

N.F. Nº - 118505.0091/17-5
NOTIFICADO - SUGAR POWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇÚCAR EIRELI
NOTIFICANTE - LAURICE SOARES MENEZES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.12.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-06/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL 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 em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei 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**, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime, em instância **ÚNICA**.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 26/05/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 20.130,33, 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, nº II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresenta peça defensiva, por meio de advogado, às fls. 86/95, preliminarmente alegando incompetência do Agente de Tributos que lavrou a Notificação Fiscal, haja vista não estar enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

No mérito, afirma exercer, como atividade principal, a fabricação de açúcar de cana refinado e que as aquisições de açúcares destinam-se para industrialização e não comercialização, não sendo aplicável a cobrança de antecipação tributária.

Prossegue, afirmando que o demonstrativo de débito constante na Notificação Fiscal não permite conhecer, com segurança, o montante do débito tributário, conforme determina o §1º do artigo 18 do RPAF/BA, portanto o lançamento é nulo.

Finaliza a peça defensiva, peticionando nulidade em razão da incompetência arguida nas preliminares. Superada a preliminar, solicita a improcedência da Notificação por erro material do demonstrativo.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$20.130,33 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, o 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.

(...)”

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 a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias acobertadas por diversos DANFes, emitidos no período de 13/04/2017 A 27/04/2017 (fls. 7 a 40), sendo que a Notificação foi lavrada em 26/05/2017. Note-se, também, que a Ordem de Serviço foi emitida pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS - COE em 09/05/2017 (fls. 48/49) e o Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 50) é datado de 12/05/2017. Cotejando-se as datas da Ordem de Serviço; do Termo de Ocorrência Fiscal supramencionado; 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 da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito ou a utilização de Notificação Fiscal própria para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

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, entendo 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.

Por outro lado, a empresa notificada é inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de NORMAL, haja vista que recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta na Ordem de Serviço (fl. 48). Dessa forma, no presente caso, 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 deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, ao constituir o 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.

Nos termos do art. 21 do RPPAF/99, recomendo à autoridade administrativa da circunscrição fiscal do notificado, 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.

Com base em todo exposto, a presente Notificação Fiscal é **NULA**.

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 **118505.0091/17-5**, lavrada contra **SUGAR POWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇÚCAR EIRELI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2019.

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR