

N.F. N° - 232340.0006/19-6

NOTIFICADO - TAQUARAL COMÉRCIO DO VESTUÁRIO - EIRELI

NOTIFICANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM

ORIGEM - IFMT METRO

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

### ACÓRDÃO JJF N° 0123-06/19NF

**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 04.04.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$21.112,72 mais multa de 60%, no valor de R\$12.667,63, 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 ou a menor do ICMS da antecipação parcial, quando da aquisição de mercadorias em outras Unidades da Federação, para comercialização neste Estado. DANFE'S nº. 109; 558;986;8374;8375;8376;8377;8378;8379;8380;12773 e 166283. Mandado de Fiscalização nº. 19770112000826-201941. Contribuinte foi intimado a apresentar documentação fiscal nesta Inspetoria no dia 01/04/2019, e não atendeu à mesma.*

Constata-se que, através de seu representante, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento, às folhas 43 e 44, acostando documentação comprobatória, às folhas 45 a 67, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Argui, em sua preliminar, que a empresa não deixou de recolher o ICMS da antecipação quando da aquisição de mercadorias em outras Unidades da Federação referente aos DANFE's nos fatos, mas pagou parte do ICMS conforme Documento de Arrecadação Estadual - DAE, no Código da Receita 2175, nºs. 1902581890 e 1903135058 com vencimento para o dia 25.0.2019 e 25.05.2019 perfazendo um total de R\$21.528,51 conforme comprovantes anexos. Explica que na Notificação Fiscal existem DANFE's que não estão incluídas nas DAE's apresentadas, e pagas à antecipação do ICMS.

Conclui, solicitando o cancelamento e revisão da Notificação Fiscal, para que seja apurado o real valor devido de ICMS a ser pago pelo contribuinte, alegando que já foi paga parte deste valor pela empresa, para que a mesma não seja penalizada. Solicita, também, a redução de multa em 90%, conforme tabela de redução de multa.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$21.112,72 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. 19770112000826-201941, acostado ao processo à fl. 08, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 01.04.2019. Nota-se, também, a existência dos relatórios denominados “05 – Resumo para Constituição de Crédito Tributário –” (fl. 09) e “13- Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fls. 12 e 13), 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 19.

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. 008.376 (fl. 21) 008.377 (fl. 22), 008.378 (fl. 23) 008.379, (fl. 25), 008.380 (fl. 27) 012.773 (fl. 28), 166.283 (fl. 29) 000.109 (fl. 31), 000.558 (fl. 33) 000.986 (fl. 35), 008.373 (fl. 37) 008.374 (fl. 38) 008.375 (fl. 39) que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, tiveram emissão nas datas de 15.03.2019 e 25.03.2019, e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 04.04.2019. 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. 06). 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<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância **única**, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232340.0006/19-6**, lavrada contra **TAQUARAL COMÉRCIO DO VESTUÁRIO - EIRELI**

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