

N. F. N° - 232232.0078/19-2

NOTIFICADO - REIS DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI

NOTIFICANTE - JACKSON FERNANDES DE BRITO

ORIGEM - DAT SUL/IFMT SUL

PUBLICAÇÃO - INTERNET 05/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0169-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS VENDA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Notificado não apresenta provas capazes de elidir a ação fiscal de trânsito, se limitando a arguir nulidade. Notificante comprova a venda de mercadorias em veículo sem documentação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 24/08/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 17.071,58, multa de 100% no valor de R\$ 17.071,58, perfazendo um total de R\$ 34.143,16, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração 01 - 51.01.01: Transporte ou operação de mercadoria sem documentação fiscal.

Enquadramento legal: art. 6º, inc. III, alínea “d” e inc. IV, art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/com os artigos 83, inc. I, e 101 do RICMS - Decreto nº 13.780/2012.

Multa prevista no art. 42, inc. IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Assim consta na Descrição dos Fatos: “*Aos vinte e quatro dias do mês de julho de 2019, às 12.25 horas, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, nos termos da legislação em vigor, na BR 030, zona urbana de Caetité-Ba, abordamos o veículo caminhão de placa NTN-0680, município de Camaçari-BA, conduzido pelo motorista Sr. Adriano Costa Fernandes, portador da CNH nº 03416899220, que ao ser solicitada a documentação da carga, apresentou o DANFE nº 000299, emitido pelo contribuinte supra, referente a 13.500 kg de vergalhões de diversas e treliças de 6 e 8 metros, cuja natureza da operação, consta no referido documento como sendo ‘venda de veículo’. Tendo em vista a quantidade da mercadoria não estar condizente com o peso constante no referido documento fiscal, solicitamos do motorista, fossem entregues outros documentos porventura existentes, na pasta de onde fora retirado o documento fiscal acima citado, quando houve a sua recusa. Nesse momento, com fundada suspeita, o Sgtº-PM Arnaldo Correia, informou ao condutor que seria realizada busca no interior do veículo, persistindo a sua recusa, negando-se a destrancar a porta do veículo, desobedecendo a ordem policial. Assim sendo, foi desencadeada a busca pessoal, bem como a busca no interior do veículo, quando foram localizados os pedidos nºs. 1290, 1292, 1295, 1296, 1297, 1311, 1314 e 1317, referente às vendas de mercadorias efetuadas sem a devida documentação fiscal. Salientamos que os pedidos nºs. 1290 e 1311, cujas mercadorias já haviam sido entregues, encontram-se acompanhados dos respectivos cheques, cujo valores são coincidentes aos dos respectivos pedidos. Portanto, lavramos o presente termo, apreendendo os documentos retro mencionados, bem como as mercadorias neles relacionadas, tendo em vista o contribuinte utilizar-se de outros documentos não fiscais, sem emissão do competente documento fiscal”.*

Registro que está anexado ao processo os seguintes documentos: *i)* Planilha de Cálculo do ICMS a recolher (fl. 04); *ii)* Termo de Apreensão nº 2322321010/19-2 (fls. 05/06); *iii)* 8 cópias de pedido de entrega de mercadorias com a sua discriminação e valor; *iv)* cópia do DANFE 299 emitida em 23/07/2019, pela empresa autuada com natureza de operação “venda em veículo”; e *v)* cópia do documento do veículo e CNH do motorista condutor.

O Notificado apresentou peça defensiva através de advogados, com anexos, às fls. 21/42.

Preliminarmente pede a nulidade do lançamento fiscal. No tópico “PRELIMINAR 1” diz que o agente fiscal autuante causou cerceamento ao direito de defesa do autuado, visto que descumpriu o RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e Instrução Normativa da Secretaria da Fazenda, na medida em que não apresentou ao contribuinte, demonstrativos em formato editável, conforme determina o RPAF no art. 8º, § 3º e art. 28, inc. VI, § 4º, II, que reproduz.

Informa que as normas que disciplinam os processos fiscais determinam que os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto, ocorre que, no presente Auto de Infração, não foram elaborados e entregues os arquivos digitais, ferindo de morte o RPAF/BA. A omissão de qualquer dos requisitos exigidos pelo RPAF, ou erro relativo a estes, se constitui em causa de nulidade do ato, bem como da ação de cobrança dela decorrente.

Ademais, pelo Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, todo processo administrativo ou judicial, para que seja válido e legítimo, deve ensejar ao sujeito passivo a possibilidade de conhecimento de todas as alegações em seu desfavor, para tanto, necessário se faz a produção de todas as provas necessárias à demonstração das infrações cometidas. É fato que o contribuinte que hora se defende apresenta seus argumentos de defesa com base na interpretação da legislação vigente, como será demonstrado a seguir na discussão do mérito, mesmo sem ter tido acesso aos arquivos em formato editável conforme determina o RPAF/BA.

No tópico “PRELIMINAR 2” diz que é sabido que o Auto de Infração, em seu aspecto formal, é um instrumento jurídico-fiscal, utilizado pela Administração, para a lavratura de qualquer ato de ofício praticado por servidor competente, com base na Lei nº 11.470/2009, o Agente estava por força legal impedido de efetuar contestada autuação, visto ter a sua competência limitada como Agente de Tributos. (reproduz o art.1º da referida Lei.)

Utiliza também, como referência para pedir a nulidade, o art. 18 e art. 42 do RPAF/BA e copia o resultado do julgamento do Acordão JJF nº 0244-04/14.

No tópico “DO DIREITO” observa que o Agente de Tributos ao lavrar o presente Auto de Infração não observou as normas do RPAF/BA, posto que os procedimentos básicos elementares para que se tenha um início a ação fiscal foram ignoradas, como por exemplo: intimação para apresentação das notas fiscais de entrada e saída de mercadorias, termo de início e encerramento de fiscalização, a fiscalização imposta ao contribuinte foi feita sem a devida ordem de serviço emanada por autoridade competente.

O presente Auto de Infração está eivado de erros, não gerando efeitos jurídicos, tendo em vista que, dentre outros equívocos, foi realizada uma auditoria de estoque tomando com base as mercadorias existentes no estabelecimento do contribuinte que, sem dúvida, não possui o condão de comprovar com exatidão que os produtos encontrados na empresa fiscalizada estavam desacompanhados de notas fiscais, nessa perspectiva, o cerceamento do direito de defesa está evidente, na medida em que o preposto fiscal, não apresentou demonstrativo capaz de proporcionar ao contribuinte a possibilidade de defesa, diz apenas que a mercadoria encontrada no estabelecimento comercial desacompanhada de documentação fiscal, não havendo em momento algum, a solicitação ao contribuinte de apresentar para análise dos livros obrigatórios/fiscais e as correspondente notas fiscais de saída e de entrada.

Verifica que a autuação se fundamenta unicamente, em presunção, o que é, inadmissível, tendo em vista a ausência de previsão legal, tornando, portanto, a ação fiscal insustentável, em razão da inexistência concreta de elementos que comprovem o efetivo cometimento da suposta infração fiscal. É de fácil percepção a ausência de elementos probatórios para se estabelecer com segurança, a materialidade e autoria da infração, bem como há infringência aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório e, por corolário, do devido processo legal.

Transcreve diversos acórdãos do CONSEF e artigos do Jurista Hugo de Brito Machado sobre o tema da nulidade.

Registra que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, com é o caso das ações fiscais que se vislumbra, escapa da apreciação jurisdicional. Um órgão da administração pública não pode a pretexto do seu poder de polícia atuar ao arrepio da lei e do ordenamento jurídico, impor sanções que se convertam em abuso de autoridade, excesso de exação, evitando sua conduta de nulidade. O desencontro aventado pelo agente fazendário, deve ser rechaçado por este Conselho, assim, em sublime amparo a manutenção da harmonia e da higidez jurídica, bem como de todos os preceitos constitucionais aplicáveis na espécie, aduzidos ou não na presente peça.

No tópico “DOS PEDIDOS” que requer seja: **a)** julgada procedente a preliminar de nulidade, em conformidade com o art. 18, alínea “b” do RPAF/BA, pelas razões expostas; **b)** declarado nulo o Auto de Infração e que se dê o arquivamento do presente processo administrativo fiscal.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS referente a falta de emissão de nota fiscal para acobertar transporte ou operação de mercadorias, com o valor histórico de R\$ 17.071,58.

Essa ação fiscal ocorreu, conforme o Termo de Apreensão nº 2322321010/19-2, na região da cidade de Caetité/Ba, quando em uma abordagem ao veículo de placa NTN-0680, foi apresentado a nota fiscal 299 emitida pela empresa Reis de Materiais de Construção Eireli, com a natureza de operação “*Venda em Veículo*”.

Considerando que a quantidade lançada na nota fiscal não estava compatível com o volume do veículo, foi feita uma busca na sua cabine onde encontrou diversos pedidos referente as vendas dos produtos, inclusive com alguns cheques com os mesmos valores dos pedidos, caracterizando a venda sem emissão de nota fiscal, pois o contribuinte não estava cumprindo o que determina a legislação fiscal, nas vendas realizadas em veículo. Nesse caso específico, o condutor do veículo não possuía nenhum talão de nota fiscal e tão somente os pedidos já preenchidos com os destinatários das mercadorias e as quantidades a serem entregues.

As operações realizadas fora do estabelecimento com mercadorias não sujeitas a substituição tributária, está regulamentado pelo artigo 344 do RICMS/BA, que estabelece alguns procedimentos para sua efetivação. A empresa vendedora emitirá nota fiscal para acompanhar a mercadoria tendo como natureza da operação “*Remessa para venda fora do estabelecimento*” com CFOP específico para baixa de estoque; fazendo menção os números e as séries dos impressos de notas fiscais e serem emitidas por ocasião das vendas; no momento da venda emitirá nota fiscal para o destinatário utilizando as notas fiscais relacionadas na nota fiscal de remessa.

Art. 344. Nas operações realizadas fora do estabelecimento, sem destinatário certo, com mercadorias não sujeitas à substituição tributária, promovidas por contribuinte que apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, será emitida nota fiscal para acompanhar as mercadorias no seu transporte:

I - com destaque do ICMS, quando devido, adotando-se como base de cálculo valor não inferior ao do custo das mercadorias, e como alíquota a vigente para as operações internas;

II - com CFOP específico para baixar o estoque; III - com a indicação dos números e da série, quando for o caso, dos impressos de notas fiscais a serem emitidas por ocasião da venda das mercadorias, no campo “Informações Complementares”.

§ 1º A escrituração da nota fiscal de remessa será feita no Registro de Saídas, nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Débito do Imposto”;

§ 2º Ao efetuar vendas fora do estabelecimento, por ocasião da entrega ao adquirente, será emitida nota fiscal com CFOP específico para não baixar o estoque, sendo a base de cálculo o efetivo valor da operação,

quando não prevista expressamente de forma diversa em outra disposição regulamentar, e a alíquota a interna aplicada no estado de destino.

O impugnante na sua defesa preliminarmente, requer a nulidade da Notificação Fiscal baseado em dois argumentos: *i*) agente fiscal autuante causou cerceamento ao direito de defesa do autuado, visto que descumpriu o RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99 e Instrução Normativa da Secretaria da Fazenda, na medida em que não apresentou ao contribuinte, demonstrativos em formato editável, conforme determina o RPAF no art. 8º, § 3º e art. 28, inc. VI, § 4º, II, que reproduz; e *ii*) diz que é sabido que o Auto de Infração, em seu aspecto formal, é um instrumento jurídico-fiscal, utilizado pela Administração, para a lavratura de qualquer ato de ofício praticado por servidor competente, com base na Lei nº 11.470/2009, o Agente estava por força legal impedido de efetuar contestada autuação, visto ter a sua competência limitada como Agente de Tributos.

De pronto não cabe razão ao Notificado, uma vez que logo após a ação fiscal de trânsito, foi lavrado o Termo de Apreensão, documento competente para fundamentar a infração, devidamente assinado pelo representante da empresa, ficando o contribuinte como fiel depositário da mercadoria, foi elaborado a planilha do cálculo do ICMS e também entregue ao contribuinte, portanto, inexistente violação ao princípio do devido processo ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art.2º, do RPAF/99), tendo sido observada garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Ao contrário do que argumenta o Notificado, o Agente de Tributos Estadual, na época da ação, estava habilitado para a constituição de crédito tributário decorrentes da fiscalização em trânsito, conforme a Lei nº 11.470/2009 no seu art. 1º, § 3º, estando perfeitamente legal a lavratura da presente Notificação Fiscal.

Rejeitado a preliminar de nulidade.

No mérito, o Notificado está equivocado na sua argumentação, a ação fiscal não foi de fiscalização de comércio e levantamento de estoque como alega, os anexos do processo mostram claramente tratar-se de uma ação fiscal de trânsito, muito bem fundamentada com os documentos apensados comprovando a irregularidade cometida pelo sujeito passivo, a venda de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar em instância ÚNICA, PROCEDENTE a Notificação Fiscal nº 232232.0078/19-2, lavrada contra **REIS DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.071,58**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR