

N.F. N° - 232195.0022/18-0  
**NOTIFICADO** - SANTAGEN COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA  
**EMITENTE** - WELLINGTON SANTOS LIMA  
**ORIGEM** - IFMT – METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 08/05/2019

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0090-03/19NF

**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 20/03/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$24.577,30, 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 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.

O Notificado, através de seu advogado, apresenta peça defensiva, às fls. 21/22, inicialmente dizendo que não é devida a antecipação parcial, alegando que o estabelecimento notificado recusou as mercadorias indicadas no DANFE 719, e que o fornecedor emitiu nota fiscal eletrônica nº 727, de 29/03/2018.

Acrescenta, ainda, 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.

Aduz que o estabelecimento Notificado não está enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, e transcreve o § 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 1981, para fundamentar sua argumentação.

Expõe que a fiscalização realizada não foi sobre mercadorias em trânsito no Estado da Bahia, como determina a Lei. Destaca que a fiscalização foi originária da COE – Central de Operações Estaduais, através do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO Nº 10626454000630-2018318, conforme descrição dos fatos.

Enfatiza que para o procedimento de fiscalização desenvolvido pelo Agente de tributos 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 Bahia.

Assevera que qualquer entendimento diverso extrapola o dispositivo legal e derruba a barreira de competência estabelecida na Lei. Explica 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, em qualquer dos postos fiscais existentes no percurso ou por unidade móvel de fiscalização, e que não se pode considerar fiscalização no trânsito de mercadoria como procedimento de fiscalização sobre mercadoria que um dia transitou pelo território do Estado.

Conclui ratificando que a Notificação Fiscal foi lavrada por agente sem competência legal para fazê-lo, pede a nulidade, e caso não acatado, a sua improcedência.

Ao final, requer que intimações, notificações e outros da espécie relacionadas ao processo em referência, sejam encaminhados ao endereço profissional do advogado EDNILTON MEIRELES, inscrito na OAB-BA sob nº 3214/2016 com endereço à Rua Alceu Amoroso Lima, 276-A, Mondial Salvador Office, sala 1010, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-770.

## 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.

No caso concreto, verifico que a Notificação Fiscal foi emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias. Assim, a ação fiscal, em observância ao art. 28, incisos IV e IV-A do RPAF, deve ser precedida da lavratura do Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal. Verifico que nenhum dos dois termos mencionados foi lavrado para legitimar a ação fiscal.

Ademais, a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operação relativa à Nota Fiscal Eletrônica nº 000.000.719 (fl. 11), emitida em 16/03/2018, sendo que a Notificação Fiscal e a ocorrência da infração são datadas como 20/03/2018. Tais divergências demonstram 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 não se comprova nessa situação.

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, e não trânsito de mercadorias, conforme foi feito com a lavratura da Notificação em lide.

Por outro lado, a empresa autuada é constituída na condição de “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme conta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte – fl. 6). Dessa forma, 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.

Deve se ressaltar, que não há dúvida de que as alterações legais promovidas ao logo do tempo modificaram profundamente o instituto da Notificação Fiscal e a colocaram no mesmo patamar do Auto de Infração, somente diferindo quanto ao valor máximo de alçada e o responsável pelo lançamento.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei nº 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competência para lavrarem Autos de Infração ou Notificações Fiscais, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, a presente Notificação Fiscal não poderia ser lavrada por Agente de Tributos, por carência de competência.

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.

Registro, ainda, que em situações análogas à descrita, esse Conselho de Fazenda tem se posicionado no sentido de anulação do ato administrativo conforme manifestado, dentre outros, nos Acórdãos nºs JJF Nº 0093-06/16, 0223-03/16 e 0125-03/17 e Acórdão CJF nº 0037-12/17.

Assim, pelas razões apresentadas e em consonância com as decisões já prolatadas neste CONSEF, considero NULO o lançamento, e 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 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 232195.0022/18-0, lavrada contra SANTAGEN COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA