

N.F. N° - 099883.0056/18-0  
NOTIFICADO - INDÚSTRIA DE SORVETES E DERIVADOS LTDA  
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.01.2021

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0439-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A CONTRIBUUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Produtos do DANFE de nº. 1192449 são passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total. Lavratura efetuada em desfavor do Fornecedor na condição de sujeito passivo por substituição que se encontrava inapto no Estado da Bahia. A responsabilidade deveria ser atribuída ao contribuinte substituído. Ilegitimidade Passiva conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 10/01/2018, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$12.491,05, mais multa de 60%, equivalente a R\$7.494,63, perfazendo um total de R\$19.985,68, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.25.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, e segunda do Protocolo ICMS 20/05.

Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

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

*“Em hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Deixou de recolher o ICMS, da substituição tributária total, das mercadorias relacionadas no Anexo Único do RICMS/BA, NCM/SH 21050090, A INSCRIÇÃO DO SUBSTITUTO ESTAR INAPTA.”*

Anexo aos autos encontram-se, dentre outros, os seguintes documentos: o DANFE de nº. 1192449 (fls. 02 e 03), emitido na data de 06/01/2018, contendo as mercadorias de NCMS 2105.00.90 e 2105.00.10, proveniente do Estado de Pernambuco; o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais– DAMDFE de nº. 17030, (fl. 06).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fls. 05).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 12 a 26), e documentação comprobatória às folhas 27 a 56, protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINISTR na data de 16/04/2018.

Em seu arrazoado, nas preliminares, a Notificada alega nulidade da Notificação Fiscal devido à ausência de indicação da base de cálculo, pois em nenhum momento a notificação faz menção à nota fiscal, ou a qualquer outro documento que em tese comprovaria a base de cálculo utilizada, e do dispositivo legal referente à alíquota da autuação.

Argumenta, no Mérito, a existência de decisão judicial determinando a suspensão do crédito tributário e vedação da inscrição no CADIN e aplicação de outras penalidades relacionadas.

Acentua que na própria descrição fática, somente houve a autuação ora impugnada porque a inscrição estadual da empresa estava INAPTA, tendo sido protocolizada pela Notificada Ação Anulatória de Débito Fiscal de nº 0518406-04.2017.8.05.0001, em desfavor do débito que gerou a inscrição em dívida ativa, tendo sido concedida a TUTELA DE URGÊNCIA requerida.

Acrescenta assinalando o caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada, citando diversos juristas neste sentido dentre eles os Professores SACHA CALMON NAVARRO COELHO, ALDO DE PAULA JUNIOR e MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, bem como jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal corroborando a perspectiva da Notificada.

Finaliza requerendo que seja declarada nula a Notificação Fiscal e que seja cancelada integralmente a multa imposta.

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 0998830056/18-0, lavrada em 10/01/2018, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$12.491,05, mais multa de 60%, equivalente a R\$7.494,63 em decorrência do cometimento da infração 55.25.03 de deixar de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

*O enquadramento legal* utilizado baseou-se no art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta dos Protocolos ICMS 20/05 *mais a multa tipificada* no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 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, 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 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 N° 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.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL HONORATO VIANA, através da abordagem de veículo da INDÚSTRIA DE SORVETES E DERIVADOS (fl. 08), que transportava as mercadorias de NCMS 2105.00.90 e 2105.00.10, proveniente do Estado de Pernambuco, contidas no DANFE de nº. 1192449 (fls. 02 e 03), emitido na data de 06/01/2018, cuja a natureza da operação se fez por TRANSFERÊNCIA DE PRODUÇÃO para o destinatário “INDÚSTRIA DE SORVETES E DERIVADOS LTDA”.

A Notificada é a Empresa INDÚSTRIA DE SORVETES E DERIVADOS LTDA, localizada no Município de Abreu e Lima no Estado de Pernambuco, possuindo CNPJ de nº. 001.238.035/0001-26 e Inscrição Estadual no Estado da Bahia de nº. 079.262.846, figurando-se como Substituto Responsável ICMS Destino (Consulta realizada no Sistema de Informações do Contribuinte – INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SEFAZ). Nesta sequência os produtos carreados pelo citado DANFE são pertencentes ao Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12, para o ano de 2018, que trata dos produtos que estão no Regime de Substituição ou Antecipação Tributária, no Estado da Bahia: “Sorvetes de qualquer espécie”.

Por conseguinte, o Protocolo ICMS 20/05 (que dispõe sobre a Substituição Tributária nas operações com sorvetes e com preparados para fabricação de sorvete em máquina), estabelece em sua Cláusula Primeira que fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.

*Cláusula primeira Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvete em máquina, realizadas entre estabelecimentos localizados em seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste protocolo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.*

Neste seguimento, o Convênio ICMS 142/12 (que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS) traz na inteligência de suas Cláusulas Décima Sete e Oitava que poderá ser concedida a inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinária do bem e da mercadoria ao sujeito passivo, caso não seja inscrito o substituto tributário deverá efetuar o recolhimento do imposto devido por ocasião da saída de seu estabelecimento.

*Cláusula décima sétima Poderá ser exigida ou concedida inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinatária do bem e da mercadoria ao sujeito passivo por substituição definido em convênio ou protocolo de atribuição de responsabilidade por substituição tributária, nos termos da legislação da respectiva unidade federada.*

*Parágrafo único. O número de inscrição a que se refere o caput desta cláusula deverá ser apostado em todos os documentos dirigidos à unidade federada de destino dos bens e mercadorias, inclusive no documento de arrecadação.*

*Cláusula décima oitava Não sendo inscrito como substituto tributário no cadastro de contribuintes do ICMS da unidade federada destinatária do bem e da mercadoria, o sujeito passivo por substituição deverá efetuar o recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino do bem e da mercadoria, em relação a cada operação, por ocasião da saída de seu estabelecimento, por meio de GNRE ou documento de arrecadação estabelecido pela unidade federada de destino, devendo uma via acompanhar o transporte do bem e da mercadoria.*

Assim, a Cláusula Décima Quarta, em seu inciso II, e § 1º inciso I, do supra convênio sedimenta que o vencimento do imposto devido por substituição tributária será na saída do bem e da mercadoria do estabelecimento remetente, em se tratando de sujeito passivo por substituição não inscrito e nos casos em que a inscrição estiver suspensa.

*Cláusula décima quarta O vencimento do imposto devido por substituição tributária será:*

(...)

*II - a saída do bem e da mercadoria do estabelecimento remetente, em se tratando de sujeito passivo por substituição não inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS da unidade federada de destino;*

(...)

*§ 1º O disposto no inciso II do caput desta cláusula aplica-se também:*

(...)

*I - no período em que a inscrição do sujeito passivo por substituição, na unidade federada de destino do bem e da mercadoria, encontrar-se suspensa;*

Posto isto, verifiquei através do documento apostado aos autos pelo Notificante à folha 04, em consulta realizada na data de 10/01/2018 (data da lavratura da presente notificação) em relação à Notificada, que esta encontrava-se na Situação Cadastral INAPTO, desde a data de 04/05/2016, tendo como Resultado da Consulta - Contribuinte Descredenciado, e o motivo: Contribuinte na situação Cancelado é considerado Descredenciado.

Ressalta-se que a Decisão Interlocatória do processo de nº 0518406-04.2017.8.05.0001 de suspensão da exigibilidade do crédito tributário inscrito em dívida ativa, acostada pela Notificada, só foi emitida em 26/01/2018 após a lavratura da presente notificação.

Do deslindado o sujeito passivo por substituição, a Notificada, *deveria ter efetuado* o recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino, por meio de GNRE devendo uma via ter acompanhado o transporte do bem e da mercadoria, *o que não se procedeu*. Constata-se, também, que o ICMS de Substituição Tributária não se encontra destacado no DANFE de nº. 1192449.

Desta feita, a Notificada não poder-se-ia ser elevada ao patamar de substituta tributária no polo passivo, cabendo-se, no caso, a responsabilidade solidária do contribuinte substituído conforme inteligência do art. 8º § 5º da Lei 7.014/96, visto que a Notificada não possuía, no momento da lavratura, inscrição ativa neste Estado. :

*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:*

(...)

§ 5º - A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

Do explanado, uma vez que o Notificante lavrou a presente Notificação Fiscal em desfavor da empresa fornecedora das mercadorias, com inscrição de substituta tributária inapta no Estado da Bahia, ao invés da empresa destinatária estabelecida como solidária nesses casos, fica-se caracterizada a qualificada ilegitimidade Passiva, a qual se reconhece como NULO o presente lançamento conforme preconiza o RPAF/BA em seu art. 18, inciso IV, alínea “b”:

*Art. 18. São nulos:*

(...)

*IV - o lançamento de ofício:*

*b) em que se configure ilegitimidade passiva.*

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “b”: Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal da Notificada que analise a possibilidade e pertinência de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, e instância única julgar NULA, a Notificação Fiscal nº **099883.0056/18-0**, lavrada contra **INDÚSTRIA DE SORVETES E DERIVADOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR