

N. F. Nº - 232340.0058/17-0
NOTIFICADO - PESCAMAR FRUTOS DO MAR EIRELI – ME
EMITENTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0173-02/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime normal de apuração do ICMS. Nos termos do art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81, falece competência ao Agente de Tributos Estaduais autuante, a constituição do crédito tributário no caso concreto. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 12/09/2017, e exige o ICMS no valor de R\$20.109,12 acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **54.05.10** – falta de recolhimento do ICMS referente a 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 previstos na legislação fiscal. Complementa o agente fiscal que se trata de contribuinte intimado a apresentar documentação fiscal no dia 01/09/2017, e não atendeu a mesma, conforme documento anexo.

Na descrição dos fatos, foi relatado: “*Falta de recolhimento da antecipação parcial/total pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação. DANFES nº 30, 32, 44, 45, 57, 58, 64, 70, 71, 83, 94, 95, 99, 106, 107, 112, 114, 1775, 1780 e 1788.*”

Está apenso aos autos INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, encaminhada ao destinatário pelo e-mail stratusltda@terra.com.br, elaborado pelo agente fiscal, fl. 04, onde referindo-se ao MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 4832553000161-201730, o mesmo é intimado a apresentar no prazo de 48 horas, na sede da INSPETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO – INFMT – METRO, os “*DAE’s e/ou GNRE’s dos pagamentos do ICMS da antecipação parcial/total, em original e xerox, referentes aos DANFES abaixo relacionados, do contribuinte PESCAMAR FRUTOS DO MAR EIRELI – ME...*”.

Às fls. 08 e 08-v, consta cópia do documento MONITORAMENTO VIES DE RICO SONEGAÇÃO FISCAL nº 4832553000161-201730, RESUMO PARA CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTECIPAÇÃO PARCIAL, fl. 09 a 14, RESUMO DO DEMONSTRATIVO CAL. SEMI ELABORADO – UMF, fl. 15 e cópias dos DANFES referentes as notas fiscais eletrônicas arroladas na notificação, fls. 15-A a 34.

O notificado, à fl. 40, impugna a notificação fiscal onde apenas relata que não adquiriu os produtos relacionados na autuação e anexa cópia de rascunho do Boletim de Ocorrência referente ao registro de queixa junto a DELEGACIA DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

O Boletim de Ocorrência nº DECECAP SSA-BO-1700186, juntado aos autos consta no campo “DADOS DO FATO” a seguinte descrição: “*Comparecera a esta especializada do Sr. Augusto César Caldas alegando que há uma outra pessoa expedindo notas fiscais com o CNPJ da sua empresa, conforme dasdos anexados.*”.

Em anexo ao documento citado, consta relação de diversas notas fiscais eletrônicas onde estão incluídas as notas fiscais arroladas na presente notificação.

VOTO

A Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, em análise, lavrado por Agente de Tributos Estaduais, lotado na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT-METRO, versa sobre a exigência de crédito tributário decorrente da constatação da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisições interestaduais, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

A notificação resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO para verificar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, MONITORAMENTO VIÉS DE RISCO DE SONEGAÇÃO FISCAL nº 4832553000161-201730, fls. 08 e 08-v, expedido pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE em 30 de agosto de 2017, tendo a fiscalização sido iniciada em 1º de setembro de 2017, com a solicitação, mediante encaminhamento, via e-mail, ao notificado da INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

O lançamento foi impugnado pelo notificado sob a alegação de não ter adquirido os produtos relacionados na autuação.

Previamente é oportuno registrar que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, vigente, preconiza no art. 2º que 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, cabendo ao julgador administrativo, antes de adentrar no mérito, analisar o processo, sob o ponto de vista formal, objetivando verificar a existência de vícios que possa contaminar o processo por nulidade.

Observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que sendo ato vinculado, a autoridade fiscalizadora tem como dever agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Cabe ressaltar que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base no momento da ocorrência dos fatos a serem apurados e a verificação por parte dos agentes fiscais da possível ocorrência de ilícitos fiscais de forma imediata.

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, que pode ensejar a lavratura de AUTO DE INFRAÇÃO – MODELO 4 ou NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, que a administração tributária instituiu para diferenciá-los daqueles lavrados na fiscalização dos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra 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.

No caso em exame, apesar de ter sido utilizado como instrumento para oficializar o lançamento a NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, efetivamente o instrumento legal utilizado pelo agente fiscal não se aplica, haja vista, que a presente notificação apura fatos pretéritos, ou seja, fatos ocorridos anteriormente a lavratura da notificação.

No caso concreto verifico que existe um lapso temporal entre a data da lavratura da notificação, 12/09/2017 e a data de emissão dos documentos fiscais, ocorrida entre 22/08/2017 e 24/08/2017. Neste caso, por se tratar de apuração de fatos pretéritos, impõe-se aplicar os procedimentos estipulados para a fiscalização em estabelecimentos.

Ou seja, o procedimento deixou de ser uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência para ser um procedimento tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, o recolhimento do ICMS – antecipação tributária.

Portanto, não cabe outro entendimento senão considerar a lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, como feita, incompatível com a apuração de imposto em razão de decorrer da apuração de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito no lançamento.

Outro aspecto merece apreciação. Refiro-me ao fato da notificação fiscal ter sido lavrada por Agente de Tributos Estaduais.

Consta no Mandado de Fiscalização, fl. 08 e na consulta ao SISTEMA INC, fl. 05, que o sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte, porém, não optante do SIMPLES NACIONAL.

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 lançamento tributário.

O Código Tributário do Estado da Bahia – 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.

Verifica-se, conforme posto, que a competência para fiscalizar empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos é atribuída exclusivamente os Auditores Fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do 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 acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal somente poderá ser lavrada por Auditor Fiscal e não pelo agente que praticou o ato, por ser típica de estabelecimento.

Concluo que se encontram caracterizadas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal já que o ato foi formalizado por instrumento inaplicável as circunstância da ocorrência do fato gerador do imposto, assim como, foi praticado por servidor sem competência legal para tal.

Cabe, também consignar que o agente fiscal não observou o conteúdo da Súmula 01 do CONSEF, por não demonstrar com a exigida clareza a apuração da base de cálculo.

Frente aos argumentos acima, de ofício voto pela nulidade da Notificação Fiscal com fundamento no art. 18, incisos I e II, do RPAF/99.

Represento à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, a salvo das falhas apontadas, inclusive, se de fato, foi apurado pela Delegacia de Crimes contra a Ordem Tributária – DECECAP e comprovado o uso irregular do CNPJ do notificado nas aquisições interestaduais, objetivando

resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232340.0058/17-0**, lavrada contra **PESCAMAR FRUTOS DO MAR EIRELI – ME**.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR