

N.F. Nº - 210741.0046/20-0

NOTIFICADO - MERCEARIA AGROUNIÃO E COMÉRCIO DE GÁS EIRELI

NOTIFICANTE - ORLANDO JOSÉ MORAES FILHO

ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.07.2025

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0115-05/25NF-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, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento – Simples Nacional**, lavrada em 06/07/2020, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 6.626,82 mais multa de 60%, no valor de R\$ 3.976,09, totalizando o montante de R\$ 10.602,91, cujo período de apuração se fez no mês de junho de 2020.

Infração 01 – 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Enquadramento Legal: Art. 12-A da Lei de nº 7.014/96 C/C art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto de nº 13.780/12. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

"Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, DANFEs N^{os}. 2, 37, 47, 962318, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 28123, 28124, 28125. Mandado de Fiscalização nº 15253706000213-2020626."

Anexo aos autos, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 210741.0046/20-0, devidamente assinada pelo Agente de Tributos Estaduais (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a planilha de cálculo elaborado pelo Notificante (fls. 03 a 15); o Mandado de Fiscalização de nº 15253706000213-2020626 (fls. 16 e 16vs.); 44 DANFEs de nºs. 2, 37, 47, 962318, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 28123, 28124, 28125, localizados às folhas 20 a 74; intimação para tomar ciência e efetuar o pagamento da Notificação Fiscal (fl. 75).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 78 e 79.), protocolizada na CORAP SUL/PA T. FREITAS na data de 16/10/2020 (fl. 77).

A Notificada iniciou sua peça de defesa no tópico "**Dos Fatos**" onde assinalou que as mercadorias (notas fiscais) que deram origem à presente fiscalização dizem respeito a operações de transferência de mercadorias entre matriz e filial da empresa e no subtópico "**Das Razões para a Anulação da Notificação Fiscal**" argumentou que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) de nº 593.849, com repercussão geral reconhecida, alterou o entendimento sobre o regime de substituição tributária do ICMS. O STF firmou a tese de que o contribuinte tem direito à restituição da diferença do imposto pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, quando a base de cálculo real da operação for inferior à presumida.

Complementou que o julgamento foi retomado com o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhou a maioria liderada pelo Ministro Edson Fachin. Segundo este, o imposto só se torna definitivamente devido com a ocorrência do fato gerador, sendo indevido o recolhimento superior, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Foi também estabelecida a seguinte tese de repercussão geral:

"É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida."

Tratou que além disso, nos julgamentos das ADIs nºs. 2.675 e 2.777, que questionavam normas dos Estados de Pernambuco e São Paulo quanto à restituição de valores pagos a maior no sistema de substituição tributária, o STF, por maioria, reconheceu a constitucionalidade das referidas normas.

Garantiu no subtópico "**Inexistência de Fato Gerador**" que as operações que embasaram a notificação decorrem de simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, não havendo, portanto, circulação jurídica da mercadoria com transferência de titularidade. Dessa forma, não ocorreu o fato gerador do ICMS, inexistindo também qualquer base legal para a imposição de multa.

Finalizou no tópico "**Conclusão**" que diante de todo o exposto, requereu a esta Junta Julgadora a completa anulação da Notificação Fiscal de nº 210741.0046/20-0, por ausência de fato gerador do tributo e por afronta à jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Verifico que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através de norma publicada em **18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação 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 em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento – Simples Nacional**, lavrada em **06/07/2020** exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$ 6.626,82** mais multa de 60%, no valor de **R\$ 3.976,09**, totalizando o montante de **R\$ 10.602,91** em decorrência do cometimento da infração (**07.21.03**): Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa 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 de 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.

Na situação sob análise, constatei que o presente lançamento fora feito através do monitoramento realizado pela Central de Operações Estaduais - COE, através do Mandado de Fiscalização de nº 15253706000213-2020626, donde levantou-se os DANFEs de nºs. 2, 37, 47, 962318, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 28123, 28124, 28125, localizados às folhas 20 a 74, realizou o cálculo da Antecipação Parcial, planilha de cálculo elaborada pelo Notificante (fls. 03 a 15), e intimou-se a Notificada para efetuar o pagamento da Notificação Fiscal lavrada.

Neste sentido verificou-se *a análise e exame de fatos pretéritos*, lavrando-se uma Notificação **Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, no entanto, com **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).

Contudo, após análise das peças constantes nos autos, verifica-se que não houve lavratura de nenhum desses termos. A Notificação Fiscal foi emitida diretamente com base em dados extraídos de sistemas da Secretaria da Fazenda, sem que tenha sido precedida por qualquer forma de cientificação prévia do contribuinte, tampouco lhe foi oportunizado o contraditório no curso da ação fiscal.

Assim, constata-se a inobservância do rito procedural obrigatório para auditoria de estabelecimento, o que configura vício formal insanável, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/BA, ensejando a nulidade do lançamento tributário.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE da presente Notificação Fiscal, com fulcro no art. 18, II, c/c art. 20 do RPAF/BA, por ausência de formalidade essencial ao procedimento fiscal, e determino a remessa dos autos à autoridade competente para eventual refazimento do lançamento, respeitado o rito legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 210741.0046/20-0, lavrada contra **MERCEARIA AGROUNIÃO E COMÉRCIO DE GÁS EIRELI**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2025.

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR