

PROCESSO - N. F. N° 225061.0007/18-1
NOTIFICADO - JOAD COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
EMITENTE - CÂNDIDO DE ARAÚJO CORREA JÚNIOR
ORIGEM - INFAS - EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/01/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0242-02/20NF-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. O contribuinte, à época dos fatos geradores apurados era optante do Simples Nacional e conforme art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, a autoridade fiscal emitente tem competência legal para constituir o crédito tributário. Rejeitada a arguição de nulidade. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Estabelecimento – SIMPLES NACIONAL, foi lavrada em 11/06/2018, e exige crédito tributário no valor de R\$5.376,39, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **07.21.04** – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, apurado nos períodos de janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2016.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS/2012.

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

A notificada, através de seu Advogado, apresenta defesa apensada às fls. 12 a 17, onde inicialmente descreve os fatos e afirma que a Notificação Fiscal é assinada por autoridade incompetente para constituir o crédito tributário, na medida que o lançamento foi efetuado por Agente de Tributos Estaduais na fiscalização de estabelecimento optante do SIMPLES NACIONAL, cujo regime de apuração do ICMS se dá pela sistemática da conta corrente fiscal.

Fato que entende ser indicativo da necessidade das juntas de julgamentos do CONSEF ao analisar os processos, verificar se foi observado o devido processo legal, antes de resolver a lide.

Transcreve o art. 2º do RPAF/99 que assegura aos contribuintes o tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso.

Pontua que a Constituição Federal, a Lei Complementar e o Código Tributário Nacional ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais do direito de forma a trazê-los à aplicação prática de como proteger o contribuinte, evidenciado no art. 112 do CTN, quando opta pelo princípio *in dúvida pro contribuinte*.

Lembra o dever à obediência ao princípio da reserva legal, da função fiscal ao exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, sendo a lei o

delimitador de todos os administradores públicos, que não podem agir fora dos parâmetros por ela fixados.

Ensina que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular no exercício de sua função legal como expresso em trecho da Revista dos Tribunais, que reproduz.

Frisa que a ação da autoridade fiscal tem a obrigação de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-se sem qualquer interesse no resultado. A função administrativa tributária, portanto, exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Conclui que tais imputações não podem prosperar por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal, adstrito ao agente público. Assim, no caso em exame, os vícios que, cuja ocorrência demonstrará, levará a decretação de sua nulidade.

Destaca que o método levado a termo pelo agente fiscal, caracteriza-se como roteiro de auditoria aplicado a fiscalização de comércio cuja competência, o COTEB somente atribuiu aos Agentes de Tributos Estaduais a fiscalização de microempresas e empresas de pequeno portes optantes do SIMPLES NACIONAL nos termos do art. 107, §3º, portanto, não aplicável aos estabelecimentos cadastrados na condição normal, que apuram o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, que é o caso dos autos conforme extrato do SINTEGRA.

Transcreve o art. 107, §3º da Lei nº 3.956/81, reproduzido no art. 42, inc. II do RPAF/99, também copiado, e considera que, conforme extrato SINTEGRA, a notificada apura o ICMS pelo sistema de conta corrente fiscal de forma que o Agente de Tributos Estaduais não poderia ter procedido ao lançamento em observância ao princípio do devido processo legal.

Registra, transcrevendo ementas de julgamentos no CONSEF, que é nesse sentido que órgão julgador tem decidido.

Requer a decretação da nulidade, pelo fato do agente fiscal ter procedido contrariamente as regras do direito material e formal, estipuladas nas leis, regulamentos e rotinas administrativas.

O Agente de Tributos Estaduais presta a informação fiscal, fls. 30 e 31, onde afirma que a defesa é protelatória e em nada avança na resolução da infração.

Ressalta que o requerimento de nulidade total da Notificação, via argumento único, equivale a apostar no absurdo.

Frisa que a infração refere-se a recolhimento a menor do ICMS antecipação tributária, não falta de recolhimento e que de fato ocorreu erro no cálculo do imposto pelo contribuinte, implicando no recolhimento a menor.

Informa que o sistema processador que levantou o ICMS a pagar, como também em todas as demais infrações tem total credibilidade, pois foi preparado na SEFAZ.

Salienta que o devido processo legal foi observado, pois o período em que a notificada estava enquadrada no regime do SIMPLES NACIONAL: 01/01/2010 a 30/04/2018, engloba o período as datas de ocorrências da Notificação Fiscal.

Por fim defende a procedência total do lançamento.

Participou da sessão para sustentação oral os patronos da notificada Dr. Wagner Curvelo Mattos – OAB/BA 57.723 e Dr.^a Maria Manuela de Souza Sena Santos – OAB/BA 62.379, oportunidade de reafirmaram os argumentos da defesa, arguindo nulidade do lançamento por incapacidade legal do agente fiscal em efetuar o lançamento.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente Notificação Fiscal sobre uma infração tempestivamente impugnada pelo sujeito passivo, referente ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, decorrente de aquisições de mercadorias em operações interestaduais, destinadas a comercialização.

A notificada é contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, atualmente na condição NORMAL, apura o imposto na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e exerce a atividade econômica principal de comércio varejista de produtos alimentícios em geral ou especializado em produtos alimentícios não especificados anteriormente, dentre outras secundárias ligadas ao ramo de comércio atacadista e representações comerciais.

Por interessar na apreciação da preliminar de nulidade arguida, cabe esclarecer que apesar de atualmente a notificada encontrar-se inscrita na condição normal, consta nos registros cadastrais do CAD-ICMS que entre 01 de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2017, era optante pelo SIMPLES NACIONAL.

INC - Informações do Contribuinte

Períodos - Simples Nacional

Data inicial	Data final
01/01/2010	31/12/2017

Esclareço, por oportuno, que sendo optante do SIMPLES NACIONAL, o contribuinte não poderia apurar o ICMS na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL, este, reservado aos contribuintes inscritos no Cadastro Estadual na condição NORMAL, que apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, onde os débitos e os créditos devem ser apurados por estabelecimento.

Os contribuintes optantes do SIMPLES NACIONAL, não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal, consoante previsto no art. 320 do RICMS/2012.

Portanto, os contribuintes optantes pelo regime, não apuram o imposto na sistemática de CONTA CORRENTE FISCAL e sim, o regime do SIMPLES NACIONAL, obedecendo o disposto na Lei Complementar nº 123/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS, contrariamente ao entendimento da defesa.

Registro que o início da ação fiscal ocorreu com a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl. 06, quando o contribuinte tomou conhecimento em 28/05/2018.

Às fls. 07 e 08, consta apenso aos autos o DEMONSTRATIVO – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, elaborado pela autoridade fiscal de forma clara e suscinta, contendo todos os elementos necessários a cognição da acusação por parte da notificada, fato que o permitiu se defender da maneira que entendeu mais adequada, em observância ao direito da ampla defesa e do contraditório.

Verifico que o lançamento foi realizado consoante às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara e precisa, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento por entender que a autoridade fiscal que lavrou a Notificação Fiscal não tem competência legal para tal, de acordo com o art. 107, §3º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, reproduzido no art. 42, inc. II do RPAF/99.

A notificada considera que, conforme extrato SINTEGRA, fl. 27, está inscrita no cadastro estadual na condição normal apurando o ICMS pelo sistema de conta corrente fiscal, e, portanto, o Agente de Tributos Estaduais não poderia ter procedido ao lançamento, e se assim procedeu, desconsiderou o princípio do devido processo legal.

Efetivamente constata-se a ocorrência de insegurança jurídica, precipuamente no que diz respeito às regras de direito processual que determinam a qualificação de quem e como deve agir a autoridade fiscal na constituição do crédito tributário, quando não se observam os preceitos legalmente previstos.

Ou seja, quando não sendo observado os ditames legais e regulamentares que regem o processo administrativo, e assim mesmo instaurado o procedimento fiscal, restará descumprido o devido processo legal e caracterizado o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, incorrendo o ato administrativo em grave vício, que não poderá ser sanado por meio de diligência, não podendo se aplicar o disposto no §1º do art. 18, do RPAF/99, e assim é inevitável a decretação da sua nulidade.

Portanto, os argumentos da defesa, se mostram coerentes com a legislação e seria perfeitamente amoldado ao caso, se os fatos assim justificassem.

Ocorre que tendo iniciado suas atividades comerciais em 06/11/2008, durante o período entre 01 de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2017, a notificada era optante pelo SIMPLES NACIONAL, conforme dito linhas acima e como consta registrado nos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda.

Portanto, no período fiscalizado: janeiro a dezembro de 2016, a notificada era optante do SIMPLES NACIONAL, sendo que o extrato da consulta ao SINTEGRA, anexado à defesa, espelha a situação cadastral em 09/07/2018, época que a notificada já não mais era optante do sistema.

No período fiscalizado, sendo a notificada optante do SIMPLES NACIONAL, em consonância com o art. 144 do CTN, ou seja: “*O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada*”, o Agente de Tributos Estaduais, é sim, autoridade legalmente competente para constituir o crédito tributário, ora reclamado, conforme determina a Lei nº 3.956/81 – COTEB, no seu art. 107, §3º, que assim autoriza:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos 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.

Pelo exposto, rejeito a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, a exigência do imposto recolhido a menor pelo contribuinte, referente ao ICMS antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, se mostra perfeitamente caracterizada, com fulcro na acusação que aliás, não foi questionada pela defesa, no aspecto material, não foram apresentados argumentos ou provas que pudessem des caracterizar a infração e sequer o cometimento da infração foi negado.

Considerando que os demonstrativos de mostram corretos e os fatos apurados se fundamentam nos registros da emissão de notas fiscais eletrônicas que acobertaram operações de aquisições de mercadorias pela notificada, decorrente de outros Estados, fatos não contestados na defesa, o que poderia ter sido feito, pois, os elementos capazes de elidir a acusação, estão em seu poder.

Tais fatos faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 142 do RPAF/1999:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **225061.0007/18-1**, lavrada contra **JOAD COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.376,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR