

PROCESSO	- A. I. Nº 084138.0300/21-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0099-04/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/12/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0331-12/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM O LANÇAMENTO. Ausentes dos autos elementos essenciais à sua constituição, visto que de acordo com o prescrito pelo Art. 28, IV do RPAF/BA, o Termo de Apreensão se reveste em um instrumento que instrui e fundamenta a autuação, sendo, destarte, o documento que constitui a prova material da infração, juntamente com os documentos citados no mesmo, os quais deixaram de ser anexados aos autos. A juntada de outros elementos que não se relacionam aos fatos narrados na autuação só reforçam a nulidade do lançamento, o qual não contém os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, de acordo com *ex vi* Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado contra o referido Auto de Infração, lavrado em 18/08/2021 e refere-se à cobrança de ICMS por 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, inclusive descredenciado no que tange o Art. 332, § 2º do RICMS/BA, no valor histórico de **R\$ 122.989,07**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%. Referente ao período de agosto de 2021.

A Autuada apresentou impugnação, por intermédio de seus representantes legais, às fls. 33 a 49. Trouxe as principais argumentações: **a)** tempestividade da peça defensiva e elaboração de uma síntese dos fatos; **b)** preliminar de nulidade do Auto de Infração em virtude de vício material; **c)** do mérito; **d)** da constitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos; **e)** do caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, e **f)** dos pedidos de nulidade e improcedência.

Prestada a informação às fls. 84 a 88, no qual o auditor reproduziu as alegações defensivas de forma resumida e as razões de defesa do contribuinte. Nega o pedido de nulidade em virtude de vício material, nega a constitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, trazendo o Art. 40 da Lei nº 7.014/96, nega o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, baseado no Art. 42 também da Lei nº 7.014/96. Pontuou que todos os documentos bem como o Termo de Apreensão foram indispensáveis. Acrescenta, ainda, que o impugnante traz de forma genérica alegações com pretensão de desconstituir os fatos alegados e provados.

Em relatório da 4ª JJF de nº 0099-04/22-VD é transscrito todos os argumentos de defesa da autuada, inclusive acatado o pedido de designação de auditor fiscal estranho ao feito, tendo em vista a aposentadoria da autuante.

A JJF proferiu voto condutor após das devidas intervenções nos seguintes termos:

**VOTO**

*O Auto de Infração sob apreciação foi expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias, para exigência de imposto no valor de R\$ 122.989,07, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: “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”.*

*Consta na descrição dos fatos: “Falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (diversas) acobertadas pelo DANFE 5611, procedentes de outra Unidade da Federação e destinada para comercialização à contribuinte neste Estado da Bahia, com a IE descredenciada no CAD/ICMS-BA. O lançamento do crédito foi constituído com base no Termo de Ocorrência Fiscal nº 2176811014/21-2 que é parte integrante deste Processo”.*

*O enquadramento legal assim se apresenta: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96, enquanto que a multa aplicada é a prevista no art. 42, II, “d”, da mesma Lei.*

*Estão anexados aos autos os seguintes documentos: i) Termo de Apreensão nº 4414521012/21-7 (fls. 05 e 06); ii) Cópia dos DANFEs nº 246458 e 246546 (fls. 07 a 11); iii) cópia de consulta ao contribuinte (fl. 15) e IV) cópia do DACTE nº 50.359 (fl. 12).*

*Este Auto de Infração integra um quantitativo de lançamentos efetuados contra o mesmo autuado, sob a mesma natureza e acusação, sendo que diversos deles já foram apreciados neste CONSEF por intermédio desta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, os quais, sempre por unanimidade, foram todos julgados procedentes.*

*Não obstante, neste caso, ao analisar os presentes autos detectei a presença de vícios materiais que impedem o prosseguimento da lide, conforme passo a expor.*

*Na peça inicial, consta na descrição dos fatos, que a operação estava acobertada pelo DANFE 5611, enquanto que o lançamento do crédito foi constituído com base no Termo de Ocorrência Fiscal nº 2176811014/21-2, que seria parte integrante deste Processo.*

*Já às fls. 05 e 06 está juntado o Termo de Apreensão nº 4414521012/21-7, que faz referência aos DANFEs nº 246458 e 246546, juntados às fls. 07 a 12, que em nada se relacionam ao presente Auto de Infração. Da mesma forma ocorreu em relação ao DACTE de fl. 13, que por igual, em nada se relaciona ao DANFE citado na inicial.*

*O auditor fiscal que prestou a Informação Fiscal, apesar de citar que o Auto de Infração se faz acompanhar do Termo de Apreensão nº 4414521012/21-7 e aos DANFEs nº 246458 e 246546, incorreu no mesmo erro, pois tais documentos, conforme já dito, em nada se relacionam com o presente Auto de Infração.*

*De maneira que estão ausentes dos autos elementos essenciais à sua constituição, visto que de acordo com o prescrito pelo Art. 28, IV do RPAF/BA, o Termo de Apreensão se reveste em um instrumento que instrui e fundamenta a autuação, sendo, destarte, o documento que constitui a prova material da infração, juntamente com os documentos citados no mesmo, os quais deixaram de ser juntados aos autos.*

*A juntada de outros elementos que não se relacionam aos fatos narrados na autuação só reforçam a nulidade do lançamento, o qual não contém os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA, voto pela nulidade do presente Auto de Infração.*

*Deixo de recomendar o refazimento da ação fiscal, visto se tratar de uma ocorrência detectada no trânsito de mercadorias, impossível de ser renovada, ante à necessária instantaneidade ou o flagrante do fato detectado.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

É o relatório.

**VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela JJF que desonerou o contribuinte totalmente do crédito tributário lavrado no valor atualizado de R\$ 208.564,84, conforme fl. 106, montante este superior a R\$ 200.000,00, de acordo com o Art. 169, I, “a” do RPAF/99, no qual conheço.

De fato, em concordância com o voto da JJF, o autuante corrobora em vícios materiais que

contribuem com a NULIDADE do Auto de Infração em questão, com fulcro no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA.

“Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*

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

Traz em sua peça inicial, na descrição dos fatos “*Falta de pagamento de antecipação parcial das mercadorias (bobina picotada) acobertadas pelo DANFE 5611, procedentes de outra Unidade da Federação e destinadas para comercialização à contribuinte neste Estado com a IE descredenciada no CAD/ICMS-BA. O lançamento do crédito foi constituído com base no Termo de Ocorrência Fiscal nº 2176811014/21-2, que é parte integrante deste Processo*”. Todavia, os documentos acostados no auto, nas folhas 5 a 14, fazem menção ao Termo de Apreensão de nº 4414521012/21-7, DANFE’s nºs 246.458 e 246.546, DACTE 50.350 e DAMDFE de nº 37.331 que em nada se relacionam ao DANFE citado na inicial.

É verdade que, com ausência de elementos essenciais à constituição do Auto de Infração, ainda tendo a análise e Informação Fiscal de auditor fiscal estranho ao feito, não foi mencionado ou juntado documentos descritos na peça inicial, o que prejudica a constituição de prova material da infração.

Para finalizar, entendo pela manutenção da NULIDADE do Auto de Infração em lide, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto. No entanto, peço a análise da possibilidade da recomendação do refazimento da ação fiscal na inspetoria da circunscrição fiscal do contribuinte, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 084138.0300/21-2, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.** Recomenda-se avaliar a possibilidade do refazimento da ação fiscal na inspetoria da circunscrição fiscal do contribuinte, a salvo de falhas.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS