

N. F. Nº - 232153.0022/20-9
NOTIFICADO - CABRAL & SOUSA LTDA.
NOTIFICANTE - ELIEZER JOSÉ DE MIRANDA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/12/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0236-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. VENDA DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Notificante não consegue comprovar a vinculação do ilícito fiscal com a empresa notificada o que se configura como ilegitimidade passiva. O art. 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF-BA/99 estabelece que é nulo o procedimento fiscal que seja configurado como ilegitimidade passiva. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 21/02/2020, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 6.267,46, multa de 100% no valor de R\$ 6.267,46, perfazendo um total de R\$ 12.534,92, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração 01 - 51.01.01: Transporte ou operação de mercadoria sem documentação fiscal.

Enquadramento legal: Art. 6º, incisos III, alínea “d” e IV, art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/com os artigos 83, inc. I e 101 do RICMS/2012.

Multa prevista no art. 42, inc. IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Assim consta na Descrição dos Fatos “*Aos quatorze dias do mês de fevereiro de 2020, no exercício da nossa função fiscalizadora, foi detectada a seguinte irregularidade: Contribuinte sediado em Vitória da Conquista efetuando vendas de mercadorias na cidade de Brumado, utilizando pedidos para acobertar vendas sem documento fiscal ou parte das mercadorias comercializadas, sem a devida documentação fiscal de origem. Mercadorias: Red Bull*”.

Registro que está anexado ao processo os seguintes documentos: **I)** Termo de Ocorrência (fl. 03); **II)** Planilha de Cálculo do ICMS a recolher (fl. 04); **III)** Cópia do DANFE nº 968601 (fl. 05); Cópia do pedido de venda nº 337008306 (fl. 06).

O Notificado apresenta peça defensiva através de advogados, com anexos, às fls. 10/19.

Compulsando os documentos anexos na peça defensiva, constato que apesar de constar a procuração para o escritório de advocacia Alves & Brito para representa-lo junto a SEFAZ na defesa do PAF, está faltando a peça essencial, que são as alegações defensivas do Notificado.

Dessa forma, na Sessão de Pauta Suplementar da 2ª Junta de Julgamento do CONSEF de 28 de julho de 2023, foi aprovado por unanimidade, a seguinte diligência:

Deve o PAF ser enviado à repartição de origem do contribuinte (INFAZ CENTRO SUL), para intimar o Notificado para:

1 - Intimar o Contribuinte para reenviar a sua defesa completa.

2 - Anexar ao PAF a defesa reapresentada pelo Contribuinte.

A diligência foi cumprida pelo Notificado em 26/09/2023, com a anexação da defesa ao processo nas páginas 27/51.

Inicia sua defesa falando sobre sua tempestividade e fazendo uma descrição dos fatos que ensejaram a sua lavratura.

No tópico “*III – Nulidade da Notificação Fiscal*” – Diz que o Ato Fiscalizatório sob análise encontra-se eivado de patente nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo de débito elaborado pelo Agente de Tributos deveria relacionar as cargas das mercadorias que alegadamente transpuseram a fronteira dos municípios de Vitória da Conquista e Brumado, discriminando-as, sendo requisito indispensável para configurar a infração cometida, conforme o art. 39 do RPAF deverá ser identificado o infrator, descrita a infração com clareza, com a informação obrigatória da data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador. Por mais que simplificado o procedimento de fiscalização, não pode suprimir do notificado, informações mínimas que lhe garantam o exercício pleno do direito de defesa.

Cita que ante as suspeitas quanto ao transporte ou operações de mercadorias sem documentação fiscal pela autuada, o Agente de Tributos auferiu valores totalmente aleatórios em 14/02/2020, aduzindo como base de cálculo o valor de R\$ 23.212,80 e, com a aplicação da alíquota de 27% alcançou a importância de R\$ 6.267,46 a título de ICMS. A questão da aleatoriedade encontra-se provada, inclusive na conjunção alternativa ou utilizada na descrição dos fatos da Notificação Fiscal provando de forma cabal não se ter certeza de como os fatos imaginados pelo Notificante teriam ocorrido.

Como prova do excesso de exação do qual está sendo vítima a Autuada, registra-se que não existe qualquer dado concreto de ter sido a Defendente a empresa a vender as mercadorias em tese não acobertadas por documento fiscal, até porque, a Empresa Autuada não é a única distribuidora de bebidas *red bull* na região, encontrando-se a Notificação Fiscal maculada por um carrascal de ilegalidades.

Insiste que o princípio constitucional do devido processo legal, foi vilipendiado em todas suas vertentes, vez que a não descrição da infração leia-se: dia, hora, e local do ilícito tributário, data da ocorrência, que tipo de carga era transportada, quantos produtos foram contabilizados *in loco*, identificação do condutor, do veículo e/ ou proprietário, dentre outras informações basilares, subtraem da autuada por completo o direito de defender-se adequadamente, já que não se revela ser concebível, muito menos aceitável, defender-se de suspeitas lançadas por Agentes Públicos que agem em nome do Estado, e, portanto, a conduta deve ser consentânea com a lei. Diz, com base na suspeita de que teria vendido em data que não sabe, mercadorias para contribuinte localizado na cidade de Brumado-BA, baseado em mera suposição, não havendo um único elemento de prova no sentido de que: em determinado dia, horário, foram vendidas/transportadas mercadorias (bebidas) para o determinado contribuinte.

Reforça que por não respeitar a lei de regência, que descreve os requisitos de validade do Auto de Infração, sendo imprescindível a descrição do fato gerador com base em dados reais e não em suspeitas, resta nulo o Auto de Infração, para ilustrar seu entendimento apresenta o Acórdão nº 21.127/13/3 da Câmara de Julgamento do Órgão Fazendário-MG.

Fala sobre os princípios da Estrita Legalidade, da Tipicidade Fechada e da Verdade Material, frisando que o Decreto Estadual nº 7.629/1999, prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos nesse processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da legalidade objetiva da verdade material e da ampla defesa, apresentando diversas argumentações sobre os temas.

No tópico “*IV – Nulidade do Termo de Ocorrência*” – diz que também encontra ilegalidades no Termo de Ocorrência. Como se vê no art. 28, inc. IV-A do RPAF, o Termo de Ocorrência Fiscal serve para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos, ocorre que em análise do Termo de Ocorrência anexo ao processo administrativo, o que se tem é uma imputação genérica de fato ilícito, verdadeira violação à legalidade administrativa e, principalmente ao devido

processo legal, pois, o Termo de Ocorrência indica que teria sido localizado em estabelecimento comercial na cidade de Brumado-BA, mercadorias recebidas irregularmente da defendente, contudo não há no referido Termo, detalhamento necessário dos fatos, ora, motivo da existência do Termo de Ocorrência. Os produtos de origem da Notificada possuem a nota fiscal, inclusive presente neste procedimento administrativo, por outro lado, os produtos apontados na presente Notificação Fiscal, simplesmente não possuem ligação com a defendente, não tendo nenhuma vinculação entre os produtos apontados como desacompanhados de notas fiscais, apenas suposições. O pedido que o Agente de Tributos utiliza como ilação entre as mercadorias e a defendente não se reveste de qualquer carga probatória, se apresentando como documento de natureza unilateral. A fiscalização não encontrou qualquer vendedor da Notificada realizando vendas de mercadoria sem nota fiscal, em flagrante, por exemplo, tudo que se impõe nessa Notificação Fiscal se baseia apenas em suposição.

Repisa que a falta de detalhamento entre a vinculação da mercadoria encontrada na diligência fiscalizatória e a suposta violação da legislação tributária pela Defendente, além de violar formalmente o Termo de Ocorrência, trata-se de patente prejuízo à defesa, que se encontra atualmente na posição de produzir prova negativa, daquilo que não se fez, modalidade vedada pelo ordenamento jurídico, determinada pela doutrina como prova diabólica.

Diante do exposto nesse item, bem como de tudo que já foi esclarecido no que diz respeito à necessidade de observância dos princípios da legalidade e devido processo legal, o Termo de Ocorrência genérico acarreta de forma cabal prejuízo à defesa do Defendente, logo a nulidade é medida que se impõe.

Requer, face do exposto, após regularmente distribuída e conhecida a presente Defesa Escrita, processada pelo órgão competente, com base nas razões escandidas e documentos anexos:

- a)** Seja declarada a nulidade do lançamento constante da Notificação Fiscal nº 2321530022/20-9, por força do art. 5º da CF/88, Código Tributário Nacional e Decreto nº 7.629/99 (RPAF);
- b)** Julguem totalmente improcedente a Notificação Fiscal quanto à operação tributária noticiada no corpo desta defesa, notadamente com fundamento nos princípios da legalidade verdade material e razoabilidade.

Outrossim, pugna pela produção de todos os meios de prova de direito admitidos, sobretudo, as provas documentais e periciais expressamente pleiteadas, sob pena de nulidade da Notificação Fiscal ora hostilizada, em virtude do cerceamento de defesa.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS referente a falta de emissão de nota fiscal para acobertar transporte ou operação de mercadorias, com o valor histórico de R\$ 6.267,46.

O Impugnante solicita a nulidade da Notificação Fiscal com as seguintes argumentações: **I)** que o ato fiscalizatório sob análise encontra-se eivado de patente nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo de débito elaborado pelo Agente de Tributos deveria relacionar as cargas das mercadorias que estaria desacompanhada de nota fiscal, discriminando-as, sendo requisito indispensável para configurar a infração cometida, conforme o art. 39 do RPAF deverá ser identificado o infrator, descrita a infração com clareza, com a informação obrigatória da data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador; **II)** o Termo de Ocorrência não consegue vincular os produtos desacompanhados de nota fiscal com o defendente, são apenas suposições; **III)** a fiscalização não encontrou qualquer vendedor da Notificada realizando vendas de mercadoria sem nota fiscal, em flagrante, não citou nem

apresentou qual o transportador das mercadorias, tudo que se impõe nessa Notificação Fiscal se baseia mais uma vez apenas em suposição.

Compulsando os documentos do processo encontro i) o Termo de Ocorrência s/nº com a seguinte descrição “Aos dias quatorze de fevereiro de 2020, no exercício de nossa função fiscalizadora e em visita de rotina na empresa LUIS CARLOS LEITE VIEIRA, IE nº 109210926 situada na Av. Coronel Santos nº 391-b. São Felix na cidade de Brumado foi detectado a seguinte irregularidade: Mercadorias recebida da empresa Cabral e Souza Ltda da cidade de Vitória da Conquista, onde a mesma fez uma entrega de mercadorias (Red Bull) apresentado parte das mercadorias com N. Fiscal (968601) e parte entregando apenas um pedido de nº 337008308 conforme cópia anexa. Onde elaboramos uma planilha de Demonstrativo de Débito, apurando a diferença de ICMS a pagar”.

Como vemos da análise do Termo de Ocorrência o Notificante informa que a empresa notificada fez entrega de mercadorias com uma parte desacompanhada de nota fiscal, no entanto, não relacionou no termo quais as quantidades de mercadorias sem nota fiscal, se a mercadoria já estava na empresa visitada e como fez esta vinculação com a empresa notificada e se a mercadoria estava sendo entregue no momento da fiscalização, nessa situação deveria constar no termo de ocorrência os dados do transportador, o que não ocorreu.

Encontro também no processo outros documentos: **II)** a Nota Fiscal 968601 da Empresa Notificada emitida em 28/01/2020, portanto a mais de 15 dias da ação fiscal que ocorreu em 14/02/2020; **III)** cópia do pedido de venda nº 337008306 também emitido em 28/01/2020, sem identificação do emitente, assinado pelo destinatário como tivesse recebido essas mercadorias no dia 29/01/2020; e **IV)** uma planilha com o demonstrativo de débito com as quantidades e valores encontrados no pedido para calcular o ICMS a cobrar.

Na leitura dos documentos anexados ao processo como prova do ilícito, entendo que nem no Termo de Ocorrência, nem no pedido venda e a simples existência de uma Nota Fiscal do Notificado, o Notificante consegue comprovar a vinculação dessas mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, encontradas já dentro do estabelecimento visitado, com a empresa notificada o que caracteriza como ilegitimidade passiva o lançamento tributário.

Portanto de acordo o que estabelece no artigo 18, inc. IV, alínea “b” do RPAF-BA/99, é nulo o lançamento tributário que se configure como ilegitimidade passiva:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

b) em que se configure ilegitimidade passiva.

Voto, portanto, pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232153.0022/20-9**, lavrada contra **CABRAL & SOUZA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR