

N.F. N° - 210313.1092/16-4  
**NOTIFICADO** - HIGTOP DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA S/A  
**NOTIFICANTE** - NOÉ AMÉRICO MASCARENHAS FILHO  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 30.01.2020

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

#### ACÓRDÃO JJF N° 0130-06/19NF

**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 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.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 13.05.2016, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$13.555,28 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 nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificante acrescentou, na descrição dos fatos, que se trata de:

*“ Empresa DESCREDENCIADA adquirindo mercadorias em outras Unidades da Federação sem o pagamento da antecipação tributária. DANFE(S) No. 20553, 81, 49115, 65190, 68692, 151388, 355940, 56224, 151612, 56616, 62706, 63905, 56654, 56672, 25397, 567, 108348, 181227, 56813, 96064, 21015, 152381; DANFES emitidos no período de 01 a 30/04/2016. MANDADO DE FISCALIZAÇÃO COE N° 2384901000126-2016-58.”*

Constata-se, que, através de seu representante, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento, à folha 57, acostando documentação comprobatória, às folhas 58 a 133, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Argui que, conforme levantamento feito pela Notificada, o valor correto devido em face da referida insuficiência de recolhimento, com base nas Notas Fiscais foi da ordem de R\$8.625,52, conforme planilha e documentos anexos.

Conclui, requerendo que, após a constatação da correção dos valores apresentados pela Requerente, seja emitido o DAE para o recolhimento do valor citado e com a redução da multa em 90%.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$13.555,28 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, pelo 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.

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. 23842901000126-201658, acostado ao processo à fl. 26, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), em 09.05.2016. Nota-se, também, a existência do relatório denominado “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado UMF” (fl. 32 e 33) contendo os DANFEs, já previamente selecionados, datados de 09.06.2018, a serem fiscalizados. Assinala-se a existência de “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária” à folha 02.

Atesto a existência do documento de Intimação da Empresa (fl. 55), no entanto sem a assinatura do preposto fiscal, datado de 14.07.2016 e sem a devida cientificação do contribuinte. Registro a existência do Termo de Ocorrência Fiscal, datado em 13.05.2016, (fl. 27), entretanto, somente com a assinatura do preposto fiscal.

ESTADO DA BAHIA

SECRETARIA DA FAZENDA

CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

Registre-se que o DANFEs N<sup>os</sup>. 20553, 81, 49115, 65190, 68692, 151388, 355940, 56224, 151612, 56616, 62706, 63905, 56654, 56672, 25397, 567, 108348, 181227, 56813, 96064, 21015, 152381 (fls. 03 a 25) que acobertaram a operação fiscal, e constante na planilha existente à folha 02, foram emitidos no período das datas de 07.04.2016 a 30.04.2016.

Na situação sob análise, constato que houve adoção de procedimentos aplicáveis à fiscalização de estabelecimento. Todavia, conforme pesquisa realizada no sistema de Informações do Contribuinte – INC (fl. 50), da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, verifico que o notificado é contribuinte cadastrado na condição de Empresa do Regime Normal, não sendo optante do Simples Nacional. 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 n<sup>o</sup> 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*:

*COTEB*

“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 n<sup>o</sup> 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.

Desta forma, diante da constatação de ato praticado por autoridade incompetente, concluo, com amparo no inciso I do art. 18 do RPAF, que o lançamento efetuado é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Assim, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo à autoridade fazendária 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância **única**, julgar **NULA** a Notificação Fiscal **210313.1092/16-4**, lavrada contra **HIGTOP DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2019.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO– PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

