

N. F. Nº - 118505.0146/18-2
NOTIFICADO - MERCADINHO KL LTDA.
NOTIFICANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 21.10.2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-03/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. 1. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. notificação fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. Estocagem de mercadorias sem documento fiscal. como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Ausência de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Ofensa ao princípio do devido processo legal. 2. BASE DE CÁLCULO. ARBITRAMENTO. LEGALIDADE. Arbitramento da base de cálculo mediante a utilização de método não autorizado pelo art. 22, IV da Lei nº 7.014/96. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Evidenciada, no caso concreto, ofensa ao art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA. Recomendação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 08/10/2018, se refere à exigência de crédito tributário no valor histórico principal de R\$16.012,09 (dezesseis mil, doze reais e nove centavos), em razão da INFRAÇÃO – 50.02.02: “*Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia*”, no mês de setembro de 2018. Com aplicação da multa de 100%, tipificada no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96.

O notificado apresentou justificação fiscal às fls. 71/119 dos autos, na qual anexa cópia de relação manuscrita de mercadorias com as respectivas quantidades e valores unitário e total por item de produto, e declaração (fls. 117) onde esclarece que: (i) estava ainda montando o mercadinho; (ii) em conjunto havia solicitado a compra do sistema para emissão das notas fiscais, o qual infelizmente demorou um pouco para a implantação devido a falta de condições de investimentos.

Acrescenta o notificado que: (a) não tem faturamento suficiente para se manter; (b) solicita a compreensão da notificante, pois diz que está em condições financeiras difíceis para manter o empreendimento (Minimercado); (c) que está começando no mercado de trabalho sem dívida para manter apenas os custos; e (d) será ainda mais complicado e muito mais difícil começar um investimento já com o alto débito da notificação.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide totalizou o valor principal de R\$13.518,39 (treze mil, quinhentos e dezoito reais e trinta e nove centavos), 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 vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à legalidade do lançamento, sobre os quais passo a dissertar.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO.

Ressalto que, segundo a interpretação dos arts. 28, IV e IV-A do RPAF/BA, a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias necessariamente deve ser precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para 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;

IV-A - Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos;

(...)”

Como exceções a tal regra, na dicção do art. 29, I e II do mesmo RPAF/BA, ficam dispensadas da lavratura dos mencionados termos, as hipóteses em que, em se tratando de: (i) Auto de Infração, este seja lavrado em decorrência de descumprimento de obrigação acessória; irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, com o imediato pagamento do imposto e da multa; ou irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, constatada no trânsito de mercadorias; e (ii) Notificação Fiscal, esta seja lavrada em decorrência de infração que não seja caracterizada como mercadoria desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:

a) descumprimento de obrigação acessória;

b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou

c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;

II - tratando-se de Notificação Fiscal, exceto quando a mercadoria estiver desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo, hipótese em que deverá ser lavrado Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

(...)”

Observo que o presente Lançamento de Ofício não se enquadra em nenhuma das exceções, acima elencadas, já que a imputação fiscal diz respeito à “*Estocagem de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou inidôneo...*”. Que, portanto, no caso concreto, a ação fiscal necessariamente deveria ter sido precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. E que não há no PAF nenhum dos termos acima referenciados.

Diante das constatações acima descritas, entendo que o não atendimento das formalidades legais que previamente deveriam ter sido cumpridas pela notificante para legitimar o presente Lançamento de Ofício, fere o princípio do devido processo legal, compromete os princípios da ampla defesa e do contraditório e configura motivo de nulidade do lançamento de ofício, com fulcro no art. 18, II do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), por se tratar o lançamento de ato vinculado.

Verifico também que a base de cálculo do ICMS exigido foi arbitrada e detalhada no demonstrativo elaborado pelo agente fiscal conforme fls. 05/06. Que, segundo consta no campo “*Descrição dos Fatos*” da Notificação Fiscal (fls. 01), este arbitramento se deu com base em relação, de fls. 07 a 49, entregue pelo contribuinte, com valores de venda dos produtos.

A Lei nº 7.014/96, determina no seu art. 22

“(...

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

(...)

§ 1º O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

(...)

V - na fiscalização do trânsito:

(...)

b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:

1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou

2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;

(...)"

Entendo que o método de arbitramento da base de cálculo do imposto utilizado pelo agente fiscal não está autorizado pelos dispositivos legais acima reproduzidos, o que inevitavelmente leva a considerar que a notificação fiscal não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, fato que também torna nulo o lançamento, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Desta forma, concluo que a autoridade fiscalizadora não agiu, conforme se obriga, nos estritos termos da legislação e não observou as garantias constitucionais da legalidade e do devido processo legal, umbilicalmente relacionadas a todo procedimento administrativo que se procura reputar adequado.

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

In fine, nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 118505.0146/18-2, lavrada contra **MERCADINHO KL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2019

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR