

N.F. Nº - 233084.0066/18-1  
NOTIFICADO - S M MACHADO E CIA LTDA. - EPP  
NOTIFICANTE - NIRALDA OLIVEIRA DA SILVA  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30.01.2020

## 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0133-06/19NF

**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 cadastrado na condição de Empresa Normal, não optante do SIMPLES NACIONAL, 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 07.03.2018 exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$16.589,53 mais multa de 60%, no valor de R\$9.953,72, 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 tributária parcial, antes da entrada deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte DESCREDECENCIADO, ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Ação originária da COE - CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS, conforme MANDADO DE FISCALIZAÇÃO DE Nº 40482234000137-2018227. DANFE'S DE NºS : 95727, 9278, 6123, 352532, 352533, 3448, 88416 ,12252, 203131, 1094, 4324, 24153, 3375, 8147, 5793,134,348670,202407,4299,4301,345,979,5485,15,2284,2, 4420, 356 E 3022.*

Constata-se que, através de seu representante, a Notificada apresentou impugnação, tempestiva, ao lançamento, às folhas 61 a 66, acostando a documentação comprobatória, às folhas 67 a 90, quando apresentou o arrazoado de defesa a seguir:

Informa que foi indevidamente descredenciada do regime de substituição parcial por conta de duas Notificações Fiscais cujo julgamento informa haver decisão favorável à notificada, por esse motivo, por não ser informada que estava descredenciada não recolheu antecipadamente alguns DANFES que ensejaram a presente Notificação Fiscal.

Ressalta que a Nota Fiscal nº 95727, consta na Notificação Fiscal nº. 233084.0065/18-5, tendo o debito do imposto já sido recolhido, conforme comprovado, culminando em *bis in idem* de recolhimento.

Finaliza, requerendo que a Notificação Fiscal seja julgada totalmente improcedente, pois a Notificada foi indevidamente descredenciada do Cadastro de Contribuintes e já recolheu o imposto devido antes do dia 25 do mês subsequente. Caso intenda pela cominação da sanção tributária, que esta seja apenas quanto a cobrança da multa de 60% (sessenta por cento) excluindo o valor do imposto do débito reclamado afastando a dupla cobrança em desfavor do contribuinte.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$16.589,53 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, pelo 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 40482234000137-2018227, acostado ao processo à fl. 03, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 27.02.2018.

Nota-se, também, a existência dos relatórios denominados: “03 Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos do trânsito das Mercadorias” (fls. 04 a 08), “05 Resumo para Constituição de Crédito Tributário Antecipação Parcial” (fl. 09), “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado UMF” (fl. 16) e “13 – Lista de DANFE indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fls. 17 a 19), 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 23 e 24.

Evidencio a existência da intimação da lavratura da Notificação, na folha 59, no entanto, sem a data e assinaturas, tendo sido recebida pelo contribuinte através de AR (Aviso de Recebimento dos Correios), na data de 29.03.2018, acostado ao processo.

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 somente existindo o Termo de Ocorrência Fiscal, datado em 08.03.2018 e assinado somente pelo preposto fiscal da SEFAZ (fl. 03).

Registre-se que os DANFE's n<sup>os</sup> 095.727 (fl. 25), 009.278 (fl. 27), 006.123 (fl. 28), 352.533 (fl. 29), 352.532 (fl. 30), 034.488 (fl. 31), 088.416 (fl. 32), 012.252 (fl. 33), 203.131 (fl. 34), 001.094 (fl. 36), 004.324 (fl. 37), 024.153 (fl. 38), 003.375 (fl. 39), 008.147 (fl. 40), 005.793 (fl. 41), 000.134 (fl. 42), 348.670 (fl. 43), 202.407 (fl. 44), 004.299 (fl. 46), 004.301 (fl. 48), 345 (fl. 49), 979 (fl. 50), 005.485 (fl. 51), 000.015 (fl. 52), 022.842 (fl. 53), 004.420 (fl. 54), 356 (fl. 55), 003.022 (fl. 56) e 011.881 (fl. 57), que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, tiveram emissão entre as datas de 15.02.2018 a 26.02.2018 respectivamente e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 07.03.2018. Cotejando-se as datas dos DANFE's 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. 22). 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 fazendária da circunscrição fiscal do notificado 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 233084.0066/18-1, lavrada contra S M MACHADO E CIA LTDA - EPP.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO– PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS– JULGADOR