

N.F. Nº - 210967.0045/18-8
NOTIFICADO - LUCIO MOACY FERREIRA DA SILVA
NOTIFICANTE - RAIMUNDO DA CRUZ SILVA
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/04/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0043-06/20NF

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO MONTANTE DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. Incongruências entre as notas fiscais existentes nos autos, a metodologia adotada para apurar o ICMS e a descrição da infração exigida na Notificação Fiscal, macula de insegurança a determinação da infração e do montante do débito tributário. Evidenciada, no caso concreto, a ofensa ao art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS E MATERIAIS. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Não observância dos aspectos formais e materiais que devem revestir o lançamento de ofício como ato administrativo, o lançamento de ofício, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade. Ausência de Termo de Apreensão de Mercadoria Recomendação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal. NULA. Instância ÚNICA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 05.07.2018, refere-se à exigência de R\$19.343,81 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$11.606,28, que perfaz o montante de R\$ 30.950,09, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente à 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 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 Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos documentos fiscais anexos, em razão da antecipação parcial/Total. DANFES nºs. 137/138/163/140.870, 141.074, 141.076, 141.521, 141.759 e 216.670.”

O Notificado se insurge contra o lançamento e apresenta a peça de defesa apensada aos autos à folha 21 e documentação comprobatória às folhas 22 a 40, protocolizada na CORAP-NORTE/PA SAC SR. BONFIM em 12.09.2018 (fl. 20).

Esclarece em sede de PRELIMINAR que de acordo com pesquisa no DTE da SEFAZ no relatório de ICMS pagos consta os pagamentos de ICMS de todas as notas. Os impostos são recolhidos antes que a mercadoria entre no estado de destino. As notas fiscais citadas são classificadas como entrada, conforme descrição nas notas fiscais com Código Zero (0).

Profere no MÉRITO o direito em que se fundamenta no DESPACHO ICMS-RE N^o 032/2016.000008218141-69 que autoriza a GERDAU a emissão de NOTA FISCAL de ENTRADA, no seu estabelecimento, quando da aquisição de sucata na hipótese de o documento fiscal que acompanha a mercadoria apresentar qualquer divergência e/ou irregularidade quanto à quantidade, valores e classificação da sucata. Remetendo, ao seu fornecedor cópia da nota fiscal de Entrada emitida para retificação da operação à vista da qual o mesmo emita Nota Fiscal complementar, conforme prevê o art. 117, § 11, do Decreto n^o 14.876/91.

Finaliza que seja acolhida a defesa, cancelando-se a Notificação Fiscal lavrada.

VOTO

A Notificação Fiscal n^o 2109670045/18-8, lavrada em 05.07.2018, refere-se à exigência de R\$ 19.343,81 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$11.606,28, que perfaz o montante de R\$30.950,09, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.08, por falta de recolhimento do ICMS, referente à 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 previstos na legislação fiscal, relativo às operações constantes do relatório extraído do Sistema da SEFAZ – “06 – *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado - UMF*” de fl. 05, e cópia dos documentos fiscais (NF-e) de fls. 06 a 14, mais especificamente os DANFES n^{os} 000.137 (fl. 06), 000.138 (fl. 07), 000.163 (fl. 08), 140.870 (fl. 09), 141.074 (fl. 10), 141.076 (fl. 11), 141.521 (fl. 12), 141.759 (fl. 13) e 216.670 (fl. 14), em cumprimento do Mandado de Fiscalização COE n^o 34011049000161-2018619 expedido em 19.06.2018, acostado à fl. 03 dos autos.

Enquadramento legal: Alínea “b”, do inciso III, do art. 332, do RICMS, aprovado pelo Decreto n^o 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei n^o 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal.

A Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/NORTE para verificar irregularidades apontadas no Mandado de Fiscalização, da Central de Operações Estaduais – COE, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, referente às mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que, conforme preconiza o art. 2^o do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto Estadual n^o 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. 2^o 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 seu parágrafo único, do CTN (Lei n^o 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.*

Ademais, destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

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 vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

O Notificante, quando do lançamento, acusa o Notificado do cometimento de infração à legislação do ICMS decorrente de falta de recolhimento do ICMS referente à *antecipação tributária parcial* (infração 54.05.08), antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Inicialmente, verifiquei a ausência da “Memória de Cálculo”, relacionando as notas fiscais eletrônicas para o contribuinte notificado a fim de que este pudesse verificar com clareza os elementos utilizados na formação da base de cálculo do crédito tributário exigido.

De mais a mais, pude apurar que nos documentos fiscais supracitados existem apenas dois tipos de produtos. Aqueles com NCM 69051000 (Telhas) referentes aos DANFES de nºs. 000.137, 000.138 e 000.163 (fl. 08) e os com NCM 72042900 (Sucata de ferro fundido miúdo), referentes aos DANFES de nºs. 140.870, 141.074, 141.076, 141.521, 141.759 e 216.670.

Constatei que o produto do NCM 69051000 (Telhas) está relacionado tanto no Anexo XI – Materiais de Construção e Congêneres do Convênio de nº 142 de 14.12.2018, que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto ICMS com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações, quanto no Anexo I do RICMS/BA/2012 das mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, sendo pois, uma mercadoria sujeita a este tipo de regime de recolhimento.

Averigui que a lavratura da Notificação Fiscal se fez em relação aos DANFES, localizados às fls. 06 a 14, anteriormente à intimação do Notificado, na cronologia das peças processuais, com chave de acesso de 48 dígitos, no entanto, atesto a existência dos já supracitados DANFES, apostos pelo Notificado nos autos como documentos comprobatórios do notificado às folhas 28 a 36 com chave de acesso de 44 dígitos através das quais pude, por meio do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, ter acesso à consulta completa das Notas Fiscais Eletrônicas.

Isto posto, em relação às mercadorias do NCM 69051000 (Telhas) estas foram enviadas pela Indústria de Cerâmica Flores do Vale Ltda. (CNPJ 29.376.973/0001-01), empresa situada na unidade da federação do Estado do Ceará, optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, sendo também abrangido pelo regime de substituição tributária conforme cláusula terceira do já mencionado Convênio de nº 142/2018. No entanto, constatei que este fornecedor não realizou o recolhimento da substituição, ficando o contribuinte, o Notificado, que recebeu esta mercadoria sujeita à substituição tributária, sem que tenha sido feita a retenção total na operação anterior, solidariamente responsável pelo recolhimento do imposto que deveria ter sido retido.

Apesar de não haver a “Memória de Cálculo” nos autos, observei que à folha 05, no Relatório “06 – Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” a existência da disposição das 03

notas fiscais referentes ao produto do NCM 69051000 (Telhas) com o cálculo para a lavratura realizado através da Antecipação Total, diverso do artigo infringido apontado pelo Notificante, *no enquadramento legal*, relativa a mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS.

Ademais, o Notificante utilizou-se para esse cálculo a margem de valor agregado (MVA) ajustada de 49,17% aplicada às aquisições interestaduais, estando em desacordo com a legislação vigente onde se estabelece que nas operações interestaduais destinadas a este Estado com mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando remetidas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, para obtenção da base de cálculo da substituição tributária será aplicada, em vez da “MVA ajustada”, a “MVA ST original de 39%”, cláusula décima primeira, do Convênio de nº. 142/2018.

§ 1º Nas hipóteses em que o contribuinte remetente seja optante pelo Simples Nacional, será aplicada a MVA prevista para as operações internas na legislação da unidade federada de destino ou em convênio e protocolo.

Ratifico o dito anteriormente, delineando que o artigo infringido apontado pelo Notificante, *no enquadramento legal*, encontrar-se-ia, parcialmente, eivado de erro uma vez que o embasamento se fez em relação ao recolhimento do ICMS antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, *relativamente à antecipação parcial* do ICMS (art. 332, Inciso III, alínea “b”).

Assim, considero que estas incongruências detectadas maculam de insegurança a determinação da infração e do montante do débito tributário, eivando o lançamento de ofício de vício insanável, caracterizando a hipótese de nulidade prevista no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, em conformidade com o disposto na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita. Registre-se que essa nulidade absoluta do lançamento, independe de provocação das partes.

“SÚMULA CONSEF Nº 01 ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Ressalto que o vício formal a que se refere o artigo 173, II do CTN é aquele verificado de plano, no próprio instrumento de formalização do crédito, que diz respeito a erros quanto à caracterização do auto de infração, relacionados a aspectos extrínsecos, como por exemplo: inexistência de data, nome da autoridade competente, matrícula, local de lavratura do auto, assinatura do autuante, autorização para nova lavratura de auto de infração, ou quaisquer outros erros que comprometam a forma do ato do lançamento. *Se o defeito no lançamento disser respeito a requisitos fundamentais*, se está diante de vício substancial ou vício essencial, que macula o lançamento, impede a concretização da formalização do vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. *Os requisitos fundamentais são aqueles intrínsecos ao lançamento e dizem respeito à própria conceituação do lançamento* insculpida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, qual seja, a valoração jurídica dos fatos tributário pela autoridade competente, mediante a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do tributo e a identificação do sujeito passivo.

Além disto, em relação às mercadorias do NCM 72042900 (Sucata de ferro fundido miúdo), pude certificar que o Notificante lavrou a presente notificação baseando-se nas “notas fiscais de entrada”, emitidas pela Empresa GERDAU AÇOS LONGOS S/A, em outra unidade da federação referentes aos DANFES de nºs. 140.870, 141.074, 141.076, 141.521, 141.759 e 216.670.

Através do Portal da Nota Fiscal Eletrônica e das *chaves de acessos* dos DANFES acostados pelo Notificado, acessei as Notas Fiscais por completo e percebi que a circulação da mercadoria, se deu pela saída do fornecedor, o Notificado, para o destinatário comprador, sendo acobertada possivelmente pelas Notas Fiscais emitidas por aquele, quais sejam as de nºs. 153, 154, 155, 158,

159, e 163, constante em outras chaves de acesso existentes nas Informações Adicionais dos DANFES supramencionados.

Esta situação pode ser um pouco entendida devido à documentação acostada pelo Notificado aos autos, às folhas 24 e 25, onde consta que o aludido regime ali exposto, ao qual pertence a Empresa GERDAU AÇOS LONGOS S/A, consistindo de determinados procedimentos, infere que para os fornecedores, pessoa jurídica, domiciliados no Estado de Pernambuco ou de outra Unidade da Federação os procedimentos para quando o fornecedor, por incapacidade técnica e operacional, emite Nota Fiscal com peso e valor estimado para dar trânsito da mercadoria até a usina. Na usina emite-se uma Nota Fiscal de Entrada ao fornecedor e nos casos em que a Nota Fiscal emitida por ele tenha o peso e valor menor que o real é solicitado a emissão de Nota Fiscal Complementar para retificação da operação e pagamento do ICMS quando devido.

Através de consulta ao Sistema de Cadastro do Contribuinte averigui que o Notificado possui a atividade econômica de comércio varejistas (sucatas e embalagens), locação de automóvel e transporte rodoviário de carga, não realizando operação de industrialização da sucata que adquire. Assim, quando este adquire ou revende mercadorias qualificadas como “sucatas” deverá antecipar o imposto *conforme o art. 332, inciso V, alínea “n”*.

Art. 332 - O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

(...)

n - com sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias;

Nesta circunstância, no momento da saída das mercadorias o Notificado emitirá a sua Nota Fiscal para acobertar o transporte das mercadorias, devendo a ela ser anexado o correspondente Documento de Arrecadação Estadual - DAE, comprovando o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável por substituição, *sendo, portanto, estas notas as que deveriam constar na real autuação de uma fiscalização de trânsito*. Assinalo, à vista disto, que ao contrário das evidências pontuadas acima que foi utilizado, para concretizar o lançamento em tela, o Modelo de Notificação Fiscal apropriada às autuações ocorridas no trânsito, quando o procedimento adotado *aponta claramente para a ocorrência de uma auditoria fiscal em estabelecimento*, e que deste modo dever-se-ia ater-se ao regulamento no que se preceitua os procedimentos para este tipo de fiscalização.

Saliento que, segundo a interpretação dos arts. 28, IV e IV-A e 29 do RPAF/BA, a ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias necessariamente deve ser precedida da lavratura de Termo de Apreensão ou Termo de Ocorrência Fiscal, salvo as hipóteses legais, que não se procede no caso concreto, em que for lavrada a notificação em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada com imediato pagamento do imposto e da multa e irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte. Observo que não há no processo administrativo fiscal a presença do Termo de Apreensão de Mercadoria e a presença do Termo de Ocorrência Fiscal datado em 05.07.2018 (fl. 04) está assinado apenas pelo preposto fiscal da SEFAZ.

Sendo assim, por óbvio, o que caracteriza a situação de “*mercadorias em trânsito*” não é o fato de a autoridade fiscal se encontrar lotado na fiscalização de trânsito, ou a utilização de modelo de Notificação Fiscal, própria para as ações do trânsito, mas, sim, o fato de as mercadorias se encontrarem efetivamente em trânsito, quando da ocorrência da situação sob ação do fisco.

Diante de tais constatações conforme dispõe a SÚMULA DO CONSEF 01/02, assim como os arts. 18, IV, alínea “a” do RPAF/99, considero que o lançamento é NULO, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 210967.0045/18-8, lavrada contra **LUCIO MOACY FERREIRA DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2020.

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO– PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR