

N.F. N° - 232195.1037/16-4

NOTIFICADO - DBS INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA.

NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31.01.2020

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

### ACÓRDÃO JJF N° 0141-06/19NF

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de ação fiscal ocorrida em estabelecimento de contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não optante do SIMPLES NACIONAL. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 16.03.2016, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$12.930,01 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 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 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:

*“Ação Fiscal Originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, através da Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização no. 5210556000398-20167, em consonância ao que determina o Decreto no. 14.208/13, que dispões sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos recebidos pelo contribuinte. Antecipação Tributária Parcial. Mercadoria: diversos. Contribuinte descredenciado. Falta de recolhimento do ICMS, relativo a Antecipação Tributária Parcial. Lançamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, que integram este processo e estão relacionados em formulário anexo, através do regime Sumário de apuração.”*

Constata-se, que, através de seu representante, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento à folha 31 e 32, acostando documentação comprobatória às folhas 33 a 91, quando solicitou que desconsiderasse a Notificação Fiscal, uma vez que os impostos ICMS, referente às operações mercantis, tipificadas no auto, conforme faz prova na documentação em anexo, foram devidamente recolhidos nos pagamentos de ICMS dos meses de Dezembro/2015, Janeiro, Fevereiro e Março/2016. Entende não existir razão para a cobrança de tais notificações, solicitando correção do DAE original e a emissão de outro DAE somente com a respectiva multa.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$12.930,01 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.

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.

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. 5210556000398-201627, acostado ao processo à fl. 04, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 08.02.2016. Nota-se, também, a existência do relatório denominado “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fl. 09 a 11), datado de 07.02.2016, contendo os DANFEs já previamente selecionados a serem fiscalizados. Assinala-se a existência de “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária” à folha 03. Atesto a existência do documento de Intimação da Empresa (fl. 29), no entanto sem a assinatura, datado de 06.05.2016 e sem a devida cientificação do contribuinte.

Registre-se que os DANFEs nºs. 006.834, 031.273, 031.274, 006.859, 031.305, 006.895, 006.897, 026.412, 031.447, 006.930, 031.542, 031.551, 006.949 (fls. 12 a 27), que acobertaram a operação fiscal, e constante na planilha existente à folha 03, foram emitidos no período das datas de 04.01.2016 a 03.02.2016.

Na situação sob análise, constato que houve adoção de procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento. Compreendo que neste procedimento deveriam ser satisfeitas todas as formalidades legais a ele inerentes, e assim garantir em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Neste diapasão, saliento também que de acordo com os arts. 28, §4º, I e 41, I do RPAF/BA, o Lançamento de Ofício será acompanhado obrigatoriamente de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, dentre eles os Termos de Início de Fiscalização ou de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, os quais servem: (i) de intimação e dá ciência ao Contribuinte de que será objeto de fiscalização; (ii) para definir o marco para afastamento da espontaneidade do sujeito passivo, em relação aos atos pretéritos; e (iii) para salvaguardar o direito ao contraditório e à ampla defesa do autuado.

*"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

(...)

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

(...)

*§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

*I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;*

(...)

*Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

*I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;*

(...)"

Constatou que a Notificação Fiscal não se faz acompanhar do Termo de Início de Fiscalização ou mesmo do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, que o substituiria, e que, também, não há nos autos comprovação de que pelo menos um dos mencionados termos tenha sido lavrado e entregue ao Contribuinte, cientificando-o do início da ação fiscal, conforme estabelecido pelos arts. 28, § 4º, I e 41, I do multicitado diploma legal.

Diante das constatações acima descritas, entendo que o não atendimento das formalidades legais que previamente deveriam ter sido cumpridas pelo Notificante para legitimar o presente Lançamento de Ofício, compromete o princípio do devido processo legal, indicando, inclusive, que não é dado a conhecer ao sujeito passivo o início da ação fiscal, mas tão somente a sua conclusão, fato que, por via de consequência, nos leva a concluir que a Notificação Fiscal nasceu sem qualquer respaldo legal para ter sustentação, vez que afrontou, claramente, também os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por não se tratar de mera incorreção ou omissão e de não observância de simples exigências formais contidas na legislação, já que decorre de inobservância da forma como a autoridade fiscal deveria efetuar o lançamento, ou seja, a Notificação Fiscal não se respalda em prévio Termo de Início de Fiscalização ou Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, que o substituiria, descabe, no presente caso, a solução preconizada pelo §1º, do art. 18 do RPAF-BA (Decreto nº 7.629/99).

Todavia, conforme pesquisa realizada no sistema de Informações do Contribuinte – INC (fl. 06), da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, verifico que o Notificado é contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não sendo optante do Simples Nacional. Desta forma, na condição funcional de Agente de Tributos Estaduais este não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária. Não sendo, portanto, competente para a lavratura desta Notificação Fiscal com características de estabelecimento conforme depreende da leitura do § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981

(Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), e do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, transcritos, *in verbis*:

**COTEB**

“Art. 107 (...)

*§ 3º - 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. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 11.470, de 08.04.2009, DOE BA de 09.04.2009, com efeitos a partir de 01.07.2009)*

**RPAF**

“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.*

Desta forma, diante da constatação de ato praticado por autoridade incompetente, conlui, com amparo no inciso I do art. 18 do RPAF, que o lançamento efetuado é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, 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 232195.1037/16-4, lavrada contra **DBS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR