

N.F. Nº - 210967.0051/17-0  
NOTIFICADO - REGINALDO JOÃO DE AVELLAR EIRELI - ME  
NOTIFICANTE - RAIMUNDO DA CRUZ SILVA  
ORIGEM - IFMT NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.09.2020

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0240-06/20NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. 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 Termo de Intimação ou Termo de Início de Fiscalização. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 17/08/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 15.910,05, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 9.546,03, perfazendo um total de R\$ 25.456,08, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação 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.

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.

A Notificada apresenta peça defensiva, através de seu representante, com anexos, às fls.25 a 49, requerendo a nulidade da Notificação Fiscal, que baseia-se do não pagamento dos DAE referente a Antecipação Tributária das notas fiscais abaixo discriminadas e com cópias anexas juntamente com os DAE pagos: 421536, 7155, 421051, 1055, 145242, 145230, 145229, 145228, 5065, 7621, 3078, 6087.

Quanto as Notas Fiscais 421536, 7155, 421051, foram pagas com a alíquota interna 18% quando o correto seria 40% serão retificados com o pagamento da diferença.

Nestes termos, pede deferimento.

#### **VOTO**

A Notificação Fiscal em lide, exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 15.910,05, 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 do Mandado de Fiscalização COE de nº 27463042000115-2017810, expedido em 11/08/2017, 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.06), emitido em 10/08/2017, onde especifica para a constituição desta Notificação Fiscal, os documentos fiscais (NF-e), acrescidos de suas cópias, às fls. 07 a 18, que relaciono os DANFEs a seguir: 421.536, 7.155, 1.055, 145.242, 145.230, 145.229, 145.228, 5.065, 7.621, 3.078, 6.087 e 421.051, preteritamente emitidos entre as datas de 07/07/2017 e 01/08/2017, e impressas em 10/08/2017.

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, e 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 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 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, entendo 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 nos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários, por parte dos agentes fiscais.

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, as operações mercantis já realizadas.

À 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 de comprovação da atividade de trânsito de mercadorias, que seja 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 07 a 18, de diversas empresas, todos impressos na data de 10/08/2017, 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, ao procedimento fiscal, ou de outro modo, à 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 17/08/2017, 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, como a falta de informações para que se destina este Termo de Ocorrência, qual o motivo da sua emissão e o prazo da sua resposta. É um documento vazio, sem as informações necessárias para serem atendidas pelo contribuinte.

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 **210967.0051/17-0**, lavrada contra **REGINALDO JOÃO DE AVELLAR EIRELI – ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2020

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR