá esta, de autenticidade legal para a sua exigibilidade.

Aponta que as infrações lavradas, onde se afirma ter havido a falta de recolhimento na forma e prazos previstos na legislação pertinente do ICMS – Antecipação Total – de mercadoria comercializada por contribuinte submetido ao regime especial de fiscalização e pagamento.

Requer uma observação mais criteriosa por parte do agente fiscalizador, uma vez que no período em tela encontrava-se descredenciado para recolhimento do ICMS referente Antecipação Total e parcial do imposto devido nas operações de aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, motivo que por si só já pressupõe o recolhimento do ICMS no momento da entrada das mercadorias no estado da Bahia uma vez que é sabido que sem esse pagamento essas mercadorias ficariam apreendidas sob a tutela e responsabilidade da transportadora como fiel depositário e só seriam liberadas mediante pagamento, isso quando em alguma situação o próprio contribuinte não fazia o pagamento do DAE no ato da emissão da NF-e o qual acompanhava as mercadorias juntamente com a mesma.

Tem como necessário se avaliar que em algumas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação a qual de fato não foram recolhidos ICMS em relação às quais se menciona a ausência de pagamento, foram posteriormente incluídas em parcelamentos conforme demonstrativos relacionados e que afirma estarem anexos.

Diz ficar bem clara que a intenção da fiscalização era tão somente aplicar as penalidades, não tendo ao menos o trabalho de verificar até mesmo essa questão do ICMS que estavam arrolados aos parcelamentos descritos acima, e de forma intransigente e sem a menor fundamentação legal aplicou de forma arbitrária, as penalidades.

Relembra que em outras revisões fiscais já ocorridas, em nenhum momento foi alvo de Autos de Infração, e, portanto, requer a nulidade do lançamento tributário, por insegurança na determinação da infração.

Argui ainda, que a ocorrência de tal equívoco da autoridade lançadora na aplicação das multas eiva-se de vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis, motivo que a levou a impugnar o lançamento, pleiteando assim a nulidade total do presente auto de infração.

Vê-se cercada do seu direito líquido e certo e de prejuízo material irreparável a sua atividade econômica e por ser penalizada por valores totalmente fora da realidade do nosso país, e dos seus padrões econômicos, causando assim sérios danos e até mesmo comprometendo a continuidade de suas atividades, e à vista dos fatos acima alocados, torna-se primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

No mérito, cita serem várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta, aliada ao fato de que, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso país, o que pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Finaliza, requerendo seja regularmente distribuída e conhecida a presente defesa escrita, sendo processada pelo órgão competente, e após, seja, face a nulidade das infrações pelos motivos acima desfilados, declarada a sua nulidade.

Se assim não entendido, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Fisco, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda, seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se de todo o andamento do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

Acosta documentos de fls. 567 a 772.

Informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 777, no que denomina “PARECER CIRCUNSTANCIADO”, aponta que *“Conformado e aceitando a apresentação da defesa, referente à Notificação em pauta, após revisar minuciosamente as planilhas, anotações e sobretudo a legislação que embasa tal decisão (protocolo 49/2008), item 8.58 e anexo I do RICMS – Ba; e NCM, como NOTIFICANTE, apresenta uma planilha anexada a este processo, considerando os documentos apresentados pelo contribuinte e a nova planilha elaborada por esta fiscalização, apuramos o resultado final acrescido de Multa de 60% (sessenta por cento), totalizando assim o valor histórico de R\$ 636.239,80 (Seiscentos e trinta e seis mil e oitenta centavos).”* (Observação: mantida a grafia original).

Juntou planilha de fls. 778 a 1.139.

O titular da IFMT Sul encaminhou o feito para julgamento, tendo sido os autos recebidos no CONSEF em 19/11/2019 e distribuído a este relator em 04/01/2020.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária total de mercadoria comercializada por contribuinte submetido ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento.

Antes de qualquer análise das questões defensivas, me permito fazer algumas observações: a primeira delas, é o fato de o lançamento não estar devidamente assinado pelo autuante, (fl. 01-v), o mesmo ocorrendo com o demonstrativo de débito de fl. 02, ainda que conste as assinaturas do Sr. Supervisor e da Autoridade Fazendária dando conta de estar o feito devidamente saneado.

Tal fato, poderia ensejar a realização de diligência, no sentido de sanar tal falha, entretanto, uma outra questão se sobrepõe à mesma, com maior grau de importância e consequência, qual seja, o fato de o Auto de Infração indicar como local de lavratura a IFMT Sul, que seria a Inspeção responsável pelas ações fiscais desenvolvidas no trânsito de mercadorias.

A acusação fiscal fala que a conduta do sujeito passivo se referiria à falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial, sendo quatro as ocorrências ali apontadas.

Além disso, 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, se constata estar o autuante cumprindo Mandado de Fiscalização, de emissão da COE, para desenvolver monitoramento, o 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 inclusive 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.

Daí, 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, tidos como paradigmas, existindo diversas outras decisões no mesmo sentido, ainda que a fiscalização venha insistindo em tal prática, em evidente atraso e prejuízo para a Fazenda Pública quanto ao ingresso de recursos em seus cofres, diante da insistência na adoção desta prática já devidamente rechaçada por este Conselho.

Desta maneira, entendo violado o artigo 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/99, 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 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, de ofício, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **A. I. 232155.0111/18-5** lavrado contra **BOMFIM FESTA COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR