

PROCESSO - N. F. Nº 232207.0070/18-1

NOTIFICADO - JAQUELINE APARECIDA FRANCO DE LIMA

NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO INTERNET - 21.10.2019

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0192-03/19NF**

**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\$24.649,15 (vinte e quatro mil, seiscentos e quarenta e nove 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 impugnação às fls. 26 a 58 do PAF, alegando que efetuou o pagamento referente ao DANFE nº 132343 (fls. 37/38), conforme DAEs anexos números 1802370042 (fls. 33/34) e 1802370157 (fls. 35/36), este relativo ao adicional para o fundo de pobreza, ambos com vencimento para 25/04/2018. Que o DANFE se refere 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.

Acrescenta que a antecipação e o adicional de pobreza referente aos DANFES números 30605, 30604, 30598, 30603 e 30601 (fls. 46/50) foram pagos através do DAE de série 1802079981 (fls. 39/40), conforme auto de infração denúncia espontânea dia 27/04/2018 (fls. 44/45).

Diz que relativamente ao DANFE números 4037 (fls. 55), a antecipação foi paga através do DAE 1803110809 (fls. 51/52) e o adicional de pobreza conforme DAE 1803110874 (fls. 53/54), ambos pagos em 24/05/2018. E que esta nota chegou sem passar no posto e por isso calculou para 25/05/2018.

Aduz que os DANFES de números 327290 e 132346 (fls. 57/58) se referem a bonificação. E que os DANFES de nºs 328182 e 328307 (fls. 8/9) foram cancelados porque a carreta tombou.

Apresenta planilha (fls. 27) visando a demonstrar o valor pago de cada DANFE separadamente.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide totalizou o valor principal de R\$24.649,15 (vinte e quatro mil, seiscentos e quarenta e nove 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 132343, 327290, 132346, 328182, 328307, 4037, 30598, 30601, 30603, 30604 e 30605, emitidas no período de 21/03/2018 a 03/04/2018, acostadas aos autos às fls. 05/15.

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 compreende 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. 22, intitulado “*MEMÓRIA DE CÁLCULO PARA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA*”, de autoria do notificador, a exigência fiscal diz respeito às Notas Fiscais números 132343, 327290, 132346, 328182, 328307, 4037, 30598, 30601, 30603, 30604 e 30605 (fls. 05/15), emitidas no período de 21/03/2018 a 03/04/2018. E que tais documentos se encontram arrolados no relatório, de fls. 18/19, 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 132343, 327290, 132346, 328182, 328307, 4037, 30598, 30601, 30603, 30604 e 30605 (fls. 05/15), emitidas no período de 21/03/2018 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. 21, 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 averigar, 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, independentemente de o contribuinte estar enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte. 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. 26 a 58.

Face ao exposto, de ofício, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **232207.0070/18-1**, 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