

N. F. Nº - 232195.0074/18-0

NOTIFICADO - LOGIN INFORMÁTICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.

NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO INTERNET – 21.10.2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0199-03/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA 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 estava inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa Normal, com o registro de forma de apuração do imposto por conta corrente fiscal. 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 UNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 06/07/2018, se refere à exigência de crédito tributário no valor histórico principal de R\$16.956,22 (dezesseis mil, novecentos e cinquenta e seis reais e vinte e dois 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*”, no mês de junho de 2018. 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 47 dos autos, reproduzindo inicialmente o enunciado da infração e o respectivo enquadramento legal.

Reproduz o art. 332, §2º do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), no qual se baseou o notificante para efetuar o lançamento de ofício.

Registra que a fiscalização entendeu que o notificado não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal (art. 332) para uso do prazo de recolhimento da antecipação tributária nele consignado. E que, neste caso, seria devido o recolhimento da antecipação tributária “antes da saída” das mercadorias do estabelecimento emitente em outra unidade da Federação.

Argui que o notificado se encontra regularmente credenciado para o recolhimento da antecipação tributária, na forma prevista no § 2º, Art.332, como pode ser constatado em pesquisa realizada no cadastro da SEFAZ/BA (DOC 1 de fls. 34).

Salienta que a notificação foi lavrada em 06/07/18 e relaciona parte dos DANFES relativos a Notas Fiscais que deram entrada no estabelecimento do contribuinte no mês de junho/18.

Afirma que procedeu conforme previsto na legislação pertinente, e em 25/07/2018, dentro do prazo a que tem direito, pagou o valor de R\$194.165,11 a título de Antecipação Parcial de ICMS relativo às entradas interestaduais ocorridas no mês de junho/18 e obrigadas a tal procedimento, conforme DAE 1804484180 (DOC 2 de fls. 36 e 37).

Anexa o DOC 3 de fls. 39 a 46, que configura um Demonstrativo das Notas Fiscais que compõem o valor do DAE pago em 25/07/18, destacando aquelas relacionadas na notificação ora combatida. E que a Nota Fiscal nº 38167, no valor de R\$254,00 se refere a produto para uso e consumo, não estando obrigado à antecipação de ICMS.

Replica também o enquadramento da multa de 60% aplicada e argumenta que o imposto devido sobre as Notas Fiscais elencadas na notificação ora combatida foi pago na data de 25/07 – dentro do prazo legal, conforme comprovante citado linhas acima e que não há base legal para a cobrança da mesma.

Finaliza, requerendo que seja considerada Nula a Notificação Fiscal, uma vez que fora comprovado o: (i) credenciamento do notificado para uso do prazo de recolhimento do ICMS previsto no § 2º, Art. 332, RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 e (ii) pagamento do imposto devido sobre as operações de entradas ocorridas em junho/18.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide totalizou o valor histórico principal de R\$16.956,22 (dezesseis mil, novecentos e cinquenta e seis reais e vinte e dois 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 66716000515-2018629 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 NF-es nºs. 92, 71250, 1009772, 1009773, 38167, 368120, 24119 e 99930, emitidas no período de 06/06/2018 a 18/06/2018, acostadas aos autos às fls. 19 a 26.

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 66716000515-2018629, emitido em 29/06/2018, acostado aos autos às fls. 04 e 05. Que, de acordo com o demonstrativo de fls. 03, intitulado “Antecipação Tributária Parcial”, de autoria do notificador, a exigência fiscal diz respeito às NF-es nºs. 92, 71250, 1009772, 1009773, 38167, 368120, 24119 e 99930, acostadas aos autos às fls. 19 a 26, emitidas no período de 06/06/2018 a 18/06/2018. E que tais documentos se encontram arrolados no relatório, de fls. 08/13 e fls. 17 e 18, denominado “13 – *Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal*”, emitido pela SEFAZ/BA, em 29/06/2018, para subsidiar o trabalho fiscal.

Cotejando-se as datas: (i) “*MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 66716000515-2018629, de 29/06/2018*”; (ii) da “*13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal, de 29/06/2018*”; e (iii) das “*NF-es nºs. 92, 71250, 1009772, 1009773, 38167, 368120, 24119 e 99930 (fls. 19 a 26), emitidas no período de 06/06/2018 a 18/06/2018*”, com a data da lavratura da Notificação Fiscal em lide, de 06/07/2018, 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. 06, ser o notificado inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa Normal, com o registro de forma de apuração do imposto por conta corrente fiscal.

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.

(...)”

Assim, 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 os comprovantes inerentes ao: (i) credenciamento do contribuinte para pagamento do ICMS/Antecipação Tributária Parcial, na forma prevista no art. 332, §2º do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12); e (ii) ao pagamento do imposto devido sobre as operações de entradas ocorridas em junho/18, acostados à peça impugnatória de fls. 30 a 47.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **232195.0074/18-0**, lavrada contra **LOGIN INFORMÁTICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2019

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR