

**NOTIFICAÇÃO Nº** - 232340.0054/17-4  
**NOTIFICADO** - ALEXANDRE LOBO PINTO - ME  
**NOTIFICANTE** - JOSÉ LUÍS COUTO MULLEN  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/09/2024

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0232-02/24NF-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONTRIBUINTE MICROEMPRESA. 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. Notificação Fiscal **NULA**, conforme dispõe o art. 18, II do RPAF/BA -99. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 30/06/2017, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 8.254,93, e multa de 60% no valor de R\$ 4.952,96, perfazendo um total de R\$ 13.207,89, pela falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS, em aquisição interestadual de mercadorias.

Infração 01 – 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

**Enquadramento Legal:** Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 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.

O Notificado apresenta peça defensiva, (fls. 42 a 50, onde inicia sua defesa fazendo uma descrição dos fatos que ensejaram a lavratura da Notificação Fiscal.

No tópico “DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA” alega que o preposto fiscal não disponibilizou ao contribuinte todos os papéis de trabalho necessários à confecção da justificção, o que macula todo o procedimento do direito de defesa, mesmo tendo enviado, ao contribuinte, planilha com relatório e cálculos que serviram de sustentação ao AI. Foram suprimidas informações imprescindíveis ao exercício regular da ampla defesa, a exemplo dos demonstrativos de cálculo, as chaves de acesso dos DANFES, data de emissão das respectivas Notas Fiscais, e ainda, os termos de ocorrência e de apreensão de mercadorias para justificar a lavratura formalizada pela fiscalização de trânsito.

No tópico “QUESTÕES DE MÉRITO” diz que na análise dos documentos constantes no Auto, é possível extrair que a Notificação Fiscal de Lançamento foi lavrada por Agente de tributos Estaduais em Modelo próprio que denota inicialmente, a sua lavratura no trânsito de mercadorias. No entanto, a luz dos elementos acima não resta dúvida que se trata de um AI em consequência de uma ação fiscal que deveria ocorrer em estabelecimento comercial, visto que dos documentos

apresentados pela fiscalização, emitidos pela Superintendência da Administração Tributária – Diretoria de Planejamento da Fiscalização, intitulado COE – Central de Operações Estaduais – Mandado de Fiscalização Monitoramento, nos termos do art. 3º da Portaria nº 217/2012, versa que “As unidades de fiscalização de mercadorias em trânsito da Secretaria da Fazenda deverão, prioritariamente, realizar as diligências e ações fiscais demandadas pela COE, bem como prestar todas as informações solicitadas”, onde designa prepostos fiscais para realizarem monitoramento através de Regime Sumário de Apuração do ICMS no âmbito da IFMT-METRO, especificando, ainda, o estabelecimento autuado.

Informa que em confronto com os dados constantes nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, verifica-se que as operações que ensejaram a presente autuação, ocorreram bem antes da lavratura, e não na data indicada pela autuante. Isto significa que as ocorrências não se verificaram no trânsito de mercadorias, e sim em datas anteriores, cuja exigência fiscal, nesse caso, deveria considerar, através da fiscalização realizada em estabelecimento, a data real da ocorrência dos fatos, inclusive para fim de incidência correta dos acréscimos tributários. Prova irrefutável da nulidade é o fato de a fiscalização ter-se inaugurado a partir do Mandado de Fiscalização supracitado, restando caracterizado que o múnus fazendário decorreu de ato preparatório, extemporâneo, portanto, incompatível com o procedimento próprio da fiscalização de trânsito.

Afirma que outro vício de substancial importância presente nestes autos é que, por não se tratar de uma operação corrido no trânsito de mercadorias e, sim, relacionada a apuração de fatos pretéritos, deveria ser adotado o procedimento concernente a fiscalização no estabelecimento do autuado, cujo procedimento deve observar as normas estabelecidas pelo RPAF/BA.

Posto isto, requer que seja a presente justificação integralmente acatada, julgando-se a Notificação Fiscal de Lançamento vergasto totalmente improcedente, nos termos dos fundamentados acima.

Não consta informação fiscal do processo.

É o relatório.

#### **VOTO**

Essa Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação parcial das mercadorias constantes nos DANFES relacionados no processo, no valor histórico de R\$ 8.254,93.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da Região Metropolitana – IFMT-Metro, para verificar possíveis irregularidades apontadas no MANDADO DE FISCALIZAÇÃO, DA CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE de nº 2399478000161-2017625 emitido em 25/06/2017 (fl.6), 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, de 14/06/2017 a 20/06/2017, com a data da lavratura da Notificação (30/06/2017) 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 e 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, existem apenas uma relação dos DANFES impresso preteritamente pelo sistema da SEFAZ.

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 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.

Não se pode olvidar que os procedimentos formais que norteiam a auditoria de estabelecimento denotam maiores cuidados e complexidade impondo exigências ao cumprimento da ordem de serviço específica, inclusive prazo de execução mais elástico de 90 (noventa) dias, o que denota, exigência de maior aprofundamento do trabalho, ritos e cerimônias atinentes ao devido processo legal em tela, consoante o art. 28 da SEÇÃO III do RPAF-BA/99, a seguir transcrito:

### **SEÇÃO III**

#### **DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE FUNDAMENTAM OU INSTRUEM A AÇÃO FISCAL**

**Art. 28.** *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

**I -** *Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

**II -** *Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

**III -** *Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;*

**IV -** *Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;*

**§ 1º** *O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.*

Deste modo, deixando o presente lançamento de crédito tributário de atender aos requisitos da ação fiscal própria de auditoria de estabelecimento, que exige procedimentos específicos, prazo dilatado para conclusão de 90 dias, oportunidade de interlocução com o contribuinte, chance ao contribuinte para a apresentação de elementos de dissuasão no curso da ação fiscal, maior aprofundamento da investigação fiscal, entendo que tendo sido a ação fiscal desenvolvida sob a limitação procedimental da auditoria própria do trânsito de mercadoria, feriu o princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, II do RPAF-BA/99, voto pela NULIDADE, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

### **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 **232340.0054/17-4**, lavrada contra **ALEXANDRE LOBO PINTO-ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2024

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA