

N.F. N° - 232266.0399/18-1
NOTIFICADO - JAMILLY MACEDO MAGALHÃES
NOTIFICANTE - TELMA AFRO LOPES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.11.2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0356-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição da infração e capitulo legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS, sobre mercadorias adquiridas para comercialização cujos os cálculos foram efetuados sobre aos produtos de NCM 6105.10.00 como se os mesmos estivessem enquadrados no Regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total, sendo estes não inclusos no Anexo I do RICMS/BA/12 que tratam sobre o assunto. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o inciso II e § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS em epígrafe, lavrada em 05/07/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$12.677,43, mais multa de 60%, equivalente a R\$7.606,46, perfazendo um total de R\$20.283,59, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.03 - Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Art. 5º, art. 8º, §4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c artigo 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96 do Estado da Bahia.

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

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, COM MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS A CONTRIBUINTE SEM INSCRIÇÃO ESTADUAL NO CAD/ICMS/SEFAZ/BA COMPRANDO EM QUANTIDADE QUE CARACTERIZA COMÉRCIO. DANFE N°. 5064, TRANSPORTADOR JAMEF, TERMO DE APREENSÃO N°. 232266.0344/18, MERCADORIAS: CONFECÇÕES”

Anexo aos autos encontra-se os seguintes documentos: Memória de Cálculo – partilha (fl.03) em referência ao DANFE de n°. 5.064 tendo como contribuinte especificado o remetente da mercadoria a Empresa TEXMODEL BRASIL CONF.LTDA; Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de n°. 2322660344/18 (fl.04), em referência ao DANFE de n°. 5.064, e Termo de Depósito ambos datados de 05/07/2018; Memória de Cálculo – Antecipação Tributária, MVA de 36,10%, em nome da destinatária da mercadoria a Notificada JAMILLY MACEDO MAGALHÃES (fl.06) em referência ao

DANFE de nº. 5.064; o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte – DACTE (fl. 07) vinculado à Empresa JAMEF TRANSPORTES LTDA - BNU.

Encontram-se, também nos autos, os DANFES de nºs. 5064 (fl. 06), 5059 (fl. 08) e 5060 (fl. 09), expedidos pela Empresa TEXMODEL BRASIL CONF. LTDA EPP, procedentes do Estado de Santa Catarina, emitidos nas datas de 28 e 27/06/2018.

A Notificada se insurge contra o lançamento, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos à folha 16 protocolizada na IFMT METRO/COORD.ATEND na data de 06/07/2018 (fl. 12).

Em seu arrazoado a Notificada declara: Ilmo. Sr. Inspetor da IFMT, Processo 2322660399/18-1, JAMILLY MACEDO MAGALHÃES MICRO EMPRESÁRIA INDIVIDUAL – MEI, Inscrita no CNPJ sob o nº. 12.853.054/0001-89 e Inscrição Estadual (IE) de nº. 007.907.944, vem interpor justificativa em face à SEFAZ/BA, conforme os motivos abuzidos:

1. *As mercadorias não são para comercialização e destinam-se ao projeto CARAVANA DO ESPORTE.*
2. *As mercadorias foram adquiridas através de uma empresa inscrita no SIMPLES NACIONAL e que estão sob o amparo de Liminar do STF para não pagamento do ICMS – PARTILHA, da EC-87/2015.*

Verificado não haver 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 no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS em epígrafe, lavrada em 05/07/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$12.677,43, mais multa de 60%, equivalente a R\$7.606,46, perfazendo um total de R\$20.283,59, em decorrência do cometimento da seguinte infração 54.05.03 referente à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 5º, art. 8º, §4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da 7.014/96 c/c artigo 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, publicado pelo Decreto nº. 13.780/2012, mais a multa tipificada na alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96 do Estado da Bahia.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal da IFMT METRO, através da abordagem de veículo da TRANSPORTADORA JAMEF TRANSPORTE LTDA - BNU, contendo os DANFES de nºs. 5064 (fl. 05), 5059 (fl. 08) e 5060 (fl. 09), expedidos pela Empresa TEXMODEL BRASIL CONF. LTDA - EPP, procedentes do Estado de Santa Catarina, emitidos nas datas de 28 e 27/06/2018.

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 da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia.

O enquadramento legal utilizado pelo Notificante para tipificar a infração se fez em relação ao imposto devido por antecipação tributária, sendo responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeitos passivos por substituição, *devendo fazer a retenção do imposto devido* na operações ou operações a serem realizadas pelos adquirentes demais mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito ou desabilitado no cadastro ou sem destinatário certo, conforme o art. 8º, §4º, inciso I, alínea “b”:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de:

(...)

b) demais mercadorias destinadas a contribuinte não inscrito ou desabilitado no cadastro ou sem destinatário certo;

O Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº. 2322660344/16 (fl. 04) traz como descrição dos fatos a falta de recolhimento do ICMS, referente às mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, destinada a contribuinte sem Inscrição Estadual no CAD/ICMS/SEFAZ/BA comprando em quantidade que caracteriza comércio em referência ao DANFE de nº. 5.064.

As mercadorias constantes acostadas aos autos nos DANFES de nºs. 5064, 5059 e 5060 possuem o NCM 6105.10.00 (CAMISETA ALG. BRANCA – ALUNOS, CAMISETA ALG. COLOR – PROFESSOR).

Há de ressaltar que o Regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total sofreu alterações ao longo do tempo em que produtos de determinados seguimentos regidos por Convênios, Protocolos e Legislações Estaduais deixaram de se possuir um segmento específico com o advento do Convênio ICMS 146/2015.

Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes são os identificados, atualmente, nos Anexos II ao XXVI, do Convênio de nº 142/18, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST. Em relação ao produto de NCM 6105.10.00, entretanto este não se encontra sob a égide dos produtos de substituição, no Estado da Bahia, uma vez que não se encontra no Anexo I do RICMS/BA/12, para o ano de 2018, que traz o rol dos produtos sujeitos ao Regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total.

Conforme predito, encontra-se nos autos 02 memórias de cálculo, em regimes diferentes, para o ICMS a ser recolhido: uma atribuída à Notificada (fl. 07), cujo o cálculo se fez em razão da Margem de Valor Agregado de 36,10% sobre as mercadorias adquiridas de NCM 6105.10.00. Entende-se que foram os cálculos desta memória os utilizados para a lavratura da presente Notificação Fiscal no valor do débito de R\$ 12.677,43. Estes cálculos foram identificados em referência ao DANFE de nº 5.064. Este DANFE traz como valor total dos produtos o montante de R\$ 144.901,40, sem nenhum destaque do ICMS do fornecedor.

Estes cálculos, efetuados pelo Notificante, se fizeram sobre a base do valor das mercadorias de R\$ 72.450,70 o qual se refere ao valor que consta como valor dos produtos em ambos os DANFES de nºs. 5059 (fl. 08) e 5060 (fl. 09), os quais, também, foram emitidos sem o destaque do ICMS do fornecedor. Observa-se, nestes cálculos, que além de utilizar-se os valores em diferença do DANFE referenciado, o Notificante atribui, um crédito de ICMS DO FORNECEDOR de R\$5.071,54, calculando-se, o próprio Notificante, esse valor, em cima da alíquota interestadual de 7%.

A outra memória de cálculo, denominada partilha, encontra-se à folha 03, a qual se fez em função da Empresa TEXTMODEL BRASIL CONF. LTDA/EPP (sem inscrição estadual na Bahia). Estes cálculos foram identificados em referência ao DANFE de nº 5.064, utilizando-se como base de cálculo o valor total dos produtos, trazidos neste DANFE, no montante de R\$144.901,40. Novamente, o Notificante atribui um crédito de ICMS do fornecedor, calculado por ele mesmo, no valor de R\$ 10.143,10, à alíquota de 7%, estabelecendo-se os cálculos do DIFAL em dissonância com o estabelecido no art. 17, inciso XI, especificamente em seu parágrafo 6º, Lei de nº 7.014/99.

Assim exposto, tem-se que o lançamento efetuado na presente Notificação Fiscal encontra-se defeituoso no que diz respeito a requisito fundamental, estando-se diante de vício substancial, maculando o lançamento de nulidade tal qual atribui o art. 18, inciso IV, alínea “a”, estabelecendo a nulidade para o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração.

No caso concreto, encontra-se impedido a concretização do vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e o sujeito passivo no que diz respeito à determinação da matéria tributável e ao seu cálculo uma vez as mercadorias constantes no DANFE de nº 5064, objeto da presente notificação, não se enquadram, no estado da Bahia no Anexo I do RICMS/BA/2012, para o ano de 2018, em matéria tributável referente ao Regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total tal qual estabelecido e efetuado os cálculos pelo Notificante ao utilizar-se de Margem de Valor Agregado, e os valores utilizados pelo Notificante em seus cálculos se referem a outro documento e não ao do objeto do presente lançamento.

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, o cálculo efetuado, 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.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

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-BA/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 232266.0399/18-1, lavrada contra **JAMILLY MACEDO MAGALHÃES**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR