

N. F. Nº - 210727.0130/17-3

**NOTIFICADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**

**NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO FREITAS MARIANO**

**ORIGEM - IFMT METRO**

**PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.01.2020**

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0197-05/19NF**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. ATO PRATICADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Notificação Fiscal lavrada em estabelecimento de contribuinte inscrito no CAD-ICMS na condição de Empresa do regime normal, recolhendo o imposto pelo sistema de apuração CONTA-CORRENTE FISCAL. Competência exclusiva dos auditores fiscais nos termos do § 2º do art. 107 da Lei nº. 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 10.08.2017, exige do Notificado, ICMS, no valor histórico de R\$23.497,06, acrescido da multa de 60%, 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 previstos na legislação fiscal.

Constata-se, que através de seu advogado, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento às folhas 27 a 30, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Preliminarmente, apontou nulidade com espeque na alegação de incompetência do preposto fiscal notificante pertencente ao cargo de Agente de Tributos Estaduais para proceder lançamento de crédito fiscal em desfavor de contribuinte inscrito no cadastro de contribuintes como não optante do regime de tributação admitido pelo regime tributário diferenciado do Simples Nacional.

Nesse sentido, evocou o §,3º do art. 107 da Lei n.º 3.956/81, que reproduziu.

Justificou sua assertiva, aduzindo que a fiscalização não fora desenvolvida no trânsito de mercadorias, e sim em decorrência do “Mandado de Fiscalização nº 5466724000149-201777”, fl. 04.

Ainda quanto à nulidade, disse ter o autuante afirmado que a mercadoria objeto da notificação seria CHARQUES, mas que esta mercadoria não estaria enquadrada no regime de substituição tributária, pontuando que este fato também inquinaria de nulidade o procedimento fiscal tendo em vista a natureza da infração imputada não se adequar ao fato, tendo evocado e reproduzido o § 1º, do art. 18 do RPAF.

Disse, ainda, que o lançamento tributário teve por base um “simplório demonstrativo de débito” que salientou estar inserido no próprio formulário de notificação fiscal, asseverando que, por isso não atenderia ao § 1º, do art. 18 do RPAF, pois não permitiu conhecer com segurança o montante do débito tributário, tendo alinhado este fato como mais um elemento a comprometer pela nulidade o feito.

Explicou que a natureza da infração imputada exigiria que o demonstrativo apresentasse o cálculo por item de mercadoria, discriminando o NCM, MVA, respectivo valor da operação, base

de cálculo do ICMS normal e base de cálculo do ICMS-ST, crédito apropriado, débito final encontrado, dados que afirma, não se verificar nos autos.

Complementou que a mercadoria autuada não está sujeita ao regime de substituição tributária, pois conforme o ANEXO 1 do RICMS/12, está especificado no item 11.31, à exceção da referida mercadoria.

Ao final, pediu que a presente Notificação Fiscal fosse declarada nula em razão da falta de competência arguida.

Em sendo superada a preliminar de nulidade por incompetência da autoridade lançadora, roga pela nulidade em razão de erro material de sua tipificação e de seu demonstrativo.

Não consta informação fiscal.

## VOTO

A Notificação Fiscal contém uma única infração elencada que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Em vista da arguição de nulidade do feito, tendo por espeque a incompetência da autoridade lançadora, faz-se *mister* sua análise preliminar, por se tratar, em se confirmando a referida arguição, de vício insanável que afastará a análise de mérito e por conseguinte a peremptória anulação da Notificação Fiscal em questão.

Para cumprir este desiderato, impõe-se perquirir a existência de questões fáticas e de direito do entorno da ação fiscal que resultou no presente lançamento, com a pretensão de verificar os aspectos que confirmariam ou não a competência da autoridade lançadora questionada.

De início, pressuponho que seja necessário alinhar a legislação afeita ao tema, a qual para adequar-se à questão a ser perseguida se reportará a: i) limites de competência para efetivar o lançamento de crédito tributário atinente ao Agente de Tributos Estaduais; ii) limites atinentes ao lançamento do crédito tributário em ação fiscal própria da FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO DE MERCADORIAS e cabimento desta caracterização no procedimento realizado conforme os autos; iii) regime de tributação concernente à empresa notificada.

Deste modo, em primeiro temos que o limite de competência para efetivar o lançamento de crédito tributário atinente ao Agente de Tributos Estaduais pode ser extraído dos seguintes textos legais: art. 142 do CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN combinado com o art. 107 do CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DA BAHIA - COTEB e art. 42 do REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RPAF, que passo a reproduzir:

### 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.*

### COTEB - LEI Nº 3.956/1981

*“Art. 107 (...)*

*§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 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 nº 11.470, de 08.04.2009, DOE BA de 09.04.2009, com efeitos a partir de 01.07.2009)

**RPAF - DECRETO Nº 7.629/1999**

*"Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*(...)*

*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, em primeiro, é peremptória a conclusão de que a competência dos Agentes de Tributos Estaduais, para fins de constituição de créditos tributários, está limitada às apurações infracionais tributárias: **i)** decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito de mercadorias; e **ii)** decorrentes de auditoria de estabelecimento realizada em empresas cujo regime de apuração do ICMS sejam próprio de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Seguindo o escopo de investigação inicial, em segundo, cabe perquirir: i) os limites atinentes ao lançamento do crédito tributário em decorrência de ação fiscal própria da FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO DE MERCADORIAS; e ii) e cabimento desta caracterização no procedimento realizado conforme os autos.

Neste sentido, tem-se que a legislação tributária, além de delimitar competências para o lançamento com base nas terminologias (TRÂNSITO DE MERCADORIAS e AUDITORIA EM ESTABELECIMENTO), quanto ao conceito de fiscalização no trânsito de mercadorias, estabeleceu também regras que revelam as idiossincrasias dispensadas à conduta no procedimento da ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias que indicam indelével diferença à proposta pela legislação para a auditoria de estabelecimento.

**COTEB - LEI Nº 3.956/1981**

*Art. 127-B. O termo de início de fiscalização e o termo de encerramento de fiscalização serão lavrados ou consignados em livro próprio ou formulário esparso, devendo, neste último caso, ser entregue cópia ao sujeito passivo, mediante recibo.*

*§ 1º No caso de o auto de infração ser emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, sendo adotada a faculdade de que cuida o parágrafo único do artigo anterior, observar-se-á o seguinte:*

*I - deverá ser consignada em livro próprio, quando exigido, a forma de emissão do auto de infração, indicando-se o seu número, a data da lavratura, o período fiscalizado e o valor do imposto reclamado;*

*II - em substituição ao previsto no inciso anterior, poderá ser afixada cópia do auto de infração ou do termo de encerramento de fiscalização em livro próprio, quando exigido.*

*§ 2º Será dispensada a lavratura, no livro de ocorrências do estabelecimento, dos termos emitidos na fiscalização do trânsito de mercadorias.*

*§ 3º É dispensável a lavratura do termo de início de fiscalização e do termo de encerramento de fiscalização ou do termo de apreensão:*

*I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:*

*a) descumprimento de obrigação acessória;*

*b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o contribuinte efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, hipótese em que deverá constar, no texto do Auto de Infração, a quantidade, a espécie e o valor das mercadorias em situação irregular; ou*

*c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias;*

Diante das diferenças apontadas na conduta a ser observada pelo preposto fiscal na ação fiscal própria do TRÂNSITO DE MERCADORIAS, e da sugestão que a denominação deste tipo de ação fiscal impõe, pode-se inferir que esta operação fiscal se restringe àquelas operações fiscais realizas em “POSTOS FISCAIS” ou “VOLANTES FISCAIS” que pretendem alcançar os flagrantes de irregularidades decorrentes da abordagem do fisco operada no instante em que transcorre o fato gerador do imposto, ou seja, no momento em que se observa a circulação física e jurídica da mercadoria, de modo a possibilitar até mesmo a sua apreensão.

Nessa esteira, examinando os autos, aponto como fato que descaracteriza uma ação fiscal decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (10.08.2017), enquanto que as datas de emissão dos documentos fiscais conforme demonstrativo à fl. 06 refere-se a N.F. emitida no período em junho/2017.

Bem como, não constam dos autos nenhum documento válido que configure que houve flagrante de abordagem no momento da ocorrência do fato gerador de circulação física das mercadorias (TERMO DE OCORRÊNCIA; TERMO DE APREENSÃO, TERMO DE DEPÓSITARIO FIEL) que deveriam, conforme o caso, documentar os bens ou mercadorias em situação irregular, mesmo quando desnecessária a apreensão, para liberar o caminhão deixando a mercadoria sob responsabilidade de um depositário fiel em caso de recusa do pagamento imediato da Notificação Fiscal, e sobretudo, para documentar o flagrante nas operações de trânsito, conforme estabelece o art. 28, IV-A, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Destaco, entretanto, que a despeito de se observar, à folha 05, o TERMO DE OCORRÊNCIA, este não se mostra válido para configurar a instantaneidade da operação, por não dispor da assinatura do responsável pelas mercadorias no momento de sua abordagem pelo fisco, contando apenas com assinatura da responsável pelo presente lançamento.

Ademais, ao contrário, foram anexados aos autos: memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fls. 06 a 14); os DANFEs fls. 17 a 21, os quais, por se sós, não comprovam se tratar a ação fiscal de operação afeita a flagrante próprio de trânsito de mercadorias, ao revés, desvela atividade de ação fiscal semelhante à desenvolvida em estabelecimento, por denotar auditoria realizada em ação posterior à ocorrência do fato gerador, sobretudo pela presença nos autos à fl. 04, a embasar o procedimento, o formulário emitido pela Superintendência da administração Tributária – SAT, denominado “Monitoramento Vies de Risco Sonegação Fiscal” n. 5466724000149-201777.

Some-se a isso, o fato de que a acusação fiscal que justificaria a exigência do ICMS-ST no posto fiscal, que seria estar o contribuinte impedido de exercer o regime para recolhimento do ICMS-ST até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, não se comprova nos autos, haja vista não estar caracterizado que o mesmo se encontrava suspenso ou revogado, em decorrência de estar a empresa notificada com sua inscrição inapta, fato que não foi comprovado, contrariando a acusação fiscal.

Destarte, a ação fiscal não se coaduna com fiscalização inherente a operação realizada no contexto do trânsito de mercadorias.

Por fim, adentrando ao terceiro ponto de análise para cognição acerca da competência da autoridade lançadora, passo a verificar o regime de tributação concernente à empresa notificada. Haja vista que em se tratando esta autoridade de Agente de Tributos Estaduais, conforme já demonstrado, apenas seria competente para proceder ao lançamento do crédito tributário em tela caso a empresa notificada fosse optante pelo regime de tributação simplificado previsto pelo Simples Nacional.

Nessa esteira, verificando os dados de registro cadastral da Impugnante, confirmo tratar-se de empresa optante pelo regime de apuração normal do ICMS, através de conta corrente fiscal. De modo que, resta afastada a última das condições que referendaria os limites da competência do Agente de Tributos estaduais para proceder ao presente lançamento do crédito tributário.

Por todo o exposto, concluo que a ação fiscal foi realizada por agente incompetente, tendo em vista que a competência para fiscalização em empresas que apuram o imposto pelo regime de conta corrente, em fiscalização de estabelecimento, é atribuída exclusivamente aos Auditores Fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

Ressalto que a fiscalização de estabelecimento que apure o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, só pode ser realizada pelo Agente de Tributos, caso se caracterize uma ação de fiscalização de mercadorias de trânsito, conforme se depreende da leitura do § 3º, do art. 107 da Lei nº 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, já reproduzidos alhures.

Assim sendo, não poderia a presente Notificação Fiscal ter sido lavrada por preposto integrante do cargo de Agente de Tributos Estaduais uma vez que, neste caso, ele não teria a capacidade tributária para integrar a bilateralidade desta relação jurídica tributária. Desta forma, diante da constatação de que o ato foi 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.

Por fim, recomendo à autoridade fazendária competente, que analise a possibilidade de renovação do procedimento para fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 210727.0130/17-3, lavrada contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para apuração de qualquer diferença a favor do erário Estadual, a ser empreendida por preposto dotado de competência legal para proceder auditoria em estabelecimentos inscritos como contribuintes obrigados a APURAÇÃO NORMAL DO IMPOSTO.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR