

N.F. Nº - 108491.0151/19-5
NOTIFICADO - NOVO RUMO COMÉRCIO DE SAPATOS LTDA - EPP
NOTIFICANTE - AILDETE PORTO DA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/06/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0110-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Procedimento em desacordo com as rotinas estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadoria. Comprovado tratar-se de ação fiscal ocorrida em estabelecimento de contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime NORMAL, 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, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Instância Única. Notificação Fiscal. NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 16.08.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.494,34 mais multa de 60%, no valor de R\$6.896,61 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: “Falta de recolhimento do ICMS ref. à 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 da legislação fiscal”.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: 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, ref. Antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte DESCREDENCIADO na Sefaz/BA. Ação Originária da COE (Central de Operações Estaduais), conf. Mandado de Fiscalização no. 9552609000148-201988. DANFES: 2.359; 34.164; 56.350; 2.872; 29.808; 55; 12.212; 56.406; 65.053; 32.432; 5.902; 33.983; 6.827; 2.657; 55.978; 438.833; 32.337; 32.311; 1.650; 237.322; 32.044; 56.266; 3.488; 32.154; 39.378; 236.352; 186; 2.951; 7.207; 32.640; 56.538 e 7.444”

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de seu advogado, e apresenta defesa apensada aos autos (fls.56 a 63), e documentação comprobatória às folhas 64 a 66.

Em seu arrazoado, o Notificado alega que houve, sim, a imposição de uma cobrança de tributo (ICMS) exclusivamente em razão da **não aceitação unilateral** (Pelo Estado da Bahia) quanto ao reconhecido Regime de Tributação (**SIMPLES NACIONAL**) ao qual pertence a empresa Autuada: NOVO RUMO COMÉRCIO DE SAPATOS LTDA. -EPP.

Pontua que os valores lançados na inquinada Notificação Fiscal **são incertos**, ou melhor, são INDEVIDOS, já que a Autuada pertence ao **REGIME de TRIBUTAÇÃO do SIMPLES NACIONAL**, ainda que por força de decisão judicial transitada em julgado (MS Processo nº 0008856-93.2011.4.01.3300 / 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia – Em Salvador/Ba). A referida agente de tributos jamais poderia ter desconsiderado o enquadramento fiscal da autuada no particular.

Por conseguinte, fato é também que a Autuada não está discutindo valores, até porque recolheu regularmente, conforme seu reconhecido Regime Tributário (SIMPLES), todo o ICMS porventura devido e referente às mercadorias que se encontravam em trânsito por ocasião da fiscalização.

Reitera, que a autuação da empresa Recorrente foi lavrada pelo **não reconhecimento** dos pagamentos de ICMS pelo SIMPLES NACIONAL, **submetendo-a, indevidamente**, à exigência de PAGAMENTOS sob o regime normal de “CONTA CORRENTE FISCAL” – o que levou ao consequente e indevido DESCREDENCIAMENTO da Autuada, tornando inapta a sua inscrição.

Acrescenta, apenas para esclarecimentos, a situação cadastral **atual** da Autuada perante o Órgão Federal (SRFB), em anexo, em que ainda consta indevidamente a informação de “NÃO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL”, o que vem gerando graves riscos à atividade da empresa, **inclusive na seara Estadual, à EXEMPLO DO CASO CONCRETO, já que, consequentemente, a não regularização do cadastro federal tem ocasionado a INAPTIDÃO da situação Cadastral da Autuada junto ao Estado (Consulta Básica ao Cadastro do ICMS da Bahia – em anexo).**

Outrossim, ainda à título de esclarecimentos, observe-se também o extrato do SIMPLES NACIONAL e as Declarações diversas de pagamento dos tributos respectivos – EM ANEXO -, que evidenciam o fato de que a empresa recorrente continua efetuando, até hoje, os recolhimentos do SIMPLES com especificação do processo administrativo RESPECTIVO e sem EFICÁCIA JURÍDICA, já que no cadastro federal consta ainda a equivocada informação de “NÃO OPTANTE”.

Aduz que a suposta dívida fiscal, cobrada pelo agente de fiscalização, **funda-se numa autuação equivocada quanto ao Regime de Tributação a ser aplicado**, e, portanto, é totalmente improcedente, e que o mesmo tem ocorrido em outros procedimentos administrativos de fiscalização junto à Autuada, cujas cobranças indevidas de ICMS têm sido objetos de Mandado de Segurança respectivo, para fins de sanar a violação do direito líquido e certo do Contribuinte no particular.

Registra a existência do **Mandado de Segurança** (em anexo) impetrado em face da autoridade coatora (SEFAZ/BA), **sendo que esse processo foi tombado sob o n.º 0505373-44.2017.8.05.0001, em trâmite perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA.**

Ressalta que a medida liminar requerida foi deferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, oportunidade que o mesmo reconheceu o direito da Autuada em permanecer inscrita no Regime Tributário do Simples Nacional, portanto ordenou, através do conteúdo da medida liminar deferida, que a SEFAZ suspendesse os efeitos da exclusão da Embargante do Simples Nacional, e, ainda, ordenou que, também, retirasse a condição de inapta da mesma, por entender que a Autuada havia demonstrado que realmente tinha direito ao que pleiteava no *Mandamus*, tudo **conforme comprova a cópia da r. Decisão Interlocutória adunada oportunamente aos autos.**

Destaca ainda, que a Autuante **até hoje não cumpriu** a r. decisão liminar do MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, tudo conforme comprovam os documentos ora carreados a esta defesa.

Acrescenta que neste suscitado Mandado de Segurança, tramitado na Seara Federal, restou reconhecido, em definitivo, o direito líquido e certo da Impetrante (Ora Autuada) **de permanecer recolhendo todos os seus Impostos e demais Tributos de acordo com a determinação legal do Regime Tributário do SIMPLES NACIONAL, bem como de permanecer fazendo parte do aludido regime tributário.**

Propala, ainda, que a SEFAZ/BA é contumaz em descumprir Ordens Judiciais, ademais também é contumaz em cobrar por supostas e indevidas dívidas advindas de diferenças de ICMS sem razão legal de existir como *in casu*, situação que se caracteriza em claríssimo excesso/abuso de poder.

VOTO

A Notificação Fiscal de nº **108491.0151/19-5**, refere-se à exigência do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.494,34 mais multa de 60%, no valor de R\$6.896,61 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, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto Estadual nº 7.629/99) 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 e do devido processo legal.

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 e seu parágrafo único, 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.

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.

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

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.

De início, verifico como fato que descaracteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (16.08.2019), da data de emissão dos documentos fiscais, (fls. 20 a 52 – emitidas no mês de julho de 2019 nos dias 04, 05, 08, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, e 31; e no mês de agosto de 2019 nos dias 01, 05, 07 e 08), **todos imprimidos pela SEFAZ** – Superintendência Administração Tributária – Diretoria Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações Especiais **na data de 08.08.2019**, da intimação do contribuinte (fl. 54– emitido em 28.08.2018, sem assinatura do representante legal e sem a ciência do contribuinte), além da existência de Mandado de Fiscalização de nº 9552609000148-201988 (fl. 05 – **emitido em 08.08.2019**), indicam claramente que não se trata de uma ocorrência típica de trânsito de mercadorias.

Foram anexados aos autos: 06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UFM (fl. 06), relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fl. 04); trinta e dois DANFES indicados para a constituição de Crédito Tributário, com datas de emissão no período de 04/07 a 08.08.2019 (fls. 20 a 52 e a planilha “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – TRÂNSITO DE MERCADORIAS (fl. 02) e Memória de Cálculo para Antecipação Tributária (fl. 19 – datada de 16.08.2019) que comprovam não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias.

Assinalo, entretanto, que ao contrário das evidências pontuadas acima, verifico que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriada às *autuações*

da fiscalização de trânsito, quando o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento.

Ressalto que, segundo a interpretação dos arts. 28, IV e IV-A e 29 do RPAF/BA, a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias necessariamente deve ser precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, salvo as hipóteses legais, que não se procede no caso concreto, em que foi lavrada a notificação em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada com imediato pagamento do imposto e da multa e irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte. *Observo que não há* na Notificação Fiscal a existência do Termo de Apreensão de Mercadoria e o Termo de Ocorrência Fiscal.

Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, própria para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

Por outro lado, averigui através do Sistema de Informações do Contribuinte – INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia que a Notificada **foi optante** pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – **Simples Nacional no período de 07.05.2008 a 31.12.2012**. Também, averigui através do site da Receita Federal do Brasil (<http://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/aplicacoes/atbhe/consultaoptantes.app/consultaropcao.aspx>) que a Notificada foi excluída por Ato Administrativo praticado pela Receita Federal do Brasil em 31.12.2012 do SIMPLES NACIONAL.

Desta forma, sendo a Notificada constituída na condição de **Empresa NORMAL, não optante do SIMPLES NACIONAL**, e conforme consta no Sistema INC da SEFAZ, recolhendo o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL, (fl. 16), isto posto, no caso em concreto, 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. 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.*

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.

Assim, 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, em instância única julgar NULA a Notificação Fiscal **108491.0151/19-5**, lavrada contra **NOVO RUMO COMÉRCIO DE SAPATOS LTDA – EPP**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA– PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO– JULGADOR