

**N.F. Nº - 491301.0119/18-4**  
**NOTIFICADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**  
**NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA**  
**ORIGEM - IFMT METRO**  
**PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/01/2021**

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0244-02/20**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Procedimento fiscal a estabelecimento cadastrado na SEFAZ na condição de contribuinte não optante pelo SIMPLES NACIONAL efetuado por Agente de Tributos, como se fora em operação de mercadoria em trânsito, em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias e sem cumprimento do devido processo legal. Incompetência funcional. O lançamento de crédito tributário é ato administrativo estritamente vinculado, devendo a autoridade fiscal agir nos estritos termos da legislação e em observância às regras de direito formal. Nulo é o lançamento de ofício com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime com representação para renovação da ação fiscal, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 12/07/2018 acusando o cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO – 54.05.08: Falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal. Valor: R\$42.900,00. Período: 22/06/2018. Enquadramento legal: Alínea “b” do inciso III, do art. 332, do RICMS-BA/2012, c/c os arts. 12-A, 23, III, 32 e 40 da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no Art. 42, II da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da Federação. Ação fiscal originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT – Central de Operações Esetaduais – COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 04665096003779-201529, baseado no art. 332, § 2º, através de O.S. emanada do MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 5466724000149-201876. “A Base de Cálculo foi calculada através do Danfes: 98314, recebido pelo contribuinte conforme memória de cálculo anexa”.

Devidamente representado o autuada impugna o lançamento fiscal às fls. 14-17. Em preliminar, reproduzindo o § 3º do art. 107 da Lei 3.956/81, argui a nulidade do lançamento porque não sendo o contribuinte optante pelo Simples Nacional nem o fato gerador ter ocorrido quando da mercadoria em trânsito, a Agente de Tributos autora não tem competência para lavrá-lo.

Reforça a preliminar dizendo que a despeito da agente fiscal informar que a base de cálculo se funda em DANFE indicado e que apresenta a memória de cálculo, esta não foi juntada aos autos. Reproduzindo o § 1º do art. 18 do RPAF, fala que a notificante apresenta “simplório demonstrativo de débito” que não atende ao dispositivo legal reproduzido, pois não é possível conhecer, com segurança, o montante do débito tributário, o que também entende nulificar o lançamento fiscal.

Aduz que a natureza da infração exige que o demonstrativo apresente o cálculo por item de mercadoria, haja vista a diversidade de tributação.

Argumenta que a Notificada é empresa credenciada para pagamento do ICMS devido por antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente ao da emissão do MDF-e, conforme preconiza o § 2º do art. 332 do RICMS-BA (copiado).

Ademais, diz que a Notificada possui termo de acordo atacadista para uso do benefício fiscal previsto no Dec. 7.799/2000, o que lhe permite reduzir a BC em 41,176% nas operações de saídas com mercadorias sujeitas à alíquota de 18% ou 20%.

Quanto ao mérito, diz que o DANFE indicado na descrição dos fatos foi emitido em junho de 2018 e o “prazo de vencimento para pagamento do ICMS devido por antecipação parcial ocorreria tão somente em 25 de julho de 2018, conforme previsto no § 2º do art. 33 do RICMS-BA. O AI foi lavrado em 12/07/2018, ou seja, antes do prazo legal de pagamento do débito.

Concluindo, pede: (i) Declaração de nulidade do AI em reação da incompetência funcional arguida na preliminar. (ii) Improcedência do AI, caso superada a preliminar arguida; (iii) Que as intimações, notificações relacionadas ao PAF sejam encaminhadas ao procurador da autuada.

A Notificante presta Informação Fiscal às fls. 31-32 dos autos. Após resumir as razões da Defesa, informa: (i) Que os demonstrativos questionados constam da fls. 04-08 dos autos; (ii) Quanto ao pagamento do ICMS por antecipação parcial poder ser feito até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e, reproduzindo seu teor, diz que o Impugnante se esqueceu do § 2-A do art. 332 do RICMS-BA, pois a data só se aplica quando houver emissão de MDF-e vinculada ao documento fiscal da operação, ainda que o contribuinte atenda aos requisitos definidos no dispositivo referido.

Aduz que o Impugnante apresenta o DAE de pagamento (fl. 22), “referente a quinze DANFES, não especificou qual o valor foi pago para o DANFE objeto da autuação”.

Requer que o AI seja julgado procedente.

## VOTO

A Notificação Fiscal contém uma única infração que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Como acima relatado, a notificada impugnou o lançamento fiscal requerendo a nulidade por afronta ao § 3º do art. 107 da Lei 3.956/81, porque não sendo o contribuinte optante pelo Simples Nacional, nem o fato gerador ter ocorrido quando da mercadoria em trânsito, a Agente de Tributos autora, não tem competência para lavrá-lo. Reforça a preliminar dizendo que a despeito da agente fiscal informar que a base de cálculo se funda em DANFE indicado e que apresenta a memória de cálculo, esta não foi juntada aos autos.

