

N. F. Nº - 118505.1031/16-8  
NOTIFICADO - MCK - COMERCIAL ELÉTRICA EIRELI - EPP  
EMITENTE - LAURICE SOARES MENEZES  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.04.2021

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0029-05/21NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS E DE COMPETÊNCIA. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. Como ato administrativo, o lançamento de ofício deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, dentre eles a competência do agente que o praticou. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento. Comprovado que à época das ocorrências relativas a fevereiro/2016, o notificado estava inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa Normal, com o registro de forma de apuração do imposto por conta corrente fiscal. Constatado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal relativamente às ocorrências de fevereiro/2016, foram efetuados por servidor sem competência legal para fazê-lo, conforme previsto no art. 107 do COTEB (Lei nº 3.956/81). Comprovada também a indicação incorreta das datas de ocorrência dos fatos referentes a janeiro/2016, período em que o notificado era optante pelo Simples Nacional. A incorreta indicação das datas dos fatos geradores produz impacto no valor dos acréscimos legais a que o imposto exigido está sujeito. Evidenciada no caso concreto ofensa ao art. 18, I, IV, “a” e § 1º do RPAF/BA. Recomendação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 21/03/2016, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$18.665,58 (dezoito mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos), em razão da *“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”*, no mês de fevereiro de 2016. Com aplicação da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

A notificada apresentou justificação às fls. 45 e 46 dos autos. Inicialmente registra que contestará em parte a notificação lavrada pela falta de recolhimento do ICMS/antecipação tributária total e/ou parcial incidente sobre as operações interestaduais relativas aos DANFES: 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954; 0285; 11119; 28047; 0291, 2227e 0693.

Aduz que segundo art. 332 do RICMS/BA, o recolhimento do ICMS será feito antes da entrada no território do Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação ou do exterior.

Que isso se aplica para as empresas descredenciadas por sua situação cadastral estar irregular. E que este é o caso da MCK COMERCIAL ELETRICA EIRELLI.

Assevera que as notas fiscais nºs 9470; 40101 e 38954 (anexadas) foram calculadas para antecipação tributária como produtos sujeitos à substituição tributária. Que os produtos constantes nas referidas NFs não se encontram no Anexo atual do ICMS, ano 2016, ou seja, são apenas produtos sujeitos a antecipação parcial conforme a memória de cálculo que diz ter anexado.

Acrescenta que as NFs nºs 0285; 28047; 0291 e 2227, estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme protocolo celebrado entre as Unidades Federativas. Que está atribuída ao remetente, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes. E que este fato ocorreu com NFs acima citadas.

Salienta que na memória de cálculo para antecipação tributária elaborada pela Notificante, a partir da NF nº 0278 a 0693, consta a aplicação da alíquota de 27%, quando a alíquota aplicável aos produtos em questão era de 17%, até 09/03/2016. Que as NFs nºs 2.227 e 693 foram emitidas após o prazo estabelecido na “INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DANFES” (anexa), emitida em 15/02/2016, com ciência da Notificada em 17/02/2016. Anexa planilha com memória de cálculo com as correções relatadas.

Requer que seja revisto o Lançamento.

Não há nos autos informação fiscal acerca da justificação apresentada pela notificada.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide totalizou o valor histórico principal de R\$18.665,58 (dezoito mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos), e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro 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 pelos princípios da verdade material, da legalidade, da 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 N° 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), determina expressamente 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.*

(...)"

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à legalidade do lançamento, sobre os quais passo a dissertar.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/METRO, para apontadas verificar irregularidades na Denúncia Fiscal nº 27.360/15 de 14/01/2015 (fl. 18).

Observo que há no PAF demonstrativo de fl. 03, de autoria da notificante, o qual indica que a exigência fiscal diz respeito às: (i) NFes nºs 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954 e 0285, emitidas entre 08/01/2016 e 28/01/2016 (fls. 04 a 10); e (ii) NFes nºs 11119; 28047; 0291, 2227e 0693, emitidas no período de 01/02/2016 a 19/02/2016 (fls. 11 a 15). E que, à fl. 19, existe “INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DANFE(S)” exarada pela Notificante, em 15/02/2016, e destinada à notificada, que toma ciência desta em 15/02/2016.

Constatou que a Notificação Fiscal em lide fora lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Que, conforme pesquisa efetuada, nesta data, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, verificou-se que a empresa estava enquadrada na condição de optante pelo Simples Nacional, em dois períodos, a saber: (i) de 01/01/2013 a 30/09/2013; e (ii) de 01/01/2016 a 31/01/2016 (GN):

Governo do Estado da Bahia  
Secretaria da Fazenda  
DARC - GEIEF  
Informações Protegidas por Sigilo Fiscal

PAG - 1  
Emissão: 11/03/2021 02:21  
Login do Usuário Solicitante: antonioe  
INC - Informações do Contribuinte

Relatório dos Períodos do Simples Nacional

Inscrição Estadual: 073487672	CNPJ/CPF: 08700513000117
Razão Social: MCK - COMERCIAL ELETRICA EIRELI	

  

Datas	
Inicio da Vigência	Fim da Vigência
01/01/2013	30/09/2013
01/01/2016	31/01/2016

Neste contexto, torna-se necessário averiguar, à luz da legislação tributária estadual, a competência da notificante para realizar o presente lançamento tributário.

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

“COTEB – Lei nº 3.956/81

(...)

*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. (GF)*

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

Tal regramento, foi recepcionado pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que também prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

*"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

(...)

*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.*

(...)"

Destarte, da dicção dos dispositivos legais acima replicados, conclui-se que a competência para fiscalizar a empresa optante pelo regime normal de apuração do imposto em fiscalização de estabelecimentos é exclusiva dos auditores fiscais, inclusive no que se refere aos atos preparatórios vinculados ao lançamento. Que resta claro que os Agentes de Tributos Estaduais não detêm a competência legal para constituição de crédito tributário fora dos limites estabelecidos nos arts. 107, § 3º do COTEB (Lei nº 3.956/81), e 42, I e II do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), acima transcritos. E que, por via de consequência, a presente notificação fiscal somente poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos relativamente aos fatos geradores relacionados com as NFes nºs 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954 e 0285, emitidas entre 08/01/2016 e 28/01/2016 (fls. 04 a 10).

No caso concreto, considero que restou comprovada a existência de vício de competência que caracteriza desenganadamente nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, em relação aos fatos geradores referentes às NFes nºs 11119; 28047; 0291, 2227e 0693, emitidas no período de 01/02/2016 a 19/02/2016 (fls. 11 a 15), já que esta foi executada por servidor sem a devida competência legal para fazê-lo.

Passo então a expor meu voto acerca da parte remanescente do lançamento de ofício, que diz respeito às NFes nºs 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954 e 0285, emitidas entre 08/01/2016 e 28/01/2016 (fls. 04 a 10), período em que a notificada estava enquadrada na condição de empresa optante pelo Simples Nacional.

Entendo que consoante o art. 332 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), no tocante aos contribuintes não credenciados na forma do seu § 2º, o ICMS/Antecipação parcial e/ou total, deve ser apurado operação a operação:

*"RICMS/BA - Decreto nº 13.780/2012*

(...)

*Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:*

(...)

*III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:*

(...)

*a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;*

*b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;*

(...)

*§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-*

*ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:*

(...)"

Nesta linha de raciocínio, verifico que o lançamento foi efetuado considerando-se englobadamente as ocorrências relacionadas às NFes nºs 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954 e 0285, emitidas entre 08/01/2016 e 28/01/2016 (fls. 04 a 10). Que a notificante considerou como data de ocorrência da infração, a data única de 19/02/2016, conforme indicada no “Demonstrativo de Débito”, à fl. 01 do PAF, a qual corresponde à data de emissão da NF nº 0693, quando no entendimento deste Relator, tal agrupamento não poderia ser efetuado, na medida que produz impacto no cálculo dos acréscimos legais a que o crédito exigido está sujeito.

Assim, concluo que tal agrupamento também eiva de vício insanável o lançamento de ofício relacionado com as NFes nºs 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954 e 0285, emitidas entre 08/01/2016 e 28/01/2016 (fls. 04 a 10), por comprometer a segurança na determinação do montante do débito tributário, a teor do art. 18, IV, “a” e § 1º do RPAF-BA (Decreto nº 7.629/99).

Desta forma, concluo que há duas nulidades a serem acolhidas de ofício por este Relator neste PAF: (i) a falta de competência legal da autoridade fiscalizadora para efetuar o Lançamento de Ofício em lide, relativamente às ocorrências de fevereiro/2016 (NFes nºs 11119; 28047; 0291, 2227e 0693, emitidas no período de 01/02/2016 a 19/02/2016 - fls. 11 a 15), quando a empresa não era mais optante do Simples Nacional e (ii) a não indicação correta das datas de ocorrência dos fatos que caracterizaram a imputação fiscal, relativamente às ocorrências de janeiro/2016 (NFes nºs 9470; 0247; 40101; 0278; 2164; 38954 e 0285, emitidas entre 08/01/2016 e 28/01/2016 - fls. 04 a 10). Vícios estes que considero insanáveis e motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18 do RPAF-BA (Decreto nº 7.629/99).

Julgo, portanto, por todos os argumentos acima consignados, que o Lançamento de Ofício em apreciação é nulo, conforme art. 18, I, IV, “a” e § 1º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*Art. 18. São nulos:*

*I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*

(...)"

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*

(...)

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

(...)

*In fine*, nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à competência legal do agente fiscalizador, devendo ser observado o prazo decadencial em relação aos fatos geradores em apreço.

Pelas razões acima expostas, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **118505.1031/16-8**, lavrada contra **MCK - COMERCIAL ELÉTRICA EIRELI - EPP**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR