

A. I. N° - 213080.0075/19-5
AUTUADO - SIGN NORDESTE COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ORLANDINA FERREIRA SILVA
ORIGEM - DAT/METRO IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-02/20-VD

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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 15 de julho de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$42.600,75, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.10.** Falta de recolhimento do ICMS referente a 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.

Tempestivamente, a autuada, por seu responsável legal, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 13 a 15, onde alega que conforme a descrição do produto no DANFE 83.674 e NCM respectiva, se trata de película destinada a utilização em programação visual, ou seja, um tipo de produto não autoadesivo e não de natureza como lona plástica, e ainda, não destinado para uso na construção.

Argumenta que por semelhança, porém com natureza intrinsecamente diferente e no destino sem ser para a construção, conforme o descritivo da NCM 392190190, e “estado de Curitiba” orienta que seja colocado no DANFE, tal NCM orientação que o tratamento fiscal em Curitiba não é de substituição tributária, pelas razões aqui aduzidas, porém se cria uma situação indevida na entrada da mercadoria no estado da Bahia, por entender, como a autuante, ser lona plástica para uso na construção, ou, ainda, tipo de película auto adesiva, também para uso em construção, pelo que, como dito, pela natureza o destino deste produto não é construção.

Ante o exposto, a autuação se reputa indevida, o que torna o Auto nulo de pleno direito, o que requer.

Informação fiscal prestada por estranho ao feito (fls. 23 e 23-v), após expor as razões defensivas, pontua que, efetivamente, a posição da mercadoria na tabela NCM/SH reporta-se à incidência tributária de antecipação por substituição prevista no Anexo 1 do RICMS em vigor.

Defende que a incidência da antecipação tributária se dá em função da descrição da mercadoria e o seu enquadramento na tabela de Nomenclatura Comum do Mercosul, ou seja, a mercadoria

deve corresponder à descrição da lei e, concomitantemente, à sua classificação na NBM/SH, conforme critérios determinados pela Receita Federal do Brasil.

Destaca que o acréscimo de finalidade a um item para fins de detalhamento da sua especificidade, faz com que a ele seja atribuída uma descrição mais específica, o que permite melhor identificação, sendo esta informação fundamental para esclarecer os questionamentos apresentados.

Sob este prisma, ressalta que a finalidade do produto é conhecida antecipadamente pelas suas características, que lhe conferem um indicativo da utilidade enquanto a destinação, como ato posterior e dependente da vontade do consumidor final, pode ser diversa daquela inicialmente ou comumente atribuída ao produto.

Diante do fato de a finalidade do produto estar condizente com a classificação e, sendo impossível de conhecer qual será seu uso (como consumo, por exemplo), caberá a incidência da substituição tributária, o que leva a pugnar pela procedência do feito.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o lançamento se deu por ocasião do trânsito da mercadoria, tendo sido lavrado Termo de Apreensão em 15/07/2019, na forma do documento de fl. 03.

Constam ainda do mesmo, DAMDFE (fl. 04), DACTE (fl. 05), DANFE 083.674, emitido por S7TE COMÉRCIO E SOLUÇÕES PARA IMPRESSÃO DIGITAL LTDA., no estado do Paraná, e destinado ao contribuinte autuado (fl. 06), documento de identidade em nome de Marco Antônio Bruno Allegro (fl. 07) e Informações cadastrais da empresa autuada (fls. 08 e 09).

Não foi encontrada qualquer memória de cálculo da autuação.

Antes de qualquer análise em relação ao mérito do lançamento, ainda que inexistindo arguição preliminar, por parte da impugnante, cabe ao julgador, de ofício, analisar a presença dos requisitos indispensáveis para a validade do lançamento, o que agora faço.

Conforme dito anteriormente, não constam nos fólios qualquer demonstrativo de apuração da base de cálculo, condição de validade do lançamento prevista no artigo 39, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99,

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

(...)

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido”.

O termo **conterá**, inserido no “caput” do mencionado artigo é imperativo, a sua inobservância implica em ausência de elemento fundamental e essencial para a validade plena e produção de efeitos jurídicos do lançamento.

Ao não atender a tal comando normativo, incorreu a autuante em prática de ato que mancha de insegurança jurídica o lançamento efetuado, nos termos do artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, diante da incerteza quanto à base de cálculo apurada, e por via transversa, implicando em cerceamento da defesa do contribuinte:

“Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Isso diante do fato de que o sujeito passivo foi tolhido de seu direito de saber como a base de cálculo foi apurada, qual o critério para aplicação da MVA, o motivo do crédito fiscal destacado na nota fiscal não corresponder à alíquota aplicável à hipótese em tela, enfim, além de tudo, como já firmado, teve tolhido, também, o seu direito de defesa.

Logo, ainda que não provocado pela defesa, e ofício, tenho o lançamento como nulo.

O Acórdão CJF 0300-12/19, de 02/10/2019, oriundo da Colenda 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, é um dentre vários exemplos de decisões no sentido de ter como nulos lançamentos de tal espécie. Dele, destaco o seguinte trecho:

“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 espeque 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 1^a 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”.

O lançamento de crédito tributário é, pois, ato vinculado, devendo, a autoridade que realizá-lo, atentar para a observância dos estritos termos da legislação e em observância às regras do direito formal, motivo pelo qual reitero ser o lançamento nulo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 213080.0075/19-5 lavrado contra **SIGN NORDESTE COMÉRCIO LTDA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR