

**N.F. Nº - 151670.0151/17-0**  
**NOTIFICADO - OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA - EPP**  
**NOTIFICANTE - CACILDA CONCEIÇÃO SILVA**  
**ORIGEM - IFMT NORTE**  
**PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.02.2020**

## **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0158-06/19NF**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO.** Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. 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, em instância **ÚNICA**.

### **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 08/12/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 20.857,01, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 12.514,21, perfazendo um total de R\$ 33.371,22, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: Falta de recolhimento do ICMS referente 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 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 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresenta, por meio de advogado, peça defensiva com anexos, às fls. 27/115, afirmando preliminarmente nulidade pelo fato do preposto fiscal não ter apontado a legislação interna referente à substituição tributária, que previsse que as mercadorias se enquadravam neste regime e por lançar, de forma genérica, que o contribuinte seria “não inscrito”, “inapto” ou “que não preenchesse os requisitos previstos na legislação fiscal”, causando cerceamento de defesa. Outrossim, aponta que a notificação não se trata de “antecipação tributária total”, pois sequer coloca nos cálculos os valores de “MVA”.

Cita a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos LV e LVI, que garante o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, bem como o princípio da motivação.

No mérito, alega que a empresa atua no ramo de explosivos e que todas as mercadorias transferidas entre as unidades da empresa, cujas Notas Fiscais são objeto da notificação de lançamento, tratam de circulação de explosivos. Contudo na descrição da Notificação, assim como na legislação mencionada, inexistente a fundamentação que obriga a transação envolvendo explosivos a proceder a antecipação do ICMS e muito menos qual o motivo que ensejou o Estado a exigir o imposto de forma antecipada.

Aduz que a empresa na data da emissão das Notas Fiscais estava devidamente credenciada e que ocorreu um descredenciamento, sem nenhuma notificação prévia, o que inclusive é nulo e fere o contraditório, assim como sem motivação, sendo certo que a empresa sequer soube o motivo, já que o suposto descredenciamento ocorreu por equívoco do fisco, o que foi corrigido pela própria Fazenda Estadual.

Acresce que, na data da emissão das Notas, a autuada estava apta a pagar o ICMS no regime normal, já que é contribuinte deste Estado, e jamais o Fisco poderia ter autuado a empresa da forma como fez, pois a mesma sempre esteve regular.

Alega que, na planilha de demonstrativo da base de cálculo, a autoridade fiscal ainda aplicou a glosa de crédito prevista no Decreto nº 14.213/2012, que considera totalmente inconstitucional, pois veda o crédito do imposto garantido constitucionalmente, em verdadeiro fomento à guerra fiscal.

Finaliza a peça defensiva requerendo: a) que seja recebida e conhecida a presente impugnação/justificação escrita; b) que em virtude da ausência de tipificação e enquadramento legal, seja o presente declarado NULO; c) se acaso ultrapassada a preliminar acima, considerando que o auto de infração é insubsistente, e considerando que não há dever legal da autuada proceder ao recolhimento do imposto da forma imposta, vem requerer seja o mesmo julgado IMPROCEDENTE com o consequente arquivamento.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$20.857,01 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 na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*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 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.

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

*(...)*

*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.*

*(...)”*

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*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 vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Registre-se que a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias acobertadas pelos DANFEs de nºs 688, 8.392 e 8.367, emitidos respectivamente em 13/11/2017, 17/11/2017 e 03/11/2017 (fls. 05 a 08), sendo que a Notificação foi lavrada em 08/12/2017 (fl. 01). Note-se, também, que o Mandado de Fiscalização foi emitido pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS - COE em 23/11/2017 (fl. 04) e que existe no processo um Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos datado de 29/11/2017 (fl. 09). Cotejando-se as datas do Mandado de Fiscalização; do Termo supracitado; 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.

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 Notificação Fiscal própria para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

Destarte, considerando que nos termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto lastreado em fato pretérito é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, entendo que o procedimento fiscal correto e que deveria ter sido adotado no caso em comento, seria aquele aplicável à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes e assim garantir em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, conforme pesquisa realizada no sistema INC – Informações do Contribuinte, constato que o notificado é inscrito no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “EMPRESA DE PEQUENO PORTE” e apura o imposto pelo regime de “CONTA CORRENTE FISCAL” fl. 10. Dessa forma, no presente caso, 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 deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

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-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, 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.

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, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 151670.0151/17-0, lavrada contra OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA - EPP.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 dezembro de 2019

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR