

N. F. - Nº 491301.0184/18-0
NOTIFICADO - F G – GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS DE
CONSTRUÇÃO LTDA.
NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13.12.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0236-02/19NF

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 o praticou. As circunstâncias da autuação não materializa-se 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 da circunscrição fiscal da empresa autuada para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, obedecidos os prazos decadências. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal foi lavrada em 26/10/2018, e exige o ICMS no valor de R\$16.746,74, acrescido da multa de 60%, pela constatação do 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 na descrição dos fatos, elaborada pelo agente fiscal, que: *“Em data, hora e dia acima indicados, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: Falta de recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação por contribuinte na condição de DESCRENCIADO. Ação fiscal originária de SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – SAT, CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, através de Orden de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 11048149000167-20181024. A base de cálculo foi calculada através dos DANFES 185.976, 250.576, 250.579, 250.578, 250.577, 775.219, 775.208, 025.186, 775.001, 774.957, 774.971, 775.004, 775.003, 775.002, 391.643, 250.965, 251.020, 251.019, 391.860, 189.715, 251.840, 251.841, 251.842, 251.843, 251.844, 251.905, 251.906 e 208.360, recebidos pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa.”*

Apenso aos autos, encontram-se os documentos: MONITORAMENTO VIÉS DE RISCO SONEGAÇÃO FISCAL nº 11048149000167-201824, de 24/10/2018, fl. 03, MEMÓRIA DE CÁLCULO PARA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL, fls 04 e 05, cópias dos DANFES referentes às notas fiscais arrolados na notificação, fls. 06 a 33 e INTIMAÇÃO DA LAVRATURA DA NOTIFICAÇÃO FISCAL, fl. 47

O notificado, às fls. 49 a 52, impugna a notificação fiscal, onde inicialmente reproduz a infração e informa que os valores do imposto devido referente aos DANFES nº 208.360, de 19/10/2018 e

391.860, de 16/10/2018, cujas chaves de acesso indica, já foram recolhidos conforme comprovantes anexados.

Explica que as mercadorias constantes na nota fiscal nº 185.976, de 09/10/2018, CFOP 6.911, não se destinam a comercialização, pois correspondem a uma remessa para amostragem em *showroom* da empresa, que entende, nesta situação, se encontrar na condição de consumidor final, descabendo a cobrança da antecipação tributária.

Conclui, requerendo a suspensão da multa, pois os valores exigidos, diz, já foram recolhidos.

É o relatório.

VOTO

A notificação fiscal em lide, exige crédito tributário de contribuinte inscrito no Cadastro Estadual na condição de microempresa, não optante pelo SIMPLES NACIONAL, decorrente da acusação de falta de recolhimento do ICMS – antecipação tributária total, por aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, sujeitas ao regime de substituição tributária, estando o mesmo inapto ou sem preencher os requisitos previstos na legislação.

Na descrição dos fatos, o agente da fiscalização, lotado na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT-Metro, informa que a ação fiscal foi originária da SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – SAT, CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 11048149000167-20181024 e decorreu da falta de recolhimento do ICMS-ST, estando o contribuinte do descredenciado.

Apesar de não deixar explícito nos autos, presume-se que o termo *descredenciado* refere-se ao fato de o contribuinte não estar autorizado a efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput do artigo 332 do RICMS/2012, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal.

As condições para que o contribuinte esteja credenciado foram estabelecidas no dispositivo legal citado, quais sejam: esteja regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS; possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação; não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa; esteja adimplente com o recolhimento do ICMS; esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais, conforme incisos I a IV do §2º do art. 332 da citada norma regulamentar.

À fl. 43, consta na consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte – INC, impressa em 25/10/2018, indicando que a notificada encontrava-se DESCREDENCIADA POR TER MENOS DE 6 MESES DE ATIVIDADE.

Assim, é fato que no momento do ingresso das mercadorias neste Estado da Bahia, constantes nas notas fiscais arroladas na notificação, cujas emissões ocorreram em outubro de 2010, a notificada estava descredenciada, e obrigatoriamente deveria ter efetuado o recolhimento do ICMS – antecipação tributária total na primeira repartição fiscal, conforme previsto no art. 332, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

Constato que a ação fiscal não ocorreu no trânsito das mercadorias, apesar do agente fiscal ter utilizado um instrumento próprio da fiscalização de mercadorias em trânsito: a NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS.

Conforme descrição dos fatos, a ação fiscal foi realizada posteriormente ao ingresso das mercadorias no estabelecimento, haja vista o lapso temporal observado entre a data de emissão das notas fiscais relacionadas na notificação, que ocorreu no período de 10 a 19 de outubro de 2018, enquanto a ação fiscal ocorreu em 26/10/2018, numa operação com características que diferem dos pressupostos que poderiam caracterizá-la como fiscalização de mercadorias em trânsito que contempla a verificação e exame de fatos que acontecem instantaneamente, ou seja,

no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto, característica fundamental para que qualquer operação fiscal seja assim classificada.

Na fiscalização de mercadorias em trânsito, ocorrendo a constatação de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de Auto de Infração – modelo 4 ou de Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, instrumentos que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daqueles instrumentos com vistas a constituir o crédito tributário decorrente da auditoria fiscal no estabelecimento dos contribuintes, quando apurado através de roteiros específicos possíveis ilícitos tributários ocorridos preteritamente.

A ação fiscal que culminou no presente lançamento decorreu da análise e exame de fatos pretéritos, portanto, não mais no exato momento do trânsito das mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, para examinar indícios apontados pelo monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes em operações mercantis já realizadas.

Portanto, ainda que se admitisse tratar de fiscalização sobre mercadorias em trânsito, para caracterizar tal procedimento e, por consequência, o devido processo legal, falta-lhe-iam indispensáveis documentos objetivando documentar a ocorrência ou fatos geradores verificados quando da mercadoria em trânsito.

A notificação fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, ser, o notificado, inscrito no Cadastro Estadual na condição de MICROEMPRESA, contudo, não optante pelo SIMPLES NACIONAL, desde 13/08/2009, início de suas atividades comerciais.

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 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, que a competência para fiscalização de empresas não optantes pelo Simples Nacional, submetidos ao regime de conta corrente fiscal para apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos é atribuição exclusiva dos Auditores Fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento.

Assim sendo, falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no §3º acima transcrito.

Concluo que se encontram caracterizadas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal e, dessa forma, diante das irregularidades acima apontadas, e por contrariar a legalidade objetiva e o devido processo legal, considero, de ofício, o lançamento nulo, com fundamento no art. 18, incisos I e IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Voto pela nulidade da notificação fiscal com fundamento no art. 18, incisos I e IV, alínea “a”, 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, 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 **491301.0184/18-0**, lavrada contra F G – **GONZALEZ COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE M EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR