

N.F. Nº - 210436.0200/18-4  
NOTIFICADO - CANELA COMÉRCIO DE CHOCOLATES LTDA.  
NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO  
ORIGEM - DAT METRO / IFMT  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.10.2023

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0180-05/23NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO 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. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o inciso II e § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em **19/12/2018**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 12.285,88, mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.371,53, totalizando o montante de **R\$ 19.657,41** em decorrência do cometimento da seguinte infração:

**Infração 01 – 054.005.010:** 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 previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º, § 6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei de nº 7.014/96. Tipificação da Multa: art. 42, inciso II, “d” da Lei de nº 7.014/96.

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

*“Na data e hora acima citada, no exercício das nossas funções fiscalizatórias, verificamos a seguinte irregularidade: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial/total sobre mercadorias adquiridas para comercialização procedente de outra unidade da federação por contribuinte Descredenciado. Ação fiscal originária da Superintendência Tributária – SAT – Central de Operações – COE, através da Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização de nº 11006165000359-2018128, em consonância ao que determina o Decreto de nº 14.208, de 13/11/2013, que dispõe de novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais eletrônicos obtidos pelo contribuinte. DANFE (s) conforme planilha anexa.”*

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos:** a Notificação Fiscal de nº **210436.0200/18-4**, devidamente assinada pela **Agente de Tributos Estaduais** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); Mandado de Fiscalização – COE de nº 11006165000359-2018128 (fls. 04 e 05), impresso na data de **11/12/2018**; 22 DANFES, Venda de Produção, localizados às folhas 17 a 45, emitidos, pela Empresa Canela Comércio de Chocolates Ltda, localizada no Estado de São Paulo, CNPJ de nº 61.472.205/0004-07, com destino à Notificada CNPJ de nº 11.006.165/0003-59 entre as datas de 05/11/2018 a 29/11/2018, impressos ambos na data de **08/12/2018**; a intimação à Notificada para apresentação dos DAES referentes aos 22 DANFES (fl. 04); a memória de cálculo acostada aos autos à folha 03.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fl. 49), e documentação comprobatória às folhas 50 a 88, protocolizada na CORAP METRO/PA SAC BELA VISTA na data de 24/01/2019.

Em seu arrazoado a Notificada informou que fora notificada pelo preposto fiscal pela 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 previstos na legislação fiscal, onde consignou esclarecer que essas NF-es todas elas já vem com a Substituição Tributária do ICMS incluídas na NF e já recolhidas pelo emitente e destacadas na NF e demonstradas nas informações complementares, portanto não há e nem houve intenção de burlar o fisco ou sonegar impostos.

Finalizou, face ao exposto e por uma questão de justiça, bem como sabedor da coerência deste órgão, solicita a anulação da Notificação Fiscal.

Verifico não haver Informação Fiscal por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18.

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 em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em **19/12/2018**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 12.285,88, mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.371,53, totalizando o montante de **R\$ 19.657,41** decorrente do cometimento da Infração (**054.005.010**) por **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 previstos na legislação fiscal.

**O enquadramento legal seguiu a infração tipificada** e baseou-se nas alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 332, RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012 c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º, § 6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei de nº 7.014/96. e multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei de 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.

De início, verifico como fatos que descaracterizam uma infração decorrente de fiscalização do Trânsito de Mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal em 19/12/2018, inexistindo a lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, estabelecendo-se a instantaneidade da ação fiscal, como marco divisório da exclusão da espontaneidade da Notificada, cópia aos menos dos *DANFES impressos pelo emitente da NF-e*, antes da circulação da mercadoria, verificando-se existir apenas os 22 DANFES, impressos ambos na data de **08/12/2018**, pela Superintendência Administração Tributária – Diretoria Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações, a intimação da Notificada (fl. 10 – emitida em **13/12/2018**, sem assinatura do representante legal e sem a ciência do contribuinte), além da existência do **Mandado de Fiscalização – COE de nº 11006165000359-2018128** (fl. 04 – emitido em **11/12/2018**), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

De mais a mais, assinalo, entretanto, que ao contrário das evidências pontuadas acima, verifico que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriado às *autuações da fiscalização de trânsito*, quando **o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento.**

Ressalto que, segundo a interpretação dos arts. 28, incisos IV e IV-A e 29 do RPAF/BA/99, a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias necessariamente **deve ser precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal**, salvo as hipóteses legais, que não se procede no caso concreto, em que for lavrada a notificação em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada com imediato pagamento do imposto e da multa e irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte.

Desse modo, por evidente, o que caracteriza a situação de *"mercadorias em trânsito"* não é o fato de a Autoridade Fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, própria para as ações do trânsito, **mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito**, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

Por outro lado, a empresa autuada é constituída na condição de **Empresa NORMAL, não optante do SIMPLES NACIONAL** e recolhe o imposto pelo sistema de apuração **Conta Corrente Fiscal**, conforme consta no **Mandado de Fiscalização** (fl. 04) e Dados Cadastrais da Notificada extraídos

do Sistema de Informação do Contribuinte – INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (fls. 09 e 10). Dessa forma, no presente caso em concreto, a Notificante na condição funcional de Agente de Tributos, do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura de 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 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 uma vez que, neste caso, *ele não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária*.

Assim, 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, inciso I do RPAF/BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

No entanto, nos termos do art. 21 do RPAF/BA/99, 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal **210436.0200/18-4**, lavrada contra **CANELA COMÉRCIO DE CHOCOLATES LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2023.

EDUARDO DUTRA FREITAS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA