

N.F. Nº - 232207.0094/20-0
NOTIFICADO - DISTRIBUIDORA GAMA LTDA.
NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/07/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0131-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. 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, inc. I do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 05/02/2020, exige do Notificado ICMS no valor histórico R\$ 7.227,36, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 4.336,42, perfazendo um total de R\$ 11.563,78, 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 o art. 12-A; inc. III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96.

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

A Notificada apresentou, através de seu representante, peça defensiva com anexos, às fls. 16/74, falando inicialmente da tempestividade da impugnação parcial, para em seguida fazer uma descrição dos fatos que ensejaram a lavratura da Notificação Fiscal.

Em caráter preliminar, o sujeito passivo suscita a nulidade parcial da Notificação Fiscal, à conta de identificar a existência de vício material no lançamento, vez que foram deferidos os benefícios tributários previstos no Decreto nº 7.799/00, da redução de base de cálculo de 41,176% nas saídas, tendo o deferimento ocorrido em 15/05/2019, conforme demonstra o documento anexo.

Assim é de se notar que ao calcular o valor de ICMS a ser antecipado pela Impugnante a Fiscalização deveria ter aplicado o redutor de base de cálculo da antecipação previsto no art. 1º do mencionado decreto, de forma que a carga do ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios fosse reduzida em 41,176%. Nesse sentido conclui que a Notificação Fiscal deve ser

cancelada e excluído o crédito tributário e demais exações, tendo em vista que a base de cálculo utilizada pela Fiscalização está totalmente equivocada.

Entrando no mérito, no tópico “IV.1- VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NÃO CONFISCO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE” relata que sofreu outras duas autuações sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS na antecipação, também de forma errônea nos seguintes Autos de Infração nº 2173630074/20-0 e nº 4414520057/20-9. No primeiro caso a Fiscalização reconheceu que o crédito tributário não havia sido calculado em observância ao Termo de Acordo e cancelou a autuação fiscal. No segundo caso a fiscalização refez os cálculos e enviou a notificação devidamente retificada. Todavia, o mesmo procedimento não foi adotado em relação a Notificação Fiscal ora combatida, sendo patente a violação perpetrada pela autoridade fiscal ao preceptivo do art. 150, inc. IV da Constituição Federal.

Questiona a não aplicabilidade do Princípio da Isonomia sendo flagrante o tratamento desigual ora praticado nesse processo: *Como poderiam dois autos de infração serem prontamente anulados ou corrigido e um terceiro auto de infração permanecer completamente equivocado em sua formação?* Os atos/medidas corroboram a necessidade de uniformização da atividade fiscal. Assim, também em atenção ao aludido princípio constitucional é de rigor o cancelamento da Notificação Fiscal, assim como o crédito tributário e demais exações.

Informa que em demonstração de boa-fé, recolheu o valor da antecipação do ICMS referente a NF 165960 aplicando o redutor da base de cálculo do qual é beneficiado através do Termo de Acordo.

Argumenta sobre a ilegalidade das multas aplicadas, pois o relatório fiscal não consegue tipificar uma única conduta dolosa da Impugnante, apresentando diversas decisões judiciais e vários entendimentos de juristas da área tributária sobre os princípios da legalidade, razoabilidade e do não confisco.

Destaca a limitação dos juros à taxa SELIC e da não incidência de juros sobre multa, considerando todas ilegais conforme orientação da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, que em recente sessão decidiu que não incide SELIC sobre multa de ofício, limitando a sua aplicabilidade apenas quando a multa decorrer do descumprimento de “obrigação acessória”.

Diante do exposto requer:

- a) Seja recebida e julgada procedente a presente impugnação, para se declarar improcedência do lançamento fiscal representado na Notificação Fiscal pela nulidade decorrente do uso da base de cálculo incorreta quando da lavratura do auto de infração fiscal, decotado os valores que foram reconhecidos e recolhidos pela Autuada.
- b) Ultrapassadas as preliminares, no mérito, requer (I) seja cancelado a Notificação Fiscal nos termos da fundamentação supra que retrata a violação aos princípios constitucionais tributários; e (II) na remota hipótese de se entender cabível a multa, que seja ao menos reduzida.

Protestam por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente documental, sendo-lhes preservadas a apresentação de prova documental superveniente.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 7.227,36 e é composta de 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 Inspetoria 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, conforme os documentos: **05-** Resumo para Constituição de crédito Tributário(fl. 05); **06** – Resumo de Demonstrativo Cal. Semi Elaborado(fl. 06) e **13-** Lista de DANFE para Conferência do Envio(fl. 07), 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, entendendo 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 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 232207.0094/20-0, lavrada contra **DISTRIBUIDORA GAMA LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR