

N.F. N° - 232207.0129/18-6

NOTIFICADO - TAY TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA.

NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.12.2019

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-06/19NF

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 Normal 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 30.07.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$24.008,48, 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 Autuante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Ação fiscal originária da COE conf. Mandado de Fiscalização nº 5463884000304-2018613”

Constata-se que a Notificada apresentou impugnação ao lançamento, por meio de Petição constante à folha 58, e documentos acostados às fls. 59 a 101, quando solicitou a revisão da Notificação Fiscal informando uma vez que o Decreto nº 18.2019 de 26.01.2018 revogou o Decreto de nº 14.213 de 22.11.2012 o qual em seu art. 1º veda a utilização de crédito de ICMS originário da Nota Fiscal, o valor do crédito utilizado foi de R\$5.033,64, sendo que o valor das notas fiscais emitidas R\$12.145,63, conforme notas fiscais emitidas – anexo planilha de cálculo e Notas Fiscais. Verificamos que a diferença devida para recolhimento será de R\$11.988,01 valor do imposto. Assim, em disposição com o novo decreto a empresa solicita revisão da Notificação Fiscal.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame, contém, uma única infração elencada, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributaria 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.

Todavia, a despeito da defesa não ter abordado, verifico que o presente lançamento está passível de nulidade por não haver respeitado aspectos formais que repercutiu em vício insanável, em razão da incompetência do autuante.

De início, verifico como fato que descaracteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (30.07.2018), da data de emissão dos documentos fiscais (fls. 05 a 52 – emitidas no período de 10.05.2018 a 07.06.2018) e da intimação do contribuinte (fl. 28 – cientificado em 15.08.2018), além da existência de Mandado de Fiscalização nº 5463884000304-2018613 (fl. 03 – emitido em 13.06.2018), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Observo também que inexiste, nos autos, o Termo de Ocorrência Fiscal que deveria documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, quando desnecessária a apreensão, nas operações de trânsito, conforme estabelece o art. 28, IV-A, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal nº 5463884000304-2018613 (fl. 03 – emitido em 13.06.2018); memória de cálculo, relacionando as Notas Fiscais Eletrônicas para o contribuinte notificado (fl. 62); trinta e sete DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão entre 10 de maio a 07 de junho de 2018 (fls. 05 a 52); que comprovam não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo, entretanto, que ao contrário das evidências pontuadas acima, verifico que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriada às autuações da fiscalização de trânsito, quando o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento.

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.

Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, própria para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

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 – Informações do Contribuinte – fl. 61). 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.

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 **232207.0129/18-6**, lavrada contra **TAY TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA**.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCICIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR