

N.F. Nº - 210436.0163/17-3  
NOTIFICADO - STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - ME  
NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO SODRÉ BARRETO  
ORIGEM - IFMT METRO

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0125- 06/19NF

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado trata-se de ação fiscal ocorrida em estabelecimento comercial de contribuinte cadastrado na condição de MICROEMPRESA, não optante do SIMPLES NACIONAL. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal 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, em instância ÚNICA.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, em epígrafe, lavrada em 31/07/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$13.708,16, 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 apresenta peça defensiva, às fls. 23 a 53, preliminarmente, afirmando ser pessoa jurídica credenciada no CAD-ICMS e que o caso em questão não se amolda às hipóteses de incidência do Imposto Estadual, não havendo motivos para sua cobrança.

No mérito, alega que tem como ramo de atividade principal e exclusiva a “confecção de peças de vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida”, havendo, pois, uma dedicação exclusiva para a atividade de indústria e não comercialização. Acresce que os bens objeto de transferência entre estabelecimentos desta Impugnante é operação efetivada com produtos ainda não destinados ao comércio, mas para sua própria industrialização, verdadeiros produtos sem objeto de mercancia, inexistindo, portanto, fato gerador do ICMS. Em seguida, cita os Acórdãos JJF Nº 0092-05/15 e JJF Nº 0039-02/15, emitidos pelo CONSEF/BA; a manifestação do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a Apelação Cível nº 33445-5/2005, e demais jurisprudências sobre o assunto, para fins de sustentar sua argumentação, requerendo, assim, a anulação da Notificação lavrada.

Encerra a sua peça defensiva, alegando ser credenciada no CAD-ICMS para recolhimento do ICMS de forma diferida, conforme benefício previsto no artigo 332, § 2º do RICMS/BA e solicitando a total improcedência da Notificação Fiscal.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$13.708,16 e é composta de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

*(...)”*

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966) vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

*(...)*

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*(...)”*

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.*

*(...)”*

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 resultou na presente Notificação Fiscal, teve início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 9402655001051-2017626 expedido em 26/06/2017 pela Central de Operações Estaduais (COE) às fls. 03, e que foi embasada em um Procedimento Fiscal de monitoramento, conforme fls. 9 a 12.

Na situação sob análise, constato que, efetivamente, houve adoção de procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento. Todavia, conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte, verifico que o notificado, apesar de ser uma microempresa, **não é optante do Simples Nacional**, conforme fl. 06. Dessa forma, no presente caso, 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 deste tipo de empresa não optante pelo Simples Nacional 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.

Nos termos do art. 21 do RPAF, 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 210436.0163/17-3, lavrada contra STRAVAGÂNCIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELLI - ME.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR