

N. F. Nº - 210436.0166/17-2

NOTIFICADO - MQI PESCADOS EIRELI (ARMAZEM 4 ARMAZENAGEM EIRELI)

NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.04.2021

#### 5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0026-05/21NF-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS E DE COMPETÊNCIA. 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, dentre eles, a competência do agente que o praticou. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito, e sim, fiscalização em estabelecimento. Comprovado que à época da ocorrência do fato gerador, o notificado estava inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa Normal, com o registro de forma de apuração do imposto por conta corrente fiscal. Constatado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados por servidor sem competência legal para fazê-lo, conforme previsto no art. 107 do COTEB (Lei nº 3.956/81). Evidenciada no caso concreto a ofensa ao art. 18, I do RPAF/BA. Recomendação à autoridade competente, para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 31/07/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$19.010,55 (dezenove mil, dez reais e cinquenta e cinco centavos), em razão da *“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”*, no mês de junho de 2017. Com aplicação da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

A notificada apresentou justificação às fls. 21 e 22 dos autos. Inicialmente, reconheceu a procedência do valor de R\$13.539,26 e requereu a improcedência parcial da notificação fiscal.

Na sequência, explicitou que, conforme determina o art. 332 do Decreto nº 13.780/2012, o valor devido referente à NFe nº 9427, é de R\$13.539,26, como já reconhecido. Mas que, o valor de R\$5.471,29, referente à NFe nº 9429, não é devido, tendo em vista que as mercadorias por ela acobertadas foram devolvidas em sua totalidade através da NFe nº 70374 (em anexo).

Não há nos autos informação fiscal acerca da justificação apresentada pela notificada.

#### VOTO

A Notificação Fiscal em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$19.010,55 (dezenove mil, dez reais e cinquenta e cinco centavos), e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro 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 pelos princípios da verdade material, da legalidade, da 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), determina expressamente 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.*

(...)"

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à legalidade do lançamento, sobre os quais passo a dissertar.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO, para verificar irregularidades apontadas no Mandado de Fiscalização nº 7265386000102-2017621, da Central de Operações Estaduais – COE, (fls. 03 e 04), o qual aponta indícios de falta de pagamento do ICMS/Antecipação Tributária Parcial, referente a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e indica o valor de R\$45.499,47 como crédito fiscal passível de ser constituído.

Inicialmente, ressalto que fiscalização do ICMS comprehende duas linhas de atuação claramente definidas, com base no aspecto temporal da ocorrência dos fatos a serem apurados.

Uma dessas linhas de atuação, 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, os quais a administração tributária instituiu para diferenciar daqueles lavrados nas auditorias realizadas nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra linha de atuação, se caracteriza pela análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim em auditoria no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, em monitoração, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados

existentes, das operações mercantis por este já realizadas. Neste contexto, a constatação de irregularidades pode, também, ensejar a lavratura tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, de modelos específicos, sendo que o critério a ser utilizado para a definição de um ou de outro instrumento é o valor da exigência fiscal, conforme definido no art. 48 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Nesta linha de raciocínio, observo que há no PAF Mandado de Fiscalização nº 7265386000102-2017621, datado de 21/06/2017, acostado aos autos às fls. 03 e 04. Que, de acordo com o demonstrativo de fl. 02, de autoria da notificante, a exigência fiscal diz respeito às NFes nºs 9427 e 9429, emitidas em 16/06/2017, e acostadas aos autos às fls. 14/15. Que tais documentos se encontram arrolados no relatório de fls. 12, denominado de “13 – *Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal*”, emitido pela SEFAZ/BA, sem indicação de data, para subsidiar o trabalho fiscal. E que, à fl. 08, existe “*INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DAE (S)*” exarada pela Notificante, em 20/07/2017, e destinada à Notificada, que toma ciência desta na mesma data.

Cotejando-se as datas: (i) das “*NFes nºs 9427 e 9429*”, emitidas em 16/06/2017 (fls. 14/15); (ii) do “*Mandado de Fiscalização nº 7265386000102-2017621*”, emitido em 21/06/2017 (fls. 03 e 04); (iii) da “*INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DAE (S)*”, exarada em 20/07/2017 (fl. 08), com a data da lavratura da Notificação Fiscal em lide, de 31/07/2017, constata-se a existência de divergência cronológica que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, na medida em que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. Fato não demonstrado neste caso, pois, de acordo com os documentos e elementos contidos nos autos restou comprovado tratar-se de fatos pretéritos.

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.

Neste diapasão, constato que a Notificação Fiscal em lide fora lavrada por Agente de Tributos Estaduais. E que consta no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, conforme documento de fl. 05, ser a notificada inscrita no Cadastro Estadual na condição de Empresa Normal, com o registro de forma de apuração do imposto por conta corrente fiscal, desde 04/04/2005.

Neste contexto, torna-se necessário averiguar, à luz da legislação tributária estadual, a competência da notificante para realizar o presente lançamento tributário.

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

“COTEB – Lei nº 3.956/81

(...)

*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. (GF)*

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

*(...)*”

Tal regramento foi recepcionado pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia

(RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que também prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*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.*

(...)"

Destarte, da dicção dos dispositivos legais acima replicados, conclui-se que a competência para fiscalizar empresa optante pelo regime normal de apuração do imposto em fiscalização de estabelecimentos, é exclusiva dos auditores fiscais, inclusive no que se refere aos atos preparatórios vinculados ao lançamento. Que resta claro que os Agentes de Tributos Estaduais não detêm a competência legal para constituição de crédito tributário fora dos limites estabelecidos nos arts. 107, § 3º do COTEB (Lei nº 3.956/81), e 42, I e II do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), acima transcritos. E que, por via de consequência, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

No caso concreto, considero que restou comprovada a existência de vício de competência que caracteriza desenganadamente nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal já que esta foi executada por servidor sem a devida competência legal para fazê-lo.

Desta forma, concluo que a falta de competência legal da autoridade fiscalizadora para efetuar o Lançamento de Ofício em lide, é fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, I do RPAF-BA (Decreto nº 7.629/99).

Julgo, portanto, por todos os argumentos acima consignados, que o Lançamento de Ofício em apreciação é nulo, conforme art. 18, I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*Art. 18. São nulos:*

*I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*

(...)"

*In fine*, nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à competência legal do agente fiscalizador.

Pelas razões acima expostas, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 210436.0166/17-2, lavrada contra MQI PESCADOS EIRELI (ARMAZEM 4 ARMAZENAGEM EIRELI).

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR