

N. F. N° - 491301.0153/18-8

NOTIFICADO - AL COMÉRCIO DE HORTIFUTRIGRANJEIROS LTDA.

AUTUANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA

ORIGEM - SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - SAT

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.10.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-05/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS 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 NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrada em 15/08/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$21.000,00, bem como a aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração – 01 - 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 previstos na legislação fiscal. Referente ao período de agosto de 2018.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 22 a 26, quando informou não ter conhecimento da referida aquisição autuada, tendo por isso prestado queixa, vide documento às fls. 32 a 36, conforme exige o §16, do art. 89 do RICMS/12, entretanto, admite não ter registrado o evento “desconsideração da infração”.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A presente Notificação Fiscal contém uma única infração elencada, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Verifiquei que a defesa impugna totalmente a acusação fiscal, alegando desconhecer a nota fiscal autuada, apresentando documentos que comprovam a queixa policial exigida pelo §16, do art. 89 do RICMS/12, às fls. 32 a 36.

Todavia, a despeito da defesa não ter abordado, verifico 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.

De início, verifico como fato que descharacteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (15/08/2018), enquanto que a data de emissão do documento fiscal conforme anexo à fl. 05, refere-se a NF emitida em 04/08/2018 e a da intimação do contribuinte (13/09/2019) (fl. 13), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Observo também, que inexiste nos autos o Termo de Ocorrência Fiscal que deveria documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, quando desnecessária a apreensão, 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.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 03); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 04); que comprovam não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo, entretanto, que, ao contrário das evidências pontuadas acima, verifiquei que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4), quando o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento.

Nessa esteira, incorre o presente lançamento em diversas antinomias, pois ainda que admitíssemos tratar-se de fiscalização de trânsito de mercadorias, faltar-lhe-ia para caracterizar o procedimento e por conseguinte o devido processo os documentos que lhe fundamentaria o procedimento de trânsito de mercadorias, quais seriam o “Termo de Apreensão (Ocorrência Fiscal)”, “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 lotada 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 à 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.

Considerando que o contribuinte apresentou documento em que comprovou ter atendido o §16, do art. 89 do RICMS, represento à autoridade competente, para que seja verificada a pertinência do mesmo e os motivos pelos quais a Impugnante deixou de proceder ao registro do evento previsto no §4º, do art. 89 do RICMS/12, que seria registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso.

Caso seja apurada qualquer diferença, que sejam adotadas as providências cabíveis.

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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 491301.0153/18-8, lavrado contra AL COMÉRCIO DE HORTIFUTRIGRANJEIROS LTDA.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR