

N. F. Nº - 232201.0024/18-3
NOTIFICADO - JOSENÍSIO NOVAIS – EPP
EMITENTE - AUGUSTO SOARES NETO
ORIGEM - IFMT – SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0169-02/19NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que se o praticou. As circunstâncias da autuação não materializam como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento. Verificado que os atos fiscalizatórios, que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, obedecidos os prazos decadenciais. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada em 01/03/2018, e exige o ICMS no valor histórico de R\$16.026,31, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **54.05.10** – Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Consta no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, a informação do agente fiscal que: “*Em cumprimento ao MF/COE nº 171837000831-201824, notificamos a empresa Josenisio Novais – EPP, IE: 111.585.801, descredenciada, para o pagamento do ICMS Antecipação Parcial e Antecipação Total relativo as notas fiscais nº 537.312, 001.666, 902.034, 131.404, 001.707.513, 000.512, 001.711.557, 001.715.132, 002.533.847, 002.538.106, conforme TOF, cópias de DANFES e intimação anexos.*”

Consta apenso aos autos INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS, fl. 03, requerendo a apresentação dos comprovantes de recolhimento do ICMS-ST; MANDADO DE FISCALIZAÇÃO – ORDEM DE SERVIÇO, nº 1718373000831-201824, fl. 07; TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL de mesmo número do MF/OS, fl. 08; ANEXO AO TERMO DE FISCALIZAÇÃO – CONSTATAÇÃO DE EVENTOS DO TRÂNSITO DAS MERCADORIAS, fls. 09 e 10; cópias dos DANFES correspondentes as notas fiscais acima citadas, fls. 12 a 23.

O notificado, às fls. 25 a 27, impugna a notificação fiscal, onde inicialmente requer a compensação do valor pago a título de antecipação tributária que está sendo exigido.

Assevera que recolheu o valor de R\$13.171,65 referente ao ICMS antecipação tributária correspondente às notas fiscais de nº 001.707.512, 001.707.513, 0009.002.034, 000.537.312, 002.538.106, 002.533.847, 001.711.551, 001.707.503, 000.903.419, 001.711.550 e 001.715.132, cujas cópias anexa, tendo calculado o valor a recolher com o desconto que entende legal, por se considerar apta e credenciada.

Requer a exclusão do valor de R\$1.805,32, referente à nota fiscal nº 002.530.916, recolhido em 31/01/2018, incluído no valor cobrado através do Auto de Infração nº 180019720669, cuja cópia do DAE anexa.

Explica que através da Inspetoria Fiscal de Itapetinga teve conhecimento que, apesar de se encontrar apta desde janeiro de 2018, só estaria credenciada para fazer o recolhimento do ICMS – Antecipação Parcial no dia 25 do mês subsequente ao ingresso das mercadorias para comercialização, e com o desconto legal, a partir de junho de 2018.

Argumenta que apesar do ocorrido, o valor do imposto foi recolhido através do DAE, código da receita 2175, em 28/02/2018, com o acréscimo de juros moratórios pelo atraso, tendo em vista que o entendimento era de que o pagamento deveria ocorrer em 25/02/2018.

Portanto, pleiteia que seja abatido R\$13.171,65 do valor cobrado pela notificação, por ter sido pago.

É o relatório.

VOTO

A notificação fiscal em epígrafe exige o imposto no valor de R\$16.026,31 acrescido da multa, pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, de acordo com a informação do fiscal, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

A notificação e epígrafe resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/SUL para verificar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 1718373000831-201824, originária da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios de falta de recolhimento do ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL e ANTECIPAÇÃO TOTAL, referente a operações interestaduais através das notas fiscais, cujos DANFES foram relacionados na peça inicial.

Inicialmente, cabe ressaltar que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados e a verificação por parte dos agentes fiscais da possível ocorrência de ilícitos fiscais.

Uma dessas vertentes, contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, que pode ensejar a lavratura de AUTO DE INFRAÇÃO – MODELO 4 ou NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, que a administração tributária instituiu para diferenciá-los daqueles lavrado na fiscalização dos estabelecimento dos contribuintes.

A outra equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto, não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas.

No caso em exame, apesar de ter sido utilizado como instrumento para oficializar o lançamento a NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, efetivamente o instrumento legal utilizado pelo agente fiscal não se aplica, haja vista, que a presente notificação apura fatos pretéritos, ou seja, fatos ocorridos ateriormente a lavratura da notificação.

Existe um evidente lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 01/03/2018, a emissão do Mandado de Fiscalização, em 05/02/2018 e o trânsito das mercadorias constantes nas notas fiscais arroladas, pois, as mesmas foram emitidas entre 10/01/2018 e 02/02/2018. Neste caso, impõe-se aplicar os procedimentos estipulados para a fiscalização em estabelecimentos.

Ou seja, o procedimento deixou de ser uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência para ser um procedimento tendente ao acompanhamento

dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, o recolhimento do ICMS – antecipação tributária.

Portanto, não cabe outro entendimento senão considerar a lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, como feita, incompatível com a apuração de imposto em razão de decorrer do exame de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo a todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi feito no lançamento.

Outro aspecto merece apreciação. Refiro-me ao fato da notificação fiscal ter sido lavrada por Agente de Tributos Estaduais.

Consta no Sistema de Informações do Contribuinte-INC, ser a autuada, inscrita no Cadastro Estadual na condição de Empresa de Pequeno Porte, contudo, não optante pelo SIMPLES NACIONAL, desde o início de suas atividades comerciais em 09/09/2013, informação constante à fl. 04.

Isto posto, é necessário apontar, na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

O Código Tributário do Estado da Bahia – Lei nº 3.956/81, estabelece no art. 107, a citada competência para a constituição de créditos tributários a partir de 01/07/2009, com a vigência da Lei nº 11.470/09.

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§2º 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.

§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.

Verifica-se, conforme posto, que a competência para fiscalizar empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos é atribuída exclusivamente os Auditores Fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no §3º acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal somente poderá ser lavrada por Auditor Fiscal e não pelo agente que praticou o ato, por ser típica de estabelecimento.

Concluo que se encontram caracterizadas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal já que o ato foi formalizado por instrumento inaplicável as circunstancia da ocorrência do fato gerador do imposto, assim como, foi praticado por servidor sem competência legal para tal.

Cabe, também consignar que o agente fiscal não observou o conteúdo da Súmula 01 do CONSEF, por não demonstrar com a exigida clareza a apuração da base de cálculo.

Frente aos argumentos acima, de ofício voto pela nulidade da Notificação Fiscal com fundamento no art. 18, incisos I e II do RPAF/99.

Represento à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, a salvo das falhas apontadas, inclusive, se de fato, o contribuinte procedeu aos recolhimentos mencionados na impugnação, assim como o valor que foi alvo da ação fiscal, objetivando resguardar os interesses do Estado,

como determina o artigo 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **232201.0024/18-3**, lavrada contra **JOSENÍSIO NOVAIS – EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR