

N.F. Nº - 232340.1059/16-1
NOTIFICADO - PALLINA GELATERIA LTDA-ME
NOTIFICANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEN
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 12.02.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-06/21NF-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. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, II do RPAF/BA-99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 30/06/2016, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$22.634,42, mais multa de 60%, equivalente a R\$13.580,65, perfazendo um total de R\$36.215,07, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação 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 inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art.12-A, Inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

A Notificada apresenta peça defensiva, através de advogados, com anexos, às fls. 21 a 38, onde diz que esta contribuinte foi intimada, via telefone, a respeito da existência de uma suposta Notificação Fiscal constituída contra si no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Tal conduta fere de forma direta o artigo 108 do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF), que determina que a intimação do Contribuinte, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, não se admitindo intimações via telefone. Sem ter recebido qualquer informação além do número da Notificação, esta Peticionante teve que empreender inúmeros esforços apenas para descobrir a localização do Processo Administrativo. Visando exercer seu direito de defesa, o patrono desta Contribuinte compareceu ao IFMT METRO, para ter acesso aos autos do Processo Administrativo e obter cópia integral. Infelizmente, o acesso e as cópias do Processo Administrativo lhe foram expressa e reiteradamente negados, tendo o Causídico recebido tão somente uma cópia da Notificação Fiscal e do Anexo do Demonstrativo de Débito.

Ressalta que, em razão da intimação feita via telefone e da negativa de acesso aos autos e cópias do Processo Administrativo, esta Peticionante já perdeu boa parte do prazo para oferecer

Impugnação Administrativa e ainda não dispõe de todas as informações necessárias para exercer o seu direito de defesa.

Diante de tudo quanto exposto, esta Contribuinte vem requerer novamente acesso ao inteiro teor do Processo Administrativo Fiscal nº 115051/2016-0, visando preservar o seu direito de defesa, sob pena de nulidade; e consequentemente a devolução integral do prazo para apresentação de Defesa Administrativa, que deverá ter início a partir do momento em que esta Peticionante efetivamente obtiver acesso irrestrito à íntegra do Processo Administrativo Fiscal nº 115051/2016-0, inclusive com direito de obtenção de cópias.

Em despacho exarado pelo Auditor Fiscal Eduardo do Rego Avena, (fl. 85) foi determinado que a Notificação Fiscal nº 2323401059161, deve retornar à IFMT METRO para que seja feita a Intimação do Contribuinte, conforme havia sido determinado pela Supervisão desta repartição em despacho anterior.

A Notificada entra com nova defesa através de advogados com anexos, às fls. 94 a 144, com o seguinte teor:

Diz que, de acordo com a descrição dos fatos e a fundamentação jurídica da Notificação Fiscal nota-se que a única infração imputada foi a “Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial” sobre as mercadorias constantes na DANFE 10.912. Ocorre que o regime de antecipação parcial do ICMS na forma do artigo 12-A da Lei 7.014/96, não se aplica à operação de aquisição dos produtos constantes neste DANFE, esses produtos não se enquadram na hipótese prevista no artigo 12-A já que se destinam para uso/consumo próprio ou para utilização como ingrediente na elaboração dos produtos que comercializa, ou seja, não são comercializados, mas transformados.

Informa que no caso específico da Impugnante, foi impetrado o mandado de segurança 0569899-20.2017.8.05.0001, que visa impedir as exigências do pagamento de antecipação parcial do ICMS, quando da aquisição de mercadorias de outros Estados da Federação para uso/consumo ou utilizados como ingredientes na preparação dos produtos comercializados, tendo a liminar sido concedida em favor do Contribuinte pela 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA.

Ressalta que, mesmo que se pudesse admitir que os produtos constantes no DANFE nº 10.912 se submetem ao regime da antecipação parcial do artigo 12-A, a presente Notificação Fiscal não deveria prosperar em razão da utilização de base de cálculo manifestamente equivocada por parte da Autoridade Fiscal.

Analizando o artigo 23 da Lei Estadual 7.014/96 utilizado como uns dos fundamentos da lavratura da Notificação Fiscal, verifica-se que a base de cálculo do ICMS previstos no artigo 12-A deverá ser o valor da operação interestadual constante no documento fiscal (R\$ 28.647,33).

Ocorre que Autoridade Fiscal incluiu na base de cálculo do imposto a MVA dos produtos, fato que majorou indevidamente a base de cálculo (R\$ 132.112,68), a MVA é um percentual utilizado no regime de Substituição Tributária, para exprimir a evolução/majoração dos preços das mercadorias à medida que percorrem as diversas etapas de circulação no mercado, sendo assim a MVA só deverá ser adicionada ao valor da operação nos casos envolvendo o ICMS Substituição Tributária. Porém como vemos neste caso, o tributo exigido não se trata do ICMS Substituição Tributária, mas sim, do ICMS antecipação tributária parcial.

Diante de tudo quanto exposto, a Contribuinte requer:

- a) Seja declarada a total improcedência da Notificação Fiscal em razão da impossibilidade de se exigir o ICMS antecipação parcial em relação as mercadorias constantes no DANFE nº 10.912.

- b) Subsidiariamente, na remota hipótese de ser mantida a Notificação, requer a sua improcedência, também em razão da utilização de base de cálculo indevida, que nesta circunstância, deverá ter seu valor minorado, com o ajuste da base de cálculo para o valor da operação interestadual e não com base no MVA, como oportunamente contestado.
- c) Protesta, ainda, pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia técnica e contábil, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$22.634,42 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A lavratura se fez em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE de nº 24456562000102-2016614, (fl.05) relativo às operações constantes no relatório extraído do Sistema da SEFAZ, dentre outros: 05 – Resumo para Constituição de Crédito Tributário (fls. 09 e 10), 13 - Lista de DANFE indicados para Constituição de Crédito Fiscal (fls.11 a 12) todos emitidos em 14/06/2016, onde especifica para a constituição desta Notificação Fiscal o documento fiscal (NF-e), acrescido de sua cópia, às fls. 16 a 17, que relaciono a seguir: 10.912, preteritamente emitido na data de 08/06/2016, e impressa pelo sistema da SEFAZ em 14/06/2016.

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; do DANFE constante neste processo, com a data da lavratura da Notificação (30/06/2016) 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, existe apenas cópia do DANFE impresso preteritamente em 14/06/2016.

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, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232340.1059/16-1**, lavrada contra **PALLINA GELATERIA LTDA-ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR