

N.F. Nº - 210727.0068/18-4
NOTIFICADO - EBP – EMPRESA BRASILEIRA DE PESCADOS LTDA.
NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO FREITAS MARIANO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24/04/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-06/20NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal **NULA**, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime, em instância **ÚNICA**.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 13/04/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$10.728,15, mais multa de 60%, equivalente a R\$6.436,89, perfazendo um total de R\$17.165,04, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresenta, por meio de advogado, peça defensiva com anexos, às fls. 20/31, preliminarmente alegando a tempestividade da impugnação apresentada e destacando que, antes do início da ação fiscal, a SEFAZ deveria fazer uma triagem no cadastro do contribuinte quanto ao contribuinte ser beneficiário de prerrogativas fiscais, que impactem no cálculo do ICMS, a exemplo de desconto ou redução na base de cálculo do ICMS.

No mérito, afirma que o preposto fiscal não considerou que a autuada era beneficiária do termo do acordo dos atacadistas, para fruição da redução da base de cálculo do ICMS, proferido através do parecer nº 27.643/2016, o que motivou o preposto encontrar valores bem maior daquele de fato seria devido pela autuada, conforme cálculo apresentado no ANEXO ÚNICO da defesa. Prossegue observando que o valor do ICMS a recolher, encontrado pelo fisco diante da apuração do ICMS da antecipação das Notas Fiscais nºs 461.137, 47.675, 47.677 e 48.367 de março/2018, foi de R\$17.165,04,

enquanto o valor correto apurado pela autuada foi de R\$1.407,82 pois, calculou ICMS apenas do produto importado (nº 47.677), quando este veio tributado com alíquota de 4% em aquisição de mercadoria no Estado do Ceará.

Salienta que o fisco apenas encontrou valor a maior por incluir na sua planilha, de forma equivocada, aquisição de mercadorias com destaque da alíquota de 12% (Estado do Ceará), sendo que a autuada tem alíquota efetiva em 10,59% por efeito da redução da base de cálculo do ICMS em 41,176%, quando o produto internamente for tributado em 18%. Por consequência, tendo alíquota do ICMS pela entrada superior à saída subsequente, cabendo inclusive estorno de crédito do ICMS, por sua vez, não gerando o ICMS da antecipação parcial.

Alega que, como regra da antecipação devida para contribuintes beneficiários do termo do acordo dos atacadistas, a própria legislação do RICMS-BA prevê a aplicação da mesma redução da base de cálculo do ICMS, prevista para as operações subsequentes, ao tempo em que cita a orientação contida no site da SEFAZ-BA (campo Perguntas e Respostas, nº 20), a seguir transcrita:

20. No tocante aos benefícios fiscais nas saídas subsequentes das mercadorias, este serão considerados no cálculo da antecipação parcial? Sim, bem como poderá ser utilizado o crédito destacado no documento fiscal até o limite percentual da carga tributária, inclusive o da própria antecipação parcial, conforme artigo 268, § 1º do RICMS/BA; tratando-se de mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo previstas nos artigos 266, 267 e 268 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n.º 13.780/12, este benefício será considerado na apuração do valor a recolher a título de antecipação parcial, exceto em relação à hipótese prevista na alínea "d" do inciso VI do artigo 267, sendo também aplicada nos cálculos referentes aos contribuintes inscritos no Simples Nacional.

• Exemplo 1: contribuintes normais atacadistas com redução de base de cálculo de 41,176% na saída, de forma que a carga tributária efetiva seja de 10,588%, conforme o Decreto n.º 7.799 de 09 de maio de 2000; que recebe mercadoria de São Paulo:

(A) Valor da operação: R\$100,00

(B) Alíquota do Estado de origem: 7%

(C) Crédito destacado na nota fiscal: R\$7,00

(D) Crédito a ser utilizado na Antec. Parcial: R\$7,00

Valor a recolher: $100,00 \times (-) 41,176\% \times 18\% - 7,00 = R\$3,59$

Finaliza a peça defensiva, requerendo que seja reconhecida procedência parcial da infração ora defendida na presente Impugnação, além do direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntada de novos documentos, inclusive na preliminar da informação fiscal, seja acatada todas as alegações de defesa.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide, exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$10.728,15, mais multa de 60%, equivalente a R\$6.436,89, perfazendo um total de R\$17.165,04, e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar 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, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de 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), expressamente determina 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.

(...)"

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Registre-se que a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias acobertadas pelos DANFES de nºs 47.675, 47.677, 48.367, emitidos respectivamente em 16/02/2018, 16/02/2018 e 09/03/2018 (fls. 14 a 16), sendo que a Notificação foi lavrada em 13/04/2018 (fl. 01). Note-se, também, que o Mandado de Fiscalização foi emitido pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS - COE em 12/03/2018 (fl. 04), e que existe no processo um relatório denominado "06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UMF" (fl. 10), datado de 12/03/2018. Cotejando-se as datas do Mandado de Fiscalização; do relatório supracitado; dos DANFES constantes neste processo, com a data da lavratura da Notificação, constata-se a existência de divergência cronológica, que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal.

O que caracteriza a situação de "mercadorias em trânsito" não é o fato da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito ou a utilização de Notificação Fiscal própria para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

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.

Por outro lado, conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte (fl. 13), constato que o notificado é inscrito no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de "NORMAL", não optante pelo "SIMPLES NACIONAL". Dessa forma, no presente caso, o Notificante, na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da Notificação Fiscal, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

"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."

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA**, a Notificação Fiscal nº **210727.0068/18-4**, lavrada contra **EBP – EMPRESA BRASILEIRA DE PESCADOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR