

N. F. Nº - 210727.0146/18-5
NOTIFICADO - SIGNCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI-EPP
NOTIFICANTE - MARIA DO SOCORRO FREITAS MARIANO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.11.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0329-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL 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. Falta de Termo de Intimação ou Termo de Início de Fiscalização. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o art. 18, II do RPAF/BA-99. Instância única. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 18/10/2018, em que é exigido o ICMS no valor de R\$17.773,70, e R\$10.664,22 de multa de 60%, perfazendo um total de R\$28.437,92, pela falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, em aquisição interestadual de mercadorias por contribuinte descredenciado

Infração 01 – 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente a 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 na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A, inciso III 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.

O Notificado apresenta peça defensiva, através do seu representante, com anexos (fls.27 a 62), onde diz que vem apresentar justificativas dos não pagamentos dos DAE's de Antecipação Parcial do exercício de 2018 referente aos DANFES acima relacionados.

Diz que o Decreto 8.969 de 13.02.04 regulamentou a Lei 8.967 de 29.12.03 que instituiu a cobrança da Antecipação Parcial no Estado da Bahia, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, que consiste na diferença da alíquota interna e a alíquota interestadual.

Informa que nesse contexto tem o artigo 13º da L.C. 123/2006 do Simples Nacional que estabelece o recolhimento mensal único incluindo entre outros o ICMS, assim, em se tratando de empresas optantes pelo Regime do Simples Nacional, é ilegal e incompatível, estender a inclusão das

mesmas na regra da Antecipação Parcial do ICMS considerando que:

Fere frontalmente o Princípio da não cumulatividade do ICMS, ou seja, o contribuinte optante pelo Simples Nacional, paga o imposto antecipado e não tem pela natureza do próprio Regime Fiscal do Simples, condições de compensar o que foi devido, em cada operação relativa a circulação de mercadorias, com o montante cobrado nas operações anteriores, procedentes de outros Estados da Federação, e mais, além de ferir o princípio de cumulatividade, a Antecipação Parcial do ICMS, para os optantes do Simples Nacional, atenta, também, diretamente contra o Princípio do bis in idem, no âmbito do direito tributário, quando o Estado cobra ICMS do mesmo contribuinte, pela antecipação, visto que já se paga ICMS no sistema do Simples Nacional, quando do seu faturamento.

Diz que ante o exposto, a intimada considera ilegal o pagamento dos DAE's exigidos na intimação anexa, a qual exige a Antecipação Parcial do ICMS, tendo inclusive impetrado Mandado de Segurança a respeito (protocolo anexo)

Pelo arguido requer, que seja suspensa a exigibilidade da intimação em pauta, até o julgamento do mérito no âmbito administrativo e seja suspensa a exigibilidade da referida intimação em até o julgamento definitivo do *mandamus*, item 2-3 deste instrumento.

Este Processo foi distribuído para julgamento na 6ª Junta de Julgamento Fiscal, com a relatoria da Auditora Fiscal Edna Maura Prata de Araujo, que considerando a citação por parte da Notificada, da existência de um Mandado de Segurança, sugeriu e foi deferido, na Sessão de Julgamento da 6ª Junta em 30.10.2019, diligência à PGE/PROFIS para informar sobre o andamento processual do referido Mandado de Segurança.

A PGE/PROFIS, em despacho no dia 05.01.2020, deu a seguinte informação:

“Em resposta ao despacho à fl. 64, informamos que em 22/08/2018 foi exarada decisão interlocutória no MS nº 0548504-35.2018.805.0001, referente ao PAF nº 210727.0146/185, que indeferiu a segurança liminar, conforme cópias anexas.

Importante ressaltar que o *Mandamus* supramencionado ainda não foi julgado.

Encaminhe-se ao CONSEF para ciência e deliberação.”

Considerando a resposta da PGE/PROFIS, entendo não haver nenhum impedimento para dar continuidade ao julgamento Administrativo Fiscal do referido processo.

VOTO

Essa Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a diferença da antecipação parcial das mercadorias constantes nos DANFES 949, 5220, 5255, 6387, 12264, 14311, 14393, 16045, 16097, 27388, 34718, 872834 e 119710, conforme descrição no corpo da Notificação Fiscal:

“Falta de recolhimento do ICMS referente a Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada no território desse Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, adquiridas para comercialização por contribuinte DESCREDENCIADO. Ação fiscal originária da C.O.E.-CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS conforme MANDADO DE FISCALIZAÇÃO nº 29081945000167-20181016.”

A lavratura se fez em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE de nº 29081945000167-20181016, (fl.03) relativo às operações constantes no relatório extraído do Sistema da SEFAZ, dentre outros: “05– Resumo para Constituição de Crédito Tributário (fl.04) emitido em 16/10/2018, 06-Resumo do Demonstrativo Calc. Semi Elaborado-UMF emitido em 16/10/2018, (fl. 05) onde especifica para a constituição desta Notificação Fiscal os documentos fiscais (NF-e), acrescidos de suas cópias, às fls. 12 a 24, que relaciono a seguir: 949, 5.220, 5.255, 6.387, 12.264, 14.311, 14.393,

16.045, 16.097, 27.388, 872.384, 34.718, 119.710, preteritamente emitidos entre as datas de 12/09/2018 e 05/10/2018 e impressas em 16/10/2018.

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 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, e 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.

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 o 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.

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.

Cotejando-se as datas do Mandado de Fiscalização; do relatório supracitado; dos DANFES constantes neste processo, com a data da lavratura da Notificação (18/10/2018) constata-se a existência de divergência cronológica, que caracteriza uma situação incompatível com a fiscalização de trânsito, posto que esta é instantânea, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal.

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 ocorreu no caso em concreto, conforme documentos e elementos presentes nos autos, 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.

Inicialmente, há de se ressaltar 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, para ensejar a lavratura de uma Notificação Fiscal.

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.

Há de se afirmar com extrema exatidão que não se trata fiscalização de trânsito de mercadorias com base no exame das peças inseridas no processo. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “Notificação Fiscal – Trânsito de mercadorias”, não há nos autos documentação comprovação 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, existem apenas cópias dos DANFES todos impressos preteritamente em 16/10/2018.

Ademais, pelo outro viés da vertente de fiscalização, no estabelecimento do contribuinte, também, há a carência de documentação que comprovem a realização deste tipo de fiscalização 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, e a lavratura do Termo de Início de fiscalização conforme preceitua o art.26 do RPAF/BA.

Independentemente da discussão sobre que tipo de fiscalização foi executado para finalizar o processo, com a consequente lavratura da Notificação Fiscal, constato a existência de falhas na execução do processo administrativo fiscal que fortalece ainda mais a tese da nulidade, baseado no cerceamento ao direito de defesa do Notificado.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, II 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, a salvo de falhas e incorreções.

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 **210727.0146/18-5**, lavrada contra **SIGNCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI-EPP**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR