

PROCESSO - N. F. Nº 232207.0069/18-3

NOTIFICADO - JAQUELINE APARECIDA FRANCO DE LIMA

NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONCALVES

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO INTERNET – 21.10.2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-03/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Notificação fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, dentre eles a competência do agente que o praticou. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento. Comprovado que à época das ocorrências dos fatos geradores, o notificado não era optante pelo Simples Nacional. Constatado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados por servidor sem competência legal para fazê-lo, conforme previsto no art. 107 do COTEB (Lei nº 3.956/81). Evidenciada no caso concreto a ofensa ao art. 18, I do RPAF/BA. Recomendação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação fiscal NULA. Decisão unânime, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 17/05/2018, se refere à exigência de crédito tributário no valor histórico principal de R\$18.082,15 (dezoito mil, oitenta e dois reais e quinze centavos), em razão da INFRAÇÃO – 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 previstos na legislação fiscal*”. Fatos geradores ocorridos no mês de maio/2018. Enquadramento legal nos arts. 12-A, 23, III, 32 e 40, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, III, “b” do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Com aplicação da multa de 60%, tipificada no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O notificado apresentou justificação às fls. 30 a 64 do PAF, alegando que efetuou os pagamentos referentes aos DANFES nºs. 326585, 30495, 30499, 30500, 30501, 30493, 327152, 45098, 16851, 327328, 3943 e 30597 (fls. 41/62), conforme DAEs anexos números 1802370042 (fls. 37/38) e 1802370157 (fls. 39/40), este relativo ao adicional para o fundo de pobreza, ambos com vencimento para 25/04/2018. Que todos os DANFES se referem ao mês 03/2018. Que, nesta ocasião a empresa ainda não havia sido descredenciada. E que o descredenciamento somente aconteceu no dia 11/04/2018.

Aduz que os DANFES de números 30502 e 131933 (fls. 63/64) correspondem a notas referentes a bonificação.

Apresenta planilha (fls. 31) visando a demonstrar o valor pago de cada DANFE separadamente.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide totalizou o valor principal de R\$18.082,15 (dezoito mil, oitenta e dois reais e quinze centavos) e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente registro 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 pelos princípios da verdade material, da legalidade, da 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) determina expressamente 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.

(...)”

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à legalidade do lançamento, sobre os quais passo a dissertar.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 9046179000192-201846 da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, o qual aponta indícios de falta de pagamento do ICMS/Antecipação Tributária Parcial, referente a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação conforme Notas Fiscais números 30495, 30499, 30500, 30501, 30502, 30493, 326585, 131933, 3943, 327152, 16851, 45098, 327328 e 30597, emitidas no período de 13/03/2018 a 03/04/2018, acostadas aos autos às fls. 05/18.

Apropriando-me de trechos do relatório do PAF/NF nº 232291.0024/18-3, ainda em fase de instrução, inicialmente ressalto que fiscalização do ICMS comprehende duas linhas de atuação claramente definidas com base no aspecto temporal da ocorrência dos fatos a serem apurados.

Uma dessas linhas de atuação 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, os quais a administração tributária instituiu para diferenciar daqueles lavrados nas auditorias realizadas nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra linha de atuação se caracteriza pela análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim em auditoria no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, em monitoração, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, das operações mercantis por este já realizadas. Neste contexto, a constatação de irregularidades pode, também, ensejar a lavratura tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, de modelos específicos, sendo que o critério a ser utilizado para a definição de um ou de outro instrumento é o valor da exigência fiscal, conforme definido no art. 48 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Nesta linha de raciocínio, observo que há no PAF MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 9046179000192-201846, datado de 06/04/2018, acostado aos autos às fls. 03. Que, de acordo com o demonstrativo de fls. 25, intitulado “*MEMÓRIA DE CÁLCULO PARA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA*”, de autoria do Notificante, a exigência fiscal diz respeito às Notas Fiscais números. 30495, 30499, 30500, 30501, 30502, 30493, 326585, 131933, 3943, 327152, 16851, 45098, 327328 e 30597 (fls. 05/18), emitidas no período de 13/03/2018 a 03/04/2018. E que tais documentos se encontram arrolados no relatório, de fls. 09, denominado “*13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal*”, emitido pela SEFAZ/BA, em 06/04/2018, para subsidiar o trabalho fiscal.

Cotejando-se as datas: (i) do “*MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 9046179000192-201846*”, de 06/04/2018; (ii) da “*Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal*”, de 06/04/2018; e (iii) das “Notas Fiscais números. 30495, 30499, 30500, 30501, 30502, 30493, 326585, 131933, 3943, 327152, 16851, 45098, 327328 e 30597 (fls. 05/18), emitidas no período de 13/03/2018 a 03/04/2018”, com a data da lavratura da Notificação Fiscal em lide, de 17/05/2018, constata-se a existência de divergência cronológica que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, na medida em que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. Fato não demonstrado neste caso, pois, de acordo com os documentos e elementos contidos nos autos restou comprovado tratar-se de fatos pretéritos.

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.

Neste diapasão, constato que a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. E que consta no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, conforme documento de fl. 23, ser o notificado inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa de Pequeno Porte, com data de exclusão do Simples Nacional em 31/12/2017, com o registro de opção de apuração do imposto por conta corrente fiscal no âmbito do Estado da Bahia.

Neste contexto, torna-se necessário averiguar, à luz da legislação tributária estadual, a competência do notificante para realizar o presente lançamento tributário.

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

“*COTEB – Lei nº 3.956/81*

(...)

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. (GF)

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

(...)"

Tal regramento foi recepcionado pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que também prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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.

(...)"

Destarte, da dicção dos dispositivos legais acima replicados, conclui-se que a competência para fiscalizar empresa optante pelo regime normal de apuração do imposto em fiscalização de estabelecimentos é exclusiva dos auditores fiscais, inclusive no que se refere aos atos preparatórios vinculados ao lançamento. Que resta claro que os Agentes de Tributos Estaduais não detêm a competência legal para constituição de crédito tributário fora dos limites estabelecidos nos arts. 107, §3º do COTEB (Lei nº 3.956/81) e 42, I e II do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), acima transcritos. E que, por via de consequência, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

No caso concreto considero que restou comprovada a existência de vício de competência que caracteriza desenganadamente nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal já que esta foi executada por servidor sem a devida competência legal para fazê-lo.

Desta forma, concluo que a falta de competência legal da autoridade fiscalizadora para efetuar o Lançamento de Ofício em lide é fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, I do RPAF-BA (Decreto nº 7.629/99).

Julgo, portanto, por todos os argumentos acima consignados que o Lançamento de Ofício em apreciação é nulo, conforme art. 18, I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide.

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

(...)"

In fine, nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à competência legal do agente fiscalizador, devendo ser verificados a data do efetivo descredenciamento do contribuinte e os comprovantes de pagamento acostados à peça impugnatória de fls. 30 a 64.

Pelas razões acima expostas, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **232207.0069/18-3**, lavrada contra **JAQUELINE APARECIDA FRANCO DE LIMA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2019

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR