

N.F. Nº - 210430.1003/16-5
NOTIFICADO - AMBEV S/A
NOTIFICANTE - ROBERVAL MACEDO NOBREGA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0316-06/24NF-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, e sim, fiscalização de estabelecimento para verificação de fatos pretéritos, o que inquina de nulidade o lançamento. Instância ÚNICA. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 09/01/2016, exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 23.704,36, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.06.02: procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Enquadramento Legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta do Protocolo ICMS 10/92. Tipificação da Multa: artigo 42, inciso II, alínea “e” 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 (fls. 18/109), através de advogado, alegando inicialmente a tempestividade da Impugnação, bem como sintetizando o conteúdo do lançamento, para, em seguida, afirmar que o lançamento não pode prosperar pois a retenção a menor decorre da aplicação das alterações promovidas pelo Decreto nº 16.434/2015 de 26/11/2015, na apuração das Notas Fiscais de nº 108508; 107763; 107833; 108180; 108235; 108239; 108406; 108742 e 108405, o que torna o lançamento improcedente, eis que há liminar judicial vigente, proferida pelo juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, determinando a suspensão da aplicação do referido Decreto por 90 dias, ou seja, não sendo possível aplicar a fatos geradores ocorridos até 24/02/2016.

Ressalta a exorbitância da multa aplicada, pois inadequada ao caso em apreço e finda por configurar o intuito confiscatório no lançamento. Afirma que a diferença encontrada na autuação se deu exclusivamente pela majoração da base de cálculo promovida pelo Decreto nº 16.434/2015, eis que o mencionado decreto teve sua aplicação suspensa, enquanto não decorrido o prazo da anterioridade nonagesimal prevista no art. 150, inciso III, alínea “c” da Constituição Federal. Assevera que o poder judiciário do Estado da Bahia, por meio de ordem liminar, proferida pelo Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, nos autos da Ação Ordinária nº 0579991-28.2015.8.05.0001, determinou a suspensão da aplicação do mencionado decreto por 90 dias (doc. 03). Aduzindo que a Fazenda Pública já havia sido intimada da ordem liminar em 25/01/2016, tendo conhecimento da suspensão da aplicação do decreto, note-se um mês antes do lançamento tributário.

Repisa a impropriedade da multa aplicada devido à ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude, bem como pela inexistência da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não confisco. Citando, para embasar suas afirmações, a Súmula do CARF nº 14, a ADI nº 1075, o Recurso Especial nº 754554 do STF e julgamentos de diversos tribunais do país. Pelo que requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atina à multa fixada ou para sua redução a patamar razoável entre 20 a 30%.

Finaliza a peça defensiva requerendo o provimento da Impugnação; o reconhecimento da improcedência da autuação e a redução da multa aplicada. Protestando provar, por todos os meios de prova permitidos em direito, em especial, perícia e diligência fiscal-contábil, sob pena de cerceamento de defesa. Cabe registrar que nos autos não consta Informação Fiscal.

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 em lide exige do Notificado ICMS no valor de R\$ 23.704,36 e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

O presente lançamento acusa a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

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. 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.

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.

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, Agente Fiscal de Tributos, lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT NORTE (fl. 01).

Os DANFEs, que acobertaram as mercadorias remetidas para o Estado da Bahia, num total de 09 (nove), foram emitidos no período de **31/12/2015 a 08/01/2016** (fls. 05/13). Registre-se que a Notificação Fiscal foi lavrada em **09/01/2016** (fl. 01). Note-se que nas diversas cópias dos DANFEs, constantes dos autos, que embasaram a autuação, existem carimbos de postos fiscais de outras unidades da federação, com datas diversas (07/01/2016, passando pelo Estado de Sergipe; 02/01/2016, 05/01/2016 e 08/01/2016, passando pelo Estado de Alagoas). Consta-se, portanto, que o procedimento usado, que originou a ação fiscal, não se constituiu numa ação realizada no trânsito de mercadorias.

Cabe registrar que inexistem nos autos documentos que caracterizam uma ação no trânsito de mercadorias, a exemplo de fotocópias relativas à carteira de motorista do transportador, respectiva documentação do veículo, documento auxiliar de conhecimento de transporte e termo de apreensão de mercadorias.

Na vertente de fiscalização no Trânsito de Mercadoria, apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal*”, 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, o que denota 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.

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.

Nos termos expendidos, voto 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 210430.1003/16-5, lavrada contra AMBEV S/A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2024.

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR