

N. F. N° - 232340.1089/16-8

NOTIFICADO - MIX LITORAL DE ALIMENTOS LTDA.

NOTIFICANTE - JOSÉ LUIS COUTO MULLEM

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/10/2024

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0245-02/24NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. Inobservância dos aspectos formais que devem revestir os atos administrativos. Notificação Fiscal lavrada pela fiscalização de mercadorias em trânsito. A ação fiscal não se materializada como fiscalização de mercadorias em trânsito, nem como fiscalização de estabelecimento. 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 02/09/2016, na IFMT Metro, em que é exigido um crédito tributário no valor de R\$ 18.201,27, acrescido de multa de 60%, equivalente a R\$ 10.920,76, no total de R\$ 29.525,22, em decorrência da constatação da infração **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 preenche os requisitos previstos na legislação fiscal*”.

Enquadramento Legal - Art. 332, inciso III, alínea “b” do RICMS-BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 c/c Art. 12-A; Art. 23, inciso III; Art. 32 e Art. 40 da Lei nº 7.014/96.

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

Foi registrado na descrição dos fatos a “*falta de recolhimento da antecipação parcial/total do ICMS pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outras Unidades da Federação. DANFES nº 5341, 131305, 211464, 211491, 258258, 509204 e 650234. O contribuinte foi intimado a apresentar documentação fiscal nesta Inspetoria no dia 22/08/2016, e não atendeu à mesma. Não foi encontrado no sistema da SEFAZ-BA nenhum crédito da receita antecipação parcial/total. Contribuinte descredenciado para antecipação parcial/total*

Foram juntados aos autos: memória de cálculo, Mandado de Fiscalização emitido pela Central de Operações Estaduais – COE, cópia de e-mail intimando o contribuinte, relação de contribuinte descredenciados, relatório dos dados cadastrais do contribuinte, lista de DANFES sujeitos a Antecipação Total/Parcial, termo de ocorrência fiscal, DANFEs das NFS-e nº 5.341, 131.305, 211.464, 211.491, 258.258, 509.204, 650.234, intimação/AR.

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 32/34), se qualificou, passado a apresentar as alegações que justificariam a improcedência da autuação sobre o não recolhimento do ICMS Antecipação Parcial.

Esclareceu que no dia 02/09/2016 foi lavrada uma Notificação Fiscal contra a empresa (infração 54.05.08), sendo alegado pelo fiscal atuante a falta de recolhimento do ICMS referente a

Antecipação Parcial, antes da entrada no território deste estado, de mercadorias procedentes de outra unidade de federação.

Todavia ocorreu um equívoco na análise do fiscal ao autuar a referida empresa pelos motivos que iria citar e argumentar para cada DANFE constante na Notificação Fiscal.

DANFE	ARGUMENTO
<b>005.341</b>	O Diferencial de alíquotas foi recolhido pelo fornecedor pelo regime de ST de acordo com o parágrafo único da clausula 1º do protocolo de ICMS 26/2010 e a posteriori houve devolução desta nota.
<b>131.305</b>	Os produtos constantes na nota fiscal tratavam-se de material destinado ao ativo imobilizado, conforme RICMS/BA, ficando dispensado o lançamento e o pagamento antecipado sobre nota fiscal, sendo pago apenas o diferencial de alíquota onde o mesmo já teria sido recolhido na apuração do ICMS.
<b>211.464</b>	O produto constante na nota fiscal foi recebido como bonificação e teria passado a integrar o ativo imobilizado.
<b>211.491</b>	O produto constante na nota fiscal se tratava de material destinado ao ativo imobilizado, conforme RICMS/BA, ficando dispensado o lançamento e o pagamento antecipado sobre nota fiscal, sendo pago apenas o diferencial de alíquota onde o mesmo já teria sido recolhido na apuração do ICMS.
<b>258.258</b>	O produto constante na nota fiscal se tratava de material destinado ao ativo imobilizado, conforme RICMS/BA, ficando dispensado o lançamento e o pagamento antecipado sobre nota fiscal, sendo pago apenas o diferencial de alíquota onde o mesmo já teria sido recolhido na apuração do ICMS.
<b>509.204</b>	O produto constante na nota fiscal se tratava de material destinado ao ativo imobilizado, conforme RICMS/BA, ficando dispensado o lançamento e o pagamento antecipado sobre nota fiscal, sendo pago apenas o diferencial de alíquota onde o mesmo já teria sido recolhido na apuração do ICMS.
<b>650.234</b>	O produto constante na nota fiscal se tratava de material destinado ao ativo imobilizado, conforme RICMS/BA, ficando dispensado o lançamento e o pagamento antecipado sobre nota fiscal, sendo pago apenas o diferencial de alíquota onde o mesmo já teria sido recolhido na apuração do ICMS.

Concluiu a Impugnação informando ter anexado toda a documentação probatória do alegado e pugnando pela improcedência da Notificação Fiscal.

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

#### VOTO

A Notificação Fiscal em lide foi lavrada em 02/09/2016, na IFMT Metro, para exigir um crédito tributário no valor histórico de R\$ 18.201,27, acrescido de multa e demais acréscimos legais, em decorrência da *"falta de recolhimento da antecipação parcial/total do ICMS pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outras Unidades da Federação"*.

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 Transito de Mercadorias, para exigir o ICMS destacado nos DANFEs das NFs-e nº 5341, 131305, 211464, 211491, 258258, 509204 e 650234, emitidos entre os meses de julho e agosto de 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 N° 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 uma fiscalização ocorrida no Trânsito de Mercadorias (instantaneidade), 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 possibilita 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 do Termo de Ocorrência Fiscal, acompanhado de orientações procedimentais.

Ademais, a infração foi registrada como falta de recolhimento de ICMS Antecipação Tributária Parcial, a descrição dos fatos registra a cobrança de imposto devido a título de Antecipação Tributária Parcial/Total, 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 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em INSTÂNCIA ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 232340.1089/16-8, lavrada contra **MIX LITORAL DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - RELATORA

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR