

N.F. N° - 210312.0031/18-5
NOTIFICADO - GRUPO THERMO BR REFRIGERAÇÃO LTDA
NOTIFICANTE - SOLANGE MARIA PACHECO MAGALHÃES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.12.2019

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0091-06/19NF

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 12.06.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$17.095,75 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 Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte Descredenciado. Ação Originária de Mandado de Fiscalização do COE Nr. 12023319000111-201856. DANFES: 33994, 511332, 511949, 234204, 13117, 234466, 234467, 17437, 381760, 232, 167220, 285, 223, 319”

Constata-se, que, através de seu representante, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento, às folhas 30 e 31, acostando documentação comprobatória, às folhas 32 a 47, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Argui, preliminarmente, pela nulidade parcial da Notificação Fiscal. Informa que as Notas Fiscais nºs. 232, 167220, 223, 319, 511332 referem-se a remessa para reparo/conserto ou substituição em garantia, não sendo fato gerador da antecipação de ICMS. Reconhece que erroneamente deixou de recolher o ICMS antecipado das Notas Fiscais nºs. 234467, 234466, 17437, 381760, 33994, 234204, 13117.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame, contém, uma única infração elencada que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação tributária total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos 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 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.

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. 12023319000111-201856, acostado ao processo à fl. 03, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 08.05.2018. Nota-se, também, a existência dos relatórios denominados “06 – Resumo do Demonstrativo Calc. Semi Elaborado – UMF” (fl.05) e “13- Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fl. 08) contendo os DANFEs, já previamente selecionados, a serem fiscalizados, comprovando-se não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias. Assinala-se a existência da “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária”, à folha 25

Ressalto que, segundo a interpretação dos arts. 28, IV e IV-A e 29 do RPAF/BA, a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias necessariamente deve ser precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, salvo as hipóteses legais, que não se procede no caso concreto, em que for lavrada a notificação em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada com imediato pagamento do imposto e da multa e irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte. Observo que não há na Notificação Fiscal a inexistência do Termo de Apreensão de Mercadoria e que o Termo de Ocorrência Fiscal, acostado à folha 04, não se encontra assinado nem pelo preposto fiscal nem pelo contribuinte.

Registre-se que os DANFEs nºs. 033.994 (fl. 11) e 511.332 (fl. 12), 511.949 (fl. 13) e 234.204 (fl. 14), 013.177 (fl. 15) e 234.466 (fl. 16), 234.467 (fl. 17) e 017.437 (fl. 18), 381.760 (fl. 19) e 000.232 (fl. 20), 167.220 (fl. 21) e 223 (fl. 22), 319 (fl. 23) e 167.207 (fl. 24), que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, tiveram emissão entre nas datas de 11.04.2018 e 02.05.2018, e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 12.06.2018. 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.

Sendo assim, por óbvio, 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 “Empresa Pequeno Porte”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte – fl. 10). Dessa forma, no caso em concreto, o Notificador 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.

Assim, nos termos do art. 21 do RPAF, 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 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 210312.0031/18-5, lavrada contra **GRUPO THERMO BR REFRIGERAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2019.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR