

N.F. Nº - 491301.0118/18-8
NOTIFICADO – COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA
NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.02.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-06/19NF

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 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 12.07.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$21.300,33, mais multa de 60%, no valor de R\$12.780,20, 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:

“Na hora e local acima indicados, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: Falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da federação. Ação Fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária SAT, Central de Operações Estaduais-COE, baseado no Art. 332 §2º -A, através da Ordem de Serviço emanada do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 5466724000149-201876. A Base de Cálculo foi calculada através dos DANFES: 60404/60405/1909/1466908/1490/120390/120391/120392/120393/1088948/177517, recebidos pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa.”

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de seu advogado, e apresenta defesa apensada aos autos (fl. 27 a 30), protocolizada na IFMT METRO/COORD.ATEND em 15/05/2018 (fl. 26).

Esclarece, preliminarmente, pela incompetência do preposto fiscal, informando que o Agente de Tributos Estaduais (ATE) não tem competência legal para desenvolver ação fiscal no estabelecimento da Notificada evocando para isso o §3º do art. 107 da Lei nº 3956, onde estipula a competência dos 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. A Notificada não é optante pelo Simples Nacional e a ação fiscalizadora não foi desenvolvida no trânsito de mercadorias, mas sim decorrente de Mandado de Fiscalização nº. 5466724000149-201876.

Salienta que não acatada a nulidade preliminar requerer a nulidade pela incerteza quanto ao montante do débito uma vez que o lançamento efetuado apresenta simplório demonstrativo de débito que não atende ao exigido no §1º do art. 18 do RPAF, pois não é possível conhecer, com segurança, o montante do débito tributário, sendo, portanto nulo o lançamento fiscal, uma vez que a natureza da infração apontada, conforme descrito na peça de lançamento, exige que o demonstrativo apresente o cálculo por item de mercadoria, haja vista a diversidade de tributação, não havendo nenhum desses elementos por item de mercadoria.

Reclama que a notificada é empresa credenciada para pagamento do ICMS devido por antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente ao da emissão do MDF-e, conforme o §2º do art. 332 do RICMS-BA.

Profere que os DANFEs indicados na descrição dos fatos foram emitidos no mês de junho de 2018 e o prazo de vencimento para pagamento do ICMS devido por antecipação parcial ocorreria tão somente em 25 de julho de 2018, porém a Notificação Fiscal foi lavrada em 12 de julho de 2018, sendo prematuramente lavrada.

Acrescenta que a notificada efetuou o pagamento do ICMS devido por antecipação parcial dentro do prazo legal, conforme demonstra os comprovantes de pagamentos em anexo.

Ademais, a Notificação em lide não apresenta demonstrativo do débito que permita conhecer, com segurança, o montante do débito tributário, nem mesmo o exercício do direito à ampla defesa foi possível exercer.

Finaliza solicitando que a Notificação Fiscal seja declarada nula em razão da incompetência arguida em sede de preliminar, superada a preliminar arguida deve ser considerada improcedente.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$21.300,33, 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, verifico que a defesa abordou o pedido de nulidade pelo que não se observou neste presente lançamento os aspectos formais que repercutiu em vício insanável, em razão da incompetência do autuante.

De início, verifico como fato que descaracteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (12.07.2018), da data de emissão dos documentos fiscais (fls. 06 a 16 – emitidas no período de 13.06.2018 a 29.06.2018) e da intimação do contribuinte (fl. 24), além da existência de Mandado de Fiscalização nº 5466724000149-201876 (fl. 03 – emitido em 06.07.2018), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Foram anexados aos autos: Relatório 06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UFM (fls. 17 e 18); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 05); onze DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão entre 13 de junho a 29 de junho de 2018 (fls. 06 a 16); que comprovam não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo, entretanto, que ao contrário das evidências pontuadas acima, verifico que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriada às autuações da fiscalização de trânsito, quando o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento.

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 foi 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 a inexistência do Termo de Apreensão de Mercadoria e nem do Termo de Ocorrência Fiscal.

Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, própria para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

Por outro lado, a empresa autuada é constituída na condição de “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 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.

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 **491301.0118/18-8**, lavrada contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA**.

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

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO– PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS– JULGADOR