

N.F. N° - 217362.0037/18-3

NOTIFICADO - RONIVALDO VIANA SANTOS  
NOTIFICANTE - ERIVALDO GUSMÃO PEREIRA  
ORIGEM - IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16/04/2020

## 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0037-06/20NF

**EMENTA:** ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO MONTANTE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. Incongruências entre as notas fiscais existentes nos autos, a metodologia adotada para apurar o ICMS e a descrição da infração exigida na Notificação Fiscal, macula de insegurança a determinação da infração e do montante do débito tributário. Evidenciada, no caso concreto, a ofensa ao art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS E MATERIAIS. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Ausência de Termo de Apreensão de Mercadoria Recomendação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 03.07.2018, refere-se à exigência de R\$14.386,60 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$8.631,96, que perfaz o montante de R\$23.018,56, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente à 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 nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Noticante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

*“Mercadoria conforme notas fiscais e planilha em anexo de mercadoria oriunda de outras unidades da federação e sem a devida antecipação parcial de mercadoria destinada a contribuinte descredenciado”*

O Notificado se insurge contra o lançamento e apresenta a peça de defesa apensada aos autos à folha 18 e documentação comprobatória às folhas 19 a 37, protocolizada na CORAP-SUL/PA V. CONQUISTA em 25/09/2018 (fl.17).

Esclarece que conforme intimação recebida em 12.09.2018, no qual é solicitada a comprovação de pagamento de DAES de antecipação parcial e substituição tributária, conforme relatório fornecido por esta repartição, em anexo xerox dos pagamentos feitos na entrada da mercadoria no estado,

sendo que existem algumas notas fiscais em anexo, conforme natureza da operação CFOP 6922 não é devido o pagamento dos impostos. Findo, no aguardo do deferimento.

## VOTO

A Notificação Fiscal nº 217362.0037/18-3, lavrada em 03.07.2018, refere-se à exigência de R\$14.386,60 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$8.631,96, que perfaz o montante de R\$ 23.018,56, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por falta de recolhimento do ICMS, referente à 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 previstos na legislação fiscal, descredenciado, relativo às operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ - “03 Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos do Trânsito das Mercadorias” de fls. 3 e 3vs., e cópia dos documentos fiscais (NF-e) de fls. 08 a 15, mais especificamente os DANFEs nºs. 0008.457, 024.450, 051.297, 067.327, 121.699 e 232.821, em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE nº 14436203000130-2018612 expedido em 13.06.2018, acostado à fl. 02 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/SUL para verificar irregularidades apontadas no Mandado de Fiscalização, da Central de Operações Estaduais – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado.

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 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.*

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA 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.

O Notificante, quando do lançamento, acusa o Notificado do cometimento de infração à legislação do ICMS decorrente de falta de recolhimento do ICMS referente à *antecipação tributária parcial* (infração 54.05.08), 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.

Inicialmente, verifiquei a ausência da “Memória de Cálculo”, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte notificado a fim de que se possa verificar com clareza os elementos utilizados na formação da base de cálculo do crédito tributário exigido.

No entanto, apurei a existência de uma *planilha* à folha 06 e 06vs., na qual constam *diversos números de Notas Fiscais*, cujo o montante perfaz o valor do débito exigido na Notificação Fiscal, (nºs. 4237, 7295, 12.758, 12.846, 20322, 66909, 213.691, 230.195/196/197/283, 231.141/376/377/378/385/386, 232.610/611, 331.041/042, 360.242/243, 361.851/852 e 101.8683), entretanto, *diferentes das cópias dos documentos fiscais (NF-e)* de fls. 08 a 15 acostados aos autos pelo Notificante.

Ademais, embora exista um montante compilado, *nesta planilha*, que seja o equivalente ao exigido na Notificação Fiscal, constam nela relacionadas, possivelmente, tanto *mercadorias apuradas à sujeição da antecipação parcial, quanto mercadorias apuradas à substituição tributária* devido à existência de percentuais (41,77% e 70,12%) equivalentes aos existentes no Anexo 1 do RICMS/BA/12 referenciados à Margem de Valor Agregado de mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária. Esta lucubração de incertezas se faz devido a inexistência, nos autos do processo, das possíveis notas fiscais constante na tabela da planilha. A exceção se faz em relação às Notas Fiscais de nºs. 360.243/242 (fls. 30 e 31), 361.851/852 (fls. 32 e 33) 331.041/042 (34 e 35), 18.683 (fl. 36) e 020.322 (fl. 37) que foram acostadas aos autos pelo notificado, usadas como documentação comprobatória quando de sua impugnação, o qual se fez em relação à *planilha* supracitada enviada pelo Notificante.

Acrescento ainda, que pelos dados existentes *nesta planilha*, o artigo infringido apontado pelo Notificante, *no enquadramento legal*, encontrar-se-ia, também, eivado de erro uma vez que o embasamento se fez em relação ao recolhimento do ICMS antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, *relativamente à antecipação parcial* do ICMS (art. 332, inciso III, alínea “b”).

Assim, considero que estas incongruências detectadas maculam de insegurança a determinação da infração e do montante do débito tributário, eivando o lançamento de ofício de vício insanável, caracterizando a hipótese de nulidade prevista no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, em conformidade com o disposto na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita. Registre-se que essa nulidade absoluta do lançamento, independe de provação das partes.

*“SÚMULA CONSEF N° 01 ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.*

Ressalto que o vício formal a que se refere o artigo 173, II do CTN é aquele verificado de plano, no próprio instrumento de formalização do crédito, que diz respeito a erros quanto à caracterização do Auto de Infração, relacionados a aspectos extrínsecos, como por exemplo: inexistência de data, nome da autoridade competente, matrícula, local de lavratura do auto, assinatura do autuante, autorização para nova lavratura de auto de infração, ou quaisquer outros erros que comprometam a forma do ato do lançamento. *Se o defeito no lançamento disser respeito a requisitos fundamentais*, se está diante de vício substancial ou vício essencial, que macula o lançamento, impede a concretização da formalização do vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. *Os requisitos fundamentais são aqueles intrínsecos* ao

lançamento e dizem respeito à própria conceituação do lançamento insculpida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, qual seja, a valoração jurídica dos fatos tributário pela autoridade competente, mediante a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do tributo e a identificação do sujeito passivo.

Assinalo, também, que ao contrário das evidências pontuadas acima, verifico que foi utilizado para concretizar o lançamento em tela, o modelo de Notificação Fiscal apropriada às autuações da fiscalização de trânsito, quando o procedimento adotado aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento.

Saliento que, segundo a interpretação dos arts. 28, IV e IV-A e 29 do RPAF/BA, a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias necessariamente deve ser precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, salvo as hipóteses legais, que não se procede no caso concreto, em que for lavrada a notificação em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada com imediato pagamento do imposto e da multa e irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte. Observo que não há no processo administrativo fiscal a presença do Termo de Apreensão de Mercadoria e a presença do Termo de Ocorrência Fiscal se faz datado em 28.06.2018, e a data da lavratura da Notificação Fiscal ocorreu em 03.07.2018.

Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, própria para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob a ação do fisco.

Diante de tais constatações conforme dispõe a SÚMULA DO CONSEF 01/02, assim como os arts. 18, IV, alínea “a” do RPAF/99, considero que o lançamento é NULO, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, 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 217362.0037/18-3, lavrada contra RONIVALDO VIANA SANTOS.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR