

N. F. N° - 118505.1024/16-1

NOTIFICADO - LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI - ME

NOTIFICANTE - LAURICE SOARES MENEZES

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/10/2024

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0244-02/24NF-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Notificação Fiscal, decorrente de Monitoramento, lavrada no padrão do Trânsito de Mercadorias, sem observância dos procedimentos regulamentares. Vícios insanáveis identificados. Notificação Fiscal NULA. Decisão Unânime.

### RELATÓRIO

O presente relatório atende ao disposto no Decreto 7.629/99 (RPAF-BA), art. 164, inciso II, especialmente quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos das peças processuais.

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em 23/02/2016, na IFMT Metro, em que é exigido um crédito tributário no valor de R\$ 19.913,72, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 11.948,23, no total de R\$ 31.861,95, em decorrência da constatação da infração **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 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 art. 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Tipificação da Multa - art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Foi registrado na descrição dos fatos que *“em data, hora e local acima indicados, no exercício das nossas funções fiscalizadoras, constatamos as seguintes irregularidades: falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte na condição de Inapto. AÇÃO FISCAL originária da Superintendência de Administração Tributária – SAT, Central de Operações Estaduais – COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 10950965000107-2016222. A base de cálculo foi apurada através dos DANFES recebidos pelo contribuinte, conforme Memória de Cálculo, Intimação Fiscal e outros documentos apensos. Toda documentação acostada é parte integrante do processo, que constitui prova material da infração à legislação do ICMS”*.

Foram juntados aos autos: memória de cálculo, Mandado de Fiscalização emitido pela Central de Operações Estaduais – COE, termo de ocorrência fiscal, relatório dos dados cadastrais do contribuinte, intimação da lavratura, DANFES das NFs-e nº 23.133, 23.714, 4.636, 14.238 e 25.635, dentre outros documentos.

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 19/20), informou sobre a tempestividade da apresentação da defesa, passando a expor as suas alegações.

Esclareceu que a empresa foi autuada por deixar de recolher o ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação.

Salientou que a empresa era devidamente enquadrada como microempresa, desenvolvendo as atividades de comércio de material de limpeza e fabricação de papel para uso na higiene pessoal, conforme CNAE 17.21-4/00. A atividade desenvolvida consistia na compra de cilindros de papel destinados a fabricação de papel higiênico e papel toalha.

Alertou que o presente “auto de infração” trataria da cobrança de ICMS Antecipação Parcial sobre a aquisição de mercadorias adquiridas para comercialização, entretanto, conforme listagem apresentada, os DANFEs relacionados a autuação possuíam as seguintes destinações:

| DANFE de Aquisição | DATA       | VALOR (R\$) | Destinação da Mercadoria Adquirida   |
|--------------------|------------|-------------|--|
| 23.133             | 27/07/2015 | 31.350,00   | Bobinas de papel para fabricação de papel higiênico e papel toalha                                     |
| 23.714             | 28/08/2015 | 35.000,00   | Bobinas de papel para fabricação de papel higiênico e papel toalha                                     |
| 4.636              | 31/08/2015 | 2.500,00    | Elástico para amarração e embalagem de papel toalha  |
| 14.238             | 08/09/2015 | 1.880,00    | Fita de aço – equipamento para uso nas máquinas de fabricação – <b>ICMS PAGO EM 10/03/2016 - ANEXO</b> |
| 25.635             | 12/02/2016 | 25.913,12   | Bobinas de papel para fabricação de papel higiênico e papel toalha                                     |

Dessa maneira, de acordo com a legislação em vigor, o ICMS Antecipação Parcial estaria relacionado às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a revenda, sendo o diferencial de alíquota cobrado nas aquisições de material para uso e consumo.

De acordo com os DANFEs relacionados na autuação, as aquisições foram direcionadas a fabricação, portanto, de acordo com a norma citada, estaria dispensado do pagamento do ICMS Antecipação Parcial, tendo cumprido com o recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota, no que tange aos DANFEs relacionados no processo.

Em sequência, listou os documentos que anexou a Impugnação e requereu o seu acolhimento.

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

#### VOTO

A Notificação Fiscal em lide foi lavrada em 23/02/2016, na IFMT Metro, para exigir um crédito tributário no valor histórico de R\$ 19.913,72, em decorrência da *“falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte na condição de Inapto”*.

Trata-se de Notificação Fiscal resultante de Monitoramento por Viés de Risco de Sonegação Fiscal, originário da Central de Operações Estaduais – COE, executado por unidade de Fiscalização de Trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS destacado nos DANFEs das NFs-e nº 23.133, 23.714, 4.636, 14.238 e 25.635, emitidos entre os meses de agosto/2015 a fevereiro/2016 por empresas diversas.

Preliminarmente, é pertinente registrar que o art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) prevê que a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

*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 do Código Tributário Nacional - 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:

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

(...)

*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.*

(...”).

Observo também, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), determina que a nulidade seja decretada de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente que 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.*

(...”).

Analizando as peças que compõem o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, referentes à legalidade do lançamento, o qual é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Antes de iniciar o exame das questões fáticas que justificaram a presente lavratura, transcrevo a parte do voto exarado no ACÓRDÃO JJF Nº 0406-06/20NF-VD, o qual descreve com precisão as duas linhas procedimentais da fiscalização do ICMS:

*“Há de se sublinhar que a fiscalização do ICMS comprehende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados. Uma dessas vertentes, contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem **instantaneamente**, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma “Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias”, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes, com toda a sua documentação exigível, às quais ressalto, conforme interpretação dos arts. 28, incisos IV e IV-A, e 29, a lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal do RPAF/BA.*

*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. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, também, com as devidas documentações, amparadas pela legislação, dando início ao procedimento de fiscalização e o chamamento do contribuinte para apresentação de livros e documentos”.*

Analizando os elementos procedimentais que levaram ao lançamento do crédito tributário em discussão, se observam as seguintes características.

A lavratura da Notificação Fiscal não se coaduna com um crédito tributário constituído durante operação ocorrida no trânsito de mercadorias, pois não se identifica o elemento caracterizador dessa espécie de ação, que é a instantaneidade.

Avaliando os documentos apresentados nos autos, constata-se uma fiscalização decorrente de Monitoramento, com identificação de indícios de sonegação, registro de Termo de Ocorrência Fiscal e Intimação do sujeito passivo em momento posterior. Não se identificam os documentos caracterizadores de fiscalização ocorrida no Trânsito de Mercadorias, em especial, as versões físicas do CT-e e MDF-e, o DACTE e o DAMDFE, apresentadas pelo transportador, juntamente com a cópia da sua identificação e a ciência da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal.

A presente lavratura também não se coaduna com um crédito tributário constituído em decorrência de uma fiscalização de estabelecimento. Não se verifica a intimação prévia do contribuinte sobre o início do procedimento fiscal, ação necessária a essa espécie de fiscalização relativa a fatos pretéritos, que possibilitaria ao sujeito passivo o pagamento do imposto eventualmente devido na denúncia espontânea, como prevê o art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172/1966);

Desse modo, se constata um procedimento de fiscalização realizado à revelia do sujeito passivo, culminando com a lavratura de uma Notificação Fiscal registrada nos sistemas da Sefaz, com posterior ciência do contribuinte, através da emissão de Termo de Ocorrência Fiscal, acompanhado de orientações procedimentais.

Ademais, a descrição dos fatos registra a cobrança de imposto devido a título de Antecipação Tributária Parcial, enquanto que na memória de cálculo foi apurado um montante de ICMS devido a título de Antecipação Tributária Total, com aplicação da Margem de Valor Agregado (MVA) para apuração do débito e o consequente encerramento da fase de tributação.

De todo o exposto, constata-se a execução de ação fiscal originada de procedimento de Monitoramento, caracterizado pela realização de auditoria sumária do imposto devido pelo contribuinte nas operações de entrada de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, não se enquadrando em nenhuma das duas linhas procedimentais de fiscalização descritas anteriormente, reguladas pelos artigos 28 e 29 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Em que pese o trabalho de monitoramento realizado pela equipe de fiscalização, observo estar diante de uma lavratura maculada por vícios insanáveis, a qual não pode prosperar, haja vista a inobservância dos procedimentos de fiscalização legalmente previstos, restando constatada a sua Nulidade.

Posto isso, considero NULA de ofício a Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. II, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em INSTÂNCIA ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **118505.1024/16-1**, lavrada contra **LEVER COMÉRCIO DE MATERIAL DE LIMPEZA EIRELI - ME**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUIMO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR