

N.F. Nº - 218905.0196/19-6
NOTIFICADO - CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.
NOTIFICANTE - WALTER SENA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0255-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição da infração e capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota, enquanto a matéria fática diz respeito à utilização da MVA ajustada, permissível somente para o sujeito passivo por substituição tributária na condição de fabricante de veículos, conforme estabelecido no Protocolo ICMS 41/08. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 03.06.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 17.896,42, mais multa de 60%, no valor de R\$ 10.737,85, perfazendo um total de R\$ 28.634,27, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 52.01.04 – Destaque de ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota.

Enquadramento Legal: Arts. 15 e 16; 16-A e 34, incisos XII e XV da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96.

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

“Mercadorias (peças para veículos) para contribuinte do estado da Bahia sem contrato de fidelidade, origem Estado de São Paulo, DANFES no. 2553334, 2553340, 2553342, 2553343, 2553344, 2553346, 2553348, 2553349, 2553403. Lançamento referente ao TFD no. 1905975217, lavrado para a transportadora TERMACO-TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS E ACESSÓRIOS LTDA, inscrição Estadual 064.251.680”

Anexo aos autos encontra-se cópias: do Termo de Fiel Depositário – TFD de no. 1905975217 (fl. 03); documento do motorista (fl. 05); DANFES das Notas Fiscais eletrônica (NF-e) de nºs. 002.553.334 (fls. 08 e 09), 002.553.340 (fl.10) e 002.553.342 (fl. 011), 002.553.343 (fl.12), 002.553.344 (fl. 13), 002.553.346 (fls. 14 e 15), 002.553.348 (fl. 16), 002.553.349 (fl. 17), 002.553.403 (fl. 18), procedentes do Estado de São Paulo; do Termo de Liberação (fl. 36).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 07).

Há de registrar a existência do Registro da Notificação Fiscal – Trânsito (fl. 21) e da Intimação da Lavratura emitida pela DAT METRO – IFEP COMÉRCIO datada de 09/07/2019, (fl. 37), onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa. Não constei a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte da Notificada através do Avisto de Recebimento (AR).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 41 a 44), e documentação comprobatória às folhas 45 a 72, protocolizada na DG/DIRAD/CENTRAL MALOTE na data de 12.09.2019 (fl. 39).

Em seu arrazoado, esclarece a Notificada ser contribuinte substituto tributário nas vendas para adquirentes localizados na Bahia, conforme estabelecido em Termo de Acordo firmado com o Governo do Estado da Bahia, desta forma para fins de recolhimento do tributo devido, aplica em suas operações as regras referentes à base de cálculo estabelecida pelo Protocolo ICMS de nº 41/08.

Esclarece que fora barrada no trânsito de mercadorias que solicitou o contrato de fidelidade, sendo que a falta do mesmo acarretaria em infração, desse modo protocolou pedido de apresentação da documentação solicitada sendo ratificado em 27.06.2019 pela Inspetora Rosy Mery Tavares de Oliveira.

Assinala que a condição de substituto tributário nas operações interestaduais com autopeças destinadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia decorre do Termo de Acordo – Parecer GETRI/DITRI de no. 23436/2013, que teve início em 20.09.2013 e se encontra prorrogado até a data de 31.07.2020, cumprindo-se, portanto, o requisito para fruição estabelecido no Protocolo ICMS de nº 41/08.

Aponta que o Notificante utilizou como base para a notificação a redação da alínea “b” do inciso I do § 2º da cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08, dada pelo Protocolo ICMS 70/15 que vigorava: *“saída de estabelecimento de fabricante de veículos, máquinas e equipamentos agrícolas ou rodoviários, cuja distribuição seja efetuada de forma exclusiva, mediante contrato de fidelidade, desde que seja autorizado pelo fisco de localização do estabelecimento destinatário”*

Acrescenta que a alteração efetuada pelo Protocolo ICMS 50/16 acrescenta à cláusula segunda do Protocolo ICMS 41/08 o § 8º: *“a critério da unidade federada de localização do estabelecimento poderá, para atendimento da alínea “b” do Inc. I do §2º desta cláusula, ser exigida a autorização prévia do fisco”*.

Afirma que o RICMS/BA/12 ao dispor sobre os regimes de substituição tributária nas operações com autopeças, não menciona a obrigatoriedade de apresentação de contrato de fidelidade, apenas trata como pré-requisito para a fruição do regime de ST a prévia existência de um acordo firmado entre o destinatário e o remetente das mercadorias, citando para isso o art. 289, §21 deste regulamento.

Consigna que devam ser considerados os seguinte fatos: Que a Notificada possui inscrição estadual, em virtude do supracitado Termo de Acordo que permite o envio de autopeças para destinatários localizados na Bahia, sob o regime de recolhimento antecipado do ICMS-ST: Que há a existência de contrato de fidelidade antes do início das operações, em 2013, conforme consta no pedido de concessão de Termo de Acordo (Doc. 06) e Que desde a data de apreciação do pedido até o início de junho deste ano corrente não houve qualquer tipo de solicitação por parte do Fisco para apresentação o do referido contrato, sendo apresentada prontamente quando solicitada.

Finaliza solicitando que seja extinto o débito tributário consubstanciado na referida Notificação Fiscal.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 218905.0196/19-6, lavrada em 03.06.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 17.896,42, mais multa de 60%, no valor de R\$ 10.737,85, perfazendo um total de R\$ 28.634,27, decorrente do cometimento da Infração 52.01.04 – Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota.

O *enquadramento legal* utilizado baseou-se nos arts. 15 e 16; 16-A e 34, incisos. XII e XV da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

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, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal:

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:

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:

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.

A descrição fática da presente Notificação Fiscal trata do recolhimento a menor do ICMS de Substituição Tributária, na entrada no Estado da Bahia, de mercadorias acobertadas pelos DANFES (NF-e) 002.553.334 (fls. 08 e 09), 002.553.340 (fl.10) e 002.553.342 (fl. 011), 002.553.343 (fl.12), 002.553.344 (fl. 13), 002.553.346 (fls. 14 e 15), 002.553.348 (fl. 16), 002.553.349 (fl. 17), 002.553.403 (fl. 18), emitidos na data de 28.05.2019, devido a erro na utilização da MVA-ST original reduzida, de produtos enquadrados no Regime de Substituição Tributária, prevista na cláusula segunda do protocolo ICMS 41/08, para o cálculo da MVA-ST ajustada, direcionada às operações de aquisições de peças originais, diretamente junto à fabricante de veículos automotores, *não podendo ser aplicada em relação aos demais fabricantes de peças automotivas*, na qual se encaixa a Notificada, ainda que tais indústrias estabeleçam com seus clientes contratos de fidelidade para revenda de seus produto.

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como: “Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota.”

O *enquadramento legal* da infração foi realizado com base nos artigos 15; 16; 16-A e 34, incisos XII e XV da Lei nº 7.014/96. Cabendo destacar que o artigo 15 da mencionada lei trata das diversas alíquotas a serem aplicadas, a depender do tipo de operação ou prestação que esteja sendo realizada; o artigo 16 versa sobre variadas alíquotas aplicáveis em razão do tipo de mercadoria ou do serviço envolvido; já o art. 16-A, faz menção a determinadas alíquotas referidas nos artigos 15 e 16, que serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza; e o art. 34, incisos XII e XV, tratam das obrigações do contribuinte de escrituração de livros, emissão de documentos fiscais e cumprimento de todas as demais exigências previstas na legislação tributária.

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável existente no lançamento em exame, que é a dissonância entre a descrição da infração/fundamentação legal, que trata de forma genérica e abstrata, da ocorrência de erro na aplicação de alíquota, quando da emissão de documento fiscal, e de obrigações impostas aos contribuintes do imposto, com o fato concreto, que foi o erro da utilização da MVA ajustada, permissível somente para o sujeito passivo por substituição, na condição de fabricante de veículos, conforme estabelecido no Protocolo ICMS 41/08.

Entendo que esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF-BA/99, a seguir transcritos. Haja vista que deveria o Notificante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, correlacionando-os, de forma inquestionável, com o fato em concreto. Possibilitando, assim, que o contribuinte exercesse plenamente o direito de defesa:

Art. 18 São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

(...)

Isto posto, entendo que a dissonância supramencionada, contida na Notificação, se constitui de forma cristalina em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, ferindo o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Diante de tais constatações, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/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, julgar NULA, em instância única, a Notificação Fiscal nº 218905.0196/19-6, lavrada contra CATERPILLAR BRASIL COMÉRCIO DE MÁQUINAS E PEÇAS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR