

N.F. Nº - 211323.0033/18-0
NOTIFICADO - PEROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA S/A
EMITENTE - SALVADOR CATARINO DE CARVALHO JÚNIOR
ORIGEM - IFMT – SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/05/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-03/19NF

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 do Auto de Infração 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.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 06/06/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$24.356,51, 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 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificado, através de seu advogado, apresenta peça defensiva, às fls. 22 a 34, inicialmente fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, além de apontar a tempestividade da defesa.

Em seguida, argui como preliminar a ocorrência de equívocos na confecção da Notificação.

Alega que os DANFES autuados possuem carga tributária de 12% na origem e não inferior a isso, representando a mesma alíquota aplicada internamente no Estado da Bahia. Afirma que nesses casos específicos não deve ser exigido o recolhimento da antecipação.

Acrescenta que conforme consta na seção “perguntas e respostas” fornecidas pela própria SEFAZ, a antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação da mercadoria, será calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado.

Diz que esse raciocínio é derivado da garantia constitucional e “estadual” da manutenção dos créditos de entrada aos contribuintes que apurem o ICMS pelo regime normal de apuração, após

ter sido efetuado o pagamento da antecipação parcial, e cita o art. 309, inciso II, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Expõe que deve ser respeitada a regra geral de estorno proporcional dos créditos fiscais, inclusive o da própria antecipação parcial, conforme art. 268, §1º do RICMS/BA.

Acrescenta, ainda, que se tratando de mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo, previstas nos art. 266, 267 e 268 do RICMS/BA, este benefício será considerado na apuração do valor a recolher a título de antecipação parcial, exceto em relação à hipótese prevista na alínea “d”, do inciso VI do art. 267.

Aduzindo que se a alíquota for a mesma não há que se falar em antecipação, afirma que nos DANFES utilizados pela fiscalização, houve o recolhimento apenas parcial, haja vista que as alíquotas ali contidas são diversas e, nos casos em que a alíquota interestadual foram 12% não houve antecipação, apenas nas demais.

A eventual aceitação, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado r poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei.

Menciona o princípio da reserva de lei que atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações.

Dessa forma entende que a exigência em questão contraria orientação expressa no site da SEFAZ, o que desqualifica a Notificação.

Argumenta que na remota hipótese da manutenção da cobrança, a mesma deve ser considerada inconstitucional e para embasar sua argumentação transcreve algumas decisões de Tribunais Superiores.

Ao final, faz breve explanação sobre seu entendimento de que a multa imposta também é inconstitucional, e que tem efeito de confisco. Transcreve algumas decisões de outros tribunais para amparar suas alegações e requer o cancelamento da Notificação, bem como da multa aplicada.

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 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.

No caso concreto, verifico que a Notificação Fiscal foi emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Verifico que, efetivamente, para legitimar a ação fiscal, o Notificante acostou à fls. 05, o Termo de Ocorrência Fiscal. Entretanto, constato que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento.

Com efeito, o Termo acima referido, datado de 06/06/2018, documenta a ocorrência de operações relativas a Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em diversos dias dos meses de março e abril de 2018, (fls. 06/07), sendo que a Notificação Fiscal e a ocorrência da infração são datadas como

06/06/2018. Tais divergências demonstram 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 não se comprova nessa situação.

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, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura da Notificação em lide.

Por outro lado, a empresa autuada, é constituída na condição de “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme conta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte). Dessa forma, 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.

Deve-se ressaltar, que não há dúvida de que as alterações legais promovidas ao logo do tempo, modificaram profundamente o instituto da Notificação Fiscal, e a colocaram no mesmo patamar do Auto de Infração, somente diferindo quanto o valor máximo de alçada e o responsável pelo lançamento.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competência para lavrarem Autos de Infração ou Notificações Fiscais, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, a presente Notificação Fiscal não poderia ser lavrada por Agente de Tributos, por carência de competência.

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.

Registro, ainda, que em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos nºs JJF Nº 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17 e Acórdão CJF nº 0037-12/17.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas neste CONSEF, considero NULO o lançamento, e 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 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **211323.0033/18-0**, lavrada contra **PEROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA