

N.F. Nº - 210727.1077/16-0
NOTIFICADO - ROBERTA COELHO DA SILVA FELINTO 91555990444
NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO FREITAS MARIANO
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.12.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0273-05/24NF-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, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em **14/03/2016**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.351,90, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 2.011,14 e Acréscimos Moratórios no valor de R\$ 327,87 perfazendo um total de R\$ 5.690,91, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.008: 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº.13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei de nº. 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

A Notificante **acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:**

“Na data, hora e local acima, no exercício de minhas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades. Falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território baiano referente a Antecipação Total, adquirida em outra unidade da federação para comercialização por contribuinte na condição de Baixado. Ação Fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, Mandado de Fiscalização nº. 21224965000138-2016125, DANFES de nºs. 12,39,47,58,63,79,1.400,1.494 e 1.597. Mercadoria: Gêneros Alimentícios”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº. 210727.1077/16-0, devidamente assinada pela **Agente de Tributos Estaduais** (fls. 01 e 02); o Mandado de Fiscalização – COE de nº. 21224965000138-2016125 (fls. 03 e 04), impresso na data de **25/01/2016**; a Lista de DANFE indicados para Constituição do Crédito Fiscal efetuado através do relatório “13 Lista de DANFE Indicados para Constituição de Crédito Fiscal – COE”, impresso na data de **25/01/2016** (fls. 12 a 14); 09 DANFEs de nºs. 12, 39, 47, 58, 63, 79, 1.400, 1.494 e 1.597 localizados às folhas 22 a 33, emitidos por empresas localizadas em São Paulo, nas datas de **06/01 a 29/06/2015**; Dados Cadastrais extraídos do INC – Informações do Contribuinte, tendo a Notificada apuração do Imposto no **Regime de Conta Corrente Fiscal** (fls. 15 e 16).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu representante manifestando impugnação onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 38 a 40), protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND. (fl. 37).

Em seu arrazoado a Notificada tratou no tópico “***Das Razões para Anulação de Notificação Fiscal***” no subtópico “***Redespacho Caracterizado e Comprovado***” que pelo que se comprova pelo “Termo de Ocorrência e Depósito” identifica o local de entrega como “Roberta Coelho da Silva Felinto” e que este estabelecimento, nada tem a se comprometer com o referido débito, uma vez que recebeu a mercadoria indevidamente para repasse, por estar com a inscrição baixada no período de recebimento.

Contou que a Empresa Roberta Coelho da Silva Felinto – MEI, era apenas Representante da referida Empresa Remetente D.A. Oliveira – Comércio de Produtos Alimentícios – EPP, inscrita no CNPJ de nº 20.946.678/0001-79 situada na Ala dos Aicas, 967, Indianópolis, São Paulo/SP onde essa empresa sem nossa autorização remeteu a referida mercadoria.

Discorreu que pelos documentos apresentados que:

- a) A responsável pelo imposto cobrado pela Secretaria é de total responsabilidade da Empresa D.A. Oliveira – Comércio de Produtos Alimentícios – EPP, que se utilizou de serviço de redespacho, sem nossa autorização.
- b) A mercadoria citada chegou aos destinatários final, e o imposto teria que ser cobrado das mesmas se estas fossem responsáveis.
- c) Não houve “entrega de mercadoria”, mas sim, baldeação para redespacho.
- d) A Empresa Roberta Coelho da Silva Felinto – MEI encontrava-se baixada com todos os seus impostos como MEI pagos e jamais faria uma compra desse porte, por saber que não condiz com a situação fiscal da mesma e que jamais teria condições de se responsabilizar pelo tal referido imposto.
- e) O Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado responsável pela notificação jamais poderia ter permitido a passagem da mercadoria, pois, a empresa Roberta Coelho da Silva Felinto já se encontrava com a inscrição estadual baixada desde a data de 17/02/2016 como demonstra o documento em anexo de baixa.

Explicou no subtópico “***Inexistência do Fato Gerador***” que com a comprovação de que houve um redespacho não há existência do fato gerador, tanto do imposto quanto da multa, para a Empresa Roberta Coelho da Silva Felinto – MEI, pois a mesma é uma mera representante comissionária, prestação de serviços, vez que para existência de qualquer imposição tributária deverá haver um “Fato”. Não se pode arbitrariamente notificar um ato distinto do que aquele qualificado pela lei, deve-se tributar “Algo”, um “Fato Gerador” que no caso em epígrafe nunca ocorreu, pois, a documentação existente comprova que a empresa Notificada não tem responsabilidade alguma já que a mesma nem podia ter retirada nota fiscal por estar baixada e o posto fiscal jamais poderia ter cedido o progresso do transporte para o destino e não a “entrega a destinatário”.

Finalizou no tópico “***Conclusão***” que é incabível a notificação fiscal pelo motivo de não haver fato gerador que comprove suficientemente que a infração seja de responsabilidade da empresa ora notificada e sim da Empresa D.A. Oliveira – Comércio de Produtos Alimentícios – EPP juntamente com o posto fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia por não ter visto que a empresa já se encontrava “BAIXADA”.

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 **14/03/2016**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.351,90, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 2.011,14 e

Acréscimos Moratórios no valor de R\$ 327,87 perfazendo um total de R\$ 5.690,91, decorrente do cometimento da Infração (054.005.008) por **falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial**, antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal.

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 fato que descaracteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, a inexistência do Termo de Ocorrência Fiscal estabelecendo-se a instantaneidade da ação fiscal no trânsito, a existência o Mandado de Fiscalização – COE de nº 21224965000138-2016125, a lista pretérita já com os DANFEs a serem examinados no documento Lista de DANFE indicados para Constituição do Crédito Fiscal, indicando claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Ressalto que, segundo a interpretação dos arts. 28, 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, observando a inexistências destes termos.

De mais a mais verifico que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriada às *autuações da fiscalização de trânsito*, com a tipificação da infração da falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado quando o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de *uma auditoria fiscal em estabelecimento*. Sendo assim, por incontestável, 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 Notificada 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 nos Dados Cadastrais extraídos do INC – Informações do Contribuinte, (fls. 03 e 04).

Dessa forma, no caso em concreto, a Notificante na condição funcional de Agente de Tributos Estaduais, do quadro de funcionários da SEFAZ/BA, não teria a 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 em empresas optante 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, nestas circunstâncias 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.

Neste diapasão, constato que a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais lotado na IFMT METRO, sendo o instrumento utilizado pela agente fiscal uma Notificação Fiscal – Modelo Trânsito de Mercadorias. 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.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Assim, nos termos do art. 21 do RPAF/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 210727.1077/16-0, lavrada contra **ROBERTA COELHO DA SILVA FELINTO 91555990444**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

