

N.F. Nº - 491301.0174/17-7

NOTIFICADO - BRASTRAK INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMP E EXP LTDA - EPP

NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20.12.2019

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0059-06/19NF

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal Modelo – Trânsito de Mercadorias, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. 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 06/12/2017, exige, do Notificado, ICMS no valor histórico de R\$21.840,28, 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, através de seu representante, apresenta peça defensiva às fls. 30/37, inicialmente informando que a Impugnante se encontra regularmente inscrita e credenciada no cadastro da Secretaria Estadual da Bahia, sob o nº. 082.755.896, conforme consulta efetuada na data de 03/01/2018, mesma data da ciência da Notificação Fiscal de nº. 4913010174/17-7 (fl.1). Informa que a relação de contribuintes descredenciados acostada à notificação indica contribuinte com menos de 06 meses de atividade. Embora a Contribuinte tenha iniciado suas atividades em 30/04/2009 e inscrito no Estado em 04/05/2009.

Ressalta ainda que a Contribuinte jamais foi notificada do suposto descredenciamento, ainda que contando com o recurso de consulta no sitio da Sefaz deste Estado, a informação disponível seja de “Contribuinte Credenciado”. Argui que a Impugnante é empresa de indústria de fabricação e peças de tratores (atividade principal) e comércio varejista de peças e máquinas, entre outras (atividades secundárias), acrescentando que a memória de cálculo para antecipação tributária parcial, acostada à notificação, indicam notas fiscais com datas de emissão entre 26/10/2017 e 20/11/2017, dos Estados de SC, PE e SP.

Informa que as notas fiscais indicadas na memória de cálculo referem-se à aquisição de insumos para a produção, conforme indicadas na escrituração digital (EFD Fiscal transmitida em 22/12/2017, ou seja, não se trata de mercadoria para revenda (fato que ensejaria a cobrança do ICMS antecipação tributária). Assim, há de pensar que, na condição de contribuinte credenciado, o prazo para pagamento do ICMS substituição é 25 do mês subsequente, ou seja, o vencimento seria 25/12/2017, antes mesmo de a notificação ser lavrada.

Expõe que foram apresentadas as notas n<sup>os</sup>. 18.001 e 42.590, originárias dos Estados de SC e PE respectivamente, considerados para cálculo da antecipação, apresentando o débito, o crédito e o valor pago. No entanto, os valores de créditos contidos na referida planilha, não contempla o valor total do ICMS (normal) pago na Unidade de origem, conforme pode ser observado nas notas fiscais apensadas no anexo II (fls. 44 e 45) desta impugnação. Aduzindo que tal conclusão, gerada de uma conjectura, de uma subjetividade, sem lastros não pode merecer guarita.

Arrola, a Impugnante, que realizou a compra de insumos para a produção de peças de tratores, itens apresentados na memória de cálculo da notificação, no entanto, os insumos não foram entregues, ou seja, não entrou no Estado da Bahia até a presente data. Inclusive, sendo passível de desfazimento do negócio. Logo, portanto, ainda que a contribuinte não estivesse credenciada, o que não é verdade, o fato gerador não teria ocorrido.

Avoca, em relação à falta de clareza do descredenciamento na notificação, o princípio do contraditório e da ampla defesa no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal/88, que ao tratar deste diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Em razão da importância desse princípio no processo administrativo e, principalmente, dos desdobramentos práticos que decorrem de sua aplicação, é importante que se analise com maior profundidade do que se trata tal garantia.

Prossegue, dizendo que, no processo administrativo, o contraditório se traduz na faculdade do autuado (sujeito passivo) manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo autuante (sujeito ativo). É o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses. É, também, da essência da autuação a indicação suscinta da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos. O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração.

Argumenta que, no presente caso, a impugnante não teve a oportunidade de conhecer os motivos do descredenciamento, o motivo da notificação pela entrada de mercadoria no Estado, quando jamais ocorreu, ou teria sido notificada nos postos fiscais, até que tivesse sido apresentado a presente notificação, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aponta que o procedimento fiscal deve ser feito com clareza, numa linguagem comum, que permita às partes fornecerem as informações necessárias à autoridade julgadora para que esta forme seu juízo, permitindo ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Deste modo, cotejando a descrição da infração averiguada, tal como narrada, com os documentos juntados ao auto de infração, infere-se, claramente, que são insuficientes para estabelecer ao certo se o fiscal constatou a prestação de serviço sem a emissão dos respectivos conhecimentos de transportes e da natureza da operação, presumiu a prestação de serviços tributados das mesmas sem conhecimento do transporte e auferindo ICMS sobre operação tributada, com as respectivas multas.

Dessa maneira, não poderá ser considerada como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpareça a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que poderiam interromper a ligação entre o descrito e o ocorrido.

Por todo o exposto, solicita que sejam considerados como insumos os bens adquiridos para a produção de peças, conforme consta nas escriturações fiscais digitais, assim como, a

descaracterização da penalidade por não pagamento antecipado do imposto e por não constar descredenciamento da Impugnante, juntamente com as correspondentes multas por descumprimento das supostas infrações.

Requer, ainda, a desconsideração dos créditos constituídos do ICMS substituição tributária, por não existir fato gerador, e a descaracterização da cobrança do tributo em função do erro no cálculo indicado nas razões supracitadas.

Entende ser o Auto de Infração em epígrafe totalmente destituído de fundamentação legal, solicitando ainda a sua total improcedência e, consequentemente, o seu arquivamento, por ser um ato de justiça fiscal.

## 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 (Ordem de Serviço) de nº. 10793521000105-20171130, acostado ao processo à fl. 05, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 01/12/2017. Nota-se, também, a existência do relatório denominado “Resumo do Demonstrativo Cal. Semi Elaborado – UFM” (fl.19), contendo os DANFEs, já previamente selecionados, a serem fiscalizados e os créditos fiscais a serem notificados datado de 30/11/2017. Assinala-se a existência da Memória de Cálculo para Antecipação Tributária Parcial à fl. 06.

Registre-se que os DANFEs nºs. 018.001 (fl. 7), 042.590 (fl. 9), 085.369 (fl. 11), 085.370 (fl. 12), 085.371 (fl. 13), 085.398 (fl. 14), 085.399 (fl. 15) e 085.400 (fl. 16), que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, tiveram sua emissão entre os períodos de 26/10/17 e 20/11/17 e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no Trânsito de Mercadorias, foi lavrada no dia 06/12/17. 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 da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito, ou a utilização de 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 “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – ACORDÃO N°0059-06/19NF

Informações do Contribuinte – fl. 20). 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. Assim sendo, não poderia a presente Notificação Fiscal ter sido lavrada por preposto integrante do cargo de Agente de Tributos Estaduais uma vez que, neste caso, ele não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária.

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.

Nos termos do art. 21 do RPAF/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 491301.0174/17-7, lavrada contra BRASTRAK INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA – EPP.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2019.

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR