

N.F. Nº - 232195.0278/17-6
NOTIFICADO - SANTAGEM COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA
EMITENTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT – METRO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 21.10.2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0193-03/NF

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 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 17/11/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$12.565,29, 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. 20 a 33, arguindo que o estabelecimento notificado realizou a devolução total das mercadorias indicadas nos DANFES 661, 664 e 667, conforme cópias das Notas Fiscais números 102,104 e 106, ora anexadas.

Considera que a Notificação Fiscal foi lavrada por um Agente de Tributos Estaduais, que não tem competência legal para desenvolver ação fiscal no estabelecimento do notificado, vez que não está enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, conforme documento em anexo.

Acresce que a fiscalização não foi realizada sobre mercadorias em trânsito, mas sim originária da COE – Central de Operações Estaduais, por meio do Mandado de Fiscalização nº 10626454000479-20171013, conforme dados descritos na notificação. Além do que os DANFES 661,664 e 667 deram circulação às mercadorias no mês de outubro de 2017 e a notificação foi lavrada no dia 17 de novembro de 2017.

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.

Finaliza pedindo a nulidade da notificação e, não sendo acatado o pedido, peticiona pela improcedência.

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.

Cabe notar que os DANFEs de nºs 661,664 e 667, os quais acobertaram operações de circulação das mercadorias, foram todos emitidos no dia 11/10/2017 (fls. 13 a 15) e a notificação fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito, foi lavrada em 17/11/2017. Cotejando-se a data 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 “Normal”, e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, conforme consta no Sistema da SEFAZ (INC – Informações do Contribuinte, fl. 6). 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 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.

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 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 232195.0278/17-6, lavrada contra **SANTAGEM COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.**

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

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR