

N.F. Nº - 232195.0002/18-9  
NOTIFICADO - RBX RIO COMÉRCIO DE ROUPAS S. A.  
NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.09.2020

**6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0230-06/20NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS 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. Instância única. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 02/02/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico R\$ 22.711,40, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 13.626,84 perfazendo um total de R\$ 36.338,24, 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 previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art.332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 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 na Alínea “d”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A Notificada apresenta, por meio de representantes, peça defensiva com anexos, às fls. 65/73, fazendo uma exposição do que motivou a ação fiscal, questionando a cobrança do ICMS e a multa de 60%, dizendo que esta multa só se aplicaria a contribuinte que deixou de recolher o imposto por ocasião da efetiva saída da mercadoria, que não é o caso da notificada.

Diz que todas as Notas Fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, e as saídas posteriores de todas as mercadorias foram tributadas normalmente. Assim, uma vez que o ICMS sobre as saídas subsequentes das mercadorias foi efetivamente recolhido, não há prejuízo ao erário.

Portanto, sendo a penalidade aplicável sobre o montante do imposto não recolhido e, considerando que o imposto foi devidamente quitado na saída, não há base para a cobrança da multa lançada na autuação. (Cita o art. 309 do Decreto 13.780, de 16/03/2012)

Pela leitura do decreto, podemos constatar que, ocorrendo o pagamento do imposto a título de antecipado, esse faria parte de apropriação de crédito na apuração. Logo, pode ser considerando como objeto de autuação a aplicação de juros pelo lapso de tempo entre a entrada, momento entre o fato gerador o ICMS antecipado e a saída.

O raciocínio exposto acima, enquadra-se justamente pelo fato de não haver omissão de imposto, mas apenas o pagamento em momento posterior ao devido, ou seja, não houve antecipação mas houve a devida quitação do imposto na saída, já que todas as saídas emitidas pelo contribuinte foram devidamente tributadas.

Por tudo o exposto, a Impugnante reque que V. S.<sup>as</sup> acolham a presente impugnação, para considerar totalmente improcedente a Infração.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 22.711,40 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, o 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 N° 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.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana – IFMT-METRO, para verificar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, DA CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, nº 10285590006130-2018131 emitida em 31/01/2018(fl.05), como está especificado na capa “ Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal” e determina que “as unidades de fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pelo COE” ou seja, os relatórios gerados pelo COE não são documentos que sirvam por si só, como prova da sonegação do contribuinte, e tão somente um relatório base de indícios de sonegação, necessitando invariavelmente que o Agente Fiscal realize as diligências necessárias para comprovar o ilícito tributário por parte do contribuinte, e não simplesmente lavrando a Notificação Fiscal baseada neste relatório.

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 ocorre no caso em concreto, o relatório emitido pelo COE utiliza os arquivos da SEFAZ de NF-e já emitidas com destino a contribuintes do Estado da Bahia, e não de mercadorias circulando, 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 .07), 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/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/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 exposto, voto pela Nulidade da Notificação Fiscal.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **232195.0002/18-9**, lavrada contra **RBX RIO COMÉRCIO DE ROUPAS S. A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR