

N.F. N° - 2105510041/18-1
NOTIFICADO - C F ILHÉUS LTDA
NOTIFICANTE - SUSANA REGINA RODRIGUES LIMA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.11.2019

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-06/19NF

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 Modelo – Trânsito de Mercadorias, específico para fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de comércio. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração 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. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 26/04/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$19.663,94, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: 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, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificado, através de seu representante, apresenta peça defensiva à fl. 20, argui como preliminar a improcedência do Débito do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, da aquisição de mercadorias interestadual das DANFES nºs. 056.213 (fl.12) e 003.942 (fl.13) (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) tendo em vista que as mercadorias adquiridas nestas DANFES são para uso e consumo no estabelecimento, pois o mesmo é uma Academia de Crossfit conforme comprovação com fotos anexas.

Expõe que a Antecipação Parcial é improcedente, pois a mesma incide sobre aquisição de mercadorias para revenda/comercialização conforme art. 12-A da Lei nº 7.017/96.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame, exige ICMS do Notificado sob acusação de falta de recolhimento do imposto, referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, com fulcro na comercialização, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do RPAF, 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.

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.

Registre-se que os DANFEs nºs. 056.213 (fl.12) e 003.942 (fl.13), que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, tiveram emissão nas datas de 28/03/2018 e 14/04/2018 (fls. 12 e 13) e a notificação fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 26/04/2018.

Note-se, também, que a Ordem de Serviço foi emitida pela Central de Operações Estaduais – COE em 16/04/2018 (fl.04) bem como o relatório denominado “Resumo do Demonstrativo Cal. Semi Elaborado – UFM”, contendo os DANFEs a serem fiscalizados.

Cotejando-se as datas dos DANFEs constantes neste processo com a data da lavratura da Notificação 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.

A Agente de Tributos Estaduais presta informação fiscal às fls. 40 a 41 do PAF. Informa que a Notificada juntou petição ao presente PAF, solicitando a improcedência do Auto, alegando que o débito é referente à antecipação parcial, e que a cobrança de Antecipação Parcial é improcedente, pois a mesma incide sobre a aquisição de mercadorias para revenda/comercialização, conforme art. 12-A da Lei nº 7.014/96, sendo que as mercadorias adquiridas nas DANFEs 56213 e 3942, são para uso e consumo, pois, o mesmo é uma academia de Crossfit, conforme comprovação com fotos anexas. Acrescenta que por ser a empresa, uma academia, não exonera do imposto da mercadoria, não sendo passível da cobrança de Antecipação Parcial, mas sim do diferencial de Alíquota. Conclui, acatando o argumento de defesa, não porque à mercadoria não seja devido o imposto, mas por tratar-se de mercadoria de SIMPLES REMESSA, desta forma, solicita o encaminhamento ao setor competente para fazer a anulação do mesmo.

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 modelo de Notificação Fiscal próprio para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que, efetivamente, não ocorreu, no caso em concreto.

Para a situação em comento, lastreada em fato pretérito, caberia a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, a empresa autuada é constituída na condição de “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte – fl. 8). Dessa forma, no caso em concreto, 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 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.

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

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.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 2105510041/18-1, lavrada contra **C F ILHÉUS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2019.

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR