

N.F. Nº - 210765.0551/19-7
NOTIFICADO - OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA
NOTIFICANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/07/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SEM A CORRESPONDENTE NOTA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO - Constatado o transporte de mercadorias, sem documentação fiscal comprobatória de seu destino, acompanhada de documentação fiscal inidônea, é legal a exigência do imposto relativo à operação e também o recolhimento da multa prevista para a infração praticada no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Instância Única. Notificação Fiscal. **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 18.09.2019, refere-se à exigência de R\$ 17.100,00 de ICMS, acrescido da multa de 100% no valor de R\$ 17.100,00, que perfaz o montante de R\$ 34.200,00, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 51.01.01 – Transporte ou operação de mercadorias sem documento fiscal.

Enquadramento Legal: art. 6º, inciso III, alínea “d” e IV; art. 34 incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos. 83, inciso I e 101 do RICMS Decreto nº 13.780/12. Multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

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

“Aos 18 dias do mês de setembro de 2019, às 10:10 horas, o Sr. Dimas Antonio Perillo, motorista, portador da CNH – 00829048751, e do CPF – 031.590.037-79, condutor do veículo de placa MRN-9343/ES, chegou neste Posto Fiscal Benito Gama e apresentou os seguintes documentos fiscais: uma Guia de Tráfego nº 03.226.069 emitida pelo Ministério de Defesa Exército Brasileiro Departamento Logístico, onde consta o número da Nota Fiscal (51.106), o DANFE Documento Auxiliar de Nota Fiscal nº 51.106, emitida pela empresa Ouro Preto Explosivos Ltda, procedente do Espírito Santo e destinada a mesma no mesmo Estado e Natureza de Operação Remessa P Venda Fora do Estabelecimento. Também foi apresentado o DAMDFE (Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais) 13.424, onde consta UF Origem de carga – ES e UF Destino – BA. Mantivemos contato via e-mail, com a empresa de origem e a mesma argumentou que este é o procedimento que eles adotam. Logo em seguida emitiram um DANFE de no. 51.117 (emitido às 12:32:49, posterior à ação fiscal, que se iniciou às 10:10) para acobertar a operação que se encontrava sem a documentação fiscal devida. E, para constar, lavrei o presente Termo de Ocorrência que vai por mim assinado e servirá para dar consistência e fundamentar a Ação Fiscal que será desenvolvida através de Termo de Apreensão e Ocorrências e de Auto de Infração, assim que seja identificado o real sujeito passivo.”

Anexo aos autos encontra-se: o Termo de Apreensão de nº 2107651035/19-2 (fl. 03), datado de 18.09.2019 às 10h00min, referente à apreensão das mercadorias ocorrida no Posto Fiscal Benito Gama, emitido em relação à Empresa Transportadora OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA (Cujas razão social é a mesma do fornecedor das mercadorias e, também, realiza transporte rodoviário de produtos perigosos – Contrato Social fl. 42); o Termo de Depósito (fl. 04) emitido em relação à Empresa ATLANTIC NICKEL MINERAÇÃO LTDA, a qual ficou alçada como fiel depositário das mercadorias, através da assinatura do termo pelo fiel depositário, às 15h30min, do mesmo dia 18.09.2019; o Termo de Ocorrência (fl. 05), datado de 18.09.2019, e assinado pelo motorista (documentos fl. 18 – motorista e veículo) e pelo preposto fiscal.

Consta, também nos autos, a Guia de Tráfego de nº 03.226.069 (fl. 07), com o devido selo de autenticidade, emitida na data de 06.09.2019, pelo Serviço de Fiscalização de Produtos Controlado

– SFPC da 1ª Região Militar – 1ª RM, do Ministério da Defesa - Exército Brasileiro – Departamento Logístico – Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados, a qual garante a Permissão para tráfego das mercadorias da Nota Fiscal de nº 51.106, tendo como Empresa Origem a OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA, a Empresa Transportadora OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA e a Empresa de Destino ATLANTIC NICKEL MINERAÇÃO LTDA, sendo os Produto autorizado a circular “Explosivos não listados nessa relação” na quantidade de 18.000 Kg.

Apensada cópia do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº 013.424 (fl.08) o qual se referencia à Chave de acesso do DANFE de nº 051.106, datado de 16.09.2019, emitido às 18h51min, ambos trazidos com a Transportadora.

Registro a existência da cópia do DANFE de nº 051.117, emitido na data de **18.09.2019** às 12h32min, o qual foi utilizado para a regularização da situação das mercadorias contidas no DANFE de nº 051.106, após diversos contatos efetuados com o Departamento de Faturamento, através de e-mail, da Empresa OURO PRETO EXPLOSIVOS – OPEX (fls. 11 a 13).

Anexo à folha 02 o “DEMONSTRATIVO DE MERCADORIAS” onde consta a base de cálculo utilizada, a alíquota aplicada no cálculo do imposto, bem como a multa aplicada.

Há de registrar a existência dos Dados Cadastrais extraídos do Sistema de Informações do Contribuinte – INC, da Empresa ATLANTIC NICKEL MINERAÇÃO LTDA (fl. 14).

O Notificado se insurge contra o lançamento, através de seu advogado, e apresenta defesa apensada aos autos (fls. 22 a 36), e documentação comprobatória às folhas 37 a 52, protocolizada na CORAP SUL/PA V. CONQUISTA em 18.11.2019 (fl. 21).

Alega, inicialmente, a tempestividade da defesa, tendo tomado ciência da notificação em 18.09.2019, iniciando-se a contagem do prazo no dia útil seguinte, ou seja, 19.09.2019, decorridos 60 dias preconizados em lei, apresenta a defesa no primeiro dia útil do fim do prazo em 18.11.2019.

Acentua, preliminarmente, que a autoridade fiscal deixou de apontar na legislação tributária qual informação ausente ou faltante que configura a idoneidade do documento fiscal ou ausência do documento fiscal, a obrigatoriedade da autuada a pagar o ICMS na forma pretendida, a forma de apuração do imposto, os motivos legais pelo qual a Nota Fiscal foi considerada inidônea ou inexistente, bem como a total ausência de fundamentação. Pontua que não há fundamentação sequer qual das hipóteses: se inexistente ou inidônea a documentação fiscal.

Aponta que a autuada apresentou a nota fiscal no momento da passagem pela fiscalização e que os dispositivos legais infringidos mencionam os incisos sem descrever alínea e mais, a fundamentação, pontuando, inclusive que a fiscal utilizou-se de dispositivo revogado!

Reclama que a descrição é completamente genérica, uma vez que a empresa estava acobertada pelo DANFE 51.106 tratando-se de uma operação de remessa para venda fora do estabelecimento, sendo que a acusação foi de que a empresa estava operando sem nota fiscal, ocorrendo que a transação tinha nota fiscal idônea que foi apresentada, inclusive conforme consignado na acusação fiscal, transcrevendo para tal os dispositivos utilizados pela fiscal para autuar a notificada, os artigos 6º, inciso III, alínea “d” e artigo 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei 7014/96 e o art. 83 e 101 do RICMS/12.

Ressalta que a fiscal afirmou que o documento válido seria uma nota fiscal de compra e venda e apreendeu as mercadorias, por isso, no afã de liberar suas mercadorias, inclusive por se tratar de explosivos, a autuada emitiu a nota fiscal de compra e venda, o que sequer não se encontrava configurada, assim mesmo sem existir a venda foi feito pela empresa ante o perigo da mercadoria.

Profere que não se tratava de compra e venda, e sim de remessa entre estabelecimentos para venda fora do estabelecimento representada por meio da Nota Fiscal 051.106 – CFOP 5904.

Questiona quais os requisitos de eficácia e validade previstos na legislação tributária estadual que não foram preenchidos, se houve dolo, fraude ou simulação, quais foram, uma vez que a

transação é remessa para venda do estabelecimento, qual o erro da empresa, reiterando que o o auto de infração é totalmente omissos em sua fundamentação.

Pontua que seria dever da Auditora Fiscal consignar a descrição da disposição legal infringida de forma específica, quais os fundamentos LEGAIS e ESPECÍFICOS para considerar a nota fiscal inexistente quando a mesma foi apresentada, se for o caso, e de forma pormenorizada os motivos pelo qual desconsiderou a nota fiscal emitida, qual a base de cálculos, como se chegou ao valor, o que deve ser considerado como base de cálculo nos moldes da LEI.

Destaca o art. 5º da Constituição Federal em seus incisos LV e LVI do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, sendo que em face da omissão destes não se pode defender amplamente.

Frisa não ter sido observado o princípio da ampla da motivação conclamando os dizeres de Celso Antônio Bandeira Mello “(...) implica para a Administração Pública o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situação que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”

Explica, no mérito, que a autuada atua no ramo de explosivos, sendo a autora empresa que se dedica à fabricação e comercialização de explosivos e acessórios e, igualmente, à prestação de serviços de detonação/desmante de rochas dentre outros, sendo certo que, para prestar os referidos serviços, realiza o transporte de explosivos, valendo-se, para tanto, de veículos próprios ou de terceiros, sendo que o deslocamento dos explosivos é documentado através de emissão de notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento, já que após a prestação de serviços e após o uso dos insumos efetivamente utilizados na prestação, o efetivamente utilizado é vendido/documentado através de nota de compra e venda com o cliente, sendo neste momento que ocorre a venda (fora do estabelecimento).

Discorre que uma vez que o produto da autora não se pode ser estocado em depósitos, devendo ser remetido, utilizado na detonação, meio/vendido a quantidade utilizado e volta à sede ou é utilizado para outro cliente. Assum a autora que atende clientes em diversas partes do Brasil, transporta os explosivos, e ao chegar no local de destino, mantém os explosivos sob sua responsabilidade e quando requerido uma quantidade pelo eventual cliente, vai até o local, faz a detonação entregando o que é efetivamente utilizado, e traz o que não é utilizado, oportunidade que então opera-se a compra e venda efetiva da quantidade utilizada.

Inferre que por esse motivo a autora emitiu a Nota Fiscal 51.106 de remessa para venda fora do estabelecimento – CFOP 5904, em 16.09.2019 de 18.000kg do produto EMULSÃO BOMBEADA – C Risco 5.1 ONU 3375, Nitrato de Amônio, Emulsão ou Suspensão ou Gel intermediário para explosivos detonantes, cuja base de cálculo para apuração do ICMS junto ao Estado do Espírito Santo era de R\$ 68.400,00 remetendo-o para fora de seu estabelecimento e levá-lo à Bahia, e lá utilizar o produto nas condições expostas, ou seja, na quantidade necessária para o cliente que precisasse, e vendendo a quantidade que o cliente fosse utilizar, o que somente ocorre no local e no momento.

Explana que para transportar o produto e emitir guia de tráfego, é obrigatório o preenchimento de algum destinatário, tendo a autora então preenchido os dados com a empresa ATLANTIC NICEL MINERAÇÃO, onde a detonação poderia ser realizada e para quem poderia ser realizada a venda do material após a utilização. Desta forma a autora transportou seus produtos, passando pelas barreiras normalmente, até que no Posto Fiscal de Vitória da Conquista, a fiscal considerou a Nota Fiscal inidônea, porque aparentemente entendeu que tratava-se de uma compra e venda da autora para a empresa ATLANTIC, no valor total da operação, no entanto não se tratava de compra e venda certa entre a empresa autora e a empresa ATLANTIC, e sim apenas remessa dos explosivos para venda fora do estabelecimento, já que não havia compra certa e muito menos de quantidade e sim apenas remessa do material para fora do estabelecimento com o transporte para

ser realizada a operação de detonação e venda futura do material utilizado, o que poderia ocorrer inclusive em mais de um cliente, com o consequente retorno do restante, sem destinatário certo.

Frisa que o ICMS seria devido ao Estado do Espírito Santo e demais Estados em que se utilizasse os explosivos, justamente os Estados de origem e remessa da mercadoria, e cita o artigo 347 do ICMS do Estado do Espírito Santo, Decreto 1090-R de 25 de Outubro de 2002 que prevê expressamente que:

“Art. 347 – Nas saídas de mercadorias remetidas sem destinatário certo, inclusive por meio de veículos, para a realização de operações fora do estabelecimento, no território deste ou em outra unidade da Federação, com emissão de nota fiscal no ato da entrega, o imposto será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas, sobre o valor total das mercadorias constantes na nota fiscal emitida por ocasião da remessa, que acompanhará o trânsito das mercadorias e será lançada no livro Registro de Saídas de Mercadorias.”

Insiste que, com efeito, na verdade tratava-se a operação de verdadeira remessa para venda fora do estabelecimento e não compra e venda para pessoa certa, não havendo inidoneidade alguma do documento fiscal originalmente emitido (NF de remessa nº 51.106) que foi emitido e acobertava a operação, não tendo o fisco legitimidade para mudar a natureza das transações existentes entre particulares.

Enfatiza que não basta para incidência do ICMS, o simples deslocamento físico da mercadoria, sendo necessário que a saída decorra de negócio jurídico ou operação econômica, inexistente no caso em tela, sendo que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, não havendo sequer apuração de ICMS de 25% para fixação da multa, citando para isso a Súmula 166 do STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Reitera a não cumulatividade do ICMS compensando-se em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores, ou seja, abate-se do montante devido pelo contribuinte o valor do ICMS pago em operações anteriores, para isso cita o art. 19 e 20 da Lei Complementar 87/96.

Finaliza requerendo que tendo em vista a ausência de tipificação e enquadramento legal, seja o presente declarado nulo, caso seja ultrapassa esta preliminar que seja julgado improcedente o auto de infração sendo considerado-o insubsistente em vista da regularidade fiscal da transação de remessa por meio da Nota Fiscal 051.106 – CFOP 5904.

É o relatório.

VOTO

Do exame das peças processuais, observo que a Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 18.09.2019, refere-se à exigência de R\$ 17.100,00 de ICMS, acrescido da multa de 100% no valor de R\$ 17.100,00, que perfaz o montante de R\$ 34.200,00 em decorrência do cometimento da Infração (51.01.01) de transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 6º, inciso III, alínea “d” e IV; art. 34 incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos. 83, inciso I e 101 do RICMS Decreto nº 13.780/12. A multa prevista foi balizada no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A lavratura da Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização no Posto Fiscal Benito Gama localizado na Rodovia Br. 116, s/n, Zona Rural da Cidade de Vitória da Conquista - Bahia, conduzida por Agente Fiscal através da abordagem de veículo carregado de mercadoria sem documentação fiscal.

Preliminarmente, entendo ser necessário analisar a mercadoria ora constante na NF-e de nº 051.106 (fl. 09) descrita como: Emulsão Bombeada – C.Risco 5.1, ONU 3375 - Nitrato de Amônio, Emulsão ou Suspensão ou Gel intermediário para Explosivos Detonante. Introdutoriamente, o número ONU é um número de série determinado pela Organização das Nações Unidas para identificar produtos químicos e/ou aqueles que oferecem perigo à vida. A Classe de Risco significa o tipo de produto envolvido, no caso da mercadoria em questão ela está Classificada como Classe 5, *produtos químicos*, onde se encontram os 5.1 – Oxidantes e os 5.2 – Peróxidos

Orgânicos. O oxidante *é um material que libera oxigênio rapidamente para sustentar a combustão* dos materiais orgânicos, devido a esta facilidade estas substâncias são relativamente instáveis e *reagem quimicamente com uma grande variedade de produtos*. A despeito disto, as substâncias denominadas propriamente “explosivos” que são as submetidas a uma transformação química extremamente rápida, produzindo simultaneamente grandes quantidades de gases e calor, estão dispostas na Classificação de Risco 1 – Classe 1.

Neste sentido, atualmente, as Portarias de nºs. 118 e 147 do Comando Logístico – COLOG, do Ministério da Defesa do Exército Brasileiro, estabelecem, respectivamente, a lista de Produtos Controlados pelo Exército (PCE) e os procedimentos administrativos para o exercício de atividades com explosivos e seus acessórios e produtos que contêm nitrato de amônio. Na listagem de PCE (Portaria 118) *no tipo de produto químico controlado* encontra-se a emulsão base ou pré-emulsão de nitrato de amônio. E, no Capítulo das Disposições Gerais, no art. 5º e seus §§, da Portaria 147, estabelece que *“as empresas que fabricam, importam, exportam, comercializam, utilizam e prestam serviços envolvendo explosivos (o termo explosivos usado nesta portaria envolve também acessórios iniciadores e acessórios explosivos) devem documentar os demonstrativos de entrada e de saída, bem como apresentar o destino na forma da identificação individual seriada e os dados do destino”*.

Isto posto, demonstra-se que a mercadoria na NF-e de nº 051.106 não é uma mercadoria comum, exigindo-se um controle específico do Ministério da Defesa para se identificar tanto as empresas para as quais são vendidas estas, quanto para quem estas empresas fornecem em seu destino.

Em continuidade, o DANFE de nº 051.106 apresentado à fiscalização do Posto Fiscal Benito Gama dispunha como remetente das mercadorias a Empresa OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA e destinatário a própria Empresa OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA, em uma operação de natureza REMESSA PARA VENDA FORA DO ESTABELECIMENTO, transportado pela própria Empresa OUTRO PRETO EXPLOSIVOS LTDA, com o Código Fiscal de Operações e Prestações - CFOP de nº 5904 – Remessa para venda fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículo, dentro do estado (Espírito Santo – ES). O Código específico para operações interestaduais é o de nº 6904.

Em regra geral, as mercadorias são comercializadas dentro do próprio estabelecimento do contribuinte, porém, por questões estritamente comerciais, pode o contribuinte querer comercializar suas mercadorias fora do seu estabelecimento, por qualquer meio de transporte, ou até mesmo em eventos, feiras, exposições ou locais semelhantes. Estamos falando da operação fiscal denominada venda fora do estabelecimento.

Nessa operação, o contribuinte promove a saída (remessa) de diversas mercadorias sem destinatário certo, utilizando-se de veículo ou qualquer outro meio de transporte, para a realização de vendas fora de seu estabelecimento físico a clientes localizados no próprio Estado ou em outro Estado. Nessa empreitada os vendedores ofertam suas mercadorias para potenciais compradores, que poderão ou não as comprar, desta forma, o efetivo adquirente será conhecido apenas no momento da efetivação da venda.

Aduz-se que *pela complexibilidade de controle imposta à mercadoria “Emulsão Bombeada – C.Risco 5.1, ONU 3375 - Nitrato de Amônio, Emulsão ou Suspensão ou Gel intermediário para Explosivos Detonante” esta não se adequa a este tipo de comercialização trazida no DANFE de nº 051.106*, tanto não o é, que, acostado aos autos encontra-se a Permissão para o tráfego das mercadorias constantes neste DANFE, através da GUIA DE TRÁFEGO de nº 03.226.069 (fl. 07) emitida pelo Ministério da Defesa do Exército Brasileiro, cujo o destinatário das mercadorias seria a Empresa ATLANTIC NICKEL MINERAÇÃO LTDA, Fazenda Santa Rita, s/n, Bairro Zona Rural, cidade de Itagiba – BA. A despeito disso não faço luz à tese na qual se permeia a impugnante em sua defesa, onde insiste que, com efeito, na verdade *tratava-se a operação verdadeira remessa para venda fora do estabelecimento*, como se fosse a mercadoria neste DANFE fosse passível de ser revendido *“oferecido porta a porta” e não compra e venda para pessoa certa*.

No Direito existem várias espécies de provas usadas para comprovar as versões das partes envolvidas na lide. Há as provas por confissão, testemunhal, documental, pericial, emprestada e a mais recente: as provas eletrônicas. No que tange ao Processo Administrativo Fiscal - PAF a espécie de prova mais aceita, utilizada e tradicional é a prova documental. O valor de um documento impõe a fidedignidade de uma informação. *Todos os fatos e atos são registrados em documentos, sejam eles em suporte papel ou eletrônico.* Ainda que o Fisco busque outros meios de provas como diligências e flagrantes, o documento é a espécie mais aceita. A prova documental representa o fato de uma forma permanente e deve manter a idoneidade dos fatos, refletindo isso em juízo.

A prova documental é de suma importância para o convencimento e esclarecimento dos fatos citados no processo, pois afirma um fato ocorrido, formando a opinião do julgador quando há dúvidas nas afirmações feitas por uma das partes. São provas documentais: notas fiscais, certidões, livros fiscais e contábeis, relatórios, planilhas, dentre outros que subsidiam o lançamento contábil e fiscal.

Neste sentido discorro que a exigência do ICMS com os acréscimos legalmente previstos, tem como fundamento, em sua essência, a lei de nº 7.014/96, segundo a qual as mercadorias e serviços, em qualquer hipótese, deverão estar sempre acompanhados de documentos fiscais idôneos. Como consequência imediata da inobservância dessa regra, *a mercadoria desacompanhada do documento fiscal exigido é considerada em situação fiscal irregular*, sujeitando o contribuinte ou responsável ao recolhimento do imposto devido mais os acréscimos legalmente previstos.

Assim sendo, é obrigação do contribuinte estar-se com o documento fiscal emitido para o acompanhamento das mercadorias no momento da realização da operação ou do início da prestação, e é obrigação do transportador exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias os documentos fiscais próprios sempre que transportar mercadorias, sendo que de forma adversa estar-se-ia, este, *sendo solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais ao conduzir sem documentação fiscal* comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea, tudo conforme estabelecido no enquadramento legal efetuado pelo Notificante, nos art. 6º, inciso III, alínea “d” e IV; art. 34 incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei nº 7.014/96.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito: (...)

III - os transportadores em relação às mercadorias: (...)

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Art. 34. São obrigações do contribuinte (...)

VI-A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão; (...)

XIV-B. - exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias, ou do prestador do serviço, conforme o caso, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias, ou utilizar serviços sujeitos ao imposto;

Ressalta-se que o artigo 44, inciso II, da supracitada lei considera, dentre outros, para efeitos de documentação fiscal inidônea, sendo aquela que não é a legalmente exigida para a respectiva operação ou prestação, não guardando os requisitos ou exigências regulamentares.

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

II - inidôneo o documento fiscal que:

a) omitir indicações;

b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;

c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;

d) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;

e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;

f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;

Sendo o ICMS, por sua própria definição, um imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços, a exigência contida nos dispositivos legais mencionados é imprescindível,

pela necessidade óbvia do controle de cada operação ou prestação. É apenas mediante adoção de alguma forma de controle que o sujeito ativo da obrigação pode resguardar o seu interesse, com vistas ao recolhimento do imposto que lhe é devido. Ao fazer circular as mercadorias, ora discriminadas no Termo de Apreensão, anexado à fl. 03, sem a cobertura de documentação fiscal regulamentar, o Notificado infringiu a legislação tributária em vigor e, como consequência, *além do pagamento do ICMS relativo à operação, deve também recolher a multa prevista para a infração praticada.*

Não sendo a mercadoria Emulsão Bombeada – C.Risco 5.1, ONU 3375 - Nitrato de Amônio, Emulsão ou Suspensão ou Gel intermediário para Explosivos Detonante, NCM 31023000 enquadrada no Anexo 1 do RICMS/2012 às quais se sujeitam ao Regime de Substituição Tributária ou Antecipação Tributária Total, entendo enquadrar-se no Regime de Antecipação Parcial. Desta forma o ICMS a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, no entanto, esta regra não tem valência total para os casos das mercadorias desacompanhadas de documento inidôneo, o qual será exigido o imposto pelo seu total, sem qualquer dedução, tudo conforme o art. 318 do RICMS/BA/2012 e seu §3º.

Assim sendo, no Caso Concreto o Notificante, para o cálculo do imposto devido, utilizou-se da alíquota de 25% estabelecida no art. 16, inciso “j” da Lei 7.014/96 o qual abarcar as misturas e/ou produtos químicos caracterizados por conterem o oxigênio necessário à sua combustão e cuja decomposição provoca rápida liberação de grande volume de gases a alta temperatura à exceção dos explosivos propriamente ditos (dinamite e explosivos para emprego na extração ou construção, foguetes de sinalização, foguetes e cartuchos contra granizo e semelhantes, fogos de artifício e fósforos).

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)

j) pólvoras propulsivas, estopins ou rastilhos, cordéis detonantes, escorvas (cápsulas fulminantes), espoletas, bombas, petardos, busca-pés, estalos de salão e outros fogos semelhantes, foguetes, cartuchos, exceto: dinamite e explosivos para emprego na extração ou construção, foguetes de sinalização, foguetes e cartuchos contra granizo e semelhantes, fogos de artifício e fósforos;

Pelo exposto, concluo, portanto, que a lavratura da Notificação Fiscal está baseada na legislação fiscal vigente, sendo devido a cobrança do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, e voto pelo INDEFERIMENTO do que requer o Notificado, considerando Procedente a Notificação Fiscal em demanda.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, instância única julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **2107650551/19-7**, lavrada contra **OURO PRETO EXPLOSIVOS LTDA.**, devendo o notificado efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.100,00** acrescido da multa de 100% e multa prevista no art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de junho de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR