

N. F. Nº - 210312.0042/18-7  
NOTIFICADO - RSB PLÁSTICOS LTDA.  
EMITENTE - SOLANGE MARIA PACHECO MAGALHÃES  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/11/2019

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0172-04/19NF**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. O lançamento fiscal de ofício, como ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. As circunstâncias da autuação não se materializam como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da presente Notificação Fiscal foram efetuados por servidor sem competência legal. A fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, ou seja, conta corrente fiscal, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente de o contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte. Falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º, do COTEB, recepcionado pelo art. 42, do pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Infração nula de ofício, com base no art. 18, inc. I e IV, “a”, do RPAF/99 Representa-se à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal, lavrada em 20/07/2018, refere-se à exigência de R\$27.190,32 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$11.329,33, que perfaz o montante de R\$30.211,54, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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 previstos na legislação fiscal, relativo às operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ – “06 *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” de fl. 5 e cópia dos documentos fiscais (NFE) de fls. 8 a 12, mais especificamente o DANFE 000.11.996 e o DANFE 000.401.414, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 66699463000444-2018612 expedido em 12/06/2018, acostado à fl. 3 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

O notificado apresentou impugnação à fl. 32 do PAF, em que pede improcedência total da Notificação Fiscal, em tela, com a justificativa que a seguir passo a descrever:

Diz que, de acordo com RICMS/BA, art. 266, inc. 1º, alínea “d”, consta a redução da base de cálculo para 5,6%; e o RICMS/SP associado ao Convênio ICMS 52/91, Anexo II, item 10.4, consta a redução da base de cálculo em 58,57% ou a aplicação sobre o valor total dos produtos de um percentual de 4,01%.

Neste contexto, aduz que a NF Nº 210312.0042/18-7, em tela, é indevida e está impedida de ser realizada devido a liminar apresentada sobre as mercadorias de implementos agrícolas, onde diz existir a redução da base de cálculo quando a mercadoria vem de São Paulo para Bahia, mediante processo de transferência entre matriz e filiais, ou na aquisição de mercadorias para revenda de implementos agrícolas vinda de Santa Catarina.

Contudo, pontua, então, que houve o pagamento do imposto sobre 1,50% do valor total da mercadoria, conforme diz constar dos regulamentos mencionados acima, referente à diferença de alíquota exigida entre os Estados de São Paul e Bahia, ou seja, débito ICMS BA – 5,6% menos crédito ICMS SP – 4,1% iguala o percentual de 1,5% de antecipação parcial no momento da entrada da mercadoria no Estado de destino.

Têm-se à fl. 37 DAE no valor de R\$775,91, relativo ao DANFE 000.11.996, com comprovação de pagamento no dia 05/06/2018 (fl. 36); e à fl. 46 DAE no valor de R\$1.489,90, relativo ao DANFE 000.401.414, com comprovação de pagamento no dia 25/06/2018 (fl. 36). Todos os dois DAES com Código de Receita 2175-ICMS Antecipação Parcial.

À fl. 48-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF à este Relator, para instrução e julgamento.

## VOTO

A Notificação Fiscal nº 210312.0042/18-7, lavrada em 20/07/2018, refere-se à exigência de R\$27.190,32 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$11.329,33, que perfaz o montante de R\$30.211,54, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por 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 previstos na legislação fiscal, relativo as operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ – “06 *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” de fl. 5 e cópia dos documentos fiscais (NF-e) de fls. 8 a 12, mais especificamente o DANFE 000.11.996 e o DANFE 000.401.414, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 66699463000444-2018612 expedido em 12/06/2018, acostado à fl. 3 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

A notificação fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 66699463000444-2018612, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação através das Notas Fiscais Eletrônicas (NFE) 000.11.996 (fl. 8) e 000.401.414 (fl. 10), constante do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “06 *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” à fl. 5.

Apropriando-me de trechos do relatório de decisões proferidas pela 4ª JJF, relativo às N.F. nº 213080.0058/18-5, 210967.1023/16-1 e 210967.0079/18-0 de minha relatoria, inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na siconicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o Conselho de Fazenda efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes, contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma “Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias”, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica a análise e exame de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 20/07/2018, à emissão do Mandado de Fiscalização, em 12/06/2018 e o trânsito das mercadorias constantes das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) 000.11.996 (fl. 8) e 000.401.414 (fl. 10), objeto da autuação, pois, as mesmas foram emitidas nos dias 05/06/2018 e 18/05/2018, respectivamente.

Neste contexto, não se tratando de uma operação de trânsito de mercadoria, cabe o entendimento de considerar a lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS, como incompatível para o procedimento fiscal de apuração decorrente do exame de fato pretérito, como ocorreu no presente caso, cabendo a adoção de procedimento aplicável à fiscalização de estabelecimento, obedecendo todas as formalidades legais, inclusive observando a correta data de ocorrência dos fatos geradores, e não conforme foi efetuado no presente lançamento.

Vê-se, então, que o procedimento fiscal, em tela, não se relaciona a uma abordagem imediata visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial do imposto, decorrente de entradas de mercadorias, no território deste Estado, praticadas por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Seguindo essa trilha de entendimento, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta, todavia, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC da SEFAZ, à fl. 13 dos autos, ser o autuado, inscrito no Cadastro Estadual de Contribuinte na condição de Empresa Normal, com o registro de opção de apuração do imposto por Conta Corrente Fiscal no âmbito do Estado da Bahia.

Isto posto, é necessário apontar, na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o presente lançamento tributário, ou seja, em contribuinte com apuração do imposto por Conta Corrente Fiscal.

O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81 estabelece no art. 107, a citada competência para a constituição de créditos tributários a partir de 01/07/2009, com a vigência da Lei nº 11.470/09.

*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. (Grifos acrescidos)*

*Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.*

Tais determinações foram absorvidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

*“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:*

*II- 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”.*

Da leitura dos dispositivos legais acima destacados, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente do contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º, do COTEB, recepcionado pelo art. 42, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, já que, além do procedimento fiscal ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação, seu ato foi formalizado por servidor sem competência para tal fim, Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I e IV, alínea “a”, do RPAF/99, recomendando, na forma do art. 21 do citado diploma legal, a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, no estabelecimento do autuado, observando todas as formalidades inerentes a este tipo de auditoria, devendo ser, ainda, observado o prazo decadencial.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** a Notificação Fiscal nº **210312.0042/18-7**, lavrada contra **RSB PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal em ação a ser desenvolvida no estabelecimento do autuado, a salvo das falhas apontadas, observando-se o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA