

N.F. Nº - 232340.1030/16-3

NOTIFICADO - REFERÊNCIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI - EPP

EMITENTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.02.2020

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

### ACÓRDÃO JJF Nº 0149-06/19NF

**EMENTA:** ICMS. AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. Comprovado tratar-se de ação fiscal ocorrida em estabelecimento de contribuinte cadastrado na condição de Empresa Pequeno Porte, 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 10.05.2016, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$13.508,79 mais multa de 60%, no valor de R\$8.105,27, 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:

*“Falta de recolhimento ou a menor de antecipação parcial/total do ICMS, pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outras Unidades da Federação DANFES nºs 6638; 8254; 17806; 18570; 18571, 19831; 20143; 20335; 23627; 24077; 29178; 32738; 37317; 49792; 63336; 66702; 73889; 88743; 92555; 92558; 95244; 174662; 409774; 618819; 618820; 618821. Os DANFE's nºs 19957; 121539; 551560; 555333; 555966; 617758 foram recolhidos pelo contribuinte tempestivamente. Os DANFE's nºs 60100; 65558; 142286; 485610, foram quitados pelas Notificações Fiscais nºs 490391; 1015/16-0; 210765; 1242/16-3; 232207; 1018/16-7. O DANFE nº 137275. Natureza da Operação. Devolução das mercadorias do DANFE nº 33780”*

Há de registrar a existência de intimação emitida pela IFMT – Metro/Coordenação de Atendimento datada de 15.06.2016, (fl. 80) onde o Notificado é convocado a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa. Consta a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte do Notificado na data de 28.06.2016 (fl. 81).

O Notificado se insurge contra o lançamento e apresenta defesa apensada aos autos (fls. 83 a 90), protocolizada na CORAP-METRO/PA SALVADOR SHOP em 21/07/2016 (fl. 82), quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Em introdutório o Notificado arguiu os princípios da verdade material, cabendo ao fisco o ônus de provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se deve imputar o sujeito passivo, e o princípio da inquisitoriedade, alegando que o fato gerador deve ser apurado *ex officio*, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita apenas às alegações e provas produzidas pelas partes.

Em preliminares de nulidade aponta que a Notificação Fiscal possui omissões e incorreções de NATUREZA GRAVE (e não apenas "eventuais"), e as exigências não observadas pelo notificante, nos seus trabalhos, não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de NATUREZA SUBSTANCIAL.

Alega cerceamento do direito de defesa, pelo fato da acusação não ter sido comprovada por meio de documentação sem estar acobertada pro provas matérias trazidas aos autos, ficando o notificado impedido de, no mérito, exercer o contraditório e a ampla defesa.

Garante que a Notificada goza do Termo de Acordo (Decreto 7799/2000), deferido através do Parecer no. 25.791/2014, embora o Notificante afirma na sua planilha de apuração que a notificada detém o termo de acordo até 30.03.2016, desconhecendo a Notificada da cassação deste termo.

Conclui, por tudo quanto exposto, consubstanciados nos elementos materiais e jurídicos apresentados, requerer, sem prejuízos de outros pedidos já feitos no bojo da impugnação, que seja reconhecida a NULIDADE e IMPROCEDÊNCIA das infrações ora defendidas.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$13.508,79 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 notificador.

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. 10979168000144-201647, acostado ao processo à fl. 10, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 07.04.2016. Nota-se, também, a existência dos relatórios denominados: “05 – Resumo para Constituição de Crédito Tributário” (fl. 12); 13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fl. 13 a 17); Relatório de NFe Canceladas ao Destinatário (fl. 18); 17 – Mercadorias com Base de Cálculo Reduzida; (fl. 20) 18 – Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação (fl. 21); 06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF (fls. 22 e 23), ambos datados de 07.04.2016. Assinala-se a existência de “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária” (fls. 04 e 05).

Registre-se que os vinte e oito DANFEs (fls. 25 a 57) que acobertaram a operação fiscal, e constante na planilha existente às folhas 04 e 05, foram emitidos no período das datas de 11.03.2016 a 06.04.2016.

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 Notificador 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 de Pequeno Porte, 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, concluo, com amparo no inciso I do art. 18 do RPAF, que o lançamento efetuado é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Com base em todo exposto, a presente Notificação Fiscal é NULA. 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.

## 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 232340.1030/16-3, lavrada contra REFERÊNCIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI - EPP

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2019.

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO– PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS– JULGADOR

