

N.F. N° - 2322070133/18-3

NOTIFICADO - R.F. ATACADO LTDA.

NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES

ORIGEM - IFMT METRO

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0122-06/19NF

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 06.08.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$18.930,95, mais multa de 60%, no valor de R\$11.358,57, 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 à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Ação originária da COE conf Mandado de Fiscalização 18922507000168. DANFE'S : 382019/ 39629/ 276567/ 834242/ 834241/ 276868/ 19834/ 386235/ 133134/ 832868/ 382026/146515/113163.

Constata-se que, através de seu representante, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento às folhas 32 e 33, acostando documentação comprobatória, às folhas 34 a 67, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Argui, em sua preliminar, que a empresa realizou o recolhimento dos débitos devidos, através dos DAEs emitidos com o Código 2175, entretanto identificou cobrança de mercadorias em notas fiscais que não cabem antecipação por serem isentas conforme art. 265, inciso II, alínea “d” do RICMS e em outras notas fiscais, devido ao art. 267, inciso XLIII a carga tributária corresponde a 12%. Esclarece que em relação à Nota Fiscal nº 39629 não houve o recolhimento sendo procedente a notificação fiscal apenas para esta nota.

Conclui, solicitando a anulação parcial, apresentando os respectivos comprovantes de pagamento.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$18.930,95 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, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto Estadual nº 7.629/99), 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 e do devido processo legal.

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 e seu parágrafo único, 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.

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.

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA, expressamente, determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

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 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 18922507000168-2018619, acostado ao processo à fl. 03, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 19.06.2019. Nota-se, também, a existência do relatório denominado “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado UMF” (fl. 04) 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 27.

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 Termo de Apreensão de Mercadoria e nem o Termo de Ocorrência Fiscal.

Registre-se que os DANFEs nºs. 382.019 (fl. 06), 039.629 (fl. 07), 276.567 (fl. 08), 276.868 (fl. 11), 834.242 (fl. 09), 831.241 (fl. 10), 276.868 (fl. 11), 019.834 (fl. 12), 386.235 (fl. 14) e 133.134 (fl. 15) e 832.868 (fl. 17), 382.026 (fl. 19), 146.515 (fl. 21), 113.163 (fl. 23), que acobertaram a operação de circulação das

mercadorias, tiveram emissão entre as datas de 01.06.2018 e 19.06.2018, e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 06.08.2018. 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 à 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 Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte – fl. 26). 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 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância **única**, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232207.0133/18-3**, lavrada contra **R.F. ATACADO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR