

N.F. Nº - 436372.0037/20-3  
NOTIFICADO - GISMARIO ALVES CARVALHO - EPP  
NOTIFICANTE - NARCISO FERREIRA DA SILVA  
ORIGEM - DAT NORTE/INFAZ CHAPADA DIAMANTINA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/12/2023

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0201-01/23NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. De acordo com as planilhas que embasaram o lançamento fiscal verifico se tratar de cobrança de Antecipação Parcial, e não de imposto devido por contribuinte referente ao Simples Nacional. Dessa forma, o notificante calculou o montante do imposto atribuído ao notificado de maneira divergente com a imputação e dispositivos legais constantes da Notificação Fiscal em exame. Erro de fulcro em relação ao real objeto da acusação fiscal. Tal vício implica em decisão de ofício pela nulidade com espeque nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 02/10/2020, e lançado ICMS no valor histórico de R\$ 20.701,16, mais multa de 75%, em decorrência da seguinte infração à legislação do supracitado imposto:

**Infração – 017.001.001** – Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de junho, julho, novembro e dezembro de 2019.

Enquadramento Legal: art. 21, I da Lei Complementar 123/06. Multa prevista no art. 35, da Lei Complementar 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa, peça processual que se encontra anexada às fls. 09 a 18. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme Instrumento de Procuração, constante nos Autos à fl. 19.

Inicialmente a peça defensiva ressalta a sua tempestividade; faz uma síntese da notificação, citando os dispositivos legais que embasaram a mesma; e solicita que as intimações dos atos processuais pertinentes sejam efetuadas única e exclusivamente na pessoa do advogado DR. EMANOEL SILVA ANTUNES (OAB/PE sob o nº 35126), uma vez que, consoante os termos da procuração em anexo, mais de um causídico recebeu poderes para, em juízo ou fora dele, representar o notificado.

Em seguida argui a nulidade da Notificação, alegando ausência de intimação.

Transcreve o artigo 196, parágrafo único do Código Tributário Nacional, bem como os artigos 26, III, e 108, do Decreto 7.629/1999 (RPAF/BA), asseverando que a intimação é indispensável para o início do procedimento de fiscalização, e deverá ser realizada pessoalmente, por via postal (AR) ou ainda por meio eletrônico, nesse último caso, via DT-e.

Acrescenta que caso a intimação, por via postal, seja infrutífera, poderá o Fisco realizar a intimação via edital, publicada no Diário Oficial do Estado, de acordo com o Parágrafo 1º, do artigo 108, acima citado.

Alega que, no presente caso, apesar da empresa funcionar regularmente no endereço cadastrado e ter ativo seu cadastro do DT-e, não recebeu qualquer intimação que indicasse o início do procedimento de fiscalização. Aduz que a única intimação recebida foi a que cientificava da lavratura da notificação fiscal.

Pontua que o processo administrativo fiscal se trata de ato vinculado, e que o agente administrativo fica obrigado a agir de acordo com o que determina a legislação que trata da matéria, não cabendo qualquer margem de discricionariedade quanto aos procedimentos e ao modo de apreciação dos fatos apurados.

Consigna que o desconhecimento do início da auditoria, impossibilita o contribuinte de apresentar a documentação exigida e acima de tudo a ampla defesa e o contraditório na fase investigativa.

Destaca que esse inclusive é o entendimento deste Conselho, e traz à colação parte das decisões dos acórdãos: CJF nº 019-11/13 e CJF nº 0172-12/16.

Assinala que agrava a situação o fato de a empresa funcionar regularmente no endereço cadastrado junto a SEFAZ/BA, além disso, que tem o seu DT-e ativo, inclusive com o recebimento regular de comunicações.

Por outro lado, diz que as planilhas juntadas pelo notificante não têm qualquer relação com a suposta infração.

Alega que enquanto os valores do simples nacional são calculados sobre o faturamento, as planilhas apresentadas apuram supostos valores calculados sobre as entradas de mercadorias.

Cita o artigo 39, incisos III e V do RPAF/99, aduzindo que o lançamento deverá conter a descrição dos fatos considerados infrações e ainda a indicação dos dispositivos da legislação tributária em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador.

Argumenta que a indicação do dispositivo violado diverge da suposta infração cometida (planilhas apresentadas).

Ratifica o pedido de nulidade, por cerceamento de defesa, e cita as disposições do artigo 18, inciso II e IV do RPAF/99.

Ao final, requer seja declarada nula a Notificação Fiscal em exame, ou que no mérito seja reconhecida sua improcedência.

O Notificante apresenta informação fiscal às fls. 23/24, esclarecendo que a Notificada se trata de Empresa de Pequeno Porte, na qual a sua atividade econômica principal é Comércio Varejista de Móveis.

Expõe que o roteiro realizado foi Antecipação Parcial, e que no caso particular dessa empresa, a lavratura da Notificação Fiscal se deu no momento de transição e atualização dos sistemas que processam os Autos de Infração e Notificação Fiscal.

Diz ter percebido que o número da infração divergia, mas que o texto que define o roteiro de Antecipação Parcial foi preservado.

Explica que na fiscalização desta e demais empresas, foram utilizadas práticas de apuração do ICMS mais modernas, ou seja, que intimava o contribuinte e demais documentos operacionais pelo Sistema Sefaz.

Afirma que o destinatário foi notificado via DT-e, e que recebeu a notificação enviada para ter ciência.

Destaca que a única observação a ser feita encontra-se na planilha que contém a discriminação das Notas Fiscais: “Na página 03, segunda coluna, (N. FISCAL), linha 07, a nota fiscal nº 2250 possui os dados, identificação e valor da NF-e nº 572.708”.

Assinala que em anexo encontram-se documentos de Arrecadação, NF-e nº 572.708 e demais informações sobre as receitas.

Ao final, pugna pela total procedência da Notificação Fiscal.

## VOTO

A presente Notificação Fiscal exige ICMS, sob acusação do notificado não ter recolhido o imposto referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de junho, julho, novembro e dezembro de 2019.

Preliminarmente, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, 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 do CTN (Lei de 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 de 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.

*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.

Tem-se que na peça inicial acusatória à fl. 01 que o notificante imputa ao notificado o cometimento da infração da falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, enquadrando a sua exigência no art. 21, I da Lei Complementar 123/06.

Entretanto, de acordo com as planilhas que embasaram o lançamento fiscal às fls. 03/04, e no próprio Termo para cientificar o contribuinte da fiscalização (fl. 05), verifico se tratar de cobrança de Antecipação Parcial, e não de imposto devido por contribuinte referente ao Simples Nacional.

Destarte, resta evidente o erro de fulcro em relação ao real objeto da acusação fiscal, uma vez

que o notificante calculou o montante do imposto atribuído ao notificado de maneira divergente com a imputação e dispositivos legais constantes da Notificação Fiscal em exame.

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável existente no lançamento em exame que é a dissonância entre a descrição da infração/fundamentação legal, e o cálculo do imposto devido com a realidade fática da situação.

Dessa forma, esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF/BA/99, a seguir transcritos, onde deveria o notificante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, correlacionando-os, de forma inquestionável, com o fato em concreto, possibilitando-se, assim, que o notificado exercesse plenamente o direito de defesa, ferindo o princípio da legalidade e do devido processo legal.

*Art. 18 São nulos:*

*(...)*

*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*

*(...)*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*

*(...)*

Diante de tais constatações, e conforme os dispositivos legais acima mencionados, considero que o lançamento é NULO, podendo ser refeito para cobrança da antecipação parcial, caso o referido imposto já não tenha sido recolhido pelo contribuinte.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 436372.0037/20-3, lavrado contra **GISMARIO ALVES CARVALHO – EPP**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR