

N.F. Nº - 232153.0002/19-4  
NOTIFICADO - REGINA MESQUITA DOS SANTOS DE CALCULÉ  
NOTIFICANTE - ELIEZER DE ALMEIDA DIAS  
ORIGEM - IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.10.2020

## 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0294-06/20NF-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 competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o art. 18, II do RPAF/BA 99. Instância única Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 22/12/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 22.315,66, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 13.389,41, perfazendo um total de R\$ 35.705,09, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 54.05.04 – Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

Enquadramento Legal: Art. 5º; art.8º, § 4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c artigo 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

A Notificada apresenta peça defensiva, através seu representante, com anexos, às fls. 49 a 58, informando que a empresa Foi autuada sob o fundamento de que deixou de recolher o imposto ICMS Antecipação Parcial das mercadorias relacionadas nos Danfe’s de nºs 2707, 2708, 2783, 2792, 9092, 19639 e 9174. No entanto, as mercadorias relacionadas NÃO foram adquiridas para fins de comercialização, e sim como matéria prima no processo de industrialização conforme respaldado na sua inscrição estadual e CNPJ pela atividade econômica (CNAE 25.12-8-00 Fabricação de esquadrias de metal). Sendo assim, não cabe o recolhimento da Antecipação Parcial nas operações com mercadorias que sejam utilizadas na prestação de serviços sem a incidência de ICMS conforme artigo 12-A da Lei 7.014/96. Ademais, após todas verificações, chegamos a conclusão de que na data da lavratura da notificação fiscal, a autuada estava com sua situação cadastral ATIVA e REGULAR junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Caso a infração 54.05.04 fosse de fato constatada, as referidas notas não seriam AUTORIZADAS e sim DENEGADAS.

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, em face das inconsistências encontradas no auto de infração pelos motivos acima desfilados, seja destinada ao arquivo administrativo.

#### VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$ 22.315,68 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 23782835000146-2018124, relativo às operações constantes no relatório extraído do Sistema da SEFAZ, dentre outros “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF (fls.16 a 21) emitido em 04/12/2018, onde especifica para a constituição desta Notificação Fiscal os documentos fiscais (NF-e), acrescidos de suas cópias, às fls. 22 a 36, que relaciono a seguir: 2.707, 2.708, 2.783, 2.792, 4.978, 9.092, 9.174, 19.639, preteritamente emitidos entre as datas de 30/10/2018 e 23/11/2018 impressas em 04/12/2018.

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 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 (22/12/2018) 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.

Há de se afirmar com extrema exatidão que não se trata fiscalização de trânsito de mercadorias com base no exame das peças inseridas no processo. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “Notificação Fiscal – Trânsito de mercadorias”, não há nos autos documentação comprovação 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.

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, e 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, II do RPAF/BA 99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/BA 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 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 232153.0002/19-4, lavrada contra REGINA MESQUITA DOS SANTOS DE CALCULÉ.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR