

**PROCESSO** - N. F. Nº 232238.3005/16-8  
**NOTIFICADO** - K S RODRIGUES - ME  
**EMITENTE** - EMERSON PEREIRA PORTELA  
**ORIGEM** - IFMT – SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 27/01/2021

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF Nº 0224-02/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. Comprovado que as operações arroladas na autuação não estão listadas no Anexo 1 ao RICMS/2012, portanto não cabe exigir o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária. Comprovada que a exigência refere-se a ICMS antecipação parcial. Caracterizada a incongruência entre a infração e os fatos apurados. Não foi decretada a nulidade em função do que determina o art. 155, parágrafo único da RPAF/99. No mérito não procede a exação. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal – Estabelecimento – SIMPLES NACIONAL, foi lavrada em 19/06/2016, e exige crédito tributário no valor de R\$7.921,04, acrescido da multa de 60%, pelo cometimento da infração – **07.21.01** – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, apurados nos períodos de abril e maio de 2016.

O Agente de Tributos Estaduais complementa relatando que: “...em cumprimento ao Mandado de Fiscalização nº 24431102000120-2016516, emitido pela Central de Operações Especiais – COE, bem como da Ordem de Serviço nº 503869/16, emitida pela INFAZ – GUANAMBI, notificamos o contribuinte supra, tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS devido relativo às entradas neste Estado das mercadorias adquiridas para comercialização, relacionadas nos DANFES nº 001.661, 2.312.156, 305.010, 181.098, 004.834, 315.327, 2.324.271, 000.069, 2.332.059, 000.801, 007.066, 2.348.432 e 034.516, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e seu anexo, além da Planilha de Cálculo da Antecipação Total, em razão da antecipação total do ICMS das operações, encontrando-se tal contribuinte em situação de descredenciamento. Operação de circulação de mercadorias constatadas nesta data, por verificação fiscal, que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05, de 30 de março de 2012 (ciência da Operação e Confirmação da Operação)”.

Enquadramento legal: art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/96 c/c 289, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

A notificada, em 16/08/2016, apresentou defesa à fl. 40, onde inicialmente requer a nulidade da Notificação Fiscal sob o argumento de já ter efetuado o recolhimento do imposto referente as notas fiscais relacionadas, inexistindo inadimplência na data da ciência, ocorrida em 10/08/2016, anexando demonstrativo de cálculo e cópias dos DAEs e comprovantes de recolhimentos.

O Agente Fiscal presta informação, às fls. 59 a 61, onde após reproduzir a infração e as alegações da defesa, afirma que apesar da notificada ter arguido o pagamento do imposto exigido e apresentado os comprovantes, estes pagamentos ocorreram após o início da ação fiscal.

Lembra que o termo de início de fiscalização foi lavrado em 19/06/2016, e o recolhimento do ICMS

através do DAE, fl. 45, ocorreu em 27/06/2016, fato que extingue a espontaneidade do recolhimento, conforme art. 95, parágrafo único do RPAF/99.

Ressalta que apesar de intempestivo, o pagamento está vinculado à operação arrolada na Notificação, devendo ser apropriado no valor de R\$6.460,91, ensejando a quitação parcial do crédito tributário, permanecendo a exigência da multa por infração à legislação do ICMS e os devidos acréscimos legais.

Frisa ter verificado que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais – DANFES nº 1661, 305010, 181098, 4834, 69, 801 e 34516 arrolados na presente Notificação, correspondem a aquisições destinadas a uso e consumo do estabelecimento, não estando sujeitos a antecipação parcial, conforme art. 12-A da Lei nº 7.014/96, devendo ser excluída da exigência o valor de R\$1.460,13.

Conclui ser parcialmente procedente a Notificação Fiscal.

Consta às fls. 65 e 65-v o relato no Inspetor Fazendário da INFAZ – GUANAMBI, direcionado ao Inspetor Fazendário da IFMT – SUL, observando que o termo de início de fiscalização não apresenta ciência do notificado, também não serve de ciência da lavratura da Notificação Fiscal.

Acrescenta que o Termo de Ocorrência Fiscal e seu anexo, fls. 15 a 18 que poderia ser utilizado para marcar o início da ação fiscal, consta a assinatura de Carlos André C. Teixeira.

Adicionalmente, observa que os quadros CIÊNCIA DA OPERAÇÃO, CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO, OPERAÇÕES NÃO REALIZADAS e DESCONHECIMENTO DA OPERAÇÃO do anexo CONSTATAÇÃO DE EVENTOS DO TRÂNSITO DE MERCADORIAS, estão em branco.

Assim, solicita do Inspetor da IFMT – SUL, que anexe ao PAF algum documento que caracterize o Sr. Carlos André C. Teixeira, como preposto da notificada e obtenha as informações do contribuinte dos dados referentes aos quadros citados do anexo Termo de Ocorrência Fiscal.

Sem obter as informações, tampouco terem sido adotadas as providências requeridas, o Inspetor da INFAZ – GUANAMBI, encaminhou o processo ao CONSEF para julgamento.

É o relatório.

## VOTO

Versa a presente Notificação Fiscal sobre uma infração à legislação do ICMS, tempestivamente impugnada, vez que apesar de não constar a data de ciência da Notificação, a defesa foi apresentada antes de findo o prazo de sessenta dias, contados da data de lavratura, ao contribuinte inscrito na condição de MICROEMPRESA, não optante do SIMPLES NACIONAL, sendo que no período de 21/03/2016 e 31/12/2018, era optante do regime, atuando no ramo de comércio varejista de artigos de óptica.

Consta à fl. 12 o Termo de Início de Fiscalização lavrado pelo agente fiscal em 19/06/2016; o Mandado de Fiscalização Monitoramento Viés de Risco de Sonegação Fiscal nº 24431102000120-2016516 emitido pela Central de Operações Estaduais – COE, fl. 14 e Termo de Ocorrência Fiscal de mesmo número do Mandado, assinado pelo Sr. Carlos André C. Teixeira como responsável pelo estabelecimento, fls. 15 a 18.

Quanto a manifestação do Inspetor da INFAZ – GUANAMBI, questionando a comprovação da legitimidade do Sr. Carlos André C. Teixeira, para assinar o Termo de Ocorrência Fiscal, verifico que às fls. 19 e 19-v, encontra-se cópia de consulta aos dados cadastrais da notificada demonstrando que não consta como representante da empresa, o Sr. Carlos André C. Teixeira, até pelo fato de tratar-se de contribuinte com natureza jurídica EMPRESÁRIO, ou seja, empresa individual, que é representada unicamente pela titular, a Sr.<sup>a</sup> Kássia Santos Rodrigues, CPF nº 010.082.401-33.

O questionamento do Inspetor da INFAZ – GUANAMBI, é importante e fundamental para determinar a data de ciência da notificada do início da ação fiscal, haja vista que o termo apenso aos autos, não consta a indicação do dia e hora da lavratura; não foi colhida a assinatura do

intimado no instrumento ou em recibo, tampouco há indicação de que foi transcrito diretamente em livro do contribuinte.

Ressalto que a ciência no Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 16, não serve de comprovação da ciência do contribuinte do início da ação fiscal, pois, conforme previsto no art. 28, inc. IV-A, este termo se presta a para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos.

Ademais o Termo de Ocorrência Fiscal que informa a ocorrência de eventos transcorridos no transito de mercadorias, requer que o contribuinte declare uma das ocorrências: CIÊNCIA DA OPERAÇÃO, CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO, OPERAÇÕES NÃO REALIZADAS e DESCONHECIMENTO DA OPERAÇÃO, que no caso, não foi indicada nenhuma destas ocorrências e assinado por pessoa que não representa legalmente a notificada.

Portanto, de acordo com o que determina o art. 26 do RPAF/99 e pelos documentos acostados aos autos, não há como identificar a data do início da ação fiscal e a Intimação da Lavratura da Notificação, fl. 38, não consta a assinatura do responsável ou representante legal do contribuinte, fato que impede de fixar qual a data de ciência do contribuinte da lavratura da Notificação, conforme prevista no art. 109 do RPAF/99.

Ou seja, no presente caso, também não ficou comprovado nos autos, em que data o contribuinte foi cientificado da lavratura da Notificação, pois não existe registro da data da intimação pessoal, via postal, tampouco por edital, deixando em aberto a partir de quando, efetivamente para fins legais, o contribuinte foi intimado para apresentar defesa ou quitar o débito exigido. Contudo, é fato que o contribuinte tomou ciência da lavratura da Notificação, tanto assim que apresentou impugnação ao lançamento.

O fiscal, para caracterizar a falta de espontaneidade dos pagamentos dos valores exigidos na notificação, afirmou na informação fiscal que em 19/06/2019 foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, data que considera iniciada a ação fiscal e partir desta, entendeu a perda da espontaneidade de qualquer pagamento realizado pelo contribuinte.

Por outro lado, o contribuinte afirma ter tomado ciência da notificação somente em 10/08/2016, conforme declara na defesa, fl. 40, e, portanto, considerou os pagamentos que realizou todos espontâneos.

Registro a frustrada tentativa do Inspetor Fazendário de Guanambi em esclarecer as datas de ciência no início da ação fiscal e da lavratura da Notificação, que a esta altura do trâmite processual, não se resolveria através de diligências.

No mérito a exigência refere-se ao ICMS antecipação total devida por contribuinte que adquiriu mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em outra unidade da Federação para fins de comercialização, sendo o ICMS devido, conforme previsto no art. 289, §1º, inc. III, alínea “b” do RICMS/2012 e art. 8º, §4º, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos itens adquiridos pela notificada, acobertadas pelas notas fiscais arroladas na Notificação, cotejando com o Anexo 1 ao RICMS/2012, nas duas versões vigentes em 2016, a primeira de 01/01/2016 até 09/03/2016 e a segunda de 10/03/2016 a 31/01/2017, constato que quase a totalidade das mercadorias não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme a seguir.

- 1) NCM 6506.91.00 – BONÉ PERS. PROMOCIONAL POPULAR, consta no Anexo 1 na posição 1.13, a NCM 6506.1 – CAPACETES E ARTEFATOS DE USO SEMELHANTE, DE PROTEÇÃO, PARA USO EM MOTOCICLETAS, INCLUÍDOS CICLOMOTORES, não contam relacionas no Anexo 1;
- 2) NCMS 9004.10.00 – ÓCULOS SOLAR PLÁSTICO COM LENTE PLÁSTICO; 9003.11.00 – ARMAÇÃO DE PLÁSTICO MASCULINO; 9003.11.00 – ARMAÇÃO DE PLÁSTICO MASCULINO; 7323.93.00 – BALDE TÉRMICO PARA GELO; 4819.40.00 e 3923.21.90 – SCL PACK FSC MISTO e SCL VAZ PER VERDE; 9403.20.00 – BANQUETA OU CADEIRA CROMADA; 3901.10.10 – EXPOSITOR DE ÓCULOS; 6105.20.00 – CAMISA PROMOCIONAL POLIÉSTER; 4812.90.00 – ETIQUETA PARA JOIA e 9612.10.19 – FITA TÉRMICA, não contam relacionas no Anexo 1;

- 3) NCM 4811.90.10 – BOBINA TÉRMICA, consta no Anexo 1, na posição 12.7 a NCM 4811.90.9 – BOBINA PARA FAX;

Considerando o entendimento da Diretoria de Tributação externado nos Pareceres 25452/2012, 12272/2013, 11219/2010, e em diversos outros, de que um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente, as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas no levantamento não estão sujeitas ao regime de substituição tributária e, portanto, não há que se falar em antecipação do ICMS-ST, exceto para o item NCM 4811.90.10 – BOBINA TÉRMICA, relacionada na nota fiscal DANFE nº 034.516, fl. 35, item que o Agente fiscal reconhece como mercadoria adquirida para fins de consumo do estabelecimento, não cabendo a exigência do ICMS-ST, e sim o ICMS-DIFAL.

Dos itens relacionados, o único que poderia ser considerado sujeito ao regime de substituição tributária, seria o produto ÓCULOS SOLAR PLÁSTICO COM LENTE PLÁSTICO, NCM 9004.10.00.

Neste caso, no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, no item 19.37, para a NCM 9004.10.00, consta a seguinte descrição do produto: “Acessórios (por exemplo, bijuterias, relógios, óculos de sol, bolsas, mochilas, frascas, carteiras, porta cartões, porta documentos, porta celulares e embalagens presenteáveis (por exemplo, caixinhas de papel), entre outros itens assemelhados)”, fazendo referência ao Convênio ICMS 45/99.

O citado convenio, trata especificamente de “operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores, localizados em seus territórios, que efetuem venda porta-a-porta a consumidor final, promovidas por empresas que se utilizem do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos”, o que não se aplica ao presente caso.

Verifico pelo exposto na informação fiscal e no demonstrativo analítico que sustenta a exação fiscal, que a exigência refere-se ao ICMS decorrente das aquisições das mercadorias referente a antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, pois assim indicam os cálculos expostos, na medida que não há aplicação da margem de valor agregado – MVA, apenas a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, exatamente como previsto no citado art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, apesar de atribuir ao demonstrativo o título de “PLANILHA DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – ANTECIPAÇÃO TOTAL”.

Dessa forma, fica caracterizada a existência de vício que afeta a eficácia do lançamento, haja vista que entre os fatos expostos no processo e aqueles que fundamentam a autuação, constata-se a existência de inconsistência, incongruência e imprecisão, pois as evidências e a descrição dos fatos consignadas pelo Agente Fiscal não refletem a acusação fiscal, caracterizando o desencontro entre o relato dos fatos e a infração.

Tal vício subtrai do sujeito passivo as efetivas condições de se defender apropriadamente, utilizando as informações que se encontram viciadas por erros e inconsistências, dificultando e prejudicando o atingimento do objetivo do processo administrativo fiscal, que é solucionar uma lide entre a Administração Pública e o contribuinte, na qual há divergência quanto à aplicação e/ou interpretação de uma norma tributária.

A incongruência apontada se constitui vício incapaz de ser sanado, uma vez que na tentativa de saná-lo se incorreria inevitavelmente em mudança de fulcro da autuação, prática vedada pelo CTN, conforme art. 141, tornando o lançamento inseguro por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, conforme previsto no artigo 18, incisos, IV, alínea “a” do RPAF/99.

Contudo, recorro ao que determina o art. 155, parágrafo único do RPAF/99 e adentro ao mérito.

Verifico que o imposto a ser exigido de parte das operações arroladas, pois o próprio Agente Fiscal reconhece que parte das aquisições constantes nas notas fiscais refere-se a mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, seria o ICMS antecipação parcial e não o ICMS por antecipação ou substituição tributária, conhecida como ICMS antecipação total.

Ademais os comprovantes de recolhimento do ICMS antecipação parcial, trazidos pela defesa, fls. 44 a 49, atestam o recolhimento integral do imposto, corretamente calculado na forma legalmente prevista, haja vista, não conter nos autos, como já demonstrado linhas acima, provas da falta de espontaneidade dos pagamentos, pois não restou comprovada a data de início da ação fiscal, tampouco a data de cientificação da lavratura da Notificação.

Destarte, não estando as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária.

Por tudo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da notificação fiscal.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **232238.3005/16-8**, lavrada contra **K S RODRIGUES - ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR