

N. F. N° - 210312.0027/18-8  
NOTIFICADO - EBP – EMPRESA BRASILEIRA DE PESCADOS LTDA.  
NOTIFICANTE - SOLANGE MARIA PACHECO MAGALHÃES  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.12.2019

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0052-06/19NF

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Comprovado tratar-se de Notificação Fiscal lavrada em consequência de ação fiscal ocorrida em estabelecimento comercial de contribuinte inscrito na condição de normal. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Notificação NULA, conforme art. 18, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal (NF) foi lavrada em 27/04/2018, para exigência de ICMS, no valor de R\$22.294,61 (vinte e dois mil, duzentos e noventa e quatro reais e sessenta e um centavos), em decorrência da falta de recolhimento do imposto 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 previstos na legislação fiscal.

**Enquadramento Legal:** Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Na descrição dos fatos, consta que a ação fiscal foi originária da Central de Operações Estaduais – COE, conforme Mandado de Fiscalização nº 123068470006922018239 no trânsito de mercadorias, datado de 29/03/2018.

Consta, fl. 02, o quadro “Demonstrativo de Débito – Trânsito de Mercadorias” com data de ocorrência em 27/04/2018, assinado apenas pela notificante. À fl. 04, foi acostado “Termo de Ocorrência”, sem data e sem assinatura.

Em 07/05/2018, foi emitida intimação, fl. 13, para que o contribuinte comparecesse à DAT METRO/INFAZ ATACADO, para quitação do débito lançado na Notificação Fiscal ou apresentação de justificação. Nessa intimação, não consta assinatura nem data da ciência do contribuinte. Correspondência encaminhada por A.R., enviada em 07/03/2918 e devolvida em 16/05/2018, por motivo de mudança de endereço, está anexada à fl. 14.

O sujeito passivo apresenta impugnação em 14/05/2018, fls. 19 a 23, na qual registra, inicialmente, a tempestividade da peça defensiva. Explica que optou por analisar cada um dos fundamentos que motivaram a lavratura da Notificação Fiscal, para, posteriormente, demonstrar a falta de lastro para a penalidade.

Aduz que a Notificação Fiscal reclama a falta de pagamento do ICMS na antecipação parcial, antes da entrada da mercadoria em território deste estado, de mercadorias adquiridas, procedentes de outras unidades da federação.

Aponta que, para evitar que o estado crie um contencioso volumoso e desnecessário, seria imprescindível que a fiscalização antes de iniciar a ação fiscal fizesse uma triagem no cadastro

do contribuinte quanto a haver benefício de prerrogativas fiscais que impacte no cálculo do ICMS, como desconto ou redução na base de cálculo do imposto.

Prossegue, em suas razões de defesa, afirmando que não houve por parte da notificante o cuidado de perceber que a nota fiscal utilizada para lastrear a presente autuação, já foi objeto de outra Notificação Fiscal, PAF nº 099883.0193/18-7. Afirma que, além desse absurdo, a notificante ao fazer seus cálculos não considerou que a autuada era beneficiária do TERMO DO ACORDO DOS ATACADISTAS, para fruição da redução da base de cálculo do ICMS, proferido através do parecer nº 27.643/2016, e por esse motivo encontrou valor bem maior daquele que de fato seria devido.

Assevera que a regra da antecipação para contribuintes beneficiários do termo do acordo de atacadista prevista em regulamento prevê a aplicação da mesma redução da base de cálculo do ICMS para as operações subsequentes, e afirma que por isso o procedimento fiscalizatório foi impróprio e contrário ao que orienta a pergunta e resposta nº 20 disposta no site da SEFAZ-BA, que reproduziu:

*20. No tocante aos benefícios fiscais nas saídas subsequentes das mercadorias, este serão considerados no cálculo da antecipação parcial? Sim, bem como poderá ser utilizado o crédito destacado no documento fiscal até o limite percentual da carga tributária, inclusive o da própria antecipação parcial, conforme artigo 268, § 1º do RICMS/BA; tratando-se de mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo previstas nos artigos 266, 267 e 268 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, este benefício será considerado na apuração do valor a recolher a título de antecipação parcial, exceto em relação à hipótese prevista na alínea "d" do inciso VI do artigo 267, sendo também aplicada nos cálculos referentes aos contribuintes inscritos no Simples Nacional.*

Por fim, consubstanciado nos argumentos apresentados, requer o cancelamento da presente Notificação Fiscal, nos exatos termos presentes nesta peça impugnatória e o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos, inclusive na preliminar da informação fiscal, seja acatada todas as alegações de defesa.

## VOTO

Da análise dos fatos descritos no processo, inicialmente, 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.

No caso concreto, verifico que a ação fiscal, apesar da notificação ter sido lavrada no modelo próprio para as ações de fiscalização no trânsito, não foi efetivamente desenvolvida na fiscalização de mercadorias em trânsito. A fiscalização foi originária da Central de Operações Estaduais (COE), mediante Mandado de Fiscalização nº 123068470006922018239, acostado ao processo à fl. 03.

Observo, à fl. 04, a presença do Termo de Ocorrência Fiscal, entretanto, constato que o mesmo não se presta para fundamentar o presente procedimento, pois, além de maculado com o vício da falta de assinatura do autuado ou do detentor das mercadorias, não apresenta a data real da entrada das mercadorias no estado, conforme se extrai dos autos.

Da análise do documento que fundamenta a exigência fiscal, constata-se que se trata do DANFE nº 48.802, datado de 24/03/2018, portanto, não se justifica a presunção da data de ocorrência do fato gerador e, consequentemente, a lavratura de Notificação Fiscal no modelo empregado, com data de 27/04/2018, uma vez que a ação fiscal no trânsito de mercadorias é instantânea, não se justificando que se paute em fato pretérito.

O que se observa, realmente, é a existência de lapso temporal entre a data da lavratura da Notificação Fiscal, em 27/04/2018, a da data de emissão do documento fiscal, 24/03/2018, e a data da intimação da lavratura, 07/05/2018, para a empresa comparecer para pagamento do débito ou apresentação de justificação. Registro que no documento Intimação da Lavratura, assim como no Termo de Ocorrência, também não constam as assinaturas pertinentes.

Todos esses dados indicam, claramente, que não se trata de um flagrante fiscal como se caracteriza nas infrações de trânsito. Entendo, com base na descrição dos fatos, que resta caracterizada uma ação fiscal na qual se adotou procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento.

Em consulta ao sistema Informações do Contribuinte, Versão 04.36.02 (INC) desta secretaria, e conforme documento acostado à fl. 10, constato que o sujeito passivo é contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de NORMAL.

Destarte, com lastro na regra insculpida no art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, transcrita a seguir, que trata das competências acerca da função fiscalizadora, falece competência ao Agente de Tributos Estaduais para lavratura da Notificação Fiscal no caso concreto:

*“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.*

Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optantes 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.

Dessa forma, diante do fato da presente notificação fiscal ter sido lavrada por agente sem competência legal para tal, o lançamento efetuado é nulo, com amparo no art. 18, I, do RPAF.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendando à autoridade administrativa da circunscrição fiscal do notificado, 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.

Com base em todo exposto, a presente Notificação Fiscal é NULA.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 210312.0027/18-8, lavrada contra EBP – EMPRESA BRASILEIRA DE PESCADOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2019.

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATORA

EDUARDO VELOSO DOS REIS- JULGADOR

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*