

N. F. Nº - 210313.0037/18-6
AUTUADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - NOE AMÉRICO MASCARENHAS FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-06/20NF

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. Autoridade lançadora incompetente para efetuar a constituição do crédito tributário. Trata-se de procedimento fiscal efetuado em desacordo com as rotinas usuais estabelecidas para a fiscalização no trânsito de mercadorias, e sem cumprimento do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora 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.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrada em 04/03/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$19.874,45, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração – 01 - 54.05.10 - Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, 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. Referente ao período de março de 2018.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 24 a 31, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

Ao tratar do tópico “*II – PRELIMINARMENTE: A) DA INCOMPETÊNCIA DO AGENTE DE TRIBUTOS PARA LAVRAR NOTIFICAÇÃO FISCAL DE MERCADORIA QUE NÃO ESTÁ EM TRÂNSITO*” disse que todo lançamento tributário é, na sua essência, um ato administrativo que precisa atender aos requisitos de validade reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, entre eles, a competência do agente público que o realiza.

Citou doutrina do Mestre HELY LOPES MEIRELLES: “Entende-se por *competência administrativa* o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções” (Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006).

Asseverou que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, com redação alterada pelo Decreto nº 11.806, de 26 de outubro de 2009, determina que:

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. (destaque nosso)

Destacou que há intenção clara do legislador de LIMITAR A COMPETÊNCIA DO AGENTE DE TRIBUTOS, direcionando-a especificamente à fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional e a MERCADORIAS EM TRÂNSITO.

Afirmou que no caso em tela, a Impugnante não se trata de empresa optante pelo Simples Nacional e, muito embora a malsinada notificação indique como “local da lavratura” o Posto Fiscal Honorato Viana, ressaltou que “*AS MERCADORIAS EM TELA NÃO ESTAVAM EM TRÂNSITO NA DATA DA LAVRATURA (04/03/2018)*”, o que aduz denotar ser flagrante a incompetência do Agente de Tributos!.

Explicou que compulsando os DANF-es nºs 558, 559, 560, 562, 563 e 564 anexos, pode se verificar que todas as notas fiscais foram emitidas em fevereiro de 2018, **sendo integralmente pago o imposto devido antes de sua entrada no território nacional**. Apontou:

NOTA FISCAL	DATA DE EMISSÃO
558	03/02/2018
559	05/02/2018
560	07/02/2018
562	20/02/2018
563	21/02/2018
564	28/02/2018

Disse fazer prova em documentação anexa, que a Impugnante recebeu as mercadorias ao longo do mês de fevereiro e a Notificação – lavrada em 04 de março de 2018 – decorreu, em verdade, de Mandado de Fiscalização COE nº 14345032000303-2018226. Inclusive, neste ponto, registrou que a Impugnante vem sofrendo notificações recorrentes em decorrência deste Mandado de Fiscalização.

Observou bastar que tenha alguma nota fiscal emitida para o seu CNPJ, para algumas semanas depois, receber as notificações lavradas como se a suposta irregularidade fosse constatada no Posto Fiscal em que está alocado o Agente de Tributos que a assina. Denunciou que disse ser “*Uma aberração procedural!*”

Pontuou com os ensinamentos de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que recomenda: “*deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que (...) praticou (o ato), a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua autuação no caso concreto*”. (“in IMPOSTO DE RENDA- ESTUDOS N.25, Ed. Resenha Tributária, Abril/92, p. 42”).

Rematou que neste contexto, não há como considerar válido o ato administrativo-tributário emanado de agente fiscal incompetente, realizado além dos limites traçados pela legislação tributária. Não há como legitimar a atuação de um agente de tributos, cuja atribuição do cargo não contempla a condução de ação fiscal contra contribuinte!

Apontou também o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), instituído pelo Decreto nº 7.629/1999, que disse dispor que “*são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente*” (art. 18, I). Concluiu ser de todo nula a Notificação Fiscal lavrada por Agente de Tributos, pelo que requer seja reconhecida a nulidade do ato, tornando-o sem efeito.

Adentrando ao tópico “*B) DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA IMPUGNANTE*” afirmou que o caso é agravado pelo flagrante **cerceamento do direito de defesa da impugnante**, na medida em que nunca teve conhecimento do teor deste mandado de fiscalização.

Asseverou poder-se, portanto, claramente observar que “A MALSINADA NOTIFICAÇÃO NÃO DECORREU DE FISCALIZAÇÃO DE MERCADORIA EM TRÂNSITO, mas sim de uma ACÃO FISCAL POSTERIOR AO TRÂNSITO DAS REFERIDAS MERCADORIAS, o que, além de fugir à competência do Agente de Tributos e, no presente caso, agride o direito do contraditório e da ampla defesa.”

Ao abordar sobre o tópico “*III – DOS FATOS E DO DIREITO*” disse ter sido com surpresa que a Peticionante tomou ciência da malsinada Notificação, pela qual está sendo compelido a recolher

aos cofres públicos o montante de R\$ 31.799,12 (trinta e um mil, setecentos e noventa e nove reais e doze centavos). Em seguida reproduziu a acusação fiscal.

Apontou que segundo o Notificante, a infração em questão tem enquadramento legal no art. 332, inciso III, “a” e “d”. Que reproduziu:

“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;

(...)

d) destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria; (...).”

Esclareceu, entretanto, que “**NÃO SE TRATA AQUI DE CONTRIBUINTE COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR**. A Peticionante encontra-se devidamente credenciada perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme **Consulta Básica de Cadastro do ICMS da Bahia anexa.**”

Resaltou que na descrição dos fatos, o Agente de Tributos teria alegado o seguinte:

“*Empresa que não possui o REGIME ESPECIAL PARA PAGAMENTO DIFERENCIADO adquirindo mercadorias (CORTES DE FRANGO) em outra Unidade da Federação sem o pagamento do ICMS antecipação total, conforme danfs nº 558, 559, 560, 562, 563, 564, em cumprimento ao Mandado de Fiscalização COE n. 14345032000303-2018226.*”

E apontou ter o Agente de Tributos, se equivocado em dois pontos: “**I) a Impugnante tem sim REGIME ESPECIAL PARA PAGAMENTO DIFERENCIADO; e 2) tal REGIME ESPECIAL NÃO INTERFERE NO CASO EM TELA, pois, pela natureza das mercadorias em questão – CORTES DE FRANGO – A PRÓPRIA LEGISLAÇÃO IMPEDE O PAGAMENTO DIFERIDO, EXIGINDO O RECOLHIMENTO ANTES DA ENTRADA NO TERRITÓRIO DESTE ESTADO.** Vejamos:

“Art. 332. (...)

*§ 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: (...),” (destaques da defesa)*

Disse ter sido por isso, quer “**A PETICIONANTE EFETUOU O PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO ANTES DA ENTRADA DAS MERCADORIAS NO ESTADO DA BAHIA, CONFORME COMPROVANTES DE PAGAMENTO ANEXOS.**”

Disse que o Notificante: “**PARTIU DE UMA PREMISSA EQUIVOCADA**”.

Afirmou não ter havido falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação tributária total, visto que **o valor devido foi inteiramente recolhido pela Peticionante, ANTES DA ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTADO DA BAHIA, como se pode verificar compulsando os comprovantes de pagamento anexos.** Também não há que se falar em contribuinte descredenciado, tendo em vista que **a Peticionante encontra-se devidamente credenciada e habilitada para as operações que exerce**, conforme se pode atestar em consulta ao próprio sistema da SEFAZ.

De igual forma, disse ter comprovado o RECOLHIMENTO TEMPESTIVO E INTEGRAL – anterior à entrada da mercadoria no território deste Estado – e que por isso não haveria como se aplicar a multa tipificada na alínea “d” do inciso II, do art. 42 da Lei n. 7.014/96. Vejamos:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II- 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente: (...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares; (...)"

Rematou que assim sendo, mostra-se absolutamente improcedente a Notificação Fiscal ora combatida.

Finalizando com o tópico “IV – CONCLUSÃO” requereu sejam acolhidas as preliminares arguidas, para declarar NULA a autuação lavrada por autoridade incompetente e em desrespeito à ampla defesa do Impugnante; adentrando à análise do mérito, seja julgada totalmente IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal ora combatida, eis que restou comprovado o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Protestou, outrossim, por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a realização de diligência, juntada posterior de documentos, e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se provar a veracidade de tudo o que foi alegado, a fim de que fique, completamente, provada a improcedência da presente Notificação.

Requereu, em especial atenção para que seja a Peticionante intimada a responder ou se manifestar sobre todas as diligências e manifestações nestes autos, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A presente 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.

Antes de adentrar ao exame do mérito, questão preliminar de nulidade apontada pela defesa, reclama apreciação de ofício com espeque nos arts. 20 e 42 do RPAF, combinado com o arts. 142 e 194 do CTN:

RPAF

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

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.

CTN

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.

Trata-se, portanto, de nulidade do feito, tendo por espeque a incompetência da autoridade lançadora, se fazendo mister sua análise preliminar, por se tratar, em se confirmando a referida suspeição, de vício insanável que afastará a análise de mérito e exigirá, por conseguinte, a peremptória anulação da Notificação Fiscal em questão.

Para cumprir este desiderato, todavia, se impõe 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 seja necessário alinhar a legislação afeita ao tema, a qual, para se adequar 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 os limites de competência para efetivar o lançamento de crédito tributário atinente à autoridade lançadora, que assina a presente Notificação Fiscal - Agente de Tributos Estaduais -, pode ser extraído dos seguintes textos legais: arts. 142 e 194 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.

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. (...)

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, 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 nesta modalidade, que indica indelével diferença proposta pela legislação, para a auditoria de estabelecimento, *ex vi* do arts. 107 e 127-B do Código tributário do Estado da Bahia – COTEB, instituído pela Lei 3.956/81, e arts. 42, 129 e 130 do RPAF. Veja-se:

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;

RPAF

Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:

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 sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa aplicada, caso 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;

Art. 130. O preparo do processo administrativo fiscal compete:

I - à repartição fazendária

a) do domicílio do sujeito passivo;

b) do local da ocorrência do procedimento fiscal, tratando-se de sujeito passivo não cadastrado ou de infração apurada no trânsito de mercadorias;

Diante das diferenças apontadas na conduta a ser observada pelo preposto fiscal em 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 realizadas 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 descharacteriza uma ação fiscal decorrente de fiscalização do trânsito de mercadorias, o próprio lapso temporal entre as datas da lavratura da Notificação Fiscal (04.03.2018), e as datas de emissão dos documentos fiscais, que conforme documentos às fls. 05 a 16, foram emitidas no período em fevereiro/2018. O que denota a *prima facie*, não terem sido objeto de flagrante da circulação da mercadoria.

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 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.

Ademais, ao contrário, foram anexados aos autos: memória de cálculo, relacionando as notas fiscais eletrônicas destinadas para o contribuinte autuado (fls. 04 e 11 a 15); os DANFES fls. 05 a 10, os quais, por si 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, fl. 03, a embasar o procedimento, do formulário emitido pela Superintendência da Administração Tributária – SAT, denominado “Monitoramento Vies de Risco Sonegação Fiscal” n. 14345032000303-2018226, confirmando que os dados que fomentaram a ação fiscal decorreram de procedimentos estranhos à ação fiscal do trânsito de mercadorias.

Destarte, a ação fiscal não se coaduna com fiscalização inerente à operação realizada no contexto do trânsito de mercadorias, configurando em mais um elemento a desnaturar a competência da autoridade lançadora, para perpetrar o presente lançamento de crédito tributário por esta modalidade de fiscalização.

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, verificado os dados de registro cadastral da Impugnante, confirmo se tratar 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 o 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 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 tem a competência funcional para integrar a bilateralidade desta relação jurídica.

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.

Por fim, recomendo à autoridade fazendária competente, 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 210313.0037/18-6, lavrada contra a empresa **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS 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 a auditoria em estabelecimentos inscritos como contribuintes obrigados à APURAÇÃO NORMAL DO IMPOSTO.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR