

N.F. N° - 491301.0126/18-0

NOTIFICADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS EIRELI -EPP

NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.11.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-06/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Comprovado tratar-se de Notificação Fiscal lavrada em consequência de ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte recolhendo o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º do art. 107 da Lei nº. 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 24/07/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$14.383,66 mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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 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 nº 7.014/96.

O Notificado apresenta peça defensiva às fls. 34, 35 e 36, inicialmente pleiteando a impugnação da Notificação Fiscal de número 4913010126/18-0 expedida em 24/07/2018 e recebida em 15/08/2018.

Informa que o Agente de Tributos, no exercício de suas funções fiscalizadoras, identificou a falta de recolhimento de ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL das seguintes notas: DANFEs nº. 264.283 (fl. 05) data de emissão 19/06/2018, valor de R\$3.283,20; nº. 117.666 (fl.06), data de emissão 28/06/2018, valor de R\$4.028,05; nº. 117.667 (fl.07), data de emissão 28/06/2018, valor de R\$138.127,57; nº. 062.888 (fl.08), data de emissão 29/06/2018, valor de R\$ 59.754,35; nº. 062.889 (fl.09), data de emissão 29/06/2018, valor de R\$ 59.754,35; nº. 243.350 (fl.10), data de emissão 30/06/2018, valor de R\$10,50; nº. 118.632 (fl.11), data de emissão 12/07/2018, valor de R\$ 155.986,00; nº. 118.633 (fl.11), data de emissão 12/07/2018, valor de R\$4.151,99; nº. 118.572 (fl.15), data de emissão 12/07/2018, valor de R\$1.999,50 as quais originaram a infração 54.05.08, com enquadramento baseado no artigo 332, alínea “b” do inciso III do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780 c/c art. 12-A, inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Observa que o agente fiscalizador não atentou que o enquadramento e a condição da empresa se enquadram perfeitamente nos termos do parágrafo 2º do Art. 332 que permite o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente a emissão do MDF-e.

Alega que a notificação fiscal foi lavrada no dia 24/07/2018, numa terça-feira, sendo que o suposto imposto venceria dia 25/07/2018, uma quarta-feira, assim, não poderia o Fiscal cobrar por algo não

vencido. Acrescenta que consta na memória de cálculos notas emitidas em julho, cujo imposto vencerá somente em 25 de agosto de 2018, conforme parágrafo 2º do art. 332, RICMS/BA, ou seja, ainda não venceu.

Prossegue com outras considerações explicando que a Nota Fiscal nº. 264283 não foi recepcionada pela empresa, como se vê no Portal da NF-e, a mercadoria não passou pelo Estado da Bahia, houve um problema no fabricante, que por sua vez, emitiu nota de devolução própria (fls. 36 e 37), que as Notas Fiscais nºs 117.666 e nº. 117.667 foram recepcionadas pela empresa no dia 28/05/2018, tendo sido recolhidas normalmente no DAE nº. 2175 (fl.39) com pagamento efetuado no dia 23/07/2018 (fl.40), conforme estabelece o parágrafo 2º do art. 332, RICMS/BA. Acrescenta que as Notas Fiscais nºs. 62.888 e nº. 62.889 só foram recepcionadas pela empresa no dia 09/08/2018, porém foram calculadas e pagas com os acréscimos legais devidos (fl. 43) e a Nota Fiscal nº. 243.350 é de material promocional, não destinado à revenda (fl. 42), também, que as Notas Fiscais nºs. 118.632, 118.633 e 118.572 foram recepcionadas dia no 15/08/2018 com emissão em 12/07/2018, seus impostos serão devidamente recolhidos até o dia 25/08/2018, conforme parágrafo 2º do art. 332, RICMS/BA.

Finaliza peticionando total impugnação da referida notificação, com base no próprio art. 332, §2º do RICMS/BA.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame, exige ICMS do Notificado sob acusação de falta de recolhimento do imposto, referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, com fulcro na comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa.

Do exame das peças processuais, observo 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.

Verifico que a ação fiscal que resulta na presente Notificação Fiscal tem início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização nº. 4457158000146-2018723, acostado ao processo à fl. 04, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 23/07/2018.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa.

Do exame das peças processuais, observo 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.

Registre-se que os DANFEs nºs. 264.283 (fl. 05), 117.666 (fl.06), 117.667 (fl.07), 062.888 (fl.08), nº. 062.889 (fl.09), 243.350 (fl.10), 118.632 (fl.11), nº. 118.633 (fl.13) e 118.572 (fl.15), que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, tiveram emissão no período de 19/06/2018 a 12/07/2018 e a notificação fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 24/07/2018. Cotejando-se as datas dos DANFEs constantes neste processo com a data da lavratura da Notificação constata-se a existência de divergência cronológica que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal.

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito, ou a utilização do modelo de Notificação Fiscal próprio para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto.

Para a situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, a empresa autuada é constituída na condição de “EMPRESA DE PEQUENO PORTE”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte – fl. 29). Dessa forma, no caso em concreto, o Notificante na condição funcional de Agente de Tributos, do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da Notificação Fiscal, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Assim, nos termos do art. 21 do RPPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **491301.0126/18-0**, lavrada contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS EIRELI -EPP**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2019.

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR