

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-06/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. 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, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 26/01/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico R\$ 22.906,82, 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 Notificado apresenta, por meio de advogado, peça defensiva com anexos, às fls. 13/23, preliminarmente afirmando que no sítio “Inspetoria Eletrônica” da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia foi constatado que a presente Notificação se encontra em vias de inscrição em dívida ativa e/ou inadimplente, quando na verdade, o Notificado sequer fora intimado da presente lavratura, o que macula a ação fiscal por cerceamento de defesa. Cita, para embasar sua alegação, os arts. 18, inciso II, 39, inciso VII, 108 e 123, todos do RPAF/BA.

Requer que a Inspetoria declare nulos os atos processuais realizados com cerceamento do direito de defesa ou que determine o saneamento dos autos com reabertura do prazo de defesa, a fim de que a Notificada adote as providências legais cabíveis. Peticiona, também que seja retirado o PAF do rol de débitos em aberto/Revel e/ou Inadimplente, tendo em vista a suspensão da exigibilidade, nos termos do inciso III do artigo 151 do CTN, com expedição da certidão positiva com efeito negativo. Prossegue afirmando que o PAF em análise diz respeito a crédito tributário apurado pela fiscalização de trânsito, que pressupõe dois requisitos não presentes no

procedimento fiscal: imediatibilidade e contemporaneidade. Pela ausência destes, requer a nulidade.

Alega que o Notificante não disponibilizou ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da Justificação, o que macula todo o procedimento por cerceamento do direito de defesa. Foram suprimidas informações imprescindíveis ao exercício regular da ampla defesa, a exemplo dos demonstrativos de cálculo, as chaves de acesso dos DANFE's, data de emissão das respectivas Notas Fiscais, e ainda, os termos de ocorrência e de apreensão de mercadorias para justificar a lavratura formalizada pela fiscalização de trânsito. Cita os arts. 44 e 18, inciso II, do RPAF/BA, para embasar suas alegações e requerer nulidade da Notificação Fiscal.

No mérito, alega que a Notificação Fiscal de Lançamento foi lavrada por agente de tributos estaduais em modelo próprio, que denota, inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias. Ocorre que o Notificado recebeu a presente Notificação muito tempo depois de operada a respectiva lavratura, mais de 60 dias após. Logo, apesar de se tratar de auto de Infração - AI, Modelo "4" – Trânsito, não se pode afirmar que se trata de "uma infração constatada no trânsito de mercadorias". Registra que o Termo de Ocorrência Fiscal, que fundamenta a presente Notificação, não contém a assinatura do autuado, tampouco do detentor das mercadorias, o que corrobora com a tese defensiva de que a autuação não se operou de forma contemporânea aos fatos geradores apontados no Termo de Encerramento da Ação Fiscal.

Comenta que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram bem antes da lavratura, e não na data indicada pelo Notificado. Isto significa que as ocorrências, diferentemente do que consta no "Termo de Ocorrência Fiscal", não se verificou no trânsito de mercadorias, e, sim, em datas anteriores, cuja exigência fiscal, neste caso, deveria considerar, através de fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários.

Prossegue a peça defensiva, alegando que a legislação é incompatível com operações de trânsito serem apuradas com lastro em fatos pretéritos, como ocorreu na presente situação. No caso em lide, caberia adotar-se o procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura da Notificação em lide. Dessa forma, o lançamento é nulo por inobservância do devido procedimento legal, conforme art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Finaliza, requerendo redução da multa aplicada, caso a Notificação seja mantida, por figurar como hipótese de descumprimento do princípio constitucional de vedação ao confisco.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$22.906,82 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 na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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 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.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

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.

(...)"

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente, determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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 vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Registre-se que a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias acobertadas pelo DANFE nº 464.183, (fl. 03), emitido em 09/01/2018, sendo que a Notificação foi lavrada em 26/01/2018 (fl. 01). Note-se que o Termo de Intimação da Lavratura da Notificação foi emitido em 19/02/2018 (fl. 11). Cotejando-se as datas do DANFE constante neste processo, a data da lavratura da Notificação, com a data do Termo de Intimação 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.

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 Notificação Fiscal própria para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

Destarte, considerando que nos termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto lastreado em fato pretérito é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, entendo que o procedimento fiscal correto e que deveria ter sido adotado no caso em comento, seria aquele aplicável à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes e assim garantir em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte, constato que o notificado é inscrito no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “MICROEMPRESA” e apura o imposto pelo regime de “CONTA-CORRENTE FISCAL”. Dessa forma, no presente caso, 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 deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

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.

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, em instância ÚNICA julgar NULA, a Notificação Fiscal nº **232188.0157/18-9**, lavrada contra **ALEXANDE LOBO PINTO- ME**.

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

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR