

A. I. Nº - 128984.0523/22-0
AUTUADO - GEORGE SIMÕES DE FREITAS
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO INETRNET – 07/02/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0008-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO NO CADASTRO FAZENDÁRIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Descaracterizada a infração, através da comprovação de que as mercadorias constantes do documento fiscal que serviu de base à autuação, têm como destinatário estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado na IFMT Sul em 06/04/2022, exige o ICMS no valor de R\$115.275,28 mais multa de 60%, sob acusação do cometimento da Infração **054.005.003** - Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia conforme Termo de Apreensão à fl. 04.

Consta na descrição dos fatos: “Comercialização interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição Tributária por antecipação total, e destinadas a contribuinte no Estado da Bahia. Sendo que o remetente não destacou o ICMS-ST na Nota Fiscal e não efetuou o recolhimento do valor devido, antes do ingresso das mercadorias neste Estado”.

O Autuado, através de seu representante legal, apresenta Impugnação tempestiva, fls. 31 a 42, articulando suas razões de Defesa na forma a seguir resumida.

Inicialmente informa ser constituída como pessoa jurídica de direito privado que opera no ramo do comércio de peças e acessórios novos para motocicletas e motonetas, tendo sua atuação prioritariamente centrada na revenda de mercadorias importadas - Doc. 1.

Esclarece que, em face do seu modelo de negócio, promove aquisição de peças de importadas através de empresas importadoras para fins de, após a devida nacionalização da mercadoria, revenda de tais produtos no mercado brasileiro. Explica que promoveu aquisição de “Kits Transmissão para Motocicleta Composto por Corrente, Coroa e Pinhão” através da empresa BOTTEGA TOSCANA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. O pedido totaliza o valor de R\$358.000,00, e seria entregue na sua sede pela transportadora Exologística Transportadora S.A - Doc. 3.

Diz que firmado esse negócio jurídico, foi emitida Nota Fiscal Eletrônica relativa a essa operação e a carga foi enviada de sua origem, Itajaí-SC, para seu destino, Vitória de Santo Antão-PE - Doc. 3. Todavia, quando a mercadoria ainda estava em trânsito, no dia 06/04/2022, a carga foi selecionada para ser fiscalizada no posto de atendimento da Receita Estadual do Estado da Bahia em Vitória da Conquista.

Observa que frente à fiscalização realizada, teve lavrado em seu desfavor o presente Auto de Infração, no qual é exigido o recolhimento de carga tributária de ICMS, acrescida de ônus no montante de R\$115.275,28.

Assevera que a carga tributária de ICMS de tais mercadorias não é de competência do Estado Baiano, uma vez que a circulação de mercadoria ocorreu entre o Estado de Santa Catarina e o de Pernambuco. Dessa forma, afirma não se conformar com o cenário desenhado pela fiscalização e tem convicção que, ao reanalisarem a presente situação pelos fundamentos técnicos que serão logo apresentados, as autoridades competentes procederão com a desconstituição da exigência tributária ora impugnada.

Destaca que de forma objetiva a carga fiscalizada estava acompanhada de todos os documentos legalmente exigidos, conforme atestam os mesmos em anexo - Doc. 3. Continua esclarecendo que, além de toda documentação fiscal vinculada a presente operação de circulação, as mercadorias têm origem de processo de importação, essas passaram pelo devido desembaraço aduaneiro, restando respeitadas todas as exigências legais para nacionalização desses produtos - Doc. 5.

Frisa que, desde já, se comprova a total validade e correição da operação de circulação promovida, não restando qualquer dúvida sobre a ausência de qualquer pendência fiscal ou aduaneira vinculada a carga da DANFE nº 000.001.926.

Lembra que de forma a proteger os contribuintes de exigência fiscal abusiva e desregrada, o legislador infraconstitucional previu no art. 142, do CTN, que o crédito tributário somente poderia ser cobrado após a sua devida constituição por meio de lançamento devidamente arrazado.

Continua ressaltando que, conforme esclarece o dispositivo legal acima colacionado, o lançamento tributário se apresenta como procedimento administrativo que visa a averiguar a validade e exigibilidade do suposto crédito tributário. *“Através do lançamento, a autoridade (Auditor-Fiscal ou equivalente) formaliza a existência e a liquidez do crédito tributário, notificando-se o contribuinte para pagá-lo ou impugná-lo”.*

Registra que da leitura do art. 142, do CTN, resta demonstrado que o legislador infraconstitucional buscou a concretizar na codificação tributária o devido processo legal e a ampla defesa, prerrogativas que sempre estiveram presentes no ordenamento brasileiro e que, atualmente, estão previstas no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88, cujo teor reproduz.

Prossegue assinalando que ao prever todos os elementos que o procedimento administrativo do lançamento deve averiguar, que são os aspectos que compõem a regra matriz de incidência do tributo que se busca exigir, o Código Tributário Nacional possibilita que o contribuinte, ao ser exigido certa carga tributária, tenha todos os elementos necessários para promoção de defesa, tanto administrativa, como judicial de forma ampla e devida.

Destaca que tal necessidade de fundamentação e lançamento das exigências fiscais não se restringe apenas ao crédito tributário. Caso a autoridade fiscal entenda pela necessidade de imposição de multa pecuniária em face do contribuinte, essa deverá proceder de forma motivada e através de instrumento administrativo competente.

Revela que os atos emanados pela Administração Pública, embora gozem de liquidez e certeza, não estão dispensados da comprovação da incidência tributária, cabendo à Fiscalização demonstrar a subsunção dos fatos à hipótese descrita em lei. Se tal não ocorrer, o ato é inválido.

Observa que no caso concreto, não houve a individualização de um fato concreto que ensejasse a incidência do tributo ora exigido, tampouco a comprovação do mesmo. Houve, apenas, uma acusação desprovida de comprovantes fáticos ou documentais de que a mercadoria fiscalizada teria como destinação o Estado da Bahia.

Assinala que sendo o lançamento vinculado à descrição legal do fato, não se abre à Autoridade Fiscal alternativa que não a de perquirir e comprovar, com base documental, a ocorrência do fato jurídico tributário reputado existente. Assim, equívocos decorrentes da deficiente subsunção entre os fatos que podem gerar incidência tributária e a hipótese descrita na lei, denotam

irregularidade que configura irrefutável nulidade, pois comprometem severamente a validade dos atos emanados pela administração pública.

Nesse sentido, traz a colação fragmentos dos ensinamentos dos juristas pátrios, Prof. Paulo de Barros Carvalho, Marins e Medauar.

Sustenta que, não tendo sido comprovada pela fiscalização a efetiva internalização da mercadoria no Estado Baiano, o Auto de Infração deve ser anulado a fim de ser reconhecida a insubsistência do lançamento, sob pena de nítida afronta ao princípio da verdade material.

Destaca que, além da ausência de comprovação do fato gerador tributável o instrumento de lançamento em tela está maculado de outra nulidade incontornável: ausência de específica fundamentação legal do crédito exigível. Aduz que analisando o enquadramento legal apontado pela autoridade fazendária para justificar a cobrança do presente tributo, restam citados artigos demasiadamente genéricos que em nada esclarecem o real motivo pelo qual a carga tributária está sendo exigida.

Registra que sem a necessária especificação do fundamento normativo do objeto da cobrança, tem-se que o lançamento tributário não atendeu ao requisito legal que condiciona a sua validade à descrição da *disposição legal infringida e a penalidade aplicável*. (art. 142, do CTN).

Pondera que, não sendo possível supor ou inferir qual o fato que originou a tributação e a respectiva hipótese de incidência da norma estadual, resta inviabilizada a correta análise da legalidade da tributação, razão pela qual é inevitável o reconhecimento da nulidade da presente exigência.

Afirma que a necessidade da presença dos requisitos legais se configura condição sem a qual o confronto do fato jurídico tributário com o crédito tributário dele pretensamente decorrente fica inviabilizado, impossibilitando o contraditório e a ampla defesa, direitos constitucionalmente assegurados ao recorrente pelo art. 5º, inciso LV, da CF/88.

Arremata frisando que, diante da evidente existência de violações ao art. 142, do CTN, e aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da tipicidade tributária, impõe-se o reconhecimento da insubsistência do presente lançamento

Menciona que se efetuada uma análise mais aprofundada da autuação em tela, constata-se que o crédito tributário lançado possui sua justificativa na suposta falta de recolhimento de ICMS em face da *“comercialização interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação total, e destinadas a contribuinte do Estado da Bahia”*.

Observa que o enquadramento legal apontado para fundamentar o lançamento explicita o entendimento da Fazenda de que o crédito em questão se dá em face da não satisfação de condição para usufruto de benefício fiscal de ICMS cabível nas operações de competência do Estado da Bahia. Tem-se como premissa que as mercadorias ora analisadas têm como destino o Estado da Bahia e poderiam estar sujeitas ao aproveitamento de benefício fiscal estadual.

Explica que o Auto de Infração em questão comprova sua nulidade a partir da premissa adotada pelo Fisco. Conforme já foi reiteradamente pontuado na presente manifestação defensiva, a operação de circulação de mercadoria em questão ocorreu entres Estados Federados diversos, tendo o território Bahia figurado apenas como trajeto a ser percorrido para viabilizar a entrega da mercadoria comercializada.

Destaca que de forma explícita o Estado da Bahia não era origem e muito menos destino das mercadorias constantes DANFE nº 000.001.926.

Diz saltar aos olhos a evidente ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigir suposto crédito de ICMS sobre a operação em tela. Conforme esclarecido no tópico anterior, a presente operação se trata de circulação de mercadoria na qual uma empresa de Itajaí-SC procedeu com a remessa para empresa de Vitória de Santo Antão-PE.

Revela que, caso houvesse alguma irregularidade sobre o recolhimento de ICMS, caberia aos Estados de Santa Catarina e Pernambuco averiguar tal situação e, caso fosse constatada alguma inconsistência, proceder com o devido lançamento da pendência tributária. Afirma que o Estado da Bahia não possui competência constitucional para proceder com o lançamento de ICMS nesta operação, tornando o ato coator ora combatido como evidente conduta de usurpação de competência.

Cita que consta no inciso II, do art. 155, da CF/88 que cabe aos Estados a instituição e cobrança de imposto na hipótese de circulação de mercadoria. Conforme incisos VII e VIII, do §2º, do mencionado artigo, nos casos de circulação de mercadoria interestadual para destinatário consumidor final, contribuinte ou não, o recolhimento de ICMS se dá de forma diferenciada pelo Estado de destino e o Estado de origem da mercadoria.

Observa que direcionando o foco para o caso em tela, com base nas disposições da Lei Complementar Kandir (LC nº 87/96), o Estado da Bahia não se enquadra como sujeito ativo da presente relação jurídico-tributária em hipótese alguma. Frisa que não possuindo a menor relevância tributária para a operação em tela, o Estado da Bahia participa apenas como trajeto pelo qual a empresa transportadora deve percorrer para promover a entrega da mercadoria no destino final: Vitória de Santo Antão-PE.

Diz que manter a autuação fiscal em tela é cancelar evidente usurpação de competência tributária, vez que os únicos Estados que poderiam pleitear a carga tributária incidente nesta operação são Santa Catarina e Pernambuco.

Frente às colocações até aqui tecidas, não há outra alternativa que não seja a anulação integral do Auto de Infração, uma vez que a quantia em cobrança está fundamentada em premissa evidentemente equivocada e advém de Ente tributante ilegítimo, o que ofende diametralmente os art. 142, do CTN e o inciso II, do art. 155, da CF/88.

Pugna, caso se entenda necessário, seja determinada diligência fiscal, tudo para comprovar os fatos acima descritos ou para contraditar as alegações que eventualmente sejam feitas.

Conclui requerendo a desconstituição e anulação do Auto de Infração, por se configurar amplamente nulo e o Estado da Bahia ser ente federativo totalmente incompetente para exigir ICMS na presente operação, conforme exposto na presente peça.

Na informação fiscal, às fls. 89 e 90, o Autuante apresenta as seguintes ponderações.

Inicialmente observa que o Autuado alega, que o Estado da Bahia, é incompetente para a exigência do ICMS, uma vez que a mercadoria era destinada a outra unidade Fazendária.

Assinala que a lavratura do Auto de Infração se deu em regime emergencial e foi respaldada no Termo de Apreensão nº 232201.1049/22-8, onde mencionava que o destinatário não possuía a atividade de Armazém Geral, não tendo outras informações complementares acerca da ocorrência.

Explica que, efetivamente, não ficou caracterizado que a mercadoria poderia ser internalizada neste Estado, por tanto, a reclamação do crédito tributário não pode ter procedência.

Pelos fatos expostos e pelo que constam em todo o processo, afirma concluir pugnando que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia conforme Termo de Apreensão nº 2322011049/22-8, à fl. 04. Consta na descrição dos fatos: “Comercialização interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição Tributária por antecipação total, e destinadas a contribuinte no Estado

da Bahia. Sendo que o remetente não destacou o ICMS-ST na Nota Fiscal e não efetuou o recolhimento do valor devido, antes do ingresso”.

Em sede Defesa o Autuado destacou que de forma objetiva a carga fiscalizada estava acompanhada de todos os documentos legalmente exigidos, conforme atestam os mesmos em anexo - Doc. 3. Esclareceu que além de toda documentação fiscal vinculada a presente operação de circulação. Ressalta também que, uma vez que as mercadorias têm origem de processo de importação, essas passaram pelo devido desembaraço aduaneiro, restando respeitadas todas as exigências legais para nacionalização desses produtos - Doc. 5.

Asseverou a total validade e correição da operação de circulação, não restando qualquer dúvida sobre a ausência de qualquer pendência fiscal ou aduaneira vinculada a carga da DANFE nº 000.001.926.

Explicou que o Auto de Infração em questão comprova sua nulidade a partir da premissa adotada pelo Fisco, haja vista que a operação de circulação de mercadoria em questão ocorreu entres Estados Federados diversos, tendo o território Bahia figurado apenas como trajeto a ser percorrido para viabilizar a entrega da mercadoria comercializada.

Destacou que de forma explícita o Estado da Bahia não era origem e, muito menos, destino das mercadorias constantes DANFE nº 000.001.926.

Pugnou pela anulação do Auto de Infração, uma vez que a quantia em cobrança está fundamentada em premissa evidentemente equivocada e advém de Ente tributante ilegítimo, o que ofende diametralmente os art. 142, do CTN e do inciso II, do art. 155, da CF/88.

Depois examinar as peças que integram os autos, precipuamente a cópia do documento fiscal acostado à fl. 07, e o que consta da Descrição dos Fatos, “*Comercialização interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição Tributária por antecipação total, e destinadas a contribuinte no Estado da Bahia...*”, constato assistir razão ao Autuado, uma vez que inexistente qualquer elemento fático que conduza ao entendimento de que o destinatário das mercadorias, objeto da autuação, seja localizado neste Estado.

Logo, diante da idoneidade do documento fiscal que lastreia a operação interestadual entre o Estado de Santa Catarina e o Estado de Pernambuco e ante a não constatação, nos elementos que compõem a acusação fiscal, de qualquer indício de que a mercadoria apreendida seria internalizada neste Estado, afigura-se insustentável a acusação fiscal.

Considerando ainda que o próprio Autuante, ao proceder à informação fiscal, confirmou o alegado na defesa, ou seja, de que realmente não ficou caracterizado que a mercadoria poderia ser internalizada neste Estado, concluo pela descaracterização da autuação.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.0523/22-0**, lavrado contra **GEORGE SIMÕES DE FREITAS**.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2023.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO /RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA