

N. F. Nº - 232195.1083/16-6
NOTIFICADO - H. J. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
EMITENTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-04/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A 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. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Verificado, também, que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal – Agente de Tributos, tendo em vista tratar-se de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto e a ação fiscal não ocorreu no trânsito de mercadorias, em afronta às normas contidas no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 11.470/09), e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/99). A competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais. Encontra-se, então, caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Notificação Fiscal NULA, com base no art. 18, incisos I do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Recomendado o refazimento da ação fiscal, a salvo de falha, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Aplicando roteiros de auditoria do comércio, por agente Fiscal competente, atentando para as disposições do Artigo 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96, associado às considerações de mérito da defesa. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 14/07/2016, refere-se à exigência de R\$15.216,51 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$9.129,91, e acréscimo moratório de R\$328,99, que perfaz o montante de R\$24.675,41, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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 preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo às operações constantes das NF-e nºs 000.566.657 (fl. 21), 000.078.198 (fl. 22), 000.078.198 (fl. 22), 000.569.354 (fl. 23), 000.328.491 (fl. 24),

000.057.577 (fl. 26), 000.088.811 (fl. 27), 000.021.161 (fl. 28), 000.131.654 (fl. 29), 000.447.565 (fl. 31), 000.054.771 (fl. 32), 000.570.507 (fl. 33), 000.033.882 (fl. 34), 000.084.791 (fl. 35), 000.216.558 (fl. 36), 000.023.203 (fl. 38) e 000.575.014 (fl. 39), de emissão dos fornecedores VENEZA COOP AGROPEC DO NORTE DO ESPÍRITO SANTOS, FRINENSE ALIMENTOS LTDA., FLORA PROD DE HIGIENE E LIMPEZA S.A., CERTA IND E COM DE ALIMENTOS LTDA., LBR LACTEOS BRASIL S/A., BIC AMAZONIA S.A., SUPORTE ARMAZEN VENDAS E LOG INT LTDA., ACWARE COM DE EQUIP P/AUTOMAÇÃO COMERCIAL LTDA. ESTRAVETRO IND DE VIDROS LAMINADOS LTDA. - BGASA IND E COM LTDA. e LIMPANO S.A., estabelecidos nos Estados de Espírito Santo, Rio de Janeiro, Goiás, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Amazonas, Rio Grande do Sul e Paraíba, de emissão em 08/04/2016, 13/04/2016, 15/04/2016, 18/04/2016, 20/04/2016, 22/04/2016, 28/04/2016 e 06/05/2016, respectivamente, em cumprimento ao MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 7551056000183-201657 (fl. 4) da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, datado de 09/05/201, constante da inicial.

Enquadramento legal: Alíneas “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c art. 12-A; inc. III, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

O notificado apresentou impugnação às fls. 43 do PAF, datada de 30/08/2016, em que traz aos autos argumentação de defesa em relação NF-e nº 000.328.491 (fl. 24), 000.084.791 (fl. 35) e 000.023.203 (fl. 38), conforme destacado. Quanto às demais NF-e, manteve-se silente.

Em relação à NF-e nº 000.328.491 (fl. 24), diz que o imposto foi pago dia 20.04.2016, através do DAE nº 1601935882 no valor de R\$4.719,07 (Código de Receita 1755), onde foi admitido crédito presumido de 6,5% sobre a base de cálculo. Nesta mesma nota fiscal diz não existir produto de Antecipação Total (fls. 47/49).

A NF-e nº 000.084.791 (fl. 35), diz que não tem incidência de ICMS Antecipação Parcial por ser “*Flocão de Milho*”, “*Farinha de Milho*” - NCM 11.04.1900 – conforme RICMS/BA. Alega cobrança indevida.

Quanto à 000.023.203 (fl. 38), diz que não faz parte do Decreto nº 14.213/2012, com “*Carne de Charque*” vindo do Rio de Janeiro, com crédito de 7%. Aduz valor correto do ICMS Antecipação Parcial o valor de R\$3.753,00, pago dia 09.05.2016, através do DAE nº 1602361595 (fl. 52). Pontua cobrança indevida.

Compulsando os autos, não observo que o Fiscal Autuante tenha manifestado ou tomado ciência da defesa às fls. 10/127 dos autos. Na realidade, a ausência de produção de Informação Fiscal da agente Autuante, no presente PAF, decorre das disposições do RPAF/BA, que só exige tal peça, nos processos administrativos fiscais, em relação a Auto de Infração (art. 126) e o presente lançamento decorre de Notificação Fiscal.

À fl. 64-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF à este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 14/07/2016, refere-se à exigência de R\$15.216,51 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$9.129,91, e acréscimo moratório de R\$328,99, que perfaz o montante de R\$24.675,41, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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 preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo às operações constantes das NF-e nº 000.566.657 (fl. 21), 000.078.198 (fl. 22), 000.078.198 (fl. 22), 000.569.354 (fl. 23), 000.328.491 (fl. 24), 000.057.577 (fl. 26), 000.088.811 (fl. 27), 000.021.161 (fl. 28), 000.131.654 (fl. 29), 000.447.565 (fl. 31), 000.054.771 (fl. 32), 000.570.507 (fl. 33), 000.033.882 (fl. 34), 000.084.791 (fl. 35), 000.216.558 (fl. 36), 000.023.203 (fl. 38) e 000.575.014 (fl. 39), de emissão dos fornecedores VENEZA COOP AGROPEC DO NORTE DO ESPÍRITO SANTOS, FRINENSE ALIMENTOS LTDA., FLORA PROD DE HIGIENE E LIMPEZA

S.A., CERTA IND E COM DE ALIMENTOS LTDA., LBR LACTEOS BRASIL S/A., BIC AMAZONIA S.A., SUPORTE ARMAZEN VENDAS E LOG INT LTDA., ACWARE COM DE EQUIP P/AUTOMAÇÃO COMERCIAL LTDA., ESTRAVETRO IND DE VIDROS LAMINADOS LTDA. - BGASA IND E COM LTDA. e LIMPANO S.A., estabelecidos nos Estados de Espírito Santo, Rio de Janeiro, Goiás, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Amazonas, Rio Grande do Sul e Paraíba, de emissão em 08/04/2016, 13/04/2016, 15/04/2016, 18/04/2016, 20/04/2016, 22/04/2016, 28/04/2016 e 06/05/2016, respectivamente, em cumprimento ao MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 7551056000183-201657 (fl. 4) da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, datado de 09/05/201, constante da inicial.

Enquadramento legal: Alíneas “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c art. 12-A; inc. III, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

A notificação fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/Metro, para verificar irregularidades, em cumprimento ao MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 7551056000183-201657, (fl. 4), da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios a falta de pagamento do ICMS Antecipação Tributária Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação, através das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) ou DANFE nºs 000.566.657 (fl. 21), 000.078.198 (fl. 22), 000.078.198 (fl. 22), 000.569.354 (fl. 23), 000.328.491 (fl. 24), 000.057.577 (fl. 26), 000.088.811 (fl. 27), 000.021.161 (fl. 28), 000.131.654 (fl. 29), 000.447.565 (fl. 31), 000.054.771 (fl. 32), 000.570.507 (fl. 33), 000.033.882 (fl. 34), 000.084.791 (fl. 35), 000.216.558 (fl. 36), 000.023.203 (fl. 38) e 000.575.014 (fl. 39), 000.084.853 (fl. 22), 000.007.996 (fl. 23) e 000.373.923 (fl. 24), constantes do demonstrativo “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fls. 18/20), conforme memória de cálculo do débito apurado à fl. 3 dos autos.

Inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas, com base na sincronidade 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 14/07/2016, a emissão do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 7551056000183-201657, (fl. 4), da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, determinante da ação fiscal, datado de 09/05/2016, e o trânsito das mercadorias constantes das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) ou DANFE’s constantes do demonstrativo “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal”, (fls. 18/20), emitidos pelos fornecedores VENEZA COOP AGROPEC DO NORTE DO ESPIRITO SANTOS, FRINENSE ALIMENTOS LTDA., FLORA PROD DE HIGINE E LIMPEZA S.A., CERTA IND E COM DE ALIMENTOS LTDA., LBR LACTEOS BRASIL S/A., BIC AMAZONIA S.A., SUPORTE ARMAZEN VENDAS E LOG INT LTDA., ACWARE COM DE EQUIP P/AUTOMAÇÃO COMERCIAL LTDA.,

ESTRAVETRO IND DE VIDROS LAMINADOS LTDA. - BGASA IND E COM LTDA. e LIMPANO S.A., estabelecidos nos Estados de Espírito Santo, Rio de Janeiro, Goiás, São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Amazonas, Rio Grande do Sul e Paraíba, em 08/04/2016, 13/04/2016, 15/04/2016, 18/04/2016, 20/04/2016, 22/04/2016, 28/04/2016 e 06/05/2016, respectivamente.

Vê-se então que o procedimento fiscal em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata visando à 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 falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial do imposto, decorrente de entradas de mercadorias, no território deste Estado, praticadas por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal.

Registro, então, 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)

Neste contexto, vejo que a lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL, objeto em análise, não está compatível para o procedimento fiscal de apuração decorrente do exame de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais.

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de outro vício jurídico intransponível, relacionado à constituição do lançamento, que também enseja a sua nulificação.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito (IFMT METRO), para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 7551056000183-201657, (fl. 4), da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios a falta de pagamento do ICMS – Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada no território deste Estado, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, referente às mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação, através das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-ES) ou DANFE's constantes do demonstrativo “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal”, (fls. 18/20), pelo Contribuinte Autuado H.J. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, I.E. 067.099.283, CNPJ: 07.551.056/001-83, estabelecido na BA-526, Km 5, ao lado do GP 7, S/Nº, CEASA, Salvador, Bahia.

Em sendo assim, não obstante as considerações até aqui traçadas, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta, todavia, no Sistema de Informações

do Contribuinte – INC, à luz do documento de fls. 6/7 dos autos, ser o Contribuinte Autuado, inscrito no Cadastro Estadual na condição de empresa normal, 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 exclusivamente 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, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante, foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, restando evidenciada a existência de vício na constituição do lançamento, que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Em conformidade com o art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, represento à autoridade competente, a salvo de falha, para observar a possibilidade de renovação do

procedimento fiscal, aplicando roteiros de auditoria do comércio por agente Fiscal competente (art. 107 do COTEB, c/c art. 42 do RPAF), que seria o devido para a situação posta nos autos, atentando para as disposições do Art. 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96, associado às considerações de mérito da defesa.

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 **232195.1083/16-6**, lavrada contra **H. J. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA