

N.F. N° - 232195.0281/17-7

NOTIFICADO - SANTAGEN COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.

NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA

ORIGEM - IFMT METRO

**6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0065-06/19NF**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Comprovado tratar-se de Notificação Fiscal lavrada em consequência de ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de Normal recolhendo o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º do art. 107 da Lei nº. 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 17/11/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$13.003,37 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 advogado, apresenta peça defensiva às fls. 18/19, inicialmente informando que o estabelecimento notificado realizou a devolução total das mercadorias indicadas no DANFE 663, conforme cópia da Nota Fiscal nº. 103 (fl.24), sendo assim, não é devida a antecipação parcial.

Argui que a Notificação Fiscal foi lavrada por preposto titular do cargo de Agente de Tributos Estaduais (ATE), que não tem competência legal para desenvolver ação fiscal no estabelecimento do Notificado. Esclarece que o estabelecimento Notificado não está enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, conforme documento em anexo (fl.25).

Afirma que o § 3º do art. 107, da Lei nº. 3.956, de 1981 é taxativo dizendo que “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. Aponta que a fiscalização realizada não foi sobre mercadorias em trânsito no Estado da Bahia, como determina a Lei.

Expõe que a fiscalização foi originária da COE – Central de Operações Estaduais, através do Mandado de Fiscalização nº. 10626454000479-20171013, conforme descrição dos fatos: Ação Fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Estaduais – COE, através da Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº. 10626454000479-20171013, em consonância ao que determina o Decreto nº. 14.208/13, que dispõe sobre o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias com base nos documentos fiscais

eletrônicos recebidos pelo contribuinte. Antecipação Tributária Parcial. Mercadoria: confecções. Contribuinte descredenciado. Falta de recolhimento do ICMS, relativo a Antecipação Tributária Parcial. Levantamento realizado com base nos DANFES indicados para fiscalização pelo COE, que integram este processo estão relacionados em formulário anexo, através do “Regime Sumário de Apuração”. DANFE verificado 663.

Esclarece que, a partir da fiscalização realizada, foi lavrada a Notificação Fiscal em referência no dia 17 de novembro de 2017. O DANFE 663 deu circulação às mercadorias no mês de outubro de 2017. Assim, para que o procedimento de fiscalização desenvolvido pelo Agente de Tributos Estaduais Wellington Santos Lima se enquadrasse na chamada “fiscalização de mercadorias em trânsito”, conforme previsto no § 3º do art. 107 da Lei nº. 3.956, de 1981, deveria ter ocorrido durante o trânsito das mercadorias pelo território do Estado da Bahia. Qualquer entendimento diverso extrapola o dispositivo legal e derruba a barreira de competência estabelecida na Lei.

Acrescenta que a “fiscalização no trânsito de mercadoria” se caracteriza pelo desenvolvimento do procedimento fiscal de fiscalização, iniciado durante o trânsito da mercadoria pelo território do Estado. Assim, não se pode considerar fiscalização no trânsito de mercadoria como procedimento de fiscalização sobre mercadoria que um dia transitou pelo território do Estado.

Finaliza, afirmando que a Notificação Fiscal nº. 2321950281/17-7 foi lavrada por agente sem competência legal para fazê-lo. Assim, pelo exposto, pede nulidade da notificação fiscal. Caso não acatada a nulidade, pede pela improcedência da notificação fiscal.

## 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 Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (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 vício jurídico intransponível relativo 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, tem início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) de nº. 10626454000479-20171013, acostado ao processo à fl. 04, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 13/10/2017. Ressalta-se que o DANFE de nº. 663 fora previamente selecionado e indicado para a fiscalização pelo COE conforme consta no documento “Lista de DANFE indicados para Constituição do Crédito Fiscal acostado à fl.10, datado de 13/10/2017.

Registre-se que o DANFE nº. 663 (fl. 12), que acobertou a operação de circulação das mercadorias, tivera sua emissão data de 11/10/17 e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 17/11/17. Cotejando-se a data do DANFE 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.

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. 06). 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. 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.

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.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade administrativa da circunscrição fiscal do notificado, 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.

Com base em todo exposto, a presente Notificação Fiscal é NULA.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 232195.0281/17-7, lavrada contra SANTAGEN COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2019.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR