

N. F. Nº - 161739.1033/16-4
NOTIFICADO - UNIBAHIA ATACADO LTDA.
NOTIFICANTE - CARLOS ANTÔNIO DOS SANTOS ROCHA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0083-04/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO 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. 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. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 29/03/2016, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 22.508,76, multa de 60% no valor de R\$ 13.505,26, perfazendo um total de R\$ 36.014,02, pela falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, em aquisição interestadual de mercadorias.

Infração 01 – 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente a 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Multa prevista no art.42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Para o melhor entendimento do processo faremos um resumo da sua cronologia: em 26/09/2016 foi emitido o Termo de Revelia tendo sido lançado na Dívida Ativa, em 15/12/2016 o representante da empresa requereu vista do processo na PGE.

Em 12/04/2017 o representante da empresa entra na PGE com uma petição de Controle de Legalidade, sobre a alegação de que o Termo de Revelia foi lavrado antes do prazo limite de 30 dias para a defesa, considerando que a suposta entrega do AR foi realizado em 29/08/2016, alega também que apurou junto aos Correios que a correspondência foi devolvida ao Remetente por não ter sido entregue ao destinatário, provando desta forma que a Requerente não tomou ciência do processo.

Em parecer a PGE/PROFIS, através da Procuradora Dra. Ana Carolina Moreira, diz assistir razão ao contribuinte e que efetivamente não foi assegurado ao Autuado o contraditório e a ampla defesa e opina no sentido de que seja reaberta a instância administrativa, devolvendo ao contribuinte o prazo para apresentar defesa.

Em atendimento ao que determinou a PGE é reaberto novo prazo de defesa do contribuinte através da intimação dos sócios da empresa em 04/10/2017.

A Notificada apresenta defesa através de advogado com anexo nas 102 a 116.

Informa que o lançamento fiscal exige ICMS a título de antecipação parcial sob alegação de que a Notificada não estava credenciada para pagamento no dia 25 do mês subsequente. Tal alegação não deve prosperar, pois é necessário saber inicialmente se a antecipação parcial é devida.

Observa que o demonstrativo de débito apresentado não é suficiente para demonstrar com segurança o valor do crédito reclamado, isso porque a antecipação parcial é devida pela aquisição interestadual de mercadoria destinada a comercialização e a memória de cálculo relaciona apenas as notas fiscais de operações interestaduais sem discriminá-los. Nesse sentido, o demonstrativo é imprestável para os fins pretendidos, ou seja, demonstrar o valor do crédito tributário devido. Aplica-se ao caso o § 1º do art. 18 do RPAF, devendo ser declarada a nulidade.

Diz que acaso superada a nulidade requerida, a Notificação Fiscal deve ser declarada improcedente, apresentando uma descrição da situação das notas fiscais que compõem o demonstrativo, para justificar o pedido de improcedência.

Pelo exposto, requer a nulidade da Notificação Fiscal. Não acatada a nulidade, requer a improcedência do lançamento.

Requer também, em razão da aplicação subsidiária do CPC ao Processo Administrativo Fiscal, que intimações, notificações, e outros da espécie relacionadas ao processo em referência, sejam encaminhadas ao endereço profissional deste procurador, sito à rua Alceu Amoroso Lima, 276-A, Mondial Salvador Office, sala 1010, Caminho das Árvores, Salvador/BA CEP 41820-770 tel. 3500-2500.

Auditor Fiscal estranho ao feito, apresenta informação fiscal, as páginas 121 a 122.

Após fazer uma descrição do PAF, elenca as razões defensivas e passa a esclarecer os seguintes fatos na ordem das proposições.

Diz que quanto a nulidade proposta pelo sujeito passivo é coerente tendo em vista a reclamação na mesma Notificação Fiscal de diversas formas de incidência do ICMS, modo de autuação não permitido no Trânsito de mercadorias.

Quanto as reclamações da improcedência na cobrança do ICMS Antecipação Parcial, diz que após a análise das notas fiscais que compõem o demonstrativo, concorda com as argumentações defensivas sobre sua improcedência.

É o relatório.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA nº 26.397, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Essa Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação parcial das mercadorias constantes nos DANFES relacionados no processo, no valor histórico de R\$ 22.508,76.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana – IFMT- Metro, que de posse de cópias de Notas Fiscais com mercadorias destinadas ao contribuinte elaborou uma planilha de memória de cálculo para antecipação tributária, e sem ao menos intimar o sujeito passivo para verificar possíveis irregularidades, lavrou a presente Notificação Fiscal.

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 e o 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 o 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.

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.

(...)"

Do exame das peças processuais, observo 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.

Cotejando-se as datas de emissão dos DANFES constantes neste processo, de 14/10/2015 a 30/10/2015, com a data da lavratura da Notificação (29/03/2016) 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.

O que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito ou a utilização de Notificação Fiscal própria para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

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.

Inicialmente, há de se ressaltar que a fiscalização do ICMS comprehende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes 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, para ensejar a lavratura de uma Notificação Fiscal.

A outra vertente é quando a equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes as suas operações mercantis já realizadas.

Há de se afirmar com extrema exatidão que não se trata fiscalização de trânsito de mercadorias com base no exame das peças inseridas no processo. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “Notificação Fiscal – Trânsito de mercadorias”, não há nos autos documentação e comprovação 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, existem apenas uma relação dos DANFES impresso preteritamente pelo sistema da SEFAZ.

Não se pode olvidar que os procedimentos formais que norteiam a auditoria de estabelecimento denotam maiores cuidados e complexidade impondo exigências ao cumprimento da ordem de serviço específica, inclusive prazo de execução mais elástico de 90 (noventa) dias, o que denota, exigência de maior aprofundamento do trabalho, ritos e cerimônias atinentes ao devido processo legal em tela, consoante o art. 28 da SEÇÃO III do RPAF-BA/99, a seguir transcrito;

SEÇÃO III

DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE FUNDAMENTAM OU INSTRUDEM A AÇÃO FISCAL

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

§ 1º *O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.*

Deste modo, deixando o presente lançamento de crédito tributário de atender aos requisitos da ação fiscal própria de auditoria de estabelecimento, que exige procedimentos específicos, prazo dilatado para conclusão de 90 dias, oportunidade de interlocução com o contribuinte, chance ao contribuinte para a apresentação de elementos de dissuasão no curso da ação fiscal, maior aprofundamento da investigação fiscal, entendo que tendo sido a ação fiscal desenvolvida sob a limitação procedural da auditoria própria do trânsito de mercadoria, feriu o princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, conforme consta nos dados cadastrais anexado ao processo a Notificada é inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “NORMAL” e apura o imposto

pelo regime de “CONTA CORRENTE FISCAL”. Dessa forma, no presente caso, o Notificante, na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da 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 deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

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-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 161739.1033/16-4, lavrada contra **UNIBAHIA ATACADO LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA