

N.F. N° - 118505.1002/16-8

NOTIFICADO - SHOULDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

NOTIFICANTE - LAURICE SOARES MENEZES

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.12.2019

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0113-06/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Notificação Fiscal lavrada em estabelecimento de contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de Empresa do regime 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 n°. 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 18.02.2016, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$20.824,91 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 Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação PARCIAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização procedentes de outra Unidade da Federação por contribuinte na condição de DESCREDENCIADO. AÇÃO FISCAL originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT, Central de Operações Estaduais – COE, através de Ordem de Serviço emanada do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº. 43470566002052-201628. Base de Cálculo apurada através dos DANFES recebidos pelo contribuinte, conforme Memória de Cálculo, Intimação Fiscal e outros documentos apensos. TODA documentação aqui acostada, é parte integrante do processo que constitui prova material de infração à legislação do RICMS/BA.”

Constata-se, que, através de seus advogados, a Notificada apresentou, tempestivamente, impugnação ao lançamento às folhas 49 a 62, acostando documentação comprobatória às folhas 64 a 71, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Argui preliminarmente que tomou ciência da Notificação Fiscal nº. 118505.1002/16-8 na data de 30.03.2016. Esclarece que recebeu na data de 16.02.2016 Intimação para apresentação dos DANFEs e DAEs de antecipação parcial ou total do exercício de 2016, no prazo de 48 horas, sendo cumprida a referida intimação.

Esclarece que a Notificada é credenciada no Estado da Bahia, mas em razão do Recebimento do Mandado de Procedimento Fiscal, entendeu por bem, ao invés de recolher no dia 25 do mês subsequente à emissão da Nota Fiscal de Saída, recolheu Nota a Nota no dia 17.02.2016, efetuando os valores exigidos, antes do término da Fiscalização e da Lavratura da presente Notificação Fiscal.

No entanto, apesar de a Notificada apresentar, antes do término da fiscalização, os DANFEs e os respectivos comprovantes de recolhimento, o Agente Fiscal entendeu por bem lavrar a presente Notificação no intuito de cobrar o ICMS Antecipação Parcial do período.

Neste contexto, a Notificada requer, no mérito, seja julgada improcedente a Notificação Fiscal em tela, haja vista estar cabalmente comprovado que a empresa Notificada procedeu ao recolhimento dos valores, em 17.02.2016, data esta anterior à lavratura da Notificação Fiscal bem como do vencimento do imposto, que se dá no dia 25 do mês subsequente a emissão da NF, em razão da Notificada possuir cadastro na SEFAZ/BA.

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. 43470566002052-201628, acostado ao processo à fl. 21, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 09.02.2016. Nota-se, também, a existência do relatório denominado “13 – Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fls. 24/28) e do relatório “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UFM” (fls. 32/33), ambos, datados de 08.02.2016, contendo os DANFEs já previamente selecionado, a ser fiscalizado. Não há nos autos a intimação do contribuinte para o pagamento do débito, apurado na Notificação Fiscal.

Registre-se que os DANFE de nºs. 84.575, 84.642, 11.754, 84.757, 84.690, 11.405, 70.504, 70.617, 84.823, 84.890 e 84.962, que acobertaram a operação de circulação das mercadorias, e constantes na “Memória de Cálculo para a Antecipação Tributária” (fl. 03) foram emitidos entre os dias 06 a 29.01.2016 e a Notificação Fiscal foi lavrada no dia 18.02.2016.

Na situação sob análise, constato que houve adoção de procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento. Entretanto, 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. 31).

Destarte, observo que a ação fiscal foi realizada por agente incompetente, tendo em vista que a competência para fiscalização em empresas que apuram o imposto pelo regime de conta corrente, em fiscalização de comércio, é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

Ressalto que a fiscalização de estabelecimento que apure o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, só pode ser realizada pelo Agente de Tributos, caso se caracterize uma ação de fiscalização de mercadorias de trânsito, conforme depreende da leitura do §3º do art. 107 da Lei de nº. 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), e do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, transcritos, *in verbis*:

COTEB

“Art. 107 (...)

§ 3º - 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. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 11.470, de 08.04.2009, DOE BA de 09.04.2009, com efeitos a partir de 01.07.2009)
RPAF*

"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."

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. Desta forma, diante da constatação de ato praticado por autoridade incompetente, conlui, com amparo no inciso I do art. 18 do RPAF, que o lançamento efetuado é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar NULA a Notificação Fiscal 118505.1002/16-8, lavrada contra **SHOULDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCICIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO– JULGADOR