

N.F. Nº - 095188.0075/18-1
NOTIFICADO - CONSTRUFUZ MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI
NOTIFICANTE - EMANOEL NASCIMENTO DA SILVA DANTAS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22.02.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0067-06/21NF-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 Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 30/08/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.929,17, mais multa de 100%, equivalente a R\$8.929,17, perfazendo um total de R\$17.858,34, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 51.01.01 – Transporte ou operação de mercadorias sem documento fiscal.

Enquadramento Legal: art. 6º, inciso III, alínea “d” e IV; art. 34 incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos. 83, inciso I e 101 do RICMS Decreto nº 13.780/12. Multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

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

“Apreensão de mercadorias descritas em uma folha com dados cadastrais e assinada pelo responsável da empresa autuada, encontradas no estabelecimento sem documentação fiscal e com inscrição inapto.”

Anexo aos autos encontram-se os seguintes documentos: o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o documento “INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS (fl.03) endereçado à

Empresa CONSTRUFUZ MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI, e assinado pelo Contador da Empresa na data de 23/08/2018; Uma folha digitada (sem nenhum timbre) contendo uma planilha com mercadorias e valores, o nome da Empresa CONSTRUFUZ MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI, CNPJ e Inscrição Estadual (fl. 04); Consulta aos dados cadastrais da Notificada através do Sistema de Informações ao Contribuinte – INC (fls.05 a 10) onde consta tratar-se de uma Microempresa recolhendo o imposto pela apuração de CONTA CORRENTE FISCAL; o Registro da Notificação Fiscal (fl. 11); a Intimação da Lavratura datada de 12/09/2018, sem nenhuma assinatura.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu representante manifestando impugnação através de requerimento, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 21 a 22), e documentação comprobatória às folhas 23 a 28, protocolizada na CORAP METRO/PA SAC BELA VISTA em 24/01/2019 (fl. 20).

Em seu arrazoadado, no Tópico DOS FATOS a Notificada informa que em relação à presente notificação a Empresa Notificada apresentou ao Sr. Emanuel Nascimento da Silva Dantas as Notas Fiscais de compra que na situação da empresa estava em nome do Sr. Valdir, sendo que essas notas não foram emitidas em nome da empresa e sim em nome do sócio, pois tratava-se de mercadorias antigas, onde o mesmo adquiriu no passado e algumas no presente da referida situação. Onde o Sr. Emanuel não aceitou as mesmas alegando que na época era insuficiente, ou seja, o mesmo esteve presente no local de forma relâmpago, não quantificou as mercadorias de forma exata e o mesmo não aceitou as Notas Fiscais apresentadas alegando que no local tinha mais mercadorias. O Sr. Fiscal não tirou fotos do local, reafirmo não quantificou as mercadorias, acredito que não tem como ele alegar como foi alegado na descrição dos fatos. A questão da folha assinada o Sr. Emanuel solicitou ao Sr. Valdir para descrever as mercadorias que estavam na empresa e no dia seguinte apresenta-se as notas pois o mesmo não aceitou as notas demonstradas. As notas foram emitidas em nome do Sr. Valdir pois conforme o próprio fiscal acima ela não poderia ser emitida em nome da empresa pois estava no cadastro como inativa.

Explica no Tópico DAS RAZÕES PARA ANULAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO FISCAL que em relação à Notificação não ocorreu nenhuma apreensão de mercadoria conforme descrição dos fatos exposto nesta Notificação. Portanto, solicita anulação da mesma por não ocorrer comprovação nenhuma por parte do fiscalizador dessa infração. As notas apresentadas por si já são provas que servem, no local não tinha nenhuma mercadoria fora das Notas. E a relação de mercadoria foi algo induzido pelo fiscal pois o mesmo com más intenções e usando de má-fé e de forma enganadora solicitou uma relação feita no momento dando a oportunidade de ser apresentada depois caso fossem encontrados.

Finaliza afirmando ser incabível a notificação fiscal pelos seguintes motivos: as notas fiscais apresentadas ultrapassam esses valores mencionados pelo Sr. Emanuel sendo assim não há motivo para a empresa ser autuada, ela estava inativa sem faturar apenas aberta para atender uma fiscalização que foi motivo para que as mesmas não continuasse. O momento econômico tão difícil e o pequeno empresário que tenta mover a economia, mas diante de uma fiscalização prejudicial a mesma nem iniciou suas atividades e conforme cadastro manteve-se da mesma forma e desistindo do início da atividade (inativa). Conforme notas apresentadas solicito o indeferimento do mesmo.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 30/08/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.929,17, mais multa de 100%, equivalente a R\$8.929,17, perfazendo um total de R\$17.858,34, em decorrência do cometimento da infração (51.01.01) de transporte ou operação de mercadorias sem documento fiscal.

Enquadramento Legal baseou-se no art. 6º, inciso III, alínea “d” e IV; art. 34 incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos 83, inciso I e 101 do RICMS Decreto nº 13.780/12, mais multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

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, pelo 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 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), 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.

(...)”

Após exame das peças processuais que compõem o presente PAF, constato 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.

Inicialmente, verifico que apesar do modelo utilizado pelo preposto fiscal para a lavratura da presente Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias. No caso em questão da tipificação do transporte de mercadorias sem documento fiscal dever-se-ia ter 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, não ensejando no

quesito de dispensável pois consoante ao tipificado a mercadoria estava desacompanhada de documento fiscal.

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

(...)

II - tratando-se de Notificação Fiscal, exceto quando a mercadoria estiver desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo, hipótese em que deverá ser lavrado Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal.

Observa-se que o Notificante na “Descrição dos Fatos”, informa que houve apreensão de mercadorias, encontradas no estabelecimento sem documentação fiscal, inferindo-se que a ação fiscal ocorreu no estabelecimento do Contribuinte, corroborada esta ação, na defesa da Notificada quando esta descreve que o Notificante “(...) esteve presente no local de forma relâmpago, não quantificou as mercadorias de forma exata e o mesmo não aceitou as notas fiscais apresentadas alegando que no local tinha mais mercadorias. O Sr. Fiscal não tirou fotos do local, reafirmo não quantificou as mercadorias, acredito que não tem como ele alegar como foi alegado na descrição dos fatos (...)”. Neste sentido, consta acostado aos autos o documento “INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS (fl.03) endereçado à Empresa CONSTRUFAB MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI, e assinado pelo Contador da Empresa na data de 23/08/2018.

À vista disto, no caso em exame das peças inseridas neste processo (fls. 05 a 10) verifico que a Notificada é contribuinte cadastrado na condição de Microempresa, não sendo optante do Simples Nacional, recolhendo o imposto pela apuração de CONTA CORRENTE FISCAL.

Por conseguinte, o Notificante, na condição funcional de Agente de Tributos Estaduais não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária. Não sendo, portanto, competente para a lavratura desta Notificação Fiscal com características de estabelecimento conforme depreende 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*:

COTEB

“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.”

Desta forma, diante da constatação de ato praticado por autoridade incompetente, concluo, com amparo no inciso I do art. 18 do RPAF, que o lançamento efetuado é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Com base em todo exposto, a presente Notificação Fiscal é NULA. Assim, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade e a pertinência de

renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

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 **095188.0075/18-1**, lavrada contra **CONSTRUFAZ MATERIAL DE CONSTRUÇÃO EIRELI**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2021

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR