

A. I. N° - 210544.0530/19-7
AUTUADO - ALEXANDRE LOBO PINTO
AUTUANTE - EVANDRO JOSÉ PEREIRA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01/09/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0151-03/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/10/2019, refere-se à exigência de R\$293.438,53 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadoria adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte submetido a regime especial de fiscalização e pagamento, no mês de outubro de 2019. Infração 54.05.05.

Consta na descrição dos fatos, que, na fiscalização de mercadorias em trânsito, no Posto Fiscal Benito Gama em Vitória da Conquista, ao ser entregue o DANFE de nº 661947, pelo motorista Renato Antônio Oliveira Augusto, foi constatado que o contribuinte Alexandre Lobo Pinto encontra-se no cadastro da SEFAZ na condição de DESCRENCIADO com restrição de crédito Dívida Ativa e sob Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, conforme Processo nº 20232220163 e Parecer 2659/2017. As mercadorias tributadas (210 caixas de pistola/armas CBC) descritas no documento fiscal são procedentes de outra Unidade da Federação (SP) e destinam-se a comercialização ou outros atos de comércio em território baiano. O presente lançamento refere-se à antecipação total do ICMS.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 32 a 41 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese dos fatos e pede a devolução do prazo para apresentar suas razões de defesa, ressaltando que não houve a regular intimação do Auto de Infração, o que macula o procedimento fiscal, condenado à nulidade, por força do que prevê o artigo 18 do RPAF/BA.

Diante do fato em questão, entende que se revela imperiosa a necessidade de devolução do prazo para apresentar suas razões, a fim de que possa exercer em plenitude o seu direito de defesa.

Também pede a nulidade do Auto de Infração, por ausência de documentos e cerceamento ao direito de defesa. Afirma que apesar de o preposto fazendário ter apresentado demonstrativo de cálculo e planilha com informações concernentes à autuação, documentos e planilhas fornecidos ao contribuinte, ora Impugnante, não comprovam com efetividade a natureza e a matéria tributável, por estarem ausentes elementos necessários ao desenvolvimento regular da ampla defesa, porquanto, dentre outros elementos, não há canhoto das notas fiscais, conhecimento de transporte e/ou registro de trânsito de mercadorias.

Quanto ao mérito, inicialmente, traz à baila que o lançamento operado pela fiscalização de trânsito é incompatível com o regime de tributação especial imposto pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do Processo Sipro nº 202322/2016-3, oportunidade em que ficou consignado pela Inspetoria que “O Regime Especial de Fiscalização e Pagamento consistirá, na

obrigatoriedade do pagamento do ICMS diariamente após o fechamento do caixa no final do expediente, inclusive o relativo ao imposto devido por substituição tributária”.

Afirma depreender-se do parecer intermediário expedido pela Superintendência de Administração Tributária que a arrecadação se dará única e exclusivamente por meio de Regime Especial em que o contribuinte deverá recolher o ICMS, inclusive o devido por antecipação parcial, já que estariam sendo considerados também os valores relativos à substituição tributária, entendendo-se, portanto, devidos pelo regime especial todos os valores devidos pelo contribuinte.

Diz que se revela imperioso considerar que o Auto de Infração em referência carece de sustentação legal, devendo ser considerado nulo por não se adequar à norma individual e concreta imposta ao contribuinte, isto é, por existir, em face do Impugnante, imposição da Administração Fazendária Estadual que lhe obriga o recolhimento diário do ICMS, conforme supramencionado, em substituição ao mecanismo de arrecadação ordinário.

Em relação aos documentos constantes nos autos, diz ser possível extrair que o Auto de Infração foi lavrado por Agente de Tributos Estaduais em modelo próprio, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias.

Contudo, verifica-se que o DANFE objeto do presente AI, foi emitido em data muito anterior ao da lavratura. Ou seja, há um grande lapso de tempo entre o trânsito das mercadorias, saídas dos fornecedores na data especificada, e a lavratura do Auto de Infração, sendo que a ação fiscal que ocorre no trânsito de mercadorias é instantânea.

Assegura que sequer recebeu a intimação do referido Auto de Infração. Tomou ciência apenas pelo sistema de consulta pública. Logo, apesar de se tratar de AI, Modelo “4” – Trânsito, não se pode afirmar que se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”.

Outro fato que destaca, é que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta o presente AI, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias.

À luz dos elementos acima mencionados, entende não restar dúvida de que se trata de um AI lavrado em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, visto que os documentos apresentados pela fiscalização, emitidos pela Superintendência da Administração Tributária - Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado de COE – Central de Operações Estaduais - Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria nº 217/2012, versam que “As unidades fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pela COE, bem como prestar todas as informações solicitadas”, onde designa prepostos fiscais para realizarem monitoramento através de Regime Sumário de Apuração do ICMS no âmbito da Inspeção de Trânsito competente, especificando, ainda, o estabelecimento autuado.

Diante dos fatos aqui delineados e, também, em confronto com os dados constantes nos parcos demonstrativos encontrados pela fiscalização, afirma que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram bem antes da lavratura, e não na data indicada pelo autuante. Isto significa que as ocorrências, diferentemente do que consta no “Termo de Ocorrência Fiscal”, não se verificou no trânsito de mercadorias, e sim em datas anteriores, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, através de fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Portanto, a exemplo do que ocorreu, não é possível se presumir uma data de ocorrência de fatos ocorridos diante da existência de documentos que possibilitam este procedimento.

Por derradeiro, frisa que, apenas por amor ao debate, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda por manter incólume a autuação vergastada, requer a redução da multa aplicada de forma exorbitante, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

Requer que este Conselho receba a Impugnação, a fim de declarar nulo o presente Auto de Infração, seja, em preliminar, pelo cerceamento do direito de defesa, e, no mérito, (i) pela insubsistência do lançamento operado, tendo em vista a imposição de regime especial em face do autuado; (ii) pela incompetência da fiscalização de trânsito de mercadorias autuar operações pretéritas sem observar os critérios da contemporaneidade e circulação das mercadorias apontadas no documentário fiscal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 54 a 56 dos autos. Diz que carece de fundamento a afirmação do autuado de que não houve regular intimação. Está anexado ao PAF o Aviso de Recebimento – AR assinado e datado em 28/11/2019, portanto, tendo sido regular a intimação, nos termos do art. 109, II, “a”, do RPAF-BA, não há que se falar em necessidade de reabertura do prazo de defesa.

Também afirma que não há o que se falar em cerceamento de defesa por ausência de elementos essenciais à caracterização da infração, porque todos os elementos necessários se encontram presente: identificação segura do infrator e da infração, apuração do montante do débito, conforme planilha à fl. 28; informação dos dispositivos infringidos e indicação da multa aplicada; chaves de acesso da nota fiscal, bem como, todos os documentos que acompanham o transporte das mercadorias.

Registra que assiste razão ao autuado em contestar a imposição indevida de Regime Especial de Fiscalização e Pagamento contido no Auto de Infração, mas apenas porque houve um equívoco na autuação quanto à tipificação legal dos fatos, o que impacta em novo cálculo do imposto, mais favorável ao contribuinte, conforme discriminado no item 4, requerendo a sua correção, de acordo com o disposto no art. 18, § 1º do RPAF-BA.

Diz que não assiste razão ao defendente, conforme a descrição dos fatos narrados e o com o modelo do Auto de Infração de trânsito de mercadorias, pois a ação fiscal foi realizada no Posto Fiscal Benito Gama, onde se constatou a infração respectiva que tem caráter continuado, portanto, no trânsito de mercadorias. Afirma que se deve observar que o DANFE de nº 661947 foi emitido em 30/09/2019 e que o lançamento de ofício pela autoridade fiscal se deu em 09/10/2019, em correta consonância temporal, e o espaçamento apenas demonstra o fluxo do veículo durante o trajeto da entrega da mercadoria.

Em relação à correta descrição dos fatos, informa que, no exercício de suas funções de fiscalização de mercadorias em trânsito, no Posto Fiscal Benito Gama em Vitória da Conquista - BA, ao recepcionar o DANFE relativo à NF-e nº 661947 entregue pelo motorista Renato Antônio Oliveira Augusto, constatou que o contribuinte Alexandre Lobo Pinto se encontra DESCREDENCIADO no CAD-ICMS/BA, cadastro da SEFAZ, em virtude de possuir restrição de crédito inscrito em Dívida Ativa.

Informa que as mercadorias descritas no documento fiscal são procedentes de outra Unidade da Federação (SP) e destinam-se à comercialização ou outros atos de comércio em território baiano. Nestas circunstâncias, o contribuinte deveria comprovar o recolhimento devido por Antecipação Parcial do ICMS antes da entrada da mercadoria no território baiano, conforme exigido nos termos da alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS-BA/2012 c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Esclarece que a infração correta é: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Dispositivos Infringidos: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/2012 c/c Art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32; art. 40 da Lei 7.014/96.

Elabora novo demonstrativo de débito e informa que imputa ao contribuinte o débito do imposto no valor de R\$197.621,87, que deve ser recolhido com a multa e acréscimos legais devidos na data do seu pagamento.

Requer que o presente Auto de Infração seja julgado procedente em sua integralidade, e que se dê ciência ao contribuinte acerca da informação fiscal e, considerando o disposto no art. 2º do RPAF/BA, para que se preserve o amplo direito à defesa do contribuinte, sugere reabrir o prazo para, querendo, se manifestar, nos termos da legislação vigente.

VOTO

O presente Auto de Infração, refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadoria adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte submetido a regime especial de fiscalização e pagamento, no mês de outubro de 2019.

Na descrição dos fatos, consta a informação de que, na fiscalização de mercadorias em trânsito, no Posto Fiscal Benito Gama em Vitória da Conquista, ao ser entregue o DANFE de nº 661947, pelo motorista Renato Antônio Oliveira Augusto, foi constatado que o autuado, submetido ao Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, conforme Processo nº 20232220163 e Parecer 2659/2017, não recolheu a antecipação tributária “TOTAL” em relação às mercadorias tributadas (210 caixas de pistola/armas CBC) descritas no documento fiscal, procedentes de outra Unidade da Federação (SP), destinadas à comercialização ou outros atos de comércio no território baiano.

O Auto de Infração foi lavrado no modelo relativo ao trânsito de mercadorias, fato comprovado por meio do Termo de Apreensão à fl. 03, assinado pelo motorista do caminhão transportador, sendo indicado o motorista no Termo de Depósito como representante do contribuinte autuado.

O defendente alegou que não houve a regular intimação do Auto de Infração, o que macula o procedimento fiscal, condenando-o à nulidade, por força do que prevê o artigo 18 do RPAF/BA. O autuante afirmou que carece de fundamento a alegação defensiva de que não houve regular intimação, porque está anexado ao PAF o Aviso de Recebimento – AR assinado e datado em 28/11/2019, tendo sido regular a intimação. Entretanto, não se constatou nos autos a intimação, nem o mencionado Aviso de Recebimento.

O autuado afirmou que apesar de o preposto fazendário ter apresentado demonstrativo de cálculo ou planilha com informações concernentes à autuação, os documentos e planilhas fornecidas pela fiscalização, não comprovam com efetividade a natureza e a matéria tributável, por estarem ausentes elementos necessários ao desenvolvimento regular da ampla-defesa.

À fl. 28 do PAF, consta “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – NOTIFICAÇÃO FISCAL Nº 210544” com os seguintes dados: DANFE/NF-e 661.947; produto PISTOLAS/ARMAS CONF. DANFE; unidade CONJ; Quant 1,00; ALIQ prod. 38+2; R\$ PROD 598.854,15; MVA 40,00; BASE DE CÁLCULO 838.395,81; ICMS 335.358,32; CRÉDITO ICMS 41.919,39; ICMS A RECOLHER 293.438,53. Se depreende que o referido demonstrativo foi efetuado para exigir ICMS de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, tendo sido elaborado para exigência do imposto mediante Notificação Fiscal.

O autuante reconheceu que assiste razão ao defendente em contestar a imposição indevida de Regime Especial de Fiscalização e Pagamento contido no Auto de Infração, porque houve um equívoco na autuação quanto à tipificação legal dos fatos, o que impacta em novo cálculo do imposto.

Disse que as mercadorias descritas no documento fiscal são procedentes de outra Unidade da Federação (SP) e destinam-se à comercialização ou outros atos de comércio em território baiano. Nestas circunstâncias, o contribuinte deveria comprovar o recolhimento devido por Antecipação Parcial do ICMS antes da entrada da mercadoria no território baiano, conforme exigido nos termos da alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS-BA/2012 c/c art. 12-A, inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Elaborou novo demonstrativo de débito e afirmou que a infração correta é: “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de

mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”.

Vale salientar, que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora, sendo indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como, a fundamentação legal. Tudo isso decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.

No caso em exame, o Contribuinte foi acusado do cometimento de uma irregularidade, conforme a descrição dos fatos e da infração. Entretanto, na informação fiscal o autuante acusa o cometimento de outra infração, mudando o fulcro da autuação, apresentando outra redação, outro enquadramento legal e outro cálculo do imposto apurado.

Quanto à possibilidade de mudança no fulcro da autuação, observo que tal mudança não é admitida no lançamento tributário, haja vista que, depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, considerando que a irregularidade citada pelo autuante não constou no lançamento original. Trata-se de vício insanável sem possibilidade de correção posterior.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, e no presente processo ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se trata aqui de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

Com base no art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício com preterição do direito de defesa e que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário foi efetuado com preterição do direito de defesa e com insegurança quanto à infração apontada, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, devendo ser providenciada nova ação fiscal para exigência do tributo devido, a salvo de falhas.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210544.0530/19-7, lavrado contra **ALEXANDRE LOBO PINTO**.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA