

N.F. Nº - 210967.0043/17-7  
NOTIFICADO - ALMEIDA & MARQUES PRESENTES E DECORAÇÕES LTDA. - ME  
NOTIFICANTE - RAIMUNDO DA CRUZ SILVA  
ORIGEM - IFMT NORTE  
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 03/06/2020

## **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0107-06/20NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO MONTANTE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO 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 planilha de memória de cálculo para obter o valor do ICMS devido. 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. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 04/08/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$10.739,97, mais multa de 60%, equivalente a R\$6.443,98, perfazendo um total de R\$17.183,95, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche 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. Multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos, às fls.53 a 70, informando que já tinha recolhido o ICMS da diferença de alíquota das mercadorias destinadas à comercialização, apresenta uma relação das mercadorias destinadas a uso e consumo que não estão sujeitas ao recolhimento da diferença de alíquota do ICMS e anexa as cópias dos DAEs pagos.

## **VOTO**

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$10.739,97, 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 ao Mandado de Fiscalização COE de nº 27073475000164-201783, expedido em 04/08/2017, acostado à fl. 03, relativo às operações constantes nos relatórios extraídos do Sistema da SEFAZ, dentre outro “06 - Resumo do Demonstrativo Calc Sem Elaborado – UMF”, (fl. 05), emitido em 03/08/2017, onde especifica para a constituição desta Notificação Fiscal os

documentos fiscais (NF-e), acrescidos de suas cópias, às fls. 06 a 44, que relaciona os DANFES seguintes: 056763, 056770, 056879, 056995, 056996, 056910, 056279, 056297, 056355, 056278, 057002, 057278, 057372, 057426, 057877, 011644, 785, 32690, 5573, 45983, 18074, 12640, 4181, 58097, 58217, 40851, 20572, 16367, 19681, 9390, 5299, 1501, 8830, 148, 10731, 65824, preteritamente emitidos entre as datas de 29/06/2017 e 02/08/2017.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Norte – IFMT-NORTE, 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, mas 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, o da garantia da 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, 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, entendendo 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 ao 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 à 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 nas suas operações mercantis já realizadas.

A vista disso, no caso em exame, das peças inseridas neste processo, há dubiedade em se afirmar com extrema exatidão, em quais das vertentes ocorreu a fiscalização que consumou a lavratura da Notificação Fiscal. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias”, não há nos autos documentação comprobatória da instantaneidade 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. Neste caso concreto, existe apenas cópia dos DANFES supracitados às folhas 06 a 44, de diversas empresas, todos impressos na data de 03/08/2017, conforme nota de rodapé.

Ademais, pelo outro viés da vertente de fiscalização no estabelecimento do contribuinte, também há a carência de documentação que comprove 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, 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.

Foi lavrado pelo Notificante, em 04/08/2017, o Termo de Ocorrência Fiscal (fl.04), porém, não consta no documento a assinatura da ciência do Notificado, e na sua confecção, constato falhas gritantes, tais como: falta de informações sobre para que se destina este Termo de Ocorrência, qual o motivo da sua emissão e o prazo da sua resposta. O Termo de Ocorrência Fiscal em referência, é um documento vazio, sem as informações necessárias para serem atendidas pelo contribuinte.

Constato uma questão de suma importância para o deslinde da matéria, qual seja, a inexistência nos autos de memória de cálculo que possibilite ao contribuinte saber qual foi o método empregado para a apuração do valor do imposto cobrado, configurando ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, haja vista que deveria o Notificante explicitar de forma clara e objetiva, como obteve o valor do imposto cobrado, conforme disposto na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita. Registre-se que esta nulidade absoluta do lançamento, independe de provocação das partes:

*“SÚMULA CONSEF Nº 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 compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.*

Logo, tal omissão se constitui de forma cristalina em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, que embora não tenha invocado tal fato em seu proveito, leva o julgador a suscitar de ofício. Este entendimento se encontra pacificado no âmbito deste Conselho, sendo diversas as decisões no sentido da nulidade, ante tal fato.

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

De tudo quanto 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 **210967.0043/17-7**, lavrada contra **ALMEIDA & MARQUES PRESENTES E DECORAÇÕES LTDA.-ME**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR