

N. F. Nº - 210609.1007/16-6
NOTIFICADO - SUPERMERCADO GOLD RED LTDA. - ME
EMITENTE - MARCOS ANTONIO GUALBERTO CARVALHO
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/09/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-04/19NF

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. INSCRIÇÃO ESTADUAL SUSPensa, CANCELADA, INAPTA. O lançamento fiscal de ofício, como ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da presente Notificação Fiscal, foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal. A fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, ou seja, conta corrente fiscal, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente de o contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte. Falece aos Agentes de Tributos Estaduais, a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, recepcionado pelo art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Infração nula de ofício, com base no art. 18, inc. I do RPAF/99 Representa-se à autoridade competente, para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 25/05/2016, refere-se à exigência de R\$10.064,82 de ICMS, acrescido da multa de 60%, que perfaz o montante de R\$16.103,71, decorrente da falta de comprovação do recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa na condição de inapta, com enquadramento no art. 5º, art. 8º, §4, inc. I, alínea “b” e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei 7.104/96.

O notificado apresentou impugnação às fls. 18 a 24 do PAF, alegando que a empresa, ora autuada, não comercializa o produto objeto da notificação. Diz que a imputação não tem fato gerador de sua autoria, uma vez que não realizou, recebeu ou teve qualquer relação comercial sobre o produto que teve a incidência tributária, ora questionada.

Consigna que foi surpreendida com a autuação e intimada a apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, os comprovantes de débitos relativo ao ICMS, que constavam como pendentes no extrato fiscal.

Pontua, então, tendo em vista a inexistência de documentos a ser apresentado no tocante a exigência equivocada do referido débito, foi lavrado a presente notificação, constando como infração ao que determina o art. 5º, art. 8º, §4, inc. I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332,

inc. III, alínea “d”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei 7.104/96.

Neste contexto, diz que não merece prosperar a presente notificação na forma a seguir destacado:

I. DA NÃO OBSERVANCIA AOS REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que, em relação ao processo administrativo fiscal, nos termos do RPAF/BA (art. 108), em se tratando de Auto de Infração (Notificação Fiscal), tem-se os requisitos indispensáveis à sua constituição, ou seja, o Auto de Infração (Notificação Fiscal) deve conter descrição clara e precisa da ocorrência que caracteriza a infração, de tal forma que o defendente possa identificar o dispositivo legal e a irregularidade porventura infringido, o que não ocorreu.

Sustenta que a autoridade fiscalizadora, limitou-se tão somente a informar que o “autuado deixou de recolher, na forma e prazo regulamentares, o ICMS antecipado lançado segundo estabelece o art. 5º, art. 8º, §4, inc. I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alínea “d”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei 7.104/96.

Sendo assim, diz que restou demonstrado o não cumprimento do disposto no artigo da referida Lei, uma vez que não foi especificado, de forma clara e precisa da ocorrência e qual a possível infração cometida pela empresa autuada.

II. DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

Diz que no direito tributário cabe a Constituição Federal atribuir a devida competência tributária aos entes Federado, bem como dividir entre estes o poder de instituir e exigir tributos. Tal atribuição estão previstas nos artigos 153 a 156 da Carta Magna. Tratando-se do ICMS diz que tem previsão no art. 155, inc. II, § 2º da CF/88, que destaca.

Neste contexto, diz que o sujeito passivo da obrigação principal definido no art. 121, in. I, do CTN, aquele contribuinte que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, ou seja, diz que é aquela pessoa que realiza operações sujeitas ao ICMS, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial.

Neste sentido, no caso em tela, diz que o suposto ICMS exigido está sendo apurado sobre a diferença de alíquota referente à aquisição de mercadorias que não é atividade da empresa autuada, como se fosse contribuinte na aceção constitucional.

Assim diz que se percebe clara e expressa violação ao que dispõe o artigo 155, § 2º, alínea “b”, da CF/88, o qual diz mencionar expressamente que a alíquota deve ser aplicada aos não contribuintes do ICMS, não cabendo o recolhimento de diferencial de alíquota.

Ademais, aduz que a exigência em questão ainda transgrediu o disposto no artigo 4º da LC 87/96 e art. 5º, art.8º, §4º, inciso I alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c art. 332, inc. III, alínea “d”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, uma vez que entende que a sua atividade fim não está sujeita à incidência do imposto, ora reclamado, tendo em vista que a simples Inscrição Estadual não caracteriza expressamente a condição de contribuinte do ICMS, posto que tal qualificação está vinculada à prática habitual e efetiva do fato gerador do imposto descrito em lei, e não à sua mera inscrição no cadastro de contribuintes.

Logo, diz que não há o que se falar em obrigação tributária que justifique a cobrança do diferencial de alíquota do imposto, que sequer é devido pela mesma. Neste aspecto, diz que não deve proceder a presente autuação.

III. DO PEDIDO

Por todo exposto, diz entender ser o Auto de Infração (Notificação Fiscal) em epígrafe totalmente destituída de fundamentação legal, o que solicita sua improcedência.

VOTO

No mérito, a Notificação Fiscal, lavrada em 25/05/2016, refere-se à exigência de R\$10.064,82 de ICMS, acrescido da multa de 60%, que perfaz o montante de R\$16.103,71, decorrente da falta de comprovação do recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do

percurso, sobre mercadorias adquiridas, no caso em tela “açúcar cristal”, através das NFE 115.562, 115.563 e 115.564, às fls. 6, 7 e 8 dos autos, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa na condição de inapta, conforme consta dos Dados Cadastrais de fl. 3, extraído do Sistema INC da Secretaria da Fazenda, com enquadramento no art. 5º, art. 8º, §4º, inc. I, alínea “b” e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei 7.104/96.

A notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/Norte, para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 4107297000140-2016512, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação através das notas fiscais – DANFE’s nºs 115562, 115563 e 115564, relacionados na peça inicial às fls. 6/8 dos autos.

Apropriando-me de trechos do relatório da NFIM nº 232291.0024/18-3, em fase instrutória, de lavra do i. Auditor Fiscal Relator, José Adelson Mattos Ramos, inicialmente, resalto que fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na sincronidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes, contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente, é quando a equipe se dedica à análise e exame de fatos pretéritos, portanto, não mais no trânsito de mercadorias, e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal, na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 25/05/2016, a emissão do Mandado de Fiscalização, em 12/05/2016, e o trânsito das mercadorias constantes nas notas fiscais arroladas às fls. 6, 7 e 8 do PAF, pois, as mesmas foram emitidas no dia 15/04/2016, com indicação de saídas na mesma data de emissão. Neste caso, impõe-se aplicar os procedimentos estipulados para a fiscalização em estabelecimentos.

Seguindo essa trilha de entendimento, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta, todavia, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, à luz do documento de fl. 3 dos autos, ser o autuado, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, com data de exclusão do Simples Nacional em 31/12/2015, com o registro de opção de apuração do imposto por conta corrente fiscal, no âmbito do Estado da Bahia.

Isto posto, é necessário apontar na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa, a competência para realizar o presente lançamento tributário.

O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81 estabelece no art. 107, a citada competência para a constituição de créditos tributários a partir de 01/07/2009, com a vigência da Lei nº 11.470/09.

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§2º 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.

§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. (Grifos acrescidos)

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

II - 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”.

Da leitura dos dispositivos legais acima destacados, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece aos Agentes de Tributos Estaduais, a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, recepcionado pelo art. 42 do pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

Concluo, portanto, que se encontram caracterizadas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal, já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I do RPAF/99, recomendando a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada, devendo ser observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **210609.1007/16-6**, lavrada contra **SUPERMERCADO GOLD RED LTDA. - ME.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA