

N. F. Nº - 210436.0104/18-5

NOTIFICADO - Z DOS SANTOS DE SOUZA

NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO

ORIGEM - IFMT METRO

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0068-06/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO PROCEDIMENTAL QUE RESULTOU NA IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR O MONTANTE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização de fatos pretéritos, caracterizado pela aplicação de roteiro inadequado na apuração do ilícito tributário, que resultou na impossibilidade de se determinar, com segurança, o montante do débito tributário. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal. Evidenciada no caso concreto a ofensa ao § 1º do art. 18, II do RPAF/BA. Recomendação à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF/BA. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 10/08/2018, se refere à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$14.324,03, em razão da INFRAÇÃO – 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O notificado, por seu advogado, apresentou justificação às fls. 32/44 dos autos, inicialmente suscitando a nulidade da autuação, com base no artigo 18, inciso I do RPAF/BA, posto que a Notificação foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais, sendo invadida a competência dos Auditores Fiscais. Acresce que a presente ação fiscal não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, como faz crer a Notificação, se tratando de fiscalização de estabelecimento.

Aduz que o Decreto nº 14.208/13, citado pelo notificante, não autoriza a adoção do “lançamento modelo trânsito” e sim, apenas cria uma metodologia para direcionamento da ação fiscal, que

pode ser exercida pela fiscalização de trânsito, mas em decorrência de informações enviadas pela “central de monitoramento”, conforme artigo 2º do referido Decreto.

Prossegue, citando vários Acórdãos do CONSEF/BA, que tratam do “lançamento por instrumento modelo trânsito”, os quais resultaram em nulidade, e observa que as datas de ocorrência são relativas ao mês de julho e agosto de 2018, o que deixa claro se tratar de fiscalização de estabelecimento.

Ainda nas preliminares ressalta outro ponto que impõe nulidade ao lançamento: a apuração da importância a recolher foi realizada com irregular dedução de valores, eis que não foram abatidos os valores do imposto destacados nos documentos fiscais de aquisição.

No mérito, alega improcedência total do lançamento, posto que nas operações relativas às Notas Fiscais nºs 49.458; 49.521; 49.517; 49.536; 49.604 e 49.650, todas pertinente às aquisições de “charque”, contam com redução de base de cálculo. Citando, em seguida, dois Acórdãos do CONSEF/BA, os quais tratam deste tema.

Prossegue, alegando que, em relação à Nota Fiscal nº 3.475, a Notificada pagou a antecipação parcial devida, no montante de R\$7.075,56, objeto da Notificação Fiscal 4414530053/18-4, acrescido de multa de R\$424,53, anexando cópia da nota e DAE quitado.

Finaliza a peça defensiva, requerendo que a Notificação Fiscal seja julgada nula ou improcedente.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide totalizou o valor histórico de R\$14.324,03 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)"

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - lei nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Destaco, ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vício jurídico intransponível, relacionado à legalidade do lançamento, sobre o qual passo a dissertar.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por preposto lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 24394982000101-201886 da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE (fl. 4), emitido em 06/08/2018, o qual aponta indícios de falta de pagamento do ICMS/Antecipação Tributária Total, referente a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, conforme DANFEs, emitidos no período de 04/07/2018 a 04/08/2018, acostados aos autos às fls. 21/27.

Inicialmente, ressalto que fiscalização do ICMS compreende duas linhas de atuação claramente definidas com base no aspecto temporal da ocorrência dos fatos a serem apurados.

Uma dessas linhas de atuação, contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, os quais a administração tributária instituiu para diferenciar daqueles lavrados nas auditorias realizadas nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra linha de atuação se caracteriza pela análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim em auditoria no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, em monitoração, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, das operações mercantis por este, já realizadas. Neste contexto, a constatação de irregularidades pode, também, ensejar a lavratura tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, de modelos específicos, sendo que o critério a ser utilizado para a definição de um ou de outro instrumento é o valor da exigência fiscal, conforme definido no art. 48 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Vale ressaltar que a administração tributária, segrega as mencionadas linhas de atuação em unidades fiscalizadoras distintas. No primeiro caso, os agentes fiscais estão lotados na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito. No segundo caso, os mesmos desempenham suas funções lotados nas Inspetorias Fiscais de estabelecimentos.

Nesta linha de raciocínio, observo que há no PAF MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 24394982000101-201886, emitido em 06/08/2018, acostado aos autos na fl. 04. Que conforme descrição dos fatos contida na Notificação Fiscal, lavrada 10/08/2018 (fl. 01), a exigência fiscal diz respeito a diversos DANFEs, acostadas aos autos às fls. 21/27, emitidos no período de 04/07/2018 a 04/08/2018, e que tais documentos se encontram arrolados no relatório denominado “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UMF”, (fls. 20) emitido pela SEFAZ/BA, em 06/08/2018, para subsidiar o trabalho fiscal.

Cotejando-se as datas: (i) do “MANDADO DE FISCALIZAÇÃO; (ii) do “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF supracitado; e (iii) dos DANFEs presentes nos autos, com a data da

lavratura da Notificação Fiscal em lide, constata-se a existência de divergência cronológica que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, na medida em que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. Fato não demonstrado neste caso, pois, de acordo com os documentos e elementos contidos nos autos, restou comprovado tratar-se de fatos pretéritos.

Destarte, considerando que nos termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto lastreado em fato pretérito é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, entendo que o procedimento fiscal correto e que deveria ter sido adotado no caso em comento, seria aquele aplicável à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes, e assim garantir em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Neste diapasão, constato que a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais lotado na IFMT-METRO. Que o instrumento utilizado pelo agente fiscal foi uma Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias. Que, na realidade, a ação fiscal constituiu-se em monitoramento, isto é, em uma espécie de auditoria sumária do ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente a entradas de mercadorias, acobertadas por DANFEs emitidos no período de 04/07/2018 a 04/08/2018, sendo que o presente lançamento somente ocorreu em 10/08/2018. Que o roteiro de fiscalização, assim como o instrumento utilizado não são apropriados para constituir o crédito tributário decorrente da apuração de fatos ocorridos preteritamente.

Dentre os diversos deveres do julgador, está o da observância da estrita legalidade do lançamento tributário. No caso em tela, existiram várias operações de circulação de mercadorias, acobertadas por diversos DANFEs, as quais redundaram em diferentes datas de ocorrência do fato gerador. Note-se que não é permitido ao preposto da Fazenda eleger uma data de ocorrência, pois o lançamento é um ato administrativo vinculado, regrado por lei, inexistindo espaço para discricionariedade da autoridade fiscal lançadora.

O montante do débito tributário é composto de imposto, multa e acréscimos moratórios. Na medida em que não se consegue determinar as *reais datas de ocorrência dos fatos geradores*, não se determina o débito integral a ser exigido do contribuinte, configuando-se, portanto, a nulidade estabelecida no § 1º do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 18. São Nulos:

(...)

§1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

(...)”

Cabe ressaltar, ainda, que o inciso II do art. 51 coaduna com o estabelecido no § 1º do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e robustece a importância da determinação das datas de ocorrência dos fatos geradores, como termos iniciais de contagem, de forma a possibilitar a apuração do débito integral.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 51. A Notificação Fiscal conterá, no mínimo:

(...)

II - o valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes, demonstrados segundo as datas de ocorrência e em função da natureza dos fatos, sendo que as parcelas variáveis, tais como multas percentuais, atualização monetária e acréscimos moratórios serão determináveis pela indicação do percentual e do termo inicial de contagem, de modo a possibilitar o conhecimento do débito integral;

Igualmente pertinente é a menção do disposto no art. 144 do CTN (Lei nº 5.172/1966)

“CTN - LEI N° 5.172/1966

(...)

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

(...)"

Cabe destacar que a finalidade do lançamento tributário é cobrar aquilo que é devido. Se o Estado cobra mais que o devido, trata-se de enriquecimento ilícito. Por outro lado, se o Estado cobra menos que deveria, configura-se prejuízo ao Erário.

Julgo, portanto, por todos os argumentos acima consignados, que o Lançamento de Ofício em apreciação é nulo, conforme §1º do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à adoção de procedimento fiscal adequado à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes, dentre estas a utilização do instrumento apropriado para constituir o crédito tributário decorrente da apuração de fatos pretéritos.

Pelas razões acima expostas, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **210436.0104/18-5**, lavrada contra **Z DOS SANTOS DE SOUZA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2019.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR