

**N.F. Nº - 2321950227/17-2**  
**NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**  
**NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA**  
**ORIGEM - IFMT METRO**  
**PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.12.2019**

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0097-06/19NF**

**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 26.09.2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$23.525,02 mais 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 26 a 43, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Argui que o Estado da Bahia não analisa a correta aplicação do Convênio ICMS nº 89/05, suas peculiaridades diante do caso concreto. Simplesmente aplica a regra geral, no sentido de que toda entrada de mercadoria no estabelecimento comprador só poderá utilizar o crédito de 7% e jamais o de 12%, nas hipóteses de mercadorias originadas no Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo.

Alega em seu amparo que não pode o Estado da Bahia estornar o crédito presente nas operações interestaduais cuja Resolução do Senado fixou em 12%, por afronta à Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 89/05. Sendo que o Estado deve assegurar a manutenção integral do crédito de 12%, conforme corretamente contabilizado pelo Requerente.

Arguiu não haver nos autos suporte legal válido para a acusação fiscal, ao dizer que todos os artigos citados se referem a obrigações genéricas do contribuinte.

Ressalta que a Impugnante está com a situação cadastral regular, de modo que afasta a exigência do tributo no posto fiscal.

Discorreu sobre o princípio da não cumulatividade, alegando que a presente autuação implicaria em agressão a este princípio.

Ressalta que é possuidora de liminar concedida pelo MS 0537243-10.2017.8.05.0001, que lhe garante o crédito cheio pela alíquota de 12%.

Encerra informando que um dos requisitos da Notificação é a indicação dos dispositivos legais infringidos (art. 51, III do RPAF) e como os mesmos não foram corretamente delineados, a infração torna-se insubsistente, como se requer.

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

A defesa arguiu nulidade por considerar que a acusação fiscal está em desacordo com os fatos apurados pelo agente notificante, pois considera que o que de fato se deu foi que a Impugnante procedeu a apuração da substituição tributária desconforme o Convênio ICMS 89/05 que lhe limitaria o crédito à alíquota de 7% (adotada pelo agente notificante) e sim de 12% conforme destacado no documento fiscal por força de liminar concedida em sede de Mandado de Segurança confirmando seu direito ao crédito de 12%, obtida através do MS 053724310.2017.8.05.0001.

Todavia, questão preliminar de nulidade observada de ofício aponta para o deslinde da presente contenda de modo a prescindir da análise do mérito.

É que a despeito da defesa não ter abordado, verifico em primeiro que o presente lançamento está passível de nulidade por não haver respeitado aspectos formais que repercutiu em vício insanável, em razão da utilização da Notificação Fiscal Modelo "4"- Trânsito, quando de fato foi realizado fiscalização de estabelecimento.

Nessa esteira, 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 (29.09.2017), enquanto que as datas de emissão dos documentos fiscais conforme demonstrativo às fls. 04, refere-se a N.F. emitida no período em 20/05/2017, somado ao fato que não constam dos autos nenhum documento que configure que houve flagrante de abordagem no momento da ocorrência do fato gerador de circulação física das mercadorias (TERMO DE OCORRÊNCIA, TERMO DE APREENSAO, TERMO DE DEPÓSITÁRIO 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, 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.

Ao contrário, foram anexados aos autos: memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte autuado (fls. 04); o MDFE FL. 05, o DANFE fl. 06, que não comprovam se tratar de operação fiscal afeita a flagrante próprio de operação de trânsito de mercadorias, ao revés, desvela atividade de ação fiscal semelhante à desenvolvida em estabelecimento.

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 encontrava suspenso ou revogado, em decorrência de estar a empresa notificada com sua inscrição inapta, sequer foi comprovada contrariando a acusação fiscal.

Apesar das evidências de se tratar de uma auditoria de estabelecimento, entretanto, verifiquei que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriado às autuações da fiscalização de trânsito (modelo 4).

Nessa esteira, o presente lançamento reflete a antinomia provocada pela aplicação do Decreto nº 14.208/12 que criou o novo modelo de fiscalização no trânsito de mercadorias, que 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. De modo que este monitoramento visa, apenas, acelerar o processo de

fiscalização no trânsito de mercadorias, transmitindo diagnósticos acerca de operações consideradas como com risco de sonegação.

Entretanto, o presente lançamento reflete interpretação deste decreto de forma a 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.

Cabe acrescentar ainda que o presente lançamento de crédito tributário padece de mácula de maior importância que se refere a incompetência do agente lançador em vista do mesmo não gozar de legitimidade ativa de autoridade lançadora, que seria mais um desdouro a feri-lo de morte por se tratar de elemento indispensável ao lançamento, conforme preconizado no art. 142 do CTN combinado com o art. 42 do RPAF, este que delimita a competência dos 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. Constando para o presente lançamento tratar-se a Impugnante de contribuinte normal.

*COTEB*

*“Art. 107 (...)*

*§ 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)*

*“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.*

Destarte, observo 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 comércio, 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 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, transcritos, *in verbis*:

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 ato 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.

Com base em todo exposto, a presente Notificação Fiscal é NULA. Assim, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo à autoridade fazendária 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.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232.195.0227/17-2**, lavrado contra a empresa **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para apurar de qualquer diferença a favor do erário Estadual, a ser empreendida por preposto dotado de competência legal para proceder à auditoria em estabelecimentos inscritos como contribuintes obrigados a **APURAÇÃO NORMAL DO IMPOSTO**

.Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2019.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO– JULGADOR