

N.F. N° - 163540.0013/17-3

NOTIFICADO - TAMILY PEREIRA DOS SANTOS

NOTIFICANTE - WOLFGANG ALVES LONGO MOITINHO

ORIGEM - IFMT NORTE

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0119-06/21NF-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, no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 27/11/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.498,93, mais multa de 60%, equivalente a R\$6.899,36, perfazendo um total de R\$18.398,29, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: “Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal”.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº. 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, 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:

“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, em parte, referente a antecipação total do DANFE de nº. 134980 anexado, bem como não observar o que preceitua o Decreto de nº. 14213/2012 quanto vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal de nº. 24, de 07 de janeiro de 1975, deixando de recolher aos cofres do Estado a diferença do ICMS calculada sobre os DANFES de nºs. 47237, 3099, 47062, e 3130, elencadas em documento anexo.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os documentos: Dados Cadastrais da Empresa Family Pereira dos Santos, extraído do Sistema de Informações do Contribuinte – INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo o regime de apuração do Imposto da Empresa

através de Conta Corrente Fiscal (fl. 03); Mandado de Fiscalização – COE de nº. 18096449000160/2017109 (fl. 15), impresso na data de 09/10/2017; relatório “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal (fls. 14 a 15), já contendo os DANFES previamente escolhidos para serem fiscalizados, impresso na data de 09/10/2017; O termo de Ocorrência Fiscal datado em 25/10/2017 assinado pelo preposto fiscal e pelo preposto da Notificada (fl. 04); intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 06); Cópia do DANFE de nº. 134.980 (fl.18) emitido na data de 04/10/2017 pela Empresa Avenorte Avícola Cianorte Ltda proveniente do Estado do Paraná, “cópia sem valor fiscal” (fls. 20 a 23) das “Notas de saída” de nºs. 3.090 e 3.130, emitidas nas datas de 09/09 e 06/10/2017 da Empresa Produtos da Carne Alimentos Ltda. provenientes do Estado do Mato Grosso, e nºs. 47.062 e 47.237, emitidas nas datas de 06 e 26/09/2017 da Empresa Boa Vista Alimentos Ltda. provenientes do Estado de Goiás; o demonstrativo de Débito (fl. 02) e constata a ausência da memória de cálculo efetuada pelo Notificante.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 28 e 29), e documentação comprobatória às folhas 30 a 32, protocolizada na CORAP SUL/PA JEQUIÉ. na data de 20/02/2018 (fl. 26).

Em seu arrazoado no tópico DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL a Notificada alega que sobre as aquisições de CHARQUE, conforme notas fiscais eletrônicas de números 47062 e 47237, emitidas pelo fornecedor, BOA VISTA ALIMENTOS LTDA, com sede no Estado do Goiás, cuja tributação destacada é 12% - (doze por cento) e a carga tributária no Estado da Bahia é 12% - (doze por cento), e por fazer parte do Decreto nº 14213/2012, o crédito realmente devido é 3% e não 12% houve equívoco no entendimento, portanto o recolhimento não foi efetuado, sendo assim é devida antecipação parcial, sendo: valor histórico devido R\$1.143,45 (hum mil, cento e quarenta e cinco centavos), referente ao DANFE 47062 e R\$1.950,21(hum mil, novecentos e cinquenta reais e vinte e um centavos), referente ao DANFE 47237, segue planilha anexa.

Saliente que em relação às aquisições de CHARQUE, conforme notas fiscais eletrônicas de números 3099 e 3130, emitida pelo fornecedor PRODUTOS DA CARNE ALIMENTOS LTDA, com sede no Estado do Mato Grosso, cuja tributação destacada é 12% - (doze por cento) e a carga tributária no Estado da Bahia é 12% - (doze por cento), e não faz parte do Decreto nº 14213/2012, portanto não ocorre a incidência da antecipação parcial. Seguem copias das notas fiscais e base legal, segue também planilha anexa.

Ressalta que o agente fiscalizador ao aplicar a notificação das aquisições oriundas do Estado Mato Grosso, utilizou-se o artigo 268 incisos XIV RICMS- BA, não corresponde com as notas fiscais e base legal, segue também planilha anexa.

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XIV – nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 86/05);”

O correto é:

“Art. 268. É reduzida a base de Cálculo:

LI – nas operações internas com charque e jerked beef, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento).”

Registra no tópico DA ANTECIPAÇÃO TOTAL que as aquisições de cortes de aves, conforme nota fiscal eletrônica de número 134980, emitida pelo fornecedor AVENORTE AVÍCOLA CIANORTE LTDA., com sede no Estado do Paraná, cuja a forma de cálculo do imposto é com base no ANEXO 1, mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, ou pela (PAUTA FISCAL), neste caso deveria ter feito o recolhimento com base na pauta fiscal e não pelo ANEXO 1, portanto a diferença é devida, sendo o valor histórico de R\$2.392,04.

Finaliza requerendo que seja reconhecida a improcedência/nulidade parcial do presente lançamento tributário.

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, no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 27/11/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.498,93, mais multa de 60%, equivalente a R\$6.899,36, perfazendo um total de R\$18.398,29 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, 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.

Verifico que a ação fiscal, que resulta na presente Notificação Fiscal, lavrada no Modelo Transito de Mercadorias, na data de 27/11/2017, teve seu início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização – COE de nºº 18096449000160/2017109, datado em 09/10/2017 (fl. 15). Com efeito, o procedimento usado, que originou a ação fiscal, constituiu-se, na realidade, das atividades da Central de Operações Estaduais no Trânsito de Mercadorias (COE) que utilizou-se de software para monitorizar o ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente a entradas de mercadorias, acobertadas por DANFES já preteritamente selecionados através de relatórios apostos aos autos (“13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal fls. 14 a 15). Verifica-se que os DANFES de nººs 134.980, 3.090, 3.130, 47.062 e 47.237, emitidos entre as datas de 06/09 e 06/10/2017, constantes no processo foram solicitados à Notificante através da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (fl. 06) configurando-se a típica vertente do viés de fiscalização que analisa e examina fatos pretéritos no estabelecimento do contribuinte.

Assim, na situação sob análise, constato que houve adoção de procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento. Todavia, conforme Dados Cadastrais da Empresa Tamily Pereira dos Santos, extraído do Sistema de Informações do Contribuinte – INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fl. 03) verifico que o notificado é contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não sendo optante do Simples Nacional. Desta forma, na condição funcional de Agente de Tributos Estaduais este 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 nºº 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 nºº 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 RPPAF, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **163540.0013/17-3** lavrada contra **TAMILY PEREIRA DOS SANTOS**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2021.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR