

N. F. Nº - 232340.0109/18-1

NOTIFICADO - ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA.

NOTIFICANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/11/2019

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-04/19NF

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. 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. Encontra-se, então, caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Notificação Fiscal nula de ofício, com fundamento no art. 18, inc. II, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 por preterição do direito de defesa. Recomendado, na forma do art. 21 do citado diploma legal, a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, no estabelecimento do autuado, observando todas as formalidades inerentes a este tipo de auditoria, devendo ser, ainda, observado os efeitos da decisão judicial prolatada pela 1^a Vara do Juizado da Fazenda Pública, decorrente da Ação Judicial registrada sob o nº 8003147-55.2015.8.05.0001, impetrado pelo defendant contra o Estado da Bahia, que objetivou ver declarada a suspensão do ato de descredenciamento da empresa para recolhimento do ICMS Antecipação Parcial não quando da entrada das mercadorias no território deste Estado, e sim no seu estabelecimento na data definida pela legislação, que foi, aliás, o elemento motivador do presente PAF. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 28/05/2018, refere-se à exigência de R\$13.199,17 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$7.919,50, que perfaz o montante de R\$21.118,67, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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, relativo às operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” de fl. 13 e cópia dos documentos fiscais (NF-e) de fls. 15 a 16, mais especificamente o DANFE 000.039.765 e o DANFE 000.185.278, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 4647449000105-2018127 expedido em 29/01/2018, acostado à fl. 7 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

O notificado apresentou impugnação, às fls. 26/26 do PAF, em que pede improcedência total da Notificação Fiscal, em tela, com a justificativa que a seguir passo a descrever:

Diz que preenche todos os requisitos para não ser instada a pagar eventual diferença de ICMS quando da entrada da mercadoria no Estado da Bahia.

Isto porque, conforme decisão judicial, que diz anexar, ingressou com Ação Judicial registrada sob nº 8003147-55.2015.8.05.0001, objetivando ver declarada a ilegalidade do ato de seu descredenciamento em razão de eventuais débitos.

Registra que, apreciando o referido pleito, i. Magistrado Dr. Josevando Souza Andrade, titular da 1ª Vara do Juizado da Fazenda Pública de Salvador – Bahia, assim decidiu:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, confirmado a antecipação de tutela concedida em parte (ID1324066- Pág. 1) para declarar a ilegalidade do descredenciamento da inscrição estadual da Autora perante o sistema da SEFAZ/BA, devendo o Réu reativar seu credenciamento.”

Diz que, após a prolação da decisão supracitada, transitada em julgado, o Estado da Bahia foi instado a manifestar sobre o cumprimento da determinação judicial, tendo o ilustre Procurador do Estado comunicado nos autos o cumprimento da obrigação, conforme petição que diz anexar (fl. 10).

Registra, também, que, em consulta atualizada perante a SEFAZ/BA, consta a informação de que está devidamente credenciada, conforme documento que diz anexar.

Por outro lado, salienta que, ainda que não preenchesse tais requisitos para o não pagamento do ICMS antecipado no momento da entrada da mercadoria no Estado da Bahia, no que tange a atribuição de responsabilidade para pagamento de ICMS devido pela alienante das mercadorias em regime de substituição tributária, diz que não deve prosperar, uma vez que a tentativa de atribuição de responsabilidade solidária para pagamento do tributo no referido regime contraria a natureza jurídica da substituição tributária, onde a responsabilidade pelo pagamento do ICMS antecipado aduz ser do alienante, sendo excluído da relação jurídico-tributária o substituído.

Para referendar tal afirmativa, traz aos autos entendimento sustentado pela doutrina, com destaque para os exemplos de Alfredo Augusto Becker e Marco Aurélio Greco, além de posicionamento do STJ, como o do REsp 931.727 de relatoria do Min Luiz Fux e o REEs 86465/RJ de relatoria do Min. Ari Pargendler.

Assim diz que resta clara a improcedência da suposta infração, uma vez que, conforme demonstrado anteriormente, não há que se falar em responsabilidade do substituído tributário para pagamento do ICMS devido nas aquisições realizadas em outras unidades da Federação de mercadorias enquadrada no regime da substituição tributária.

Pede, então, que seja julgada improcedente em sua totalidade a N. F. Nº 232340.0109/18-1, em tela.

À fl. 53-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 232340.0109/18-1, lavrada em 28/05/2018, refere-se à exigência de R\$13.199,17 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$7.919,50, que perfaz o montante de R\$21.118,67, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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, relativo às operações constantes do relatório extraído do Sistema

da SEFAZ – “06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” de fl. 13 e cópia dos documentos fiscais (NFE) de fls. 15 a 16, mais especificamente o DANFE 000.039.765 e o DANFE 000.185.278, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 4647449000105-2018127 expedido em 29/01/2018, acostado à fl. 7 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

A notificação fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/Metro para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 4647449000105-2018127, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação através das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) 000.039.765 (fl. 15) e 000.185.278 (fl. 16), constante do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” à fl. 13.

Inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes, 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”, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 28/05/2018, à emissão do Mandado de Fiscalização, em 29/01/2018 e o trânsito das mercadorias constantes das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) 000.039.765 (fl. 15) e 000.185.278 (fl. 16), objeto da autuação, pois, as mesmas foram emitidas nos dias 29/12/2017 e 30/05/2018, respectivamente.

Vê-se, então, que o procedimento fiscal, em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial do imposto, decorrente de entradas de mercadorias, no território deste Estado, praticadas por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Neste contexto, não se tratando de uma operação de trânsito de mercadoria, cabe o entendimento de considerar a lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, como incompatível para o procedimento fiscal de apuração decorrente do exame de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo à adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais.

Registro que, na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo 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 na forma a seguir destacada:

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. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único do 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.

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

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo 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.

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

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito (IFMT METRO) para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 19680124000193-2018130 da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação através das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) 000.039.765 (fl. 15) e 000.185.278 (fl. 16), decorrente de fatos pretéritos, cabendo a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais.

Em sendo assim, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, resta evidenciado a existência de vício na constituição do lançamento que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. II, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 por preterição do direito de defesa.

Recomendo, todavia, na forma do art. 21 do citado diploma legal, a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, no estabelecimento do autuado, observando todas as formalidades inerentes a este tipo de auditoria, devendo ser, ainda, observado os efeitos da decisão judicial prolatada pela 1ª Vara do Juizado da Fazenda Pública, decorrente da Ação Judicial registrada sob o nº 8003147-55.2015.8.05.0001, impetrado pelo defendant contra o Estado da Bahia, que objetivou ver declarada a suspensão do ato de descredenciamento da empresa para recolhimento do ICMS Antecipação Parcial não quando da entrada das mercadorias no território deste Estado, e sim no seu estabelecimento na data definida pela legislação, que foi, aliás, o elemento motivador do presente PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232340.0109/18-1**, lavrado

contra **ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal em ação a ser desenvolvida no estabelecimento do autuado, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA