

N.F. Nº - 163540.0020/18-8
NOTIFICADO - DISTRIBUIDORA ANDAIA LTDA.
NOTIFICANTE - WOLFGANG ALVES LONGO MOITINHO
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24/04/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-06/20NF

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, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Notificação Fiscal **NULA**. Instância **ÚNICA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 30/04/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$14.351,41, mais multa de 60%, equivalente a R\$8.610,85, perfazendo um total de R\$ 22.962,26, 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 nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresenta, peça defensiva com anexos, às fls. 22/51 e 55/63, preliminarmente alegando a existência de diversos vícios insanáveis neste processo, provocados pelo Notificante, os quais implicam na nulidade da Notificação Fiscal nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (incompetência do Agente de Tributos para realizar a ação fiscal; falta de saneamento da Notificação e falta de clareza e precisão ao descrever a suposta irregularidade).

No mérito, discorda da ação fiscal com os seguintes dizeres:

“...discorda com o procedimento fiscalizatório do preposto da SEFAZ-BA que está em total desacordo com o RPAF bem como as decisões já pacificadas nas juntas e Câmara de julgamentos do Estado da Bahia, nas planilhas de apuração além do fisco cobrar o valor do imposto da antecipação parcial sem considerar que a

autuada já vendera as mercadorias, uma vez adquiridas. Sem saber qual a razão e fundamentação legal de tal procedimento do preposto da SEFAZ, a autuada solicita inominadamente cancelamento desta infração.

“.... As mercadorias adquiridas pela autuada, que foram objeto do auto de infração, tiveram origem do Estado de Sergipe com destaques do ICMS alíquota em 12%, sobretudo, esse produto tem alíquota interna efetiva de 12%, portanto não tem o que se falar de diferença de ICMS de antecipação parcial, além do mais o ônus do imposto foi suportado pelo adquirente no momento da aquisição no preço do produto. (Anexo-III). Ainda em relação a restrição do crédito do ICMS por parte de Estado da Bahia, a autuada reclama pela inconstitucionalidade do autuante não garantir o crédito do ICMS que é matéria própria da Constituição Federal...”

“A não cumulatividade do ICMS é um princípio constitucional consignado pela lei basilar do direito tributário que não requer emendas por decreto do executivo cessar tal disposição. Por outro lado, as alíquotas aplicáveis as operações interestaduais são disciplinadas pela resolução do Senado Federal nº 22/89...”

Finaliza a defesa requerendo a nulidade e a improcedência da Notificação Fiscal.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide, exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$14.351,41, mais multa de 60%, equivalente a R\$8.610,85, perfazendo um total de R\$22.962,26, 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 por diversos DANFES, emitidos no período de 19/01/2018 a 26/01/2018 (fls. 13 e 17), sendo que a Notificação foi lavrada em 30/04/2018 (fl. 01). Note-se que existe no processo um relatório denominado “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fl. 10) datado de 06/02/2018. Cotejando-se as datas 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, constato que o notificado é inscrito no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “NORMAL”, e apura o imposto pelo regime de “CONTA CORRENTE FISCAL”. 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 **163540.0020/18-8**, lavrada contra **DISTRIBUIDORA ANDAIA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR