

A. I. Nº - 084138.0300/21-2
AUTUADO - CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.
AUTUANTE - CORÁLIA PEREIRA PADRE
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-04/22-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. Auto de Infração **NULO**, *ex vi* Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração expedido pela fiscalização no trânsito de mercadorias em 18/08/2021, 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 outro Estado 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 autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 33 a 49, arguindo, inicialmente, a tempestividade da peça defensiva e elaborando uma síntese dos fatos, para, em seguida, apresentar preliminar de nulidade do Auto de Infração, por entender que a autuante ao capitular as infrações sem expressamente apontar as razões em que se pauta a autuação, apenas fazendo menção às supostas previsões legais aplicáveis, está a Autoridade Fiscal impedindo que o contribuinte apresente sua defesa corretamente, correndo o risco de ser condenado a pagar algo indevido.

Com isso sustentou que o auto de infração encerra em si flagrante cerceamento de defesa, violando de forma explícita o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, situação esta que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal por força do contido no Art. 18, inciso IV “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Para efeito de consubstanciar seus argumentos, dissertou acerca de Trabalho Acadêmico da lavra de auditor fiscal da Receita Federal, relacionado a vício material, que gera a nulidade absoluta do

ato do lançamento e vício formal, que gera a nulidade relativa do ato do lançamento e citou jurisprudência de Tribunais Pátrios Administrativos.

Ao adentrar ao mérito da autuação, citou que é uma empresa tradicional no segmento de perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, descrevendo as atividades que tem como objeto social.

Em seguida passou a discorrer a respeito da inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão de mercadorias como sanção para recolhimento de tributos, pontuando que o Auto de Infração foi lavrado em Posto Fiscal para exigência de ICMS e multa por entender que houve falta de pagamento da antecipação parcial das mercadorias (produtos de beleza) procedente de outra Unidade da Federação, destinadas à comercialização a contribuinte deste Estado com inscrição estadual descredenciada no CAD/ICMS/BA.

Citou que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação das mercadorias enquanto que o RICMS/BA, em seu art. 332, § 2º, estabelece que aos contribuintes regularmente inscritos no cadastro do Estado será permitido o recolhimento da antecipação parcial do imposto até o dia 25 do mês subsequente a emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, sendo que, na hipótese de o contribuinte estar descredenciado frente ao Estado, se exige o recolhimento imediato da antecipação parcial do imposto.

Sustentou que o descredenciamento do contribuinte, por si só, não se revela como meio hábil à cobrança imediata do imposto por antecipação parcial, justamente porque o mesmo funciona como sanção política aplicada para fim de obrigar o contribuinte a promover o recolhimento do tributo.

Pontuou que seu descredenciamento decorreu da existência de supostos créditos de ICMS em aberto no Sistema da SEFAZ/BA, os quais se encontravam com fase administrativa encerrada, mas na pendência de propositura pelo Fisco Estadual da ação própria à cobrança dos mesmos, sabendo-se que ao Fisco é conferido uma gama de poderes para a persecução dos objetivos arrecadatórios, visando aumento das riquezas do Estado e a manutenção da máquina pública, em benefício interesse do comum.

Disse que esses poderes, embora de faculdade discricionária, encontram limite na Constituição Federal, já que os atos administrativos fiscais que não atendam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, por ilegais, desarrazoados, desproporcionais ou sem motivação adequada, configuram abuso de poder, sendo possível correção pelo Poder Judiciário, o qual pode declará-los nulos.

Neste sentido citou decisões do STJ e STF, além de doutrina, para concluir este tópico sustentando que considerando que o Fisco Estadual dispunha das ferramentas próprias a persecução do crédito tributário que sustava contra o contribuinte, não poderia ter sido omissa na utilização das mesmas, gerando cenário de insegurança jurídica, ocasionando o descredenciamento de sua inscrição estadual, bem como procedendo a apreensão de mercadorias em trânsito, com lavratura do Auto de Infração discutido, cujo exercício do recolhimento da antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente foi impedido em razão da aplicação da sanção política.

No tópico seguinte passou a suscitar caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada no patamar de 60%, atribuindo feições de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, IV.

Após citar farta doutrina a este respeito, concluiu citando em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, a previsão legal e a boa-fé da sua conduta, cumpre à Autoridade Fiscalizadora aplicar multa em percentual que não represente confisco ao seu patrimônio, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em conclusão, protestou pelo acolhimento da presente defesa, e o deferimento de todos os meios de provas admitidos em direito, com a juntada posterior dos documentos que se fizerem

necessários, bem como a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, para o fim de acolher a preliminar de nulidade do presente Auto de Infração, ou sua improcedência, requerendo, ao final, que todas as intimações referentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço do seu patrono indicado no rodapé das páginas da peça defensiva.

Em face da aposentadoria da autuante, foi designado auditor fiscal estranho ao feito para prestar a Informação Fiscal, o que foi feito mediante fls. 77 a 81, tendo este, inicialmente, efetuado uma breve síntese dos argumentos defensivos, os quais declarou não os acatar, ante aos motivos que passou a expor.

Pontuou que o Auto de Infração em epígrafe, foi lavrado e acompanhado do indispensável Termo de Apreensão de nº 441452.1012/21-7, quando do exercício do Poder Administrativo de Polícia, durante fiscalização ostensiva de mercadorias em trânsito no Posto Fiscal Benito Gama.

Citou que durante a fiscalização foi constatado que as mercadorias (produtos de beleza) acobertadas pelos DANFES 246458 e 246546, procediam do Estado do Paraná e se destinavam à comercialização neste Estado pelo autuado, estando tudo registrado no Termo de Apreensão, não havendo, portanto, vício de forma já que não se constata omissão, observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

Disse, também, que não há vício quanto ao objeto do ato, já que não houve qualquer violação de lei, regulamento ou outro ato normativo e, por último, não houve desvio de finalidade, já que a autuante praticou o ato visando o fim previsto na regra de competência.

Concluiu sustentando que não existe qualquer vício quanto aos motivos do ato, já que a matéria de fato e de direito, em que se fundamentou o lançamento é materialmente existente ou juridicamente adequada, enquanto que, em nenhum momento da peça impugnatória o autuado negou o fato de estar descredenciado no cadastro do ICMS deste Estado, sendo, portanto, fato incontroverso, razão pela qual não se sustenta a pretensão de nulidade sob a alegação de não haver clareza quanto aos fatos que configuram a infração.

Após observar que o RICMS/BA, em seu Art. 332, III, impõe o recolhimento do ICMS antes da entrada da mercadoria neste Estado, nos casos em que especifica, e afirmou ser incontroverso que o autuado adquiriu mercadorias tributáveis em outro Estado e, para tentar a improcedência do lançamento alegou inconstitucionalidade e ilegalidade da apreensão da mercadoria como sanção para recolhimento do tributo.

Neste sentido transcreveu o disposto no Art. 40 da Lei nº 7.014/96 que trata das infrações e penalidades concernentes a inobservância de qualquer disposição contida na legislação do ICMS, sustentando que o autuado tenta mudar os fatos, associando a apreensão das mercadorias a uma suposta sanção para recolhimento de tributo, porém encontra barreiras nos documentos acostados aos autos.

Citou que o Termo de Apreensão foi lavrado no dia 03 de agosto de 2021, tendo sido designado o próprio autuado como Fiel Depositário das mercadorias, sendo posteriormente, em 18 de agosto de 2021, emitido o Auto de Infração, ressaltando que mercadorias em situação irregular (§ 4º do art. 40 citado) serão apreendidas pelo Fisco, mediante emissão de termo próprio, para efeito de constituição de prova material do fato, portanto, a apreensão foi condição indispensável para a lavratura do Auto de Infração, não havendo, pois, que se falar em sanção para recolhimento de tributo.

Quanto ao argumento defensivo de caráter confiscatório da multa aplicada citou o quanto previsto pelo Art. 42 da Lei nº 7.014/96, lembrou que o autuado se encontra em situação de descredenciamento por restrição de crédito em dívida ativa e concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 084138.0300/21-2**, lavrado contra **CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA S.A.**

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR