

N.F. N° - 108491.0227/20-5

NOTIFICADO - SOLUÇÃO NORDESTE COMÉRCIO E SERVIÇOS
DE MATERIAIS FOTOGRÁFICOS LTDA.

NOTIFICANTE - AILDETE PORTO DA SILVA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.04.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0114-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito, e sim, atividades da Central de Operações Estaduais no Trânsito de Mercadorias que utilizou-se de software para monitorizar o ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente a entradas de mercadorias, acobertadas por DANFES previamente selecionados, que constam nos documentos do COE acostado aos autos. Representação à autoridade competente para verificação da pertinência do refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o inciso II e § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 25/08/2020, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$4.337,27, mais multa de 60%, equivalente a R\$2.602,36, perfazendo um total de R\$6.939,63, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: “Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal”.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto n° 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei n° 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei n° 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial/total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte DESCREDENCIADO. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através de resumo de Demonstrativo de Cálculo. DANFES de nos. 30151 e 30152. Lançamento referente ao TFD no. 2006047161, lavrado para a transportadora FL BRASIL HOLDING, LOGISTICA E TRANSPORTE LTDA, Inscrição Estadual: 151.409.406”.

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: o Termo de Fiel Depositário – TFD de nº. 2006047161, assinado apenas pelo preposto fiscal (fl. 03); os DANFES previamente selecionados a serem fiscalizados de nºs. 030.151 (fl.05) e 030.152 (fl.07), emitidos na data de 14/08/2020; 02 memórias de cálculos localizadas às folhas 06 e 08, a primeira em relação ao DANFE de nº. 030.151 relacionadas às mercadorias de NCM 8473.50.90 cujo os cálculos foram efetuados em relação à antecipação parcial, e a segunda em relação ao DANFE de nº. 030.152 relacionadas às mercadorias de NCM 3703.20.00 cujo os cálculos foram efetuados em relação à substituição tributária.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fl. 24), e documentação comprobatória às folhas 25 a 34, protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND na data 25/09/2020 (fl. 23).

Em seu arrazoado, a Notificada informa que as notas fiscais retidas através da TFD, são provenientes de operações envolvendo Armazém Geral, Ou seja, as mercadorias são acompanhadas de 02 (duas) notas fiscais, uma de venda e a outra de logística, devendo o ICMS, ser cobrado apenas sobre a nota fiscal de logística.

Alega que a fiscalização, ao lavrar o Termo, cobrou, de forma equivocada, o imposto sobre as duas notas, ocasionando a emissão do DAE com o imposto cobrado em duplicidade.

Notas Fiscais – 030151/009355 – anexas

Notas Fiscais – 030152/009357 – anexas

Finaliza requerendo que se proceda a revisão dos lançamentos do referido Termo e, consequentemente, a regularização da pendência existente, uma vez que, o valor devido de fato, já está liquidado, conforme DAE e comprovante de pagamento anexos.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 25/08/2020, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$4.337,27, mais multa de 60%, equivalente a R\$2.602,36, perfazendo um total de R\$6.939,63 em decorrência do cometimento da Infração (54.05.10) da falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº. 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96, mais multa tipificada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização, realizada por Agente Fiscal lotado na IFMT METRO, o qual descreve nos fatos que realizou a notificação *tendo-se como base o levantamento dos DANFES indicados para fiscalização pela COE*, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através do Resumo de Demonstrativo de Cálculo.

Em preliminar, entendo pertinente registrar 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, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de 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 exame das peças processuais que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Introdutoriamente há de se evidenciar que a fiscalização do ICMS comprehende 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, 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, com toda a sua documentação exigível, às quais ressalto, conforme interpretação dos arts. 28, incisos IV e IV-A, e 29, a lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal do RPAF/BA.

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, também, com as devidas documentações, amparadas pela legislação, dando

início ao procedimento de fiscalização e o chamamento do contribuinte para apresentação de livros e documentos.

Na vertente de Fiscalização no Trânsito de Mercadoria, Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias, quais sejam ao menos cópias dos DANFES impressos pelo emitente da NF-e, antes da circulação da mercadoria, trazidos ou não pelo transportador, ou as versões físicas do CT-e e MDF-e, quais sejam o DACTE e o DAMDFE, trazidas pelo transportador, bem como cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação, no entanto, encontra-se acostado aos autos, conforme predito 02 DANFES emitidos pela Superintendência Administração Tributária – Diretoria Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações, todos impresso na data de 25/08/2020, a mesma da lavratura da presente Notificação Fiscal.

Neste caso, existe acostado aos autos (fl. 03), *figurando uma apreensão de mercadorias*, o “TERMO DE FIEL DEPOSITÁRIO – TFD” de nº 2006047161, lavrado em nome da transportadora “FL BRASIL HOLDING, LOGISTICA E TRANSPORTE LTDA.” indicando a data de 25/08/2019, hora 11h00min, e o “TERMO DE DEPÓSITO, sem a devida assinatura do fiel depositário, apenas com a assinatura do preposto fiscal em cujo corpo indica:

“Com a lavratura do presente Termo, a transportadora acima qualificada se compromete a só entregar aos respectivos destinatários as mercadorias, objeto de ação fiscal, constantes dos documentos acima discriminados quando for constatado o pagamento do imposto devido, mediante acesso ao endereço eletrônico da SEFAZ ou pela apresentação dos respectivos documentos de arrecadação estadual quitados, código de receita 1755 – ICMS AUTO DE INFRAÇÃO/DEN. ESPONTÂNEA/NOT.FISCAL/D.DEC, sob pena de responder solidariamente pelo seu recolhimento. A signatária aceita e se compromete a ficar como fiel depositária das mercadorias e a mantê-las fielmente e com zelo, adotando todas e quaisquer medidas necessárias a sua boa conservação e manutenção, ficando o Estado da Bahia livre de quaisquer ônus.”(grifei)

Concomitante a estes dois Termos, em andamento à figuração de apreensão de mercadorias em trânsito, foi enviado através do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico da Empresa *FL BRASIL HOLDING, LOGISTICA E TRANSPORTE LTDA*, na data de 25/08/2020, às 12h57min através da SEFAZ, “mensagem de retenção mercadoria CANAL VERDE” (fl. 04) cujo teor, lastreado na Portaria de nº. 290 de 05/10/2015, em seu art. 5º e § 2º estabelece: “*Na hipótese da COE comunicar a transportadora a ocorrência de irregularidades, a entrega das mercadorias ficará condicionada ao recebimento do termo de liberação*”.

Neste e-mail é informado à empresa *FL BRASIL HOLDING, LOGISTICA E TRANSPORTE LTDA* da existência da presente Notificação Fiscal, bem como da existência do TERMO DE FIEL DEPOSITÁRIO, indicando os DANFES contendo as mercadorias as quais deveriam ficar retidas na própria Transportadora até o momento em que a situação tributária fiscal estivesse regularizada, ou seja, claramente não havendo a instantaneidade efetiva da fiscalização do trânsito das mercadorias, apenas informando à transportadora que as mercadorias sinalizadas em DANFES específicos, que ela transportava, deveriam ficar retidas com ela, caso ainda não tenham seguido o seu destino.

Neste diapasão, constato que a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais lotado na IFMT METRO, sendo o instrumento utilizado pelo agente fiscal uma Notificação Fiscal – Modelo Trânsito de Mercadorias. Com efeito, o procedimento usado, que originou a ação fiscal, constituiu-se, na realidade, das atividades da Central de Operações Estaduais no Trânsito de Mercadorias (COE) que utilizou-se de software para monitorizar o ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente a entradas de mercadorias, acobertadas por DANFES emitidos na data de 14/08/2019, sendo que o presente lançamento ocorreu em 25/08/2018.

Assim sendo, o roteiro de fiscalização, bem como o instrumento utilizado não se coadunam com a instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias.

À vista disto, no caso em exame das peças inseridas neste processo, não há como se consubstanciar ação fiscalizatória do trânsito de mercadorias. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias, quais sejam ao menos *cópias dos DANFES impressos pelo emitente da NF-e*, antes da circulação da mercadoria, *trazidos ou não* pelo transportador, ou as versões físicas do CT-e e MDF-e, quais sejam o DACTE e o DAMDFE, trazidas pelo transportador, bem como cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação.

Nesse caso, encontra-se apenas à folha 03 o Termo de Fiel Depositário sem a assinatura do depositário restando 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.

Voto, portanto, por todos os argumentos acima consignados, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso I e II e §1º do art. 18 do RPAF/BA/99, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal **108491.0227/20-5**, lavrada contra **SOLUÇÃO NORDESTE COMERCIO E SERVIÇOS DE MATERIAIS FOTOGRÁFICOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2021.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR