

N. F. Nº - 232329.0167/18-2

NOTIFICADO - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE ARTIGOS E ARMARINHOS SALVADOR LTDA. – EPP

NOTIFICANTE - SUELI AMARAL COMPODONIO FERREIRA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2020

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-04/19NF

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUESITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 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. Decretada a 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. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 27/08/2018, refere-se à exigência de R\$21.681,32 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$13.008,79, que perfaz o montante de R\$34.690,11, 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. 21 a 1676, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 26289297000140-201883 expedido em 03/08/2018, acostado à fl. 5 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. 80/81 do PAF, em que pede improcedência total da Notificação Fiscal, em tela, com a justificativa que a seguir passo a descrever:

Diz que, sobre as divergências apuradas, realiza operações de industrialização por conta e ordem que envolve processos de compra de fio, o tecimento e o tingimento da malha/tecido e o posterior retorno do produto final. Neste contexto, consigna que os fornecedores de outros Estados remetem as mercadorias para industrialização por conta e ordem da empresa autuada, que por sua vez, recebe o retorno das mercadorias industrializadas.

Esclarece que todo o processo de industrialização acontece fora do Estado da Bahia e o recolhimento do ICMS de antecipação tributária parcial foi recolhido normalmente referente às

Notas Fiscais com CFOP 6.122, 6.123 e 6.125, mesmo que a mercadoria não tenha efetivamente entrado no território da Bahia.

Diz que as mercadorias referentes a estas notas fiscais, de compra do fio, são enviadas pelos fornecedores vendedores, diretamente para os industrializadores, sem transitar pelo estabelecimento do comprador, motivo pelo qual, não existem conhecimento de transporte de cargas CTe ou Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal MDFe, vinculados as estas notas fiscais, pois nesta fase do processo, não há o trânsito de mercadorias para o Estado da Bahia.

Esclarece, ainda, que as notas fiscais com CFOP 6.925 referem-se ao retorno das mercadorias industrializadas para o comprador, no caso em tela, o autuado, e nestas notas fiscais, diz que existe sim a efetiva entrega das mercadorias resultante do processo de industrialização, e como existe trânsito de mercadoria para o Estado da Bahia, as notas fiscais possuem conhecimento de transporte de cargas CTe vinculados.

Salienta, então, que, para essas notas fiscais de retorno, não é devido recolhimento da antecipação tributária parcial de ICMS, pois o recolhimento acontece nas notas fiscais que antecedem o processo de retorno da mercadoria, CFOP 6.122. 6.123 e 6.125, conforme fluxo que diz demonstrar de forma detalhada os processos descritos que envolve toda a operação de industrialização (triangular), envolvendo os documentos fiscais relacionados na intimação, bem como os documentos fiscais a eles vinculados, que faz parte integrante da defesa à fl. 81 dos autos.

Esclarece, também, que a mercadoria referente à NF-e 48030 foi recebida via SEDEX, portanto, não existe conhecimento de transporte de cargas CTE ou Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal MDFe, vinculados e diz que já foi efetuado o pagamento da antecipação parcial do ICMS, conforme segue comprovante de pagamento do DAE pago dia 27/08/2018.

Registra que as Notas Fiscais nºs 65799, 65994 e 66338 referem-se a mercadorias que diz ter recebido como amostra grátis e, por este motivo, não existe recolhimento da antecipação tributária parcial de ICMS, além disto, destaca que as mercadorias foram recebidas pelos correios, portanto, não existe conhecimento de transporte de cargas CTE ou Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal MDFe.

Por fim, apresenta planilhas de cálculo com a apuração da antecipação tributária (ANEXO 1), bem como os comprovantes de recolhimento do imposto (ANEXO 2) e a descrição do processo triangular (ANEXO 3).

À fl. 89-v, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF, encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A Notificação Fiscal, lavrada em 27/08/2018, refere-se à exigência de R\$21.681,32 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$13.008,79, que perfaz o montante de R\$34.690,11, 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. 7/8 e cópia dos documentos fiscais (NFE) de fls. 17 a 76, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 26289297000140-201883 expedido em 03/08/2018, acostado à fl. 5 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 26289297000140-201883, 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 (NFE) de fls. 17 a 76 dos autos, constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” às fl. 7/8, relativo aos DANFE’s constante do relatório “13 – Lista de DANFE indicados para Constituição de Crédito Fiscal” acostado às fls. 10/14 do presente PAF.

Inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS comprehende duas linhas claramente definidas com base na siccronicidade 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 27/08/2018, a emissão do Mandado de Fiscalização, em 03/08/2018 e o trânsito das mercadorias constantes das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de fls. 17 a 76 dos autos, objeto da autuação, pois, as mesmas foram emitidas nos dias 29/06/2018, 03/07/2018, 04/07/2018, 05/07/2018, 10/07/2018, 11/07/2018, 12/07/2018, 16/07/2018, 17/07/2018, 18/07/2018, 19/07/2018 e 20/07/2018, 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, como assim está posto na descrição dos fatos da autuação.

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 ensejam 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 26289297000140-201883 expedido em 03/08/2018 pela 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) de fls. 17 a 76 dos autos, decorrentes de fatos pretéritos, cabendo à 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 evidenciada 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 inobservância do devido processo legal.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal em tela.

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 232329.0167/18-2, lavrada contra **COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE ARTIGOS E ARMARINHOS SALVADOR LTDA. - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA