

N.F. N° - 2323400236/18-3  
NOTIFICADO - ABC FARMA MATERIAL HOSPITALAR EIRELI-EPP  
NOTIFICANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM  
ORIGEM - DAT METRO/IFMT – METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/10/2024

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACORDÃO JJF N° 0258-02/24NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA 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. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 11/12/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico R\$ 9.128,02, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 5.476,81, perfazendo um total de R\$ 14.604,83, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 54.05.10: Falta de recolhimento do ICMS, referente a 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.

**Enquadramento Legal:** Alínea “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º, § 6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

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

A Notificada apresenta, através de advogado, peça defensiva com anexos, às fls. 41/88, falando inicialmente da tempestividade da defesa.

No tópico “DA IMPUGNAÇÃO À NOTIFICAÇÃO FISCAL” Diz que a autuação não merece prosperar em decorrência de não retratar a realidade dos fatos, conforme será relatado abaixo:

Cita que pela leitura do auto percebe-se que houve um equívoco com relação a cobrança do ICMS por antecipação total prevista no art.12-A da Lei 7.014/96, pois o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto na forma da antecipação parcial, conforme se evidencia do DAES e respectivos comprovantes de pagamentos em anexo.

Fala que assim como é vedado o tributo com efeito confiscatório a vedação da instituição da multa tem idêntico efeito, uma vez que, como visto, os princípios estabelecem uma meta, um padrão, e no caso específico do princípio constitucional da vedação ao confisco o padrão estabelecido desde quando o poder de tributar deve ser de compatível com o de conservar e não com o de destruir. Sendo vedada a instituição de tributo confiscatório, a multa confiscatória é do mesmo modo ilegal.

Diante do exposto, a empresa Defendente requer que seja a defesa acolhida e provida, para declarar a total improcedência da vergastada notificação fiscal.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

## VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 9.128,02 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 dos processos administrativos 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 de nº 12769449000106-20181122, DA CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, 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 a Notificada é inscrita no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia na condição de “Empresa Pequeno Porte” 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 inciso 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, I do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

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 **232340.0236/18-3**, lavrada contra **ABC FARMA MATERIAL HOSPITALAR EIRELI-EPP**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2024

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA