

N.F. Nº - 232195.0143/18-1
NOTIFICADO - HEMOCAT COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
NOTIFICANTE - WELLINGTON SANTOS LIMA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/07/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0125-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializa como fiscalização de mercadorias em trânsito e sim, fiscalização em estabelecimento para verificação de fatos pretéritos. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 23/11/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico R\$ 7.469,27, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 4.481,56, perfazendo um total de R\$ 11.950,83, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: 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.

Enquadramento legal: alínea “b” do inc. III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/com art. 12-A; inc. III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96.

Multa prevista na alínea “d” do inc. II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A Notificada apresentou, através de seu representante, peça defensiva com anexos, às fls. 30/56, onde vem apresentar defesa administrativa, pelas razões de fato e direito a seguir aduzidas:

Inicia a defesa informando ser a impugnante pessoa jurídica atuante no ramo do comércio varejista e atacadista, distribuição, importação e exportação de produtos médicos conforme assinala seu contrato social e no desenvolvimento de sua atividade visando atender a demanda de boa parte dos hospitais da Bahia, realiza constantemente operações de importação e venda de produtos necessários na realização de procedimentos cirúrgicos de urgência.

Diz que o Estado da Bahia lavrou a presente Notificação Fiscal alegando que o contribuinte em tela teria cometido a infração: *“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação 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.”*, complementa a informação relatando a descrição dos fatos constante na Notificação Fiscal.

Depreende que a intimação anexa foi emitida em decorrência da ausência de MDF-e nas notas fiscais abaixo listadas. A guia de ICMS antecipação parcial referente às mesmas foi quitada no dia 26/11/2018. Contudo, a legislação determina que, na ausência do MDF-e, o prazo de pagamento do imposto será *“antes da entrada no território baiano”*. Desta forma, resta claro que os valores principais foram devidamente quitados, relativamente as notas nº 026.699 e 113.874 (revenda) restando apenas a cobrança relativa aos encargos decorrentes de atraso.

Assim, resta evidenciado que a obrigação principal foi cumprida, uma vez que o pagamento do tributo foi realizado conforme notas fiscais anexas de modo que cabe ao contribuinte apenas o pagamento dos encargos de atraso, a multa no percentual de 60% não deve ser aplicada ao caso.

Por meio da presente Notificação, a Secretaria da Fazenda por seus prepostos, exigem não só o imposto, mas também multa de 60% sobre o valor principal em razão da infração cometida, nos termos do 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Relaciona várias decisões judiciais em instância superior sobre a constitucionalidade da aplicação das multas e relata algumas teses de advogados tributaristas sobre o tema.

Diante das considerações acima, e da documentação juntada, pugna pela decretação da nulidade da presente autuação, bem como afastando a multa aplicada no percentual de 60%, mesmo porque sendo acessória segue a sorte do principal, considerando ainda que se apresenta como sendo confiscatória e abusiva diante da infração em questão.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 7.469,27 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar 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, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de 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 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.

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (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

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.

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana – IFMT-METRO, para verificar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, nº 2993016000178-20181112 emitida em 13/11/2018 (fl. 04), como está especificado na capa “*Monitoramento Viés de Risco Sonegação Fiscal*” e determina que “*as unidades de fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pelo COE*”. Ou seja, os relatórios gerados pelo COE não são documentos que sirvam por si só, como prova da sonegação do contribuinte, é tão somente um relatório base de indícios de sonegação, necessitando invariavelmente que o Agente Fiscal realize as diligências necessárias para comprovar o ilícito tributário por parte do contribuinte, e não simplesmente lavrando a Notificação Fiscal baseada neste relatório.

O que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato da autoridade fiscal se encontrar lotada na fiscalização de trânsito ou a utilização de Notificação Fiscal própria para as ações do trânsito, mas o fato das mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob investigação, o que não ocorre no caso em concreto, o relatório emitido pelo COE utiliza os arquivos da SEFAZ de NF-e já emitidas com destino a contribuintes do Estado da Bahia, e não de mercadorias circulando, restando comprovado tratar-se de fato pretérito.

Destarte, considerando que nos termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto lastreado em fato pretérito é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, entendo que o procedimento fiscal correto e que deveria ter sido adotado no caso em comento, seria aquele aplicável à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as

formalidades legais a ela inerentes e assim garantir em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, conforme consta no próprio relatório gerado pelo COE- Mandado de Fiscalização (fl. 04) e no INC- Informações do Contribuinte da SEFAZ, (fl. 06) a notificada é inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “NORMAL” e apura o imposto pelo regime de “CONTA CORRENTE FISCAL”. Dessa forma, no presente caso, o Notificante, na condição funcional de Agente de Tributos do quadro de funcionários da SEFAZ, não tem competência para a lavratura da Notificação Fiscal, com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inc. II, do art. 42 do RPAF-BA/99, *in verbis*:

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.

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que a competência para fiscalização deste tipo de empresa é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura da Notificação Fiscal.

No desempenho de sua função, o agente fiscal, na constituição do crédito tributário, está obrigado a observar as regras de direito material, como também as regras de direito formal, que determinam como deve proceder.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, inc. I do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado 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.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232195.0143/18-1**, lavrada contra **HEMOCAT COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR