

N.F. Nº - 491301.0080/19-9
NOTIFICADO – CMP DE FARIAS EIRELI
NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.02.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-06/19NF

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 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 11.09.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$19.341,87, mais multa de 60%, no valor de R\$11.605,12 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: “Falta de recolhimento do ICMS ref. 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 Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“ Na data, hora e local indicados, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: Falta de recolhimento de ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL 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, através da Ordem de Serviço emanada do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 13781590000189-2019910. A Base de Cálculo foi calculada através dos DANFES: 162010 e 162477, recebidos pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa.”

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de Advogado, e apresenta defesa apensada aos autos (fl.17/24), e documentação comprobatória às folhas 25 a 43.

Esclarece que o notificado exerce atividade de fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos do abate e que o contribuinte adquiriu insumos para seu processo industrial nos dias 16.08.2019 (DANFE 162.010) e no dia 26.08.2019 (DANFE 162.477), ambos relativo à compra de

Espinhaço Congelado de Suíno e que as referidas mercadorias chegaram à sede da indústria no dia seguinte à aquisição, ou seja, dia 17.08.2019 e 27.08.2019.

Protesta que em completa ilegalidade e abuso de poder de fiscalização, o Agente de Tributos auditou a empresa no dia 11.09.2019 e lançou a presente Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias.

Pontua que o Agente de Trânsito está impedido por lei de auditar a empresa, ressalvada fiscalização de trânsito, o que não ocorreu na espécie à toda evidência de que a notificação fora lavrada cerca de 01 mês após o ingresso das mercadorias na sede da indústria, o que torna a notificação nula de pleno direito.

Realça que a Agente de Tributos não detém competência para auditar o contribuinte optante pelo lucro presumido, ressalvada a ocorrência de efetiva fiscalização de trânsito, o que não ocorreu na espécie à toda evidência.

Pondera que a referida ilegalidade tem sido rechaçada pelas Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF, vez que não se trata de fiscalização de trânsito e sim auditoria realizada por preposto desprovido de competência para tanto.

Alega que o caso dos autos é de vício insanável na medida em que a Agente de Tributos identificou a emissão do DANFE no sistema da SEFAZ desacompanhado do pagamento da antecipação tributária – indevida no caso de aquisição de insumos para industrialização, e lançou o tributo quase um mês depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito.

Salienta que uma vez inexistindo tributação na saída interestadual do produto resultando do abate de bovino, não há de falar em antecipação tributária por força do art. 271 do RICMS/BA, o que torna a presente notificação fiscal manifestamente improcedente.

Finaliza requerendo que seja declarada a nulidade da notificação fiscal, haja vista o vício insanável na medida em que o Agente de Tributos identificou a emissão de DANFE no sistema da SEFAZ desacompanhado do pagamento da antecipação tributária, indevida no caso de aquisição de insumos para industrialização, e lançou o tributo quase um mês depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito e que seja declarada improcedente a notificação fiscal, pois, não há de se falar em antecipação tributária por força do art. 271 do RICMS/BA.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$19.341,87 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 (11.09.2019), da data de emissão dos documentos fiscais (fls. 17 a 21 – emitidas em 05 e 06 em 26.08.2019), da intimação do contribuinte (fl. 15 – emitido em 18.09.2019, sem assinatura do representante legal), além da existência de Mandado de Fiscalização nº 13781590000189-2019910 (fl. 03 – emitido em 10.09.2018), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Foram anexados aos autos: 06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UFM (fl. 07); memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 04); dois DANFE's indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão em 16 e 26.08.2019 (fls. 05 e 06); 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. Observo que não há na Notificação Fiscal a existência do Termo de Apreensão de Mercadoria e o 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 Empresa do Regime Pequeno Porte, 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. 13). 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.

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 **491301.0080/19-9**, lavrada contra **CMP DE FARIAS EIRELI**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR