

N.F. N° - 210766.0037/19-4

NOTIFICADO - PEDRO VINICIUS ARAGÃO DOS SANTOS 05304525531

NOTIFICANTE - JOELSON SARDINHA BRANDÃO

ORIGEM - IFMT SUL

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.10.2020

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

### ACÓRDÃO JJF N° 0288-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. 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 e 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 04/05/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 13.878,82, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 8.327,28, perfazendo um total de R\$ 22.206,10, 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.56 a 109, iniciando a sua defesa fazendo a descrição da notificação fiscal e solicitando sua nulidade pelos seguintes motivos: I A equivocada utilização da Notificação Fiscal para a cobrança do crédito tributário considerando que o valor total da referida notificação é de R\$ 22.206,10 quando o RPAF/BA no seu art.48, limita o valor da Notificação Fiscal a R\$ 10.000,00, e que o mesmo RPAF/BA no art. 38, estabelece outro documento para cobrança de crédito tributário com valores superiores a R\$ 10.000,00 o Auto de Infração,

II Dos equívocos na base de cálculo. a) erros de valores na base de cálculo, o Notificante incluiu na relação as notas fiscais 16.570, 18.240 e 19.830 que não foram encontradas na base nacional da NF-e e portanto devem ter sido canceladas, b) inobservância do tipo do produto adquirido (distinção entre DIFAL e Antecipação Parcial), a mercadoria constante na Nota Fiscal 4.152.045 é um leitor POS S920NAC II para ser usado no ativo imobilizado não cabendo portanto a cobrança de Antecipação Parcial e sim diferença de alíquota, que não se aplica nesta situação considerando que a Notificada é microempresa que goza do benefício contido no art.272, inciso I do RICMS/BA, c) decadência de parcela de tributo lançado, a cobrança da auditoria elenca notas que abrangem a

competência de 01/2014 a 02/2019, o Código Tributário nacional – CTN determina a possibilidade de qualquer contribuinte requerer extinção do crédito tributário por decadência de cobrança, depois de transcorrido 05 anos a partir da data da ocorrência do fato gerador, na relação das notas fiscais que compõem a Notificação Fiscal existem várias notas fiscais que já cumpriram seu prazo decadencial e devem ser retiradas da composição da planilha que calculou o crédito tributário cobrado são elas: 50698, 249331, 15834, 51987, 258029, 53431, 266940, 16921 54864 e 17317.

Desta forma, baseado nos argumentos fáticos e jurídicos aduzidos no presente arrazoado, requer que seja declarada extinta a Notificação Fiscal, seja considerada improcedente o lançamento tributário conforme preceitua o art.277 do RICMS combinado com o art. 12-A da Lei 7.014/96, seja declarada a decadência de qualquer cobrança de ICMS referente a notas fiscais emitidas antes da data de 19/07/2014 data da ciência da Notificada.

#### VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 13.878,82 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 19027063000160-2019310 expedido em 10/03/2019, acostado à fl. 05, relativo às operações constantes nos relatórios extraídos do Sistema da SEFAZ, onde especifica para a constituição desta Notificação Fiscal os documentos fiscais (NF-e), acrescidos de suas cópias, às fls. 21 a 51, relacionadas no relatório acima citado, preteritamente emitidas entre as datas de 11/01/2014 a 22/02/2019, e impressas em 10/03/2019.

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 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 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 o 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 a 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 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 comprovação de tratar-se de 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 21 a 51, de diversas empresas todos impressos na data de 10/03/2019, conforme nota de rodapé.

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

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 exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **210766.0037/19-4**, lavrada contra **PEDRO VINICIUS ARAGÃO DOS SANTOS 05304525531**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR