

N.F. Nº - 210551.0029/19-0
NOTIFICADO - A BARBOSA DA SILVA
NOTIFICANTE - SUSANA REGINA RODRIGUES LIMA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/08/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-06/24NF-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, mas sim fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos, o que inquina de nulidade o presente lançamento nos termos do art. 18, inciso II do RPAF-BA/99. Instância única. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 18/12/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 12.124,10, acrescido de multa equivalente a R\$ 7.274,46, perfazendo um total de R\$ 19.398,56, em decorrência do cometimento da seguinte infração, cuja data de ocorrência foi registrada pelo Notificante como 18/12/2019.

Infração 01 - 54.05.08: 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 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.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos às fls. 68/90, por meio de representante, alegando inicialmente que os números levantados pela Notificante não correspondem à realidade dos fatos e insistindo que seja revisada a documentação por fiscal estranho ao feito.

Prossegue afirmando que na Informação Fiscal prestada pela Agente Fiscal, verificou-se claramente a existência de equívocos na ação fiscal, que resultou na cobrança de crédito tributário indevido. Salientando que na planilha elaborada pela Notificante fora informada a NF-e nº 15.757, que foi cancelada, sendo que as mercadorias sequer foram recebidas pela Notificada.

Observa que nas NF-e nº 2291583; 13.205 e 444, não foi aplicada a presunção do crédito do ICMS, prevista no art. 321, inciso VII, alínea “b” do Decreto nº 13.780/12. Aduzindo que, quando se tratar de aquisições de remetente enquadrado no regime do “SIMPLES NACIONAL” será usado como crédito o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual do estado de origem sobre o valor constante na nota fiscal de compra da mercadoria.

Repisa ser necessária uma nova fiscalização por preposto estranho ao feito, caso contrário não vislumbra outra solução que não seja por via tutela jurisdicional. Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento total do débito fiscal reclamado. Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal, apesar do Notificado ter feito menção à existência da mesma no presente processo.

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 relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide, exige ICMS no valor histórico de R\$ 12.124,10, acrescido de multa equivalente a R\$ 7.274,46, perfazendo um total de R\$ 19.398,56 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

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 vício jurídico intransponível, relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal. Inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas de atuação claramente definidas, com base no aspecto temporal da ocorrência dos fatos a serem apurados.

Uma dessas linhas de atuação 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, os quais a administração tributária instituiu para diferenciar daqueles lavrados nas auditorias realizadas nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra linha de atuação se caracteriza pela análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim em auditoria no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, em monitoração, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, das operações mercantis por este já realizadas. Neste contexto, a constatação de irregularidades pode, também, ensejar a lavratura tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, de modelos específicos, sendo que o critério a ser utilizado para a definição de um ou de outro instrumento é o valor da exigência fiscal, conforme definido no art. 48 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Vale ressaltar que a administração tributária, segrega as mencionadas linhas de atuação em unidades fiscalizadoras distintas. No primeiro caso, os agentes fiscais estão lotados na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito. No segundo caso, os mesmos desempenham suas funções lotados nas Inspetorias Fiscais de estabelecimentos.

Nesta linha de raciocínio, observo que a presente Notificação resultou de uma ação fiscal realizada por preposto lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT SUL, para averiguar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, expedido em **25/11/2019**, pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE de nº 5731819000142-20191125 (fl. 03). Assim como, verifico que existe no processo um relatório denominado "06- Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - Mensal", emitido pela SEFAZ/BA, em **25/11/2019**, para subsidiar o trabalho fiscal (fls. 10/11).

As NF-e que acobertaram as mercadorias remetidas para o Estado da Bahia, num total de 09 (nove), foram emitidas no período de **04/11/2019 a 19/11/2019** (fl. 45). Registre-se que a Notificação Fiscal foi lavrada em **18/12/2019** (fl. 01). Restando constatado que, na realidade, o procedimento usado, que originou a ação fiscal, constituiu-se em monitoramento.

Cotejando-se as datas: (i) do "Mandado de Fiscalização"; (ii) do relatório denominado "06- Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - Mensal"; e (iii) dos DANFEs supracitados, com a data da lavratura da Notificação Fiscal em lide, constata-se a existência de divergência cronológica, que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, na medida em que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. Fato não demonstrado neste caso, pois, de acordo com os documentos e elementos contidos nos autos restou comprovado tratar-se de fatos pretéritos.

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**, a exemplo do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, cópia da identificação do transportador, entre outros.

Destarte, considerando que nos termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto lastreado em fato pretérito é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, entendendo que o procedimento fiscal correto e que deveria ter sido adotado no caso em comento, seria aquele aplicável à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes, e assim garantir em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Não se pode olvidar que os procedimentos formais que norteiam a auditoria de estabelecimento denotam maiores cuidados e complexidade impondo exigências ao cumprimento da ordem de serviço específica, inclusive prazo de execução mais elástico de 90 (noventa) dias, na qual prevalece a exigência de maior aprofundamento do trabalho, ritos e cerimônias atinentes ao devido processo legal em tela, consoante o art. 28 da SEÇÃO III do RPAF-BA/99, a seguir transcrito.

“SEÇÃO II

DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE FUNDAMENTAM OU INSTRUEM A AÇÃO FISCAL

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:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

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;

(...)

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Deste modo, deixando o presente lançamento de crédito tributário de atender aos requisitos da ação fiscal própria de auditoria de estabelecimento, inclusive a oportunidade de interlocução com o contribuinte, chance ao contribuinte para apresentação elementos de dissuasão no curso da ação fiscal, maior aprofundamento da investigação dos fatos, entendendo que ter ocorrido ofensa ao princípio da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, o que torna o lançamento nulo nos termos do art. 18, inciso II do RPAF-BA/99.

Voto, portanto, por todos os argumentos acima consignados, pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **210551.0029/19-0**, lavrada contra **A BARBOSA DA SILVA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

LUIZ ALBERTO OLIVEIRA DE AMARAL – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR