

PROCESSO - N. F. Nº 232195.0218/17-3
NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
EMITENTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.03.2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-04/20NF

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A 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. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Verificado, também, que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal – Agente de Tributos, tendo em vista tratar-se de contribuinte optante pelo regime normal de apuração do imposto e a ação fiscal não ocorreu no trânsito de mercadorias, em afronta às normas contidas no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 11.470/09), e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/99). A competência para fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais. Encontra-se, então, caracterizada a nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Notificação Fiscal **NULA**, com base no art. 18, incisos I. do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Recomendado o refazimento da ação fiscal, a salvo de falha, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal.
Decisão unânime

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 21/09/2017, refere-se à exigência de R\$21.963,21 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$13.177,93, que perfaz o montante de R\$35.141,14, decorrente do cometimento da Infração-54.05.10, por 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, relativo as operações constantes dos DANFE's nºs 000.000.401 (fl. 15), 000.101.643 (fl. 24), 000.133.911 (fl. 25), 000.034.398 (fl. 26), e 000.367.217 (fl. 27), de emissão dos fornecedores PAULO CARNES E DERIVADOS, VALE GRANDE IND E COM DE ALIM, GRANJA BRASILIA AGROINDUSTRIAL e

COMPANHIA DE ALIMENTOS UNIAVES, estabelecidos nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Espírito Santo, em cumprimento da O.S.: MMDN1201709 (fl. 7) constante da inicial.

Enquadramento legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c § 3º e inciso I, do §4º, art. 8º; § 6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

O notificado apresentou impugnação às fls. 34/54 do PAF, datada de 20/12/2017, em que pede improcedência total da Notificação Fiscal, em tela, com a justificativa que a seguir passo a descrever:

I. DOS FATOS

Diz que é pessoa jurídica de direito privado dedicada à atividade de comércio atacadista, importação e armazenamento de gêneros alimentícios, cereais e leguminosas beneficiados, carnes e derivados (bovinos, aves, suínos, pescados, frutos do mar, bufalinos e capivaras) e industrialização de produtos à base de carnes e seus derivados, conforme seu contrato social (Doc 2).

Registra que no exercício de sua atividade empresarial, adquire produtos não apenas no Estado da Bahia, mas também de fornecedores localizados nos diversos Estados brasileiros, dentre eles Espírito Santo, Goiás, Paraíba e Minas Gerais, de onde é proveniente a maior parte das mercadorias utilizadas para revenda.

Em todo o tempo, diz agir em rígida observância das normas jurídicas, inclusive as chamadas complementares, com destaque para os Convênios celebrados pelo Estado da Bahia.

Dentre os mais variados Convênios ICMS em vigor, o objeto do presente PAF envolve análise e aplicação do Convenio nº 89, acordado pelo CONFAZ em 17/08/2005, que dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS devidos nas saídas de carnes e demais produtos comestíveis resultantes de aves, gado e leporídeos, que destaca.

Neste contexto, diz que sua finalidade é reduzir a carga tributária alusiva ao ICMS, de forma que seja equivalente a 7% do valor das operações, nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos.

Assim, tendo em vista a adequação entre sua atividade desenvolvida e a descrita no Convênio citado, o Estado da Bahia simplesmente aplica as normas do Convênio, no sentido de que a carga tributária na entrada das mercadorias é de 7% e com isso impede de valer-se do crédito de 12% das mercadorias adquiridas, de modo autuá-lo insistentemente.

Consigna que não se analisa, entretanto, a correta aplicação do aludido Convênio, sua peculiaridade 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 do Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo.

Observa que foi esse o entendimento do agente Fiscal na lavratura da presente Notificação Fiscal, que destaca. Diz que a infração, embora se valendo dos dispositivos legais – alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art.332, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c §3º e inciso I, do §4º, art. 8º; §6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.104/96 – absolutamente não condiz com a sua aplicação com os fatos analisados.

Da análise do demonstrativo de débito, diz que se creditou de 12% de ICMS e o Estado da Bahia autuou por entender que o crédito a ser utilizado deveria ser de apenas 7% nos termos do Convênio, que destaca seu cálculo na forma de tabela às fls. 38, 39, 40 e 41 dos autos.

II. DO DIREITO

11. 1 Da Ausência de Suporte Legal Válido

Diz que, conforme mencionado, a autuação referiu-se ao seguinte enquadramento: Alíneas “a” e “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c § 3º e inciso I, do § 4º, art. 8º; § 6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.104/96.

Neste sentido, destaca que todos os artigos citados dizem com obrigações genéricas do contribuinte, seja referente ao devedor de escrituração e cumprimentos das obrigações tributárias, seja ao dever de observância da correta base de cálculo. Registra que a fundamentação legal da suposta infração nada diz com a real base da cobrança ora em análise.

Assim, após agregar outras considerações de reforço de entendimento, diz que nula é a autuação uma vez que se encontra escudado num manto protetivo de direito, como aduz que se verá com mais minúcia a seguir.

11. 2 Da Ratificação do Convênio pelo Estado da Bahia

Diz que cabe registra, inicialmente, que o Estado da Bahia é signatário do Convenio nº 89/05, tal se dá pela leitura do artigo 268, do Decreto 13.780/12 (RICMS/BA), que incorporou a cláusula primeira na sua redação:

Art.268. è reduzida a base de cálculo:

[...] XIV – nas saídas interestaduais de carnes e demais produtos comestíveis, frescos, resfriados, congelados salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno de forma que a carga tributaria seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05)

Sendo assim diz que a Bahia é signatária do referido Convênio. Neste sentido diz que o abuso do Estado não está na aplicação da aludida norma nas operações internas, mas sim ao partir do pressuposto que todos os demais Estados são signatários deste Convênio e, como adquire mercadorias de outros Estados, estas possuem o benefício fiscal permitido por este Convênio e, por esta razão, a Bahia não permite que o crédito de ICMS seja de 12% nas operações estaduais, mas, sim, 7%, como autorizado pelo Convênio.

11. 3 Do Convenio ICMS Nº 89/05 – seu alcance e sua equivocada interpretação.

Destaca que o Convênio é um instrumento normativo previsto na LC 24/75 como apto a trata dos benefícios fiscais em torno do ICMS. Trata-se de norma de elevada importância em matéria tributária, vinculativa dos Estados convenientes.

Após traçar muitas outras considerações, diz que todas as Notificações Fiscais consubstanciadas no entendimento equivocado de que as mercadorias oriundas do Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo automaticamente possuem benefícios fiscal e por isso não podem repassar crédito tributário maior do que 7%, não devem prosperar, por não condizerem com a verdade, sendo certo o seu direito de utilizar o crédito de 12%

11. 4 Da Regularidade da Situação Cadastral do Contribuinte

Afirma que a Fazenda Estadual alega que estava à época dos fatos geradores na situação de irregular frente ao regime especial de carnes para pagamento diferenciado no mês seguinte. Diz que, incorre em erro a administração estadual, vez que a empresa não só possui regularidade fiscal, como também é beneficiária de regime especial para pagamento diferenciado do ICMS

III. DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. DIREITO DO CRÉDITO. NEUTRALIDADE. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE.

Diz que é um tema de relevo na doutrina e na jurisprudência o princípio da não cumulatividade do ICMS, previsto no art. 155, parágrafo 2º, inciso I e II, da CF/88. Aduz tratar de direito sagrado do contribuinte de modo que não pode ter seu alcance diminuído, muito menos anulado, por normas infraconstitucionais.

Neste contexto, após trazer várias considerações, diz que nenhum Convênio pode impor ao contribuinte uma carga tributária mais pesada do que a prevista na Constituição Federal. Registra

que a leitura do Convenio 89/05 não há qualquer possibilidade de o Estado da Bahia restringir o crédito na entrada e majorar a alíquota interna para 18%. Aduz que não é juridicamente aceitável obstar o direito de utilização dos créditos do ICMS.

Nesse sentido, diz ser insubsistente a infração, seja porque não relaciona corretamente os fatos com os artigos mencionados, seja porque os artigos não guardam qualquer relação de pertinência com o valor do tributo supostamente indevido, seja porque há total desconexão entre os elementos da sua configuração.

IV. DA EXISTÊNCIA DE LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA

Diz que, tendo em vista o constante abuso pelo qual tem passado, impegrou Mandado de Segurança, pleiteando a confirmação do seu direito líquido e certo de creditar-se pela percentagem de 12% em vez de 7%, como tem alegado o Estado da Bahia ao notificá-lo com base nas alegações oriundas do Convenio ICMS 89/05.

Destaca que, com base em todos os argumentos que também foram expostos nessa impugnação, o juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador concedeu liminar MANDADO DE SEGURANÇA nº 0537243-10.2017.8.05.0001, o qual reconheceu seu direito de creditamento de 12%.

Por essa razão, requer-se, desde logo, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a questão seja totalmente finalizada no Poder Judiciário.

V. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja julgada improcedente a presente Notificação Fiscal, por não espelhar a verdade, seja porque não há relação entre fatos e normas; seja porque os artigos mencionados não espelham a glosa do crédito; seja porque o Convênio não autoriza o Estado da Bahia a glosar eventuais benefícios fiscais; seja porque as mercadorias adquiridas não foram pautadas no suposto benefício fiscal ou, ao fim, porque o crédito destacado na nota é direito inafastável do contribuinte.

Como 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, diz que a infração torna-se insubsistente por mais esta razão, como se requer.

À fl. 73-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 21/09/2017, refere-se à exigência de R\$21.963,21 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$13.177,93, que perfaz o montante de R\$35.141,14, decorrente do cometimento da Infração-54.05.10, por 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, relativo às operações constantes dos DANFE's nºs 000.000.401 (fl. 15), 000.101.643 (fl. 24), 000.133.911 (fl. 25), 000.034.398 (fl. 26), e 000.367.217 (fl. 27), de emissão dos fornecedores PAULO CARNES E DERIVADOS, VALE GRANDE IND E COM DE ALIM, GRANJA BRASILIA AGROINDUSTR.AVI e COMPANHIA DE ALIMENTOS UNIAVES, estabelecidos nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Espírito Santo, em cumprimento da O.S.: MMDN1201709 (fl. 7), constante da inicial.

Enquadramento legal: alíneas “a” e “b”, do inciso III, do art.332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c §3º e inciso I, do §4º, art. 8º; §6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 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 na O.S.: MMDN1201709, em cumprimento ao MANDADO DE

FISCALIZAÇÃO nº 8960738000102-201797 da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios a falta de pagamento do ICMS – Antecipação Total, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, através da Nota Fiscal Eletrônica (NFE) ou DANFE nºs 000.000.401 (fl. 15), 000.101.643 (fl. 24), 000.133.911 (fl. 25), 000.034.398 (fl. 26), e 000.367.217 (fl. 27), de emissão dos fornecedores PAULO CARNES E DERIVADOS, VALE GRANDE IND E COM DE ALIM, GRANJA BRASILIA AGROINDUSTR.AVI e COMPANHIA DE ALIMENTOS UNIAVES, estabelecidos nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Espírito Santo, conforme memória de cálculo do débito apurado constante da fl. 3 dos autos.

Inicialmente, ressalto que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas, com base na sintonicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe ao 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 à 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 21/09/2017, a emissão da O.S.: MMDN1201709, determinante da ação fiscal e o trânsito das mercadorias constantes da Nota Fiscal Eletrônica (NFE) ou DANFE nºs 000.000.401 (fl. 15), 000.101.643 (fl. 24), 000.133.911 (fl. 25), 000.034.398 (fl. 26), e 000.367.217 (fl. 27), objeto da autuação, pois, os mesmos foram emitidos em 04.08.2017, pelos fornecedores PAULO CARNES E DERIVADOS, VALE GRANDE IND E COM DE ALIM, GRANJA BRASILIA AGROINDUSTR.AVI e COMPANHIA DE ALIMENTOS UNIAVES, estabelecidos nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Espírito Santo, e saídas na mesma data, com destino ao contribuinte autuado, RJ INDUSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA (CNPJ/MF:008.960.738/0001-02), estabelecido no Município de Salvador, Estado da Bahia.

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.

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.

Registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo 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 na

forma a seguir destacada:

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. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único do 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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos)

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (Grifos acrescidos)

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

No caso em exame, verifico que a notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por equipe lotada na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito (IFMT METRO), para verificar irregularidades apontadas na O.S.: MMDN1201709, em cumprimento ao MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 8960738000102-201797 da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, tendo como indícios a falta de pagamento do ICMS – Antecipação Total, referente às mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação através da Nota Fiscal Eletrônica (NFE) ou DANFE nº 000.000.401 (fl. 15), 000.101.643 (fl. 24), 000.133.911 (fl. 25), 000.034.398 (fl. 26), e 000.367.217 (fl. 27), de emissão dos fornecedores PAULO CARNES E DERIVADOS (CNPJ/MF:07.069.527/0002-00), VALE GRANDE IND E COM DE ALIM (CNPJ/MF 06.088.741/0004-03), GRANJA BRASILIA AGROINDUSTR.AVI (CNPJ/MF:07.150.233/0010-00), e COMPANHIA DE ALIMENTOS UNIAVES (CNPJ/MF:07.144.671/0001-75), estabelecidos nos Estados de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Espírito Santo, e saídas mesma data, com destino ao Contribuinte Autuado, RJ INDUSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA (CNPJ/MF:008.960.738/0001-02), estabelecido no Município de Salvador, Estado da Bahia, conforme memória de cálculo do débito, apurado constante da fl. 3 dos autos.

Em sendo assim, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, resta evidenciado a existência de vício na constituição do lançamento, que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Seguindo essa trilha de entendimento, não obstante as considerações até aqui traçadas, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta, todavia, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, à luz do documento de fl. 9/10 dos autos, ser o autuado, inscrito no Cadastro Estadual 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.

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 optantes 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 de o 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 a nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvida de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo notificante, foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, restando evidenciada a existência de vício na constituição do lançamento, que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Em conformidade com o art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, do represento à autoridade competente, a salvo de falha, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, aplicando roteiros de auditoria do comércio, que seria o devido para a situação posta nos autos

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 232195.0218/17-3, lavrada contra RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2020

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA