

N.F. Nº - 232207.0127/18-3

NOTIFICADO - FG - GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO

NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2020

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0278-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de ação fiscal ocorrida em estabelecimento de contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não optante do SIMPLES NACIONAL. 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 - Trânsito de Mercadorias - em epígrafe, lavrada em 25.07.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 12.089,86, mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.253,91, totalizando o montante de R\$ 19.343,77, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.01.03 – Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

Enquadramento Legal: Art. 8º § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei 7.014/96 c/c art. 332, inciso III, alínea “a”, §§ 2º e 3º do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/12. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

*“ Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo I do RICMS adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. Ação originária da COE conf. Mandado de Fiscalização 11048149000167-2018526. DANFES 490270/ 232638/ 232639/ 232640/ 232643/ 232641/ 232642/ 232865/ 232864/ 820839/ 729968/ 730852/ 233381/ 233378/ 233380/ 7173/ 731400/ 19182/ 732647/ 732654/ 493776/ 369909/ 73464.”*

Anexo aos autos encontra-se: Mandado de Fiscalização de nº 11048149000167-2018526 emitido pela Central de Operações Estaduais – COE (fl. 03), datado de 28.05.2018; Termo de Ocorrência Fiscal, datado de 27.07.2018, assinado apenas pelo preposto fiscal (fl. 04); 23 DANFES acostado às folhas 05 a 27 emitidos nas datas de 30.04; 04,09, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 21, 22 e 23 de maio de 2018, procedentes do Estado de Santa Catarina e Pernambuco; Relatório “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF (fls. 28 a 29); Relatório “13 Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fls. 31 a 35).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fls. 37 e 38).

Há de registrar a existência da intimação emitida pela DAT METRO – INFAZ VAREJO datada de 01/08/2018, (fl. 40), onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa. Constei a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte da Notificada através do Avisto de Recebimento (AR) (fl.42).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representantes, e apresenta defesa apensada aos autos (fls. 43 e 44), e documentação comprobatória às folhas 45 a 56.

Em seu arrazoado, alega Ação de Cobrança Indevida, uma vez que o imposto do ICMS referente aos DANFES de nos. 369.909 e 732.647 foram recolhidos pela Notificada de forma correta, sendo apresentada comprovação. Assim justificando a não consistência da referida notificação.

Finaliza requerendo que seja determinada a imediata improcedência da notificação fiscal ora impugnado, vez a extinção do crédito tributário decorrente do pagamento da exação.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

## VOTO

A Notificação Fiscal de nº 2322070127/18-3 – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, refere-se à exigência do Notificado, de ICMS no valor histórico de R\$12.089,86, mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.253,91, totalizando o montante de R\$19.343,77, 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, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, (Decreto Estadual nº 7.629/99), a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

*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 e seu parágrafo único 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:

*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.*

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA 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.*

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

Todavia, a despeito da defesa não ter abordado, verifico que o presente lançamento está passível de nulidade por não haver respeitado aspectos formais que repercuti em vício insanável, em razão da incompetência do notificante.

Verifico que a ação fiscal que resultou na presente Notificação Fiscal, teve início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização de nº 11048149000167-2018526, emitido pela Central de Operações Estaduais – COE, (fl. 03), datado de 28.05.2018. Nota-se, também, a existência dos relatórios denominados “13- Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” e “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF”, contendo os DANFES já previamente selecionados, emitidos nas datas de 30.04; 04, 09, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 21, 22 e 23 de maio de 2018, procedentes do Estado de Santa Catarina e Pernambuco, e a lavratura da Notificação Fiscal ocorreu na data de 25.07.2018, apontando não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito mercadorias.

A fiscalização no Trânsito de Mercadoria, é uma das vertentes de fiscalização, e é pautada pela *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, com toda a sua documentação exigível, conforme interpretação dos arts. 28, incisos IV e IV-A, e 29, a lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal do RPAF/BA.

Neste sentido, Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias, quais sejam ao menos *cópias dos DANFES impressos pelo emitente da NF-e*, antes da circulação da mercadoria, *trazidos ou não* pelo transportador, e do seu respectivo Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, bem como cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação.

Neste caso concreto, existe apenas cópia dos DANFES de nºs: 490270/ 232638/ 232639/ 232640/ 232643/ 232641/ 232642/ 232865/ 232864/ 820839/ 729968/ 730852/ 233381/ 233378/ 233380/ 7173/ 731400/ 19182/ 732647/ 732654/ 493776/ 369909/ 73464, acostados às folhas 05 a 27, emitidos pela própria SEFAZ-BA - Superintendência Administração Tributária – Diretoria Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações Especiais, todos na data de 26.05.2018, antecedente à lavratura da Notificação Fiscal na data de 25.07.2018. Há de se ressaltar apenas a existência do documento “Termo de Ocorrência Fiscal”, à folha 04, sem data, e assinado apenas pelo preposto fazendário.

Cotejando-se as datas 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.

Para a situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, verifico que o notificado é contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não sendo optante do Simples Nacional, (fl. 36). Desta forma, na condição funcional de Agente de Tributos Estaduais, este não teria a autonomia apara integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária. Não sendo, portanto, autorizado para a lavratura desta Notificação Fiscal com características de estabelecimento, conforme depreende-se da leitura do § 3º do art. 107 da Lei de nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), e do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, transcritos, *in verbis*:

“Art. 107 (...)

*§ 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. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 11.470, de 08.04.2009, DOE BA de 09.04.2009, com efeitos a partir de 01.07.2009)*

RPAF

*“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 em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal. Assim sendo, não poderia a presente Notificação Fiscal ter sido lavrada por preposto integrante do cargo de Agente de Tributos Estaduais.

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.

Assim, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo à autoridade administrativa 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 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal **232207.0127/18-3**, lavrada contra **FG - GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR