

N. F. N° - 232195.0226/17-6  
NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMERCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.  
NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.12.2019

## 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0094-06/19NF

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. 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. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal. Notificação Fiscal NULO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório foi lavrada em 26/09/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$23.547,82, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração – 01 - 54.05.10 - Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos os requisitos previstos na legislação fiscal. Referente ao período de agosto de 2017.

#### Na “Descrição dos fatos” consta:

*“Ação Fiscal onginána da Superintendência de Administração Tributária - SAT - Central de Operações Estaduais - COE, através da Ordem de Serviço lanada do Mandado de Fiscalização nº 8960738000102-201797, em consonância ao que determina o Decreto nº 14.208/13, que dispõe sobre o novo )de)lo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte.*

*Antecipação Tributária Total. Mercadoria: derivados do abate de frango. Contribuinte não possuidor de "regime especial" para pagamento, em data istenor. da parcela do ICMS. Falta de recolhimento do ICMS, relativo a Antecipação Tributária Total. Levantamento realizado com base nos DANFES ficados para fiscalização pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através do "Regime Sumário de atração". DANFES verificados: 1286015, 376155 e 376966.*

*Obs. As mercadorias não se encontram apreendidas.”*

Constata-se que, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes, às fls. 30 a 39, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa descreve os fatos, disse que a autuação tem que sofrer limitação com o teor do Convênio ICMS 89/05 que reduz a base de cálculo de forma que a carga tributária seja de 7%, nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, caprino, ovino e suíno. Atividade que disse ser operada pela Impugnante. Concluindo que a diferença apontada pelo fisco decorre de que a Impugnante se creditou de 12%, ao invés de 7%, permitido pelo referido convênio, e por conta disso arguiu nulidade do presente lançamento, por não estar de acordo com os fatos. Em seguida, comenta e

questiona a aplicação dada pelo estado da Bahia ao Convênio 89/2005, discorre sobre a regularidade da empresa autuada e sobre o princípio da não cumulatividade.

Disse que a Impugnante detém liminar concedida em sede de Mandado de Segurança confirmando seu direito ao crédito de 12%, obtida através do MS 053724310.2017.8.05.0001.

Requereru seja julgada improcedente a presente Notificação Fiscal.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

## VOTO

O Notificação Fiscal contém, uma única infração elencada que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação tributaria total, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

A defesa arguiu nulidade por considerar que a acusação fiscal está em desacordo com os fatos apurados pelo gente notificante, pois considera que o que de fato se deu foi que a Impugnante procedeu a apuração da substituição tributária não conforme o Convênio ICMS 89/05, que lhe limitaria o crédito à alíquota de 7% (adotada pelo agente notificante), e sim de 12% conforme destacado no documento fiscal por força de liminar concedida em sede de Mandado de Segurança, confirmando seu direito ao crédito de 12%, obtida através do MS 053724310.2017.8.05.0001.

Todavia, questão preliminar aponta para o deslinde da presente contenda de modo, inclusive, a prescindir da análise do mérito.

É que a despeito de a defesa não ter abordado, verifico, em primeiro, que o presente lançamento está passível de nulidade por não haver respeitado aspectos formais que repercutiram em vício insanável, em razão da utilização da Notificação Fiscal, Modelo "4"- Trânsito, quando de fato foi realizada fiscalização de estabelecimento.

Nessa esteira, aponto como fato que descaracteriza uma ação fiscal decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura do Notificação Fiscal (26.09.2017), enquanto que as datas de emissão dos documentos fiscais, conforme demonstrativo às fls. 14, relativas às NFs emitidas no período, são 01, 02 e 05/09/2017, somado ao fato que não constam dos autos nenhum documento que configure que houve flagrante de abordagem no momento da ocorrência do fato gerador de circulação física das mercadorias (TERMO DE OCORRÊNCIA, TERMO DE APREENSAO, TERMO DE DEPÓSITARIO FIEL) que deveriam, conforme o caso, documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, quando desnecessária a apreensão ou liberá-las sob responsabilidade de um depositário fiel, e sobretudo, documentar o flagrante nas operações de trânsito, conforme estabelece o art. 28, IV-A, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99

Ao contrário, foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 07); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fls. 03); que comprovam se tratar de operação fiscal afeita a investigação de fato pretérito, própria de ação fiscal desenvolvida em estabelecimento.

Apesar das evidências de se tratar de uma auditoria de estabelecimento, entretanto, verifiquei que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4).

Nessa esteira, incorre o presente lançamento em diversas antinomias, pois ainda que admitíssemos tratar-se de fiscalização de transito de mercadorias, faltar-lhe-ia, para caracterizar o procedimento e por conseguinte o devido processo, os documentos que lhe fundamentariam o procedimento de trânsito de mercadorias, quais seriam o "Termo de Apreensão (Ocorrência

Fiscal)" e o "Termo de Liberação ou de Depósito", os quais objetivam documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (art. 28, IV, IV-A e § 4º, c/c o art. 29 do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99).

Não se olvide que esses documentos representariam o aspecto relacionado à estrita legalidade do lançamento tributário. Ademais, a fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva momentânea do trânsito das mercadorias em situação irregular.

Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de "mercadorias em trânsito" não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, próprio para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

Deste modo, o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado através de análises e cruzamentos prévios das informações, mediante critérios de relevância e risco da mercadoria, do contribuinte e do transportador. Este monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como com risco de sonegação.

Entretanto, em momento algum este decreto buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário e, ainda assim, continuarem a ser consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

Cabe acrescentar ainda que o presente lançamento de crédito tributário padece de mácula de maior importância que se refere a incompetência do agente lançador em vista do mesmo não gozar de legitimidade ativa de autoridade coatora, que seria mais um desdouro a feri-lo de morte por se tratar de elemento indispensável ao lançamento, conforme preconizado no art. 142 do CTN combinado com o art. 42 do RPAF, este que delimita a competência dos agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. Constando para o presente lançamento tratar-se a Impugnante de contribuinte normal.

*"Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*(...)*

*II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

Dessa forma, em face de tais considerações, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal.

## **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 **232195.0226/17-6**, lavrado contra a empresa **RJ INDÚSTRIA COMERCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2019

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCICIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