Pois bem, a despeito de, sem adentrar ao mérito dos elementos, reparar que a notificação fiscal está acompanhada dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido, como reza o § 4º do artigo 28 do RPAF, o que faz cair o argumento de nulidade aduzido, verifico que o presente lançamento não pode prosperar, pois, como efetuado, não respeitou aspectos formais que, ausentes, produzem insanável vício de nulidade do ato administrativo em revisão neste órgão administrativo judicante. Refiro-me ao modelo utilizado para a constituição do crédito tributário “NOFIFICAÇÃO FISCAL – TRÂNSITO DE MERCADORIAS”, específico para uso na atuação do preposto fiscal na fiscalização de mercadorias em trânsito, que, neste caso, como veremos, foi usado para constituir crédito em atuação fiscal típica para estabelecimento.

De início, verifico como fato que descaracteriza uma infração decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal

(12/07/2018), da data de emissão dos documentos fiscais (período compreendido entre 06/06 a 04/07/2018) relacionados no documento de fl. 06, identificado como “06 – RESUMO DO DEMONSTRATIVO CALC SEMI ELABORADO – UMF, que nada mais é que um simples relatório listando DANFes visando balizar futura fiscalização no estabelecimento destinatário, quanto ao cumprimento da obrigação tributária relativa ao pagamento do ICMS por Antecipação Parcial.

Também é de se observar que a ação fiscal decorreu do Mandado de Fiscalização nº 5466724000149-201876 (fl. 03), expedido pela Superintendência da Administração Tributária – SAT/DPV, derivado da sua atividade de monitoramento em que se intui viés de risco de sonegação fiscal que, por óbvio ululante, para ser mais eficiente deve se realizar mediante atuação fiscal no estabelecimento do destinatário, desde que com os meios adequados, de modo a concretizar a eficácia da SEFAZ em ambas atividades: monitoramento e fiscalização.

Foram anexados aos autos: Mandado de Fiscalização - Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal (fl. 03); lista de DANFes “06 - Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF (fls. 14-15)”; extrato dos pagamentos realizados contendo códigos da receita período de referencia e valor (fl.07); cópia da ficha cadastral do notificado na SEFAZ (fls. 08-09), esta informando ser uma empresa com apuração de ICMS mediante conta corrente fiscal.

Nesse contexto, o presente lançamento incorre em diversas antinomias, pois ainda que se admitisse se tratar de fiscalização de trânsito de mercadorias, para caracterizar tal procedimento e, por consequência, o devido processo legal, faltar-lhe-ia indispensáveis documentos objetivando documentar a ocorrência ou fatos geradores, verificados quando da mercadoria em trânsito irregular, no caso o Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS (RPAF: Art. 28, IV).

Ora, a fiscalização de trânsito ocorre quando as mercadorias estão em trânsito, ou seja, quando a ação fiscal é desenvolvida diante da constatação efetiva, física, momentânea do trânsito das mercadorias em situação irregular. Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de “mercadorias em trânsito” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação ou Auto de Infração próprios para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

Entretanto, não foi o que efetivamente ocorreu no caso concreto, posto que, apesar de a data da ocorrência do fato constar na Notificação Fiscal em 12/07/2018, não consta dos autos elemento que configure o evento no curso do trânsito das mercadorias objeto da Notificação nessa data.

Ademais, o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, de que trata o Decreto nº 14.208/12, consiste em um processo de monitoramento eletrônico centralizado, executado através de análises e cruzamentos prévios das informações, mediante critérios de relevância e risco da mercadoria, do contribuinte e do transportador.

O monitoramento visa acelerar o processo de fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como com risco de sonegação. Em momento algum este decreto buscou extrapolar a definição do que seria trânsito de mercadoria para autorizar que ações pudessem ser executadas após as mercadorias serem entregues ao destinatário e, ainda assim, continuarem a ser consideradas como ação vinculada ao trânsito de mercadoria.

Por fim, considerando que conforme documento de fls. 08-09 o contribuinte é inscrito no Cadastro de Contribuintes da Bahia na condição de NORMAL é de também destacar que a atuação da Agente de Tributos Estaduais extrapola os limites de sua competência legal agredindo a disposição contida no § 3º do artigo 107 do COTEB e inciso II do artigo 42 do RPAF.

Frente aos argumentos acima e por contrariar a legalidade objetiva e o devido processo legal, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, com fundamento no artigo 18, incisos I e IV, “a” do

RPAF.

Represento à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de eventuais créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, decorrentes das operações objeto deste PAF, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **491301.0119/18-4**, lavrada contra a empresa **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR