

N.F. N° - 232329.0004/19-4
NOTIFICADO - LOUNGERIE S/A
NOTIFICANTE - SUELI AMARAL CAMPODONIO FERREIRA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.07.2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0170-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. 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 n° 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 23.05.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 14.343,22, mais multa de 60% no valor de R\$ 8.605,93, totalizando o valor de R\$ 22.949,15, 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 n° 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei n° 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n° 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território desse Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, adquiridas para comercialização por contribuinte DESCREDENCIADO. AÇÃO FISCAL ORIGINÁRIA DA COE, CONFORME MANDADO DE FISCALIZAÇÃO N° 13513325001787-2019514. MERCADORIAS: CONFECÇÃO/MODA INTIMA DANFES: 60041, 60176, 1615, 60284, 60298, 60393, 60573, 60630, 60754, 60833, 60537”

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de seu representante, e apresenta defesa apensada aos autos (fl. 45), e documentação comprobatória às folhas 46 a 53 protocolizada na IFMT NORTE/COORD. ATEN, na data de 18.07.2019 (fl. 44).

Alega que os DANFES de n°s. 60041, 60176, 1615, 60284, 60298, 60393, 60573, 60630, 60754, 60833 e 60537 mencionados na Notificação Fiscal foram devidamente recolhidos em 27.05.2019 e 25.06.2019 nas Guias de Recolhimento Mensal, conforme comprovantes anexos.

Reclama que pelos documentos apresentados: a mercadoria entrou no Estado com o ICMS antecipado devidamente recolhido; não houve a infração por falta de pagamento do ICMS antecipado e a NF-e de n° 1615 com finalidade de Uso e Consumo no Estado, não tem cobrança de ICMS Antecipado.

Finaliza que descabe a cobrança do imposto já que houve o recolhimento do ICMS antecipado antes da entrada da mercadoria no território do Estado da Bahia.

Verifiquei não haver informação fiscal, assim distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame, contém, uma única infração elencada que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedente de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (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 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 resulta na presente Notificação Fiscal, tem início com o cumprimento do Mandado de Fiscalização (Ordem de Serviço) de nº. 13513325001787-2019514, acostado ao processo à fl. 05, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 14.05.2019. Nota-se, também, a existência dos relatórios denominados “13- Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal” (fls. 07 e 07v) e “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” (fl. 08) contendo os DANFES, já previamente selecionados, a serem fiscalizado, comprovando-se não se tratar de operação fiscal ocorrida no trânsito de mercadorias. Assinala-se a existência da Memória de Cálculo para Antecipação Tributária à fl. 42, datada de 23.05.2019.

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 procedem no presente caso concreto, em que for 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 nenhum dos termos assinalados.

Registre-se que os DANFES nºs. 060.041 (fls. 10 a 13), 060.176 (fls. 13 a 15), 001.615 (fl. 16), 060.284 (fls. 17 a 18), 060.298 (fl. 19), 060.393 (fls. 20 a 21), 060.573 (fl. 22), 060.630 (fls. 23 a 26), 060.658 (fl. 27), 060.754 (fls. 28 a 29), 060.833 (fls. 30 a 32), 060.537 (fls. 33 a 35) e que acobertaram a ação fiscal referente à operação de circulação das mercadorias, tiveram suas emissões entre as datas de 15.04.2019 a 14.05.2019, e a Notificação Fiscal, emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, foi lavrada no dia 23.05.2019. Cotejando-se as datas 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.

Sendo assim, por óbvio, 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, verifico que o notificado é contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não sendo optante do Simples Nacional (fl. 32). Desta forma, na condição funcional de Agente de Tributos Estaduais este não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária. Não sendo, portanto, competente para a lavratura desta Notificação Fiscal com características de estabelecimento conforme depreende da leitura do §3º do art. 107 da Lei de nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), e do art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, transcritos, *in verbis*:

“Art. 107 (...)

§ 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. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 11.470, de 08.04.2009, DOE BA de 09.04.2009, com efeitos a partir de 01.07.2009)

RPAF

“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.

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 nº **232329.0004/19-4**, lavrada contra **LOUNGERIE S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR