

N.F. N° - 233084.0116/18-9

NOTIFICADO - STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI

NOTIFICANTE - NIRALDA OLIVEIRA DA SILVA

ORIGEM - IFMT METRO

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-06/19NF

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 Microempresa recolhendo o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º do art. 107 da Lei de 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 13/07/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.169,49 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. 34/38, inicialmente informando da tempestividade da presente Impugnação à Notificação Fiscal tendo em vista que a mesma foi devidamente lavrada em 13/07/18, tendo o Contribuinte, ora Impugnante, sido notificado na data de 06/08/18 (segunda feira) acerca do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de justificação ou impugnação à Notificação Fiscal lavrada. Neste sentido, considerando o recebimento da notificação pelo Impugnante como termo inicial do referido prazo, este iniciou sua contagem em 07/08/18 (terça feira), primeiro dia útil subsequente, findando-se em 05/09/18 (quarta feira).

Informa que o Autuante alega que o Notificado deixou de recolher o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços – ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território nacional deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal que rege a matéria. Discorre que foi calculado o valor de R\$ 17.871,18 a título do montante do imposto e multa em face da infração supostamente incorrida por esta pessoa jurídica autuada.

Alega que a referida Autuação não deve subsistir, tendo em vista que a Autuada é credenciada, mediante decisão judicial, para recolhimento do ICMS de forma diferida, desta forma, não pode,

pois, sua cobrança ser efetuada quando da entrada da mercadoria no território estadual, por meio de antecipação tributária.

Esclarece que, na medida que este Impugnante mantém outro estabelecimento comercial no Estado do Espírito Santo – ES, devidamente constituído como filial, com o mesmo objeto social da matriz, utiliza-se de benefício fiscal obtido junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para recolhimento do ICMS de forma diferida, após a entrada da mercadoria no território, conforme parecer ratificado pelo Diretor da DAT.

Instrui que o referido benefício é denominado de “CREDENCIAMENTO NO CAD-ICMS” e está previsto no artigo 332, § 2º do RICMS/BA (Decreto nº. 13.780/2012), e possibilita ao Contribuinte o não pagamento de ICMS por antecipação tributária parcial das mercadorias provenientes de outra unidade da federação, enquadrado como substituição tributária por antecipação ou não.

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

§ 2º Poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, exceto em relação às operações com açúcar e às operações de importação de combustível derivados de petróleo, o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

§ 3º O titular da Diretoria de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte poderá, com base em informações acerca do investimento e da capacidade contributiva do contribuinte que assegurem o cumprimento da obrigação relativa à antecipação tributária, dispensar o requisito previsto no inciso I do § 2º deste artigo.

Argumenta que, desta forma, na medida em que a Impugnante é plenamente credenciada no CAD-ICMS, não se faz correta a notificação ora impugnada, que merece ser julgada improcedente. Ademais, destaca-se ainda que a condição de credenciado resta plenamente declarado também nos próprios autos do Mandado de Segurança em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública, o qual foi tombado sob o nº. 0543395-74.2017.8.05.0001, onde o Magistrado deferiu em medida liminar para manutenção da Impugnante na condição de Credenciada, perante o CAD-ICMS (fls. 51/54).

Nesse sentido, resta plenamente ilegal a Notificação Fiscal lavrada, já que o recolhimento do tributo estadual se dará de forma diferida, não havendo que se proceder com a cobrança por antecipação.

Finaliza, diante de tudo quanto exposto, pugnando pela total improcedência da Notificação Fiscal tombada sob o nº. 233084.0116/18-9 devido à constatação de ilegalidade alhures apontadas.

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 nºº 9402655001051-201875, acostado ao processo à fl. 04, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 05/07/2018. Ressalta-se que os DANFEs analisados foram previamente selecionados e indicados para a fiscalização pelo COE conforme consta no documento “Resumo para Constituição de Crédito Tributário acostado às fls. 28 a 30, datado de 05/07/2018.

Registre-se a existência da “Memória de Cálculo Para Antecipação Tributária” à fl. 03, contendo os DANFEs que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, e que tiveram suas emissões entre as datas de 13 a 21/06/2018 e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, que foi lavrada no dia 13/07/2018. 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.

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 “Microempresa”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no documento à fl. 04. 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 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **233084.0116/18-9**, lavrada contra **STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI**.

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