

N.F. Nº - 232282.0003/19-1  
NOTIFICADO - ELIVAN ROSA SANTANA E CIA LTDA.  
NOTIFICANTE - OTO SANTOS SILVA JÚNIOR  
ORIGEM - IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.08.2020

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0211-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Não foram observados os aspectos formais que devem revestir qualquer ato administrativo. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias de estabelecimento. Sem a devida observância do processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o inciso II e § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 22.01.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$2.581,21 e multa de 60%, no valor de R\$1.548,72 que perfaz o montante de R\$4.129,93, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado

Enquadramento Legal: art. 34, inciso III da Lei nº 7.014/96 c/c com o art. 289, §1º, inciso III, alínea “b” do RICMS, Decreto nº 13.780/12.

Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

*“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação conforme DANFES relacionados no demonstrativo a partir do Mandado de Fiscalização emitido pela COE em anexo.”*

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de seu representante, e apresenta defesa apensada aos autos (fls. 27 e 28), e documentação comprobatória às folhas 29 a 30vs protocolizada na CORAP SUL/PA JEQUIÉ, na data de 01.03.2019 (fl.26)

Esclarece no seu arrazoado de defesa que a Notificada já efetuou o recolhimento do ICMS devido, por meio dos seguintes DAES:

- DAE nº 1900435124, no valor de R\$ 1.957,98 (um mil e novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e oito centavos), referente às Notas Fiscais nºs 1704, 2773 e 334, da competência de 12/2018, pago no dia 25 de janeiro do ano em curso.
- DAE nº 1901200259, no valor de R\$1.203,48 (um mil duzentos e três reais e quarenta e oito centavos), referente às Notas Fiscais nºs 309832 e 113, da competência em 01/2019, pago no dia 25 de fevereiro do ano em curso.

Ressalta que o valor cobrado referente a 12/2018 foi pago antes do recebimento da notificação. Assim sendo, até então, a recorrente não tinha ciência de pendências fiscais uma vez que estava recolhendo o imposto devido.

Solicita o reconhecimento do pagamento já efetuado, por meio dos DAES descritos acima e anexo e pede a suspensão da cobrança da multa, pois o pagamento do ICMS devido já foi efetuado.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

#### **VOTO**

Verifico que a ação fiscal, que resulta na presente Notificação Fiscal, tem início com a Ordem de Serviço (O.S.) nº 500434/19, indica na folha 01, através do cumprimento do Mandado de Fiscalização nº 14633719000174-201911, reportado à folha 07, expedido pela Central de Operações Estaduais (COE), assinado pelo preposto fiscal e pelo preposto do contribuinte na data de 21.01.2019 às 09h00min. Nota-se, também, a existência do relatório denominado “03 – Anexo ao Termo de Fiscalização – Constatação de Eventos do Trânsito das Mercadorias” (fl.08) contendo os DANFES, já previamente selecionados, a serem fiscalizados, assinado pelo preposto fiscal e pelo responsável pelo estabelecimento na data de 21.01.2019. A intimação do contribuinte para o pagamento do débito, apurado na Notificação Fiscal, ou a sua justificação foi datada em 05.02.2019 (fl. 18).

Assinala-se que os DANFES, que acobertaram a operação, nºs. 000.334 (fl. 09), 002.773 (fl.11) e 001.704 (fl. 12), referenciam-se, respectivamente, aos dias 15, 21 e 27.12.2018 e o DANFE nº 000.113 (fl. 10) refere-se à data de 09.01.2019 e a Notificação Fiscal foi lavrada na data de 22.01.2019 (fl. 01).

*O enquadramento legal* utilizado baseou-se no art. 34, inciso III da Lei nº 7.014/96 c/c com o art. 289, §1º, inciso III, alínea “b” do RICMS, Decreto nº 13.780/12, *mais a multa tipificada* na alínea “d”, inc. II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

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. (grifo nosso)*  
*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.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região SUL – IFMT/SUL para verificar irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE.

Na situação sob análise, verifiquei através dos Dados Cadastrais do Sistema de Informações do Contribuinte – INC, da Secretaria da Fazenda, à folha 15 que a empresa notificada, é uma Empresa de Pequeno Porte, optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Conforme já explicitado, a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais lotado na IFMT-SUL, utilizando-se para esse feito de procedimento que se originou de monitoramento, sendo alcunhada de uma espécie de auditoria sumária do ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente à entrada de mercadorias, acobertada por número de DANFES existentes em Relatório emitido pela Central de Operações Estaduais – Trânsito de Mercadorias – SEFAZ/ BA, sendo que estes foram emitidos em 15, 21 e 27.12.2018 e 09.01.2019, e o presente lançamento em 22.01.2019, constatando que o roteiro de fiscalização não é o apropriado para constituir o crédito tributário decorrente de apuração de fatos ocorridos preteritamente. Ressalto a existência do Termo de Ocorrência Fiscal emitido pelo Central de Operações, onde se deu a única participação da Empresa Notificada com a assinatura do seu preposto, datado de 21.01.2019.

Atesto a existência do “TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO”, acostado à folha 03, assinado tanto pelo preposto fiscal e pelo preposto do contribuinte, na data de 21.01.2019, informando-o de que na data de 16.01.2019 iniciou-se a fiscalização do estabelecimento, referente ao período de 01.12.2018 a 16.01.2019.

Não se pode olvidar que os procedimentos formais que norteiam a auditoria de estabelecimento denotam maiores cuidados e complexidade impondo exigências ao cumprimento da *ordem de serviço específica*, inclusive prazo de execução mais elástico de 90 (noventa) dias, o que denota, exigência de maior aprofundamento do trabalho, ritos e cerimônias atinentes ao devido processo legal em tela, por determinação do art. 28 da SEÇÃO III do RPAF.

*“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

*III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;*

*IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;*

*(...)*

*§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.”*

Verifiquei nos autos a inexistência do Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, constando apenas os DANFES, objetos da Notificação Fiscal, todos impressos na mesma data de 14.01.2019, antes do início da fiscalização. Ademais, o Termo de Início se fez iniciar em 16.01.2019 e foi cientificado pelo Notificante na data de 21.01.2019, um dia antes da lavratura da Notificação Fiscal em 22.01.2019.

Deste modo, deixando o presente lançamento de crédito tributário de atender aos requisitos da ação fiscal própria de auditoria de estabelecimento, que exige procedimentos específicos, prazo dilatado para conclusão de 90 dias, oportunidade de interlocução com o contribuinte, chance ao contribuinte para apresentação elementos de dissuasão no curso da ação fiscal, maior aprofundamento da investigação fiscal, entendo que tendo sido a ação fiscal desenvolvida sob estas limitações procedimentais, feriu o princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Outro aspecto a ser observado é que no caso em tela existiram operações de circulação de mercadorias, acobertadas por diversos DANFES, as quais redundaram em diferentes datas de ocorrência do fato gerador. Todavia, o agente fiscal determinou, no demonstrativo de débito (fl. 01), como data de ocorrência da infração duas datas; uma no dia 31.12.2018, englobando os DANFES referentes ao mês de dezembro de 2018; e a outra data em 16.01.2019, sendo que o DANFE foi emitido na data de 09.01.2019. Note-se que não é permitido ao preposto da Fazenda eleger uma data de ocorrência, conforme foi realizado no caso em concreto, pois o lançamento é um ato administrativo vinculado, regrado por lei, inexistindo espaço para discricionariedade da autoridade fiscal lançadora.

O montante do débito tributário é composto de imposto, multa e acréscimos moratórios. Na medida em que não se consegue determinar as *reais datas de ocorrência dos fatos geradores*, não se determina o débito integral a ser exigido do contribuinte, configurando-se, portanto, a nulidade estabelecida no § 1º do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

*“§1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”*

Cabe ressaltar ainda que o inciso II do art. 51, do citado diploma legal, coaduna com o estabelecido no § 1º do art. 18 do RPAF/BA e robustece a importância da determinação das reais datas de ocorrência dos fatos geradores, como termos iniciais de contagem, de forma a possibilitar a apuração do débito integral.

*“Art. 51. A Notificação Fiscal conterá, no mínimo:*

*(...) II - o valor do tributo e das penalidades, com indicação dos acréscimos tributários incidentes, demonstrados segundo as datas de ocorrência e em função da natureza dos fatos, sendo que as parcelas variáveis, tais como multas percentuais, atualização monetária e acréscimos moratórios serão determináveis pela indicação do percentual e do termo inicial de contagem, de modo a possibilitar o conhecimento do débito integral;”*

Igualmente pertinente é a menção do disposto no art. 144 do CTN (Lei nº 5.172/1966)

*Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Dentre os diversos deveres do julgador, está o da observância da estrita legalidade do lançamento tributário, cabendo destacar que a finalidade do lançamento de tributos é cobrar aquilo que é devido. Se o Estado cobra mais que o devido, trata-se de enriquecimento ilícito. Por outro lado, se o Estado cobra menos que deveria, configura-se prejuízo ao Erário.

Voto, portanto, por todos os argumentos acima consignados, pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme disposto no inciso II e §1º do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide.

*Isto exposto*, nos termos do art. 21 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, especialmente no que concerne à adoção de procedimento fiscal adequado à fiscalização de estabelecimento, devendo ser satisfeitas todas as formalidades legais a ela inerentes, dentre estas a utilização do instrumento apropriado para constituir o crédito tributário decorrente da apuração de fatos pretéritos.

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, julgar **NULA**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232282.0003/19-1**, lavrada contra **ELIVAN ROSA SANTANA E CIA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO- JULGADOR