

N.F. Nº - 217362.0021/19-8
NOTIFICADO - TBV COSMÉTICOS LTDA.
NOTIFICANTE - ERIVALDO GUSMÃO PEREIRA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL NULIDADE. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS E MATERIAIS. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Recomendação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 08.04.2019, refere-se à exigência de R\$ 23.957,41 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 14.374,45, que perfaz o montante de R\$ 38.331,86, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.04 - Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada

Enquadramento Legal: art. 5º, art. 8º, §4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c artigo art. 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/12.

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

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Mercadoria constante das notas fiscais: 1113, 48496, 48947, 48498, 48499, oriundas de outras unidades da federação, sem antecipação total na entrada deste estado de mercadoria destinada a contribuinte inapto. Operação fictícia: o contribuinte não existe na referida localidade do cadastro”

Anexo aos autos, antes da impugnação, encontra-se apenas as cópias dos seguintes documentos: dos DANFES das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) nos. 048.499 (fl. 02); 048.498 (fl.03); 048.497 (fls. 04 a 07); 048.496 (fls. 08 a 14); 048.495 (fl. 15) e 001.113 (fls. 16 a 18) ambos emitidos na data de 22.03.2019; da memória de cálculo encontra-se às folhas 19 a 25; da Intimação da Notificada à folha 26 sem assinatura de ambos os polos da lide.

A ciência da Notificada se fez através de AR (Aviso de Recebimento) acostado à folha 29 e cientificado em 22.07.2019.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 31 a 33), e documentação

comprobatória às folhas 34 a 63, protocolizada na CORAP SUL/PA V. CONQUISTA na data de 03.09.2019 (fl. 30).

Em seu arrazoadado no item “RAZÕES PARA A IMPUGNAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO FISCAL” no item 1 – DA FALTA DE RECOLHIMENTO, a Notificada menciona pelo que demonstra a citada Notificação Fiscal, relaciona as Notas Fiscais nºs. 1113, 48496, 48947, 48498, 48499 consta falta de recolhimento do ICMS, onde o Auditor Fiscal diz que se trata de operação fictícia, assim diz a Notificação: (contribuinte não existe na localidade do cadastro), inclusive após ter sua inscrição cancelada pelo mesmo auditor, foi feita uma solicitação de reativação no dia 25.04.2019, conforme protocolos REDESIM : BAN 1943098670, a mesma recebeu a visita da SEFAZ o qual fez a imediata reativação da inscrição, talvez por dificuldade o zeloso auditor, que não logrou êxito em localizar o endereço da empresa, informamos que nunca fomos empresa fictícia, tanto assim que todas as Notas Fiscais relacionadas, foram recolhidas a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território de Estado, de mercadorias oriundas de outra unidade da federação destinadas a contribuintes descredenciados pelo fato de a empresa ter menos de 6 (seis) meses de atividade.

Pontua que após análises documental dos fatos descritos na Notificação Fiscal conclui-se, pelos documentos apresentados, que houve recolhimento nos prazos legais e que existem mercadorias destinadas à amostra grátis.

Ressalta no item 2 – INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR que a Nota Fiscal de número 48498 se refere a remessas de mercadorias destinadas à amostra grátis, as quais não podem e não serão comercializadas, citando o RICMS da Bahia, e que as Notas Fiscais de números 48496, 48947, e, 48499 foram adquiridas destinadas à comercialização as quais foram recolhidas antes da entrada no Estado todas na data de 26.03.2019, pelo fato de a empresa ainda se encontrar descredenciada para pagamento até o dia 25 do mês subsequente.

Finaliza pedindo a anulação da notificação fiscal em sua totalidade.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 217362.0021/19-8, lavrada em 08.04.2019, refere-se à exigência de R\$ 23.957,41 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 14.374,45, que perfaz o montante de R\$ 38.331,86, decorrente do cometimento da Infração (54.05.04) de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 5º, art. 8º, §4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c artigo art. 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/12, *mais a multa tipificada* no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto Estadual nº 7.629/99) a instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo são regidos por, dentre outros princípios, o da legalidade, da verdade material e o da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

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 e seu parágrafo único, 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.

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. (grifo nosso)

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

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA 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.

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

Encontra-se apenas acostado aos autos as cópias dos seguintes documentos: dos DANFES das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) nºs. 048.499 (fl. 02); 048.498 (fl.03); 048.497 (fls. 04 a 07); 048.496 (fls. 08 a 14); 048.495 (fl. 15) e 001.113 (fls. 16 a 18) ambos emitidos, na data de 22.03.2019 e impressos do site da SEFAZ – Superintendência Administração Tributária – Diretoria Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações Especiais na data de 25.03.2019; uma planilha de cálculo referentes aos DANFES, encontra-se às folhas 19 a 25; da Intimação da Notificada à folha 26 sem assinatura de ambos os polos da lide.

Na situação sob análise, verifiquei no Sistema de Informações do Contribuinte - INC, da Secretaria da Fazenda, que a empresa notificada, é uma Microempresa, optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Há de se sublinhar que a fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe o 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, com toda a sua documentação exigível, às quais ressalto, conforme interpretação dos arts. 28, incisos IV e IV-A, e 29, a lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal do RPAF/BA.

A outra vertente é quando a equipe se dedica *a 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, também, com as devidas documentações, amparadas pela legislação, dando início ao procedimento de fiscalização e o chamamento do contribuinte para apresentação de livros e documentos.

À vista disto, no caso em exame das peças inseridas neste processo, não há como se consubstanciar qual tipo de ação fiscalizatória que consumou a lavratura da Notificação Fiscal. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade da atividade de trânsito de mercadorias, quais sejam ao menos *cópias dos DANFES impressos pelo emitente da NF-e*, antes da circulação da mercadoria, *trazidos ou não* pelo transportador, e do seu respectivo Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, bem como cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação. Neste caso concreto existe apenas cópias dos DANFES impressos do site da SEFAZ – Superintendência Administração Tributária – Diretoria Planejamento Fiscalização – COE – Central de Operações Especiais na data de 25.03.2019. Há de se ressaltar a inexistência dos documentos “Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal”.

Ademais, pelo outro viés da vertente de fiscalização, no estabelecimento do contribuinte, também, há a carência de qualquer tipo documentação que comprovem a realização deste tipo inspeção com a participação efetiva do Notificado, *inexistindo o básico* deste tipo de instrumentalização de fiscalização, qual seja *a intimação, por escrito*, do sujeito passivo para a apresentação de documentação para a verificação do cumprimento da obrigação tributária, dando início assim o procedimento fiscal *ou de outro modo, a lavratura do Termo de Início de Fiscalização* conforme preceitua o art. 26 do RPAF/BA. A inexistência do marco divisório do início do procedimento fiscal suscita de insegurança a possibilidade da confissão da infração e o pagamento do tributo devido na denúncia espontânea, nos casos em que o contribuinte tenha agido sem dolo, ou seja, tenha agido de boa-fé, conforme disposto no artigo 138 do Código Tributário Nacional (CTN).

Neste diapasão, nos autos, a ciência da Notificada se fez através de AR (Aviso de Recebimento) acostado à folha 29 e cientificado em 22.07.2019.

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. Não se pode olvidar que os procedimentos formais que norteiam a auditoria de estabelecimento denotam maiores cuidados e complexidade impondo exigências ao cumprimento da *ordem de serviço específica*, inclusive prazo de execução mais elástico de 90 (noventa) dias, o que denota, exigência de maior aprofundamento do trabalho, ritos e cerimônias atinentes ao devido processo legal em tela, por determinação do art. 28 da SEÇÃO III do RPAF.

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exhiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

(...)

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que,

esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.”

Deste modo, deixando o presente lançamento de crédito tributário de atender aos requisitos da ação fiscal própria de auditoria de estabelecimento, que exige procedimentos específicos, prazo dilatado para conclusão de 90 dias, oportunidade de interlocução com o contribuinte, chance ao contribuinte para apresentação elementos de dissuasão no curso da ação fiscal, maior aprofundamento da investigação fiscal, entendo que tendo sido a ação fiscal desenvolvida sob estas limitações procedimentais, feriu o princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Dentre os diversos deveres do julgador, está o da observância da estrita legalidade do lançamento tributário, cabendo destacar que a finalidade do lançamento de tributos é cobrar aquilo que é devido. Se o Estado cobra mais que o devido, trata-se de enriquecimento ilícito. Por outro lado, se o Estado cobra menos que deveria, configura-se prejuízo ao Erário.

Voto, portanto, por todos os argumentos acima consignados, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso II e §1º do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Isto exposto, nos termos do art. 21 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à adoção de procedimento fiscal adequado à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes, dentre estas a utilização do instrumento apropriado para constituir o crédito tributário decorrente da apuração de fatos pretéritos.

De tudo exposto, voto pela Nulidade da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **217362.0021/19-8**, lavrada contra **TBV COSMÉTICOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR