

N.F. Nº - 232195.0214/17-8
NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.02.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº

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 21/09/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$18.968,64, 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. 35 a 72, preliminarmente afirmando que é uma empresa dedicada à atividade de comércio atacadista, importação e armazenamento de gêneros alimentícios, cereais e leguminosas, carnes e derivados e industrialização de produtos à base de carnes e seus derivados, conforme contrato social anexado aos autos. Para tanto, adquire produtos não apenas do Estado da Bahia, mas também de fornecedores sediados nos demais Estados.

Prossegue mencionando o Convênio nº 89/2005, que dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS devido nas saídas de carne e demais produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, gado e leporídeos. Este ajuste tem por finalidade reduzir a carga tributária do ICMS, de forma que seja equivalente a 7% do valor das operações, nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultante do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos.

Afirma que o Estado da Bahia aplica as normas do Convênio, no sentido de que a carga tributária na entrada de mercadorias seja de 7% e com isso impede o Requerente de valer-se do crédito de 12%, quando as mercadorias forem oriundas do Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo, autuando-o insistentemente. Apresenta memória de cálculo, para fins de demonstrar como o mesmo foi realizado pelo Notificante e como, no entendimento da Notificada, deveria ser efetuado. Acrescentando que recolheu dentro do prazo, antes da entrada da mercadoria no Estado, o valor integral do imposto devido.

No mérito, alega ausência de suporte legal válido, pois o enquadramento dado refere-se à falta de recolhimento da antecipação tributária parcial e sobre a possibilidade de o contribuinte ser descredenciado. No entanto na análise do demonstrativo de débito, nota-se que o fundamento da notificação é a glosa de crédito do ICMS usado pelo contribuinte, pelo fato do Estado entender que a alíquota a ser aplicada não deveria ser 12% e sim 7%.

Continua sua peça defensiva, alegando: 1) que o Estado da Bahia é signatário do Convênio nº 89/05, já que incorporou norma do ajuste no art. 268 do RICMS/2012; 2) que a Notificação foi emitida em total arrepio de diversas normas legais, inclusive em relação ao correto entendimento do próprio Convênio; 3) que a cláusula primeira do Convênio 89/05 reduz a base de cálculo e não a alíquota; 4) que a cláusula segunda deste ajuste estabelece que nas saídas internas de carnes e derivados a alíquota do ICMS é de 18%; 5) que a cláusula terceira do Convênio prevê a não exigência do estorno do crédito fiscal; 6) que possui regularidade fiscal, assim como é beneficiária de regime especial para pagamento diferenciado do ICMS; 7) que o princípio da não cumulatividade lhe garante o direito ao uso do crédito fiscal.

Afirma que, em razão do constante abuso pelo qual tem passado, impetrou Mandado de Segurança, pleiteando a confirmação do seu direito líquido e certo de creditar-se de 12% em vez de 7%, acrescentando que o juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador concedeu liminar no Mandado de Segurança nº 0537243-10.2017.8.05.0001, reconhecendo o direito do contribuinte ao creditamento de 12%. Por essa razão requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que a questão seja totalmente finalizada no Poder Judiciário.

Finaliza requerendo a improcedência da Notificação.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$18.968,64 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 pelos DANFES de nºs 964.346; 7.106; 7.107 e 102.385, emitidos respectivamente em 04/08/2017, 10/08/2017; 10/08/2017 e 26/08/2017 (fls. 17; 19 e 22), sendo que a Notificação foi lavrada em 21/09/2017 (fl. 01). Note-se, também, que o Mandado de Fiscalização foi emitido pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS - COE em 08/09/2017 (fl. 07) e que existe no processo um relatório denominado "13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal" (fl. 17) datado de 07/09/2017. Cotejando-se as datas do Mandado de Fiscalização; do relatório supracitado; dos DANFES constantes neste processo, com a data 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 (fl. 09), constato que o notificado é inscrito no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de "NORMAL" 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, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 232195.0214/17-8, lavrada contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**

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

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR