

N.F. N° - 232296.1103/16-8
NOTIFICADO - ERLON ANDRADE DA SILVA - ME
NOTIFICANTE - RUY MARTINS DA COSTA TOURINHO
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT / POSTO FISCAL JOÃO CARNEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.11.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0250-05/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados em afronta às normas contidas na Lei de nº. 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 28/08/2016, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 1.938,31, mais multa de 60%, no valor de R\$ 1.162,99, totalizando o montante de R\$ 3.101,30, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.008: 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, Decreto de nº. 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº. 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

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

“Falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação tributária – parcial ou total, antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, por contribuinte descredenciado, conforme documentos comprobatórios em anexo DANFEs de nos. 17.696 e 17.697”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos**: a Notificação Fiscal de nº. 232296.1103/16-8, devidamente assinada pelo Agente de Tributos Estaduais (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); os DANFE das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) **de nº. 17.696 e 17.697, Venda Fora do Estado**, procedentes do **Estado do Rio de Janeiro** (fls. 03 a 06), emitidas **na data de 26/08/2016**, pela Notificada que carreava as mercadorias **de NCM de nº. 3305** (Preparações Capilares); o **Termo de Fiel Depositário de nº 1605617811, lavrado às 22h00min** da data de **28/08/2016** (fl. 09); histórico dos pagamentos realizados pela Notificada competência 08/2016 (fl. 08); cópia dos dados do contribuinte constando “Contribuinte Descredenciado por ter menos de 06 meses de atividade”.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante, manifestando impugnação, (fl. 14) protocolizada no POSTO ATEND. SAC SALVADOR SHOP. na data de 29/12/2016 (fl. 13).

Em seu arrazoado, contestou o cálculo junto com as devidas notas fiscais em anexo, e o cálculo apurado pela planilha apresentada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Os produtos que correspondem às Notas Fiscais são cosméticos onde não são alcançadas pela Substituição Tributária com composição de MVA, e também aproveito para informar que essa cobrança através da presente notificação já vem sendo cobrada pela IFMT DAT METRO – SALVADOR através

da Notificação Fiscal de nº 118505.1115/16-7, e assim solicito o cancelamento da mesma para não ocorrer duplicidade de cobrança.

Verifico não haver Informação Fiscal por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18.

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, Trânsito de Mercadorias, lavrada em **28/08/2016**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$ 1.938,31**, mais multa de 60%, no valor de R\$ 1.162,99, totalizando o montante de **R\$ 3.101,30** em decorrência do cometimento da Infração (054.005.008) **da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada do território deste Estado**, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando a alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, **c/c art. 12-A**; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

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 N° 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/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 compreende **duas linhas claramente definidas**. 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, 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/12.

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/12, aprovado pelo Decreto de 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 *cópia ou original do DANFE impressos pelo próprio emitente da NF-e*, antes da circulação da mercadoria, *trazidos ou não pelo transportador*, bem como do seu respectivo Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, não obstante, também, cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação. No entanto, somente **encontra-se acostado aos autos, conforme prerito, cópia de 02 DANFES**.

Neste caso concreto, **não existe nos autos**, com o intuito de caracterizar a instantaneidade do trânsito o **Termo de Apreensão de Mercadorias** tal qual como descrito no art. 31-A quando estabelece a condicionalidade do Fisco Estadual de apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão, as mercadorias transportadas nas diversas condições que elas se encontrarem estabelecidas nos incisos II a VI deste artigo, o qual deveria conter, dentre outros elementos (§§ 1º e 2º) o nome e assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência ou a declaração de sua recusa, o qual, neste caso deverá ser assinado por 02 testemunhas.

Neste sentido, existe acostado aos autos (fl. 03), ***figurando-se uma apreensão de mercadorias instantânea no trânsito***, o “Termo de Fiel Depositário – TFD” de nº. 1605617811, lavrado em nome da transportadora “*Empresa de Transportes Atlas LTDA*” indicando a **data de 28/08/2016**, às 22h00min e hora 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-los 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. "(grifos nossos)

Ou seja, foi **informado** à Empresa de Transportes Atlas 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 efetiva 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, até o momento em que a situação tributária fiscal esteja regularizada, **descaracterizando a instantaneidade da atuação no trânsito**, notadamente demonstrando sua substituição por uma espécie de monitoramento sem as características do "in loco".

Voto, portanto, por todos os argumentos acima consignados, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso I do art. 18 do RPAF/BA/99.

Por fim, nos termos do art. 21 do RPAF/BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal de nº **232296.1103/16-8**, lavrada contra **ERLON ANDRADE DA SILVA - ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR