

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-06/21NF-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 07/02/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.646,00, mais multa de 60%, equivalente a R\$5.187,60, perfazendo um total de R\$13.833,60, 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, assinado pelo seu advogado e representante, com anexos, às fls. 12 a 26, inicia sua justificação fazendo uma descrição dos fatos geradores e enquadramento legal da Notificação Fiscal.

Diz que a Notificada é uma empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, constituindo-se de um pequeno mercadinho que comercializa gêneros alimentícios no varejo e pequenas miudezas, e sempre cumpriu corretamente com suas obrigações tributárias, tendo a Notificação, ora alvo de Defesa Escrita, decorrido de crime de estelionato por serem oriundas de notas fiscais “frias” emitidas sem o conhecimento ou anuência da contribuinte que se tornam nulas de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais. Entende a Notificada que as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciais significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Relata que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria

relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais infringidos e capítular a penalidade, o cumprimento desses requisitos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa. Não há qualquer comprovação da efetiva entrada da mercadoria no território do Estado da Bahia. Ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos, pois denota-se que o fiscal, não certificou-se da efetiva entrada da mercadoria no território desta unidade da Federação.

E ainda, além da nulidade acima mencionada, denota-se outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Reforça que, já são vários os casos de estelionato envolvendo pequenos comerciantes em nosso Estado, tendo em vista a diferença tributária exigida para a entrada de mercadorias no território, face as diferenças de alíquotas de ICMS. A requerente é micro comerciante e seu porte de comércio em momento algum, permitiria adquirir as mercadorias constantes das notas fiscais que originaram a Notificação Fiscal. Ao tomar conhecimento do uso indevido de seus dados e da emissão fraudulenta da nota fiscal de compra em seu nome a recorrente imediatamente comunicou o fato a autoridade policial. (Documento anexo).

Requer seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a Nulidade das notificações objeto, destinando-se ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificado, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita, ou ainda, se assim não entendido, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante ao efetivo ingresso no Estado da Bahia das mercadorias citadas nas notas, através de rastreamento da nota nos postos fiscais do Estado por onde a mercadoria tenha entrado ou efetivamente passado, medida que se requer sob pena de nulidade da notificação fiscal.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$8.646,00 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial conforme descrito no corpo da Notificação Fiscal:

“Falta de pagamento do ICMS (antecipação parcial) na entrada neste estado, referente mercadorias oriundas de outra unidade da federação para comercialização por contribuinte descredenciado. Conforme DANFE nº 246 de 02/06/2018 e 597 de 13 de julho de 2018. Demonstrativo da Base de Cálculo em anexo.”

Constam anexo ao processo os seguintes documentos: 1) Demonstrativo da Base de Cálculo (fl.03); 2) Intimação para apresentação de livros e documentos – Simples Nacional com assinatura do contribuinte em 04/02/2019; 3) cópias dos DANFES 246 e 597 (fls. 07/08).

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.

Na análise dos documentos que compõem a Notificação Fiscal, verifico que a lavratura foi realizada para cobrar o ICMS de antecipação parcial dos DANFEs 246 e 597 emitidas respectivamente em 02/06/2018 e 13/07/2018 e impressas pelo sistema da SEFAZ em 07/02/2019.

Cotejando-se as datas dos DANFEs constantes neste processo, com a data da lavratura da Notificação (07/02/2019) 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 comprehende 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 07/02/2019.

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, existe apenas um Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos assinado pelo contribuinte em 04/02/2019, quando a lavratura da Notificação Fiscal foi lavrada em 07/02/2019.

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 152533.0001/19-4, lavrada contra **EDILENE DE ANDRADE GOMES 95833722500**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR