

N.F. Nº - 921060.9112/15-4
NOTIFICADO - ANTÔNIO LIMA NASCIMENTO 01107979579
NOTIFICANTE - MARCO ANTÔNIO GUALBERTO CARVALHO
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.01.2025

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0304-05/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO 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. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o inciso II e § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em **25/02/2015**, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 6.130,14, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.678,07 perfazendo um total de R\$ 9.984,46, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 07.21.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, referente por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Enquadramento Legal: Art. 34, inciso III da Lei de nº 7.014/96, C/C art. 289, § 1º, inciso III, alínea “b” do RICMS, Decreto de nº 13.780/12. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 921060.9112/15-4, devidamente assinada pelo **Agente de Tributos Estaduais** (fl. 01); o Mandado de Fiscalização – COE de nº 15606233000100-201521 (fls. 18 e 19), impresso na data de **02/02/2015**; 07 DANFes de nºs 905, 026.503, 026.558, 001.258, 026.969, 001.311 e 001.401 localizados às folhas 09 a 17, emitidos, pela Empresas Central Moto Peças e MFX Comércio de Peças Ltda por empresas localizadas em Goiás e Ceará, nas datas de **07/05 a 13/12/2014**.

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 25 a 31), protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC JUAZEIRO na data de **01/04/2015** (fl. 24).

O Notificado iniciou sua peça de defesa alegando a tempestividade da mesma e no tópico “**Da Nulidade da Notificação**” restou a Notificação eivada de nulidade visto que o Notificante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida e a ausência dos requisitos legais para identificar o infrator, descrever a infração com clareza, os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, sendo que o cumprimento dos requisitos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Tratou no tópico “**Do Mérito – Da Realidade Fática**” entendendo o Notificado que as notificações

não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira, solicitando a suspensão da exigibilidade do tributo com fulcro no art. 151 do CTN, informando em sua qualificação na presente defesa, que é microempresa, localizada atualmente à Rua Francisco Rocha, nº. 43, térreo. Laje, na Cidade de Pindobaçu-BA, com estrutura humilde e de pouca movimentação financeira, (vide foto).

Informou que as referidas cobranças diziam respeito a emissões de notas fiscais referente à negócios jurídicos extremamente vultosos para uma microempresa de estrutura tão humilde como o Notificado, além de, em muitos casos, fugirem gritantemente da descrição de sua atividade econômica principal que é, como consignado no comprovante de inscrição de situação cadastral *comércio varejista de peças e acessórios para motocicletas e motonetas*.

Assinalou que o Notificado registrou comunicação à Polícia Civil na 19 " COORPIN da Cidade de Pindobaçu-BA, acerca dos fatos relacionados aos pedidos encartados nesta vestibular, tendo consignado que não realizou nenhuma compra na requerida e que por várias vezes tentou entrar em contato por telefone com a Acionada, mas em nenhuma das tentativas obteve êxito.

Explicou que o Notificado jamais realizou qualquer negócio jurídico com as empresas emissoras das notas fiscais, sendo que, contra às mesmas, tramita uma ação judicial na Vara Cível da Comarca de Pindobaçu-BA para desconstituir tais débitos e declara inexistente os negócios jurídicos que deram origem as emissões das notas fiscais somente no ano de 2014. Tais valores se mostram incompatíveis com o porte e categoria da empresa Notificada.

Finalizou no tópico “**Dos Pedidos**” que diante de todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a Notificada, na exata forma processual administrativa, requerer que seja, declarada a NULIDADE da Notificação Fiscal objeto desta autuação, destinando-o ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o Notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita, que seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Notificante aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda, que seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a ocorrência de fato não imputável à empresa notificada, seja declarada improcedente a notificação/intimação, sendo desconstituídas as multas infligidas bem como do eventual débito tributário principal, intimando-se a aqui notificada e seu patrono de todo o andamento do processo administrativo, sob pena de nulidade e com arrimo no princípio da ampla defesa.

O Notificante prestou Informação Fiscal às folhas 78 e 79 onde arrazoou que a Notificação foi emitida de acordo com RPAF/99 e os Decretos de nºs. 13.780/2012, 14.213/2012 e 14.208/13 (Novo Modelo de Fiscalização no Trânsito de Mercadorias) e a Lei de nº 7.014/96.

Assinalou que o Notificado em momento algum contestou ou reclamou o lançamento do crédito tributário apontado pela SEFAZ. Concordeu com o mesmo quando diz que sua inscrição pode ter sido usada indevidamente, porém não apresentou nenhuma prova que não tenha adquirido as mercadorias referentes aos DANFES citado acima.

Desta forma, manteve a autuação e pediu pela PROCEDÊNCIA total da Notificação Fiscal.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo **Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em **25/02/2015**, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 6.130,14, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 3.678,07

perfazendo um total de R\$ 9.984,46, decorrente do cometimento da Infração (07.21.01) de deixar de efetuar o recolhimento do ICMS, referente por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), 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 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.

(...)”

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.

(...)”

Após exame das peças processuais que compõem o presente PAF, constato 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.

Inicialmente, verifica-se que os 07 DANFEs de nºs 905, 026.503, 026.558, 001.258, 026.969, 001.311 e 001.401 localizados às folhas 09 a 17, foram emitidos, pelas Empresas Central Moto Peças e MFX Comércio de Peças Ltda., localizadas em Goiás e Ceará, nas datas de **07/05 a 13/12/2014**, e a lavratura ocorreu em **25/02/2015**.

Na situação sob análise, constatei que através do documento acostado aos autos (Mandado de Fiscalização – COE de 15606233000100-201521,) que o Notificado, **é uma MICROEMPRESA**, optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – **Simples Nacional**.

Há de se sublinhar que a fiscalização do ICMS compreende **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, 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 irão diferenciá-los 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.

À vista disto, no caso em exame das peças inseridas neste processo, **não há como se consubstanciar qual tipo de ação fiscalizatória** que consumou a lavratura da Notificação Fiscal. Apesar do modelo utilizado para a lavratura da Notificação ter sido o de “*Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias*”, não há nos autos documentação comprobatória **da instantaneidade 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, bem como cópia da identificação do transportador, sendo estes solidários em casos específicos da legislação.

Ademais, pelo outro viés da vertente de fiscalização, **no estabelecimento do contribuinte**, também, **há a carência de qualquer tipo de documentação** que comprove a realização deste tipo de inspeção 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, a lavratura do Termo de Início de Fiscalização* conforme preceitua o art. 26 do RPAF/BA. **A inexistência do marco divisório do início do procedimento fiscal** suscita de insegurança a possibilidade da confissão da infração e o pagamento do tributo **devido na denúncia espontânea**, nos casos em que o contribuinte tenha agido sem dolo, ou seja, tenha agido de boa-fé, conforme disposto no artigo 138 do Código Tributário Nacional (CTN).

Neste diapasão, constato que a Notificação Fiscal em lide foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais lotado na INFAZ JACOBINA, sendo o instrumento utilizado pelo agente fiscal uma Notificação Fiscal – Modelo Trânsito de Mercadorias. Com efeito, o procedimento usado, que originou a ação fiscal, constituiu-se, na realidade, das atividades da Central de Operações Estaduais no Trânsito de Mercadorias (COE) que utilizou-se de software para monitorizar o ICMS a ser recolhido pelo contribuinte, relativamente a entradas de mercadorias, acobertadas por DANFES emitidos **entre as datas de 07/05 a 13/12/2014**, e a lavratura ocorreu em **25/02/2015**, sendo que o presente lançamento somente ocorreu em **25/02/2015**.

Assim sendo, o roteiro de fiscalização, bem como o instrumento utilizados não são apropriados para constituir o crédito tributário decorrente **da apuração de fatos ocorridos preteritamente**.

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.

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 apresentação 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 mercadorias, feriu o princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Em sendo assim, considerando que o instrumento e os procedimentos adotados pelo Notificante foram incompatíveis com a apuração de irregularidades em estabelecimento, resta evidenciado a existência de vício na constituição do lançamento que afeta a sua validade, compromete a eficácia do procedimento fiscal e obsta a produção de efeitos jurídicos.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. II, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 por preterição do direito de defesa.

Recomendo, todavia, na forma do art. 21 do citado diploma legal, a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, no estabelecimento da Notificada, observando todas as formalidades inerentes a este tipo de auditoria.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal 921060.9112/15-4, lavrada contra ANTÔNIO LIMA NASCIMENTO 01107979579.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2024

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

