

N. F. Nº - 210967.0079/18-0
NOTIFICADO - FACOM COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP
NOTIFICANTE - RAIMUNDO DA CRUZ SILVA
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/11/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-04/19NF

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. O lançamento fiscal de ofício, como ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da presente Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal. A fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, ou seja, conta corrente fiscal, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte. Falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º, do COTEB, recepcionado pelo art. 42, do pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Infração nula de ofício, com base no art. 18, inc. I, do RPAF/99 Representa-se à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 06/11/2018, refere-se à exigência de R\$23.088,28 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$13.852,97, que perfaz o montante de R\$36.941,25, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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 previstos na legislação fiscal, relativo as operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ – “06 *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” de fl. 5 e cópia dos documentos fiscais (NF-e) de fls. 6 a 11, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 565925000140-20181026 expedido em 26/10/2018, acostado à fl. 3 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

O notificado apresentou impugnação, à fl. 18 do PAF, através do formulário “*Requerimento - Justificação PRS-FAP-DAT-1055*”, em que pede improcedência total da Notificação Fiscal, em tela, com a justificativa de que a NF-e 29.206 (fl. 21) foi anulada, por discordância na quantidade de pagamento e, momento seguinte, foi emitida Nota Fiscal nº 29.679 (fl. 22) de devolução substituindo a Nota Fiscal nº 29.206 (fl. 21).

Não se observa qualquer outra impugnação do defendente em relação às demais operações, objeto da Notificação Fiscal, em análise

À fl. 27, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 210967.0079/18-0, lavrada em 06/11/2018, refere-se à exigência de R\$23.088,28 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$13.852,97, que perfaz o montante de R\$36.941,25, decorrente do cometimento da Infração 54.05.08, por 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 previstos na legislação fiscal, relativo às operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ – “*06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” de fl. 5 e cópia dos documentos fiscais (NFE) de fls. 6 a 11, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 565925000140-20181026 expedido em 26/10/2018, acostado à fl. 3 dos autos.

Consta do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “*06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” à fl. 5, que deu causa a presente notificação, por falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial do imposto, relativo as entradas no Estado da Bahia, das seguintes operações relacionadas nos documentos fiscais NF-e nºs 29.606, 60.786, 60.785, 229.108, 29.748 e 29.681 oriundas de outras unidades da Federação.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

A notificação fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/Norte para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 565925000140-20181026, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação através das Notas Fiscais Eletrônicas (NFE) acostadas às fls. 6/11 dos autos, constante do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “*06 Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” à fl. 5

Apropriando-me de trechos do relatório da decisão proferida pela 4ª JJF, relativo à Notificação Fiscal nº **213080.0058/18-5** de minha relatoria, inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na siconicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto não

mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 06/11/2018, à emissão do Mandado de Fiscalização, em 26/12/2018 e o trânsito das mercadorias constantes nas notas fiscais arroladas às fls. 06/11 do PAF, pois, as mesmas foram emitidas nos dias variados do ano de 2018, como 27/09/2018, 10/10/2018 e 23/10/2018, com indicação de saídas nas mesmas datas de emissão. Neste caso, impõe-se aplicar os procedimentos estipulados para a fiscalização em estabelecimentos.

Dessa constatação, o procedimento fiscal, em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial do imposto, decorrente de entradas de mercadorias, no território deste Estado, praticadas por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Seguindo essa trilha de entendimento, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta, todavia, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC da SEFAZ, com acesso por este Relator, em 26/09/2019, ser o autuado, inscrito no Cadastro Estadual de Contribuinte na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, com o registro de opção de apuração do imposto por Conta Corrente Fiscal no âmbito do Estado da Bahia.

Isto posto, é necessário apontar, na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o presente lançamento tributário, ou seja, em contribuinte com apuração do imposto por Conta Corrente Fiscal.

O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81 estabelece no art. 107, a citada competência para a constituição de créditos tributários a partir de 01/07/2009, com a vigência da Lei nº 11.470/09.

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§2º 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.

§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. (Grifos acrescidos)

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

II- 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”.

Da leitura dos dispositivos legais acima destacados, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente de o contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece, aos Agentes de Tributos Estaduais, a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º, do COTEB, recepcionado pelo art. 42, do pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I do RPAF/99, recomendando, na forma do art. 21 do citado diploma legal, a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada, no estabelecimento do autuado, observando todas as formalidades inerentes a este tipo de auditoria, devendo ser, ainda, observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em Instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **210967.0079/18-0**, lavrada contra **FACOM COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. - EPP**, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial e devendo serem homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA