

N. F. Nº - 129444.3023/16-2
NOTIFICADO - IRMÃOS SOUSA INSUMOS AGROPECUÁRIOS LTDA.
NOTIFICANTE - JURANDIR DO COUTO SOUSA
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-04/20NF-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL O lançamento fiscal de ofício, como ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da presente Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal. A fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, ou seja, conta corrente fiscal, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte. Falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, recepcionado pelo art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, haja vista que tal competência é exclusiva dos Auditores Fiscais. Infração nula de ofício, com base no art. 18, inc. I do RPAF/99 Representa-se à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 16/11/2016, refere-se à exigência de R\$26.084,24 de multa, mais acréscimo moratório no valor de R\$3.709,73, que perfaz o montante de R\$29.793,97, decorrente da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo de fls. 2/9 dos autos, em cumprimento a O.S.: 505839/16.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso XI da Lei nº 7.104/96.

O notificado apresentou impugnação à fl. 14/18 do PAF, com manifestações e razões de requerimento de extinção e/ou nulidade, que a seguir passo a descrever:

Após transcrever os termos da notificação fiscal, diz que não despreza a discussão do mérito da cobrança do crédito tributário exigido, mas a deixa para instrução em outro momento, para requerer a nulidade e /ou extinção da referida notificação, por inobservância e/ou desobediência forma e/ou material aos preceitos dos normativos que regem o processo administrativo fiscal.

Registra que, no Estado da Bahia, as disposições acerca da disciplina do processo administrativo-fiscal estão explanadas no Regulamento do Processo-Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto de nº 7.629 de 09/07/1999.

Diz que, ao receber a notificação fiscal, estranhou o valor total do débito disposto na notificação emitida pelo i. Fiscal Autuante. Aduz, então, que a formalização indevida da notificação fiscal está associada à desobediência do processo de elaboração do instrumento disposto no art. 48 do RPAF, que destaca.

Consigna que a limitação de R\$10.000,00, para a constituição de uma Notificação Fiscal, os membros deste egrégio conselho, intérprete do texto, deduz claramente ser nula qualquer tipo de notificação com valores superiores a limitação específica no regulamento.

Aduz que a nulidade da Notificação Fiscal de nº 1294443023/16-2, cujo total do débito descrito em seu corpo apresenta o valor de R\$29.793,97, também se torna factível pelo que evidencia o art. 38 do mesmo regulamento que instituiu outro tipo de documento para cobrança de créditos tributários com valores superiores a R\$10.000,00, esse, denominado Auto de Infração.

Diz que a incongruência demonstrada propicia a nulidade absoluta da Notificação Fiscal, em tela, sob a perspectiva de que se deve obedecer ao RPAF/BA no que ele define, em concordância com os demais textos legais vigentes.

À fl. 38 dos autos, vê-se Informação Fiscal, em que observa o Autuante de que o contribuinte não tomou conhecimento ou preferiu ignorar que o artigo 48 do RPAF em vigor, desde 01/02/2015, determinou que deve ser lavrada Notificação Fiscal para débito de valor inferior a R\$39.720,00, que destaca.

Do exposto requer que seja a presente Notificação Fiscal julgada procedente.

À fl. 39, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 16/11/2016, refere-se à exigência de R\$26.084,24 de multa, mais acréscimo moratório no valor de R\$3.709,73, que perfaz o montante de R\$29.793,97, decorrente da entrada no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativo de fls. 2/9 dos autos, em cumprimento a O.S.: 505839/16.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso XI da Lei nº 7.104/96.

A notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por Agente de Tributos lotado na Unidade Fazendária de Santo Antônio de Jesus, decorrente do cumprimento da O.S.: 505839/16, em que se apurou a entrada no estabelecimento do Contribuinte Autuado, IRMÃOS SOUSA INSUMOS AGROPECUARIOS LTDA., I.E. 051.385.125, CNPJ 003.269.919/0001-73, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, ano 2015, conforme demonstrativo de fls. 2 a 9 dos autos.

Inicialmente, resalto que o Autuado requer a nulidade e /ou extinção da referida notificação, por inobservância e/ou desobediência formal e/ou material aos preceitos dos normativos que regem o processo administrativo fiscal, por ter a Notificação Fiscal de nº 1294443023/16-2, em tela, cujo total do débito descrito em seu corpo apresenta o valor de R\$29.793,97, ter extrapolado o limite de R\$10.000,00, definido no art. 38 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

De fato, como bem destacado pelo Autuado, este Conselho de fazenda deduz claramente ser nula qualquer tipo de Notificação Fiscal, com valores superiores à limitação especificada na disposição legal, entretanto, não é o que se observa do art. 38 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, abaixo reproduzido, vigente à época da lavratura da Notificação Fiscal, que se deu em 16/11/2016:

Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória. (Grifo acrescido)

Nota: A redação atual do caput do art. 38 foi dada pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15.

Redação anterior dada ao caput do art. 38 pelo Decreto nº 12.537, de 30/12/10, DOE de 31/12/10, efeitos a partir de 31/12/10 a 31/01/15:

“Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ decreto_1999_7629_paf_regulamento.doc 10.000,00 (dez mil reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.”

Como bem destacado pelo Agente Fiscal autuante, não tomou conhecimento, o sujeito passivo, de que a redação que estipulava o limite de R\$10.000,00 (Decreto nº 12.537, de 30/12/10), para lavratura de Notificação Fiscal como instrumento de lançamento de ofício, por irregularidade decorrente da legislação do ICMS, houvera sido alterado para o limite de R\$39.720,00 (Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15). Afasto, portanto, tal arguição de nulidade.

Todavia, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo 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, na forma a seguir destacada:

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. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único, do 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:

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos)

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo 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;

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (Grifos acrescidos)

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

A fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na siconicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe, ao Conselho de Fazenda, efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes 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, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica à análise e exame de fatos pretéritos, portanto, não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte ou mesmo

monitorando via sistemas informatizados, com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 16/11/2016, através da Notificação Fiscal de nº 129444.3023/16-2, decorrente do cumprimento da O.S.: 505839/16 de emissão da unidade Fazendária de Santo Antônio de Jesus, onde se encontrava lotado o Agente Fiscal autuante, e os fatos geradores da ocorrência fiscal, que se efetivaram no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 2/9 dos autos. Neste caso, impõe-se aplicar os procedimentos estipulados para a fiscalização em estabelecimentos.

Dessa constatação, o procedimento fiscal em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a constatação da entrada no estabelecimento do contribuinte autuado, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Seguindo essa trilha de entendimento, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Todavia, em consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte – INC, em sede de instrução do presente PAF, constatei ser o autuado inscrito no Cadastro Estadual, na condição de uma sociedade empresária, com o registro de opção de apuração do imposto por Conta Corrente Fiscal no âmbito do Estado da Bahia.

Isto posto, é necessário apontar na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o presente lançamento tributário.

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

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. (Grifos acrescidos)

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

Tais determinações foram absorvidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

II- 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”.

Da leitura dos dispositivos legais acima destacados, verifica-se que a competência para

fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, recepcionado pelo art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusiva dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I do RPAF/99, recomendando, amparado na disposição do art. 21 do mesmo diploma legal, a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada, no estabelecimento do autuado, por agente competente, conforme os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, em especial o art. 28 do citado regulamento, devendo ser observado o prazo decadencial do lançamento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA**, a Notificação Fiscal nº **129444.3023/16-2**, lavrada contra **IRMÃOS SOUSA INSUMOS AGROPECUÁRIOS LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial do lançamento fiscal.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA