

N.F. N° - 232340.0207/18-3

NOTIFICADO - PORTAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI

NOTIFICANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.02.2020

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

#### ACÓRDÃO JJF N° 0157-06/19NF

**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 MICROEMPRESA, 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 16.10.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$16.998,65, mais multa de 60%, no valor de R\$10.199,19, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal”.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificado acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

*“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação total pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outras Unidades da Federação, para comercialização neste Estado. DANFE'S nºs 70;71;72;81607 e 279848. Mandado de Fiscalização no. 26354702000167-2018109. Houve redução na Base de Cálculo p/ 58,824% e crédito máximo admitido para 10% por ter o contribuinte Termo de Acordo do Dec. 7799/2000. Na data da intimação Fiscal, 10.10.2018, não houve comprovação de recolhimento do ICMS da antecipação total para estes documentos, aplicando o que preceitua o art. 138 do Código do Tributário Nacional (O prazo de recolhimento espontâneo se encerra com a ciência da Intimação Fiscal).”*

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de seu representante, e apresenta defesa apensada aos autos (fl.27/28), protocolizada na CORAP METRO/PA SALVADOR SHOP em 11/03/2019 (fl. 26).

Esclarece que a notificação fiscal foi lavrada no dia 16.10.2018, porém o contribuinte já havia efetuado o pagamento no dia 11.10.2018, não sendo levado em consideração pelo autuante.

Pontua que, conforme parecer final em anexo, a Notificada é beneficiada especificamente pelo artigo 3º F do Decreto nº 7.799/2000, o qual não faz parte da redução do ICMS que traz o artigo 6º do referido decreto.

Aduz que o notificante faz menção a Antecipação Tributária Total e, no entanto, os produtos relacionados nos DANFE's 70/71/72279.848 não contemplam o regime de Substituição Tributária conforme o Anexo I do RICMS/BA.

Explica que o DANFE 81.607 se refere a Remessa por Conta e Ordem de Terceiros, onde no campo de DADOS ADICIONAIS o fornecedor faz menção à nota que originou tal operação, não sendo esta, incidente da Antecipação Parcial.

Conclui pela anulação da referida notificação uma vez o imposto cobrado já foi efetivamente pago, e que o cálculo apresentado pelo autuante está equivocado no tocante da glosa do crédito do ICMS, sendo perceptível a contradição quando da infração 54.05.10 é mencionado o regime de substituição tributária diversa do cálculo apresentado como antecipação parcial.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$16.998,65 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 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 autuante.

De início, verifico como fato que descharacteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (16.10.2018), da data de emissão dos documentos fiscais (fls. 17 a 21 – emitidas no período de 03.10.2018 a 06.10.2018), intimação para apresentação de documentação fiscal (fl. 04) e da intimação do contribuinte (fl. 23 – emitido em 22.11.2018, sem assinatura do representante legal),

além da existência de Mandado de Fiscalização nº. 26354702000167-201809 (fl. 07 – emitido em 09.10.2018), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Foram anexados aos autos: Relatório 05 – Resumo para Constituição do Crédito Tributário (fls. 08 a 10); Relatório 06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UFM (fl. 16); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 03); cinco DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão entre 03 de outubro e 06 de outubro de 2018 (fls. 17 a 21); 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 for 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.

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 **Empresa do Regime MICROEMPRESA, não optante do SIMPLES NACIONAL** e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte – fl. 06). 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.

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 **232340.0207/18-3**, lavrada contra **PORTAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELLI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR