

N.F. Nº - 210380.0011/20-3
NOTIFICADO - CMP MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA
NOTIFICANTE - SERGIO VITOR QUERINO SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 12.02.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. SÚMULA CONSEF Nº 3. Verificado que o Notificado não é inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, sendo nulo por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação. Instância única. Notificação Fiscal **NULA**, conforme dispõe o art. 18, incisos II e IV alínea “b” do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 29/01/2020, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$17.121,74, mais multa de 60%, equivalente a R\$10.273,04, perfazendo um total de R\$27.394,78, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 62.01.02: Remetente e ou prestador localizados em outra unidade da federação, inclusive optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado. DANFE 4338.

Enquadramento Legal: Inciso IV do art. 2º, inciso II do § 4º, do art. 2º; § 7º, do art. 15 e art. 49-B da Lei nº 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

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

“O contribuinte localizado em outro Estado da União não reteve o ICMS de acordo emenda constitucional 87/2015 nas vendas a não contribuinte localizado neste Estado. DANFE nº 4338 de 24/01/2020. Obras do BRT não possuem isenção do ICMS”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº 432 (fl. 06); Conhecimento de Transporte Eletrônico – CT-e de nº 803 (fl. 08); Termo de Apreensão de nº 2103801000/20-5 (fl. 10); Documentos dos motoristas e do veículo (fls. 12, 13 e 15); o DANFE de nº 4383 (fl. 09), emitido na data de 24/01/2020 pela Empresa CMP MONTAGENS INDUSTRIAIS, proveniente do Estado de Minas Gerais, sem inscrição no Estado da Bahia, cujo destino se faz indicado nas INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES: “REMESSA DE MATERIAIS PARA OBRA IMPLANTAÇÃO BRT SALVADOR –AV. TANCREDO NEVES, NR 4323, BAIRRO PERNAMBUEÍS – SALVADOR-BA”. Registro a inexistência da memória de cálculo efetuada pelo Notificante.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 45 a 57), e documentação comprobatória às folhas 58 a 152, protocolizada na IFMT METRO/COORD.ATEND na data de 20/05/2020 (fl. 44).

Em seu arrazoado, PRELIMINARMENTE, alega que a Notificada possui isenção legal quanto a mercadoria destacada na nota fiscal de nº 4383 pois conforme o contrato de empreitada a preço global CCRACK-CMB-4600048095/2019, a Notificada presta serviço de empreitada a preço global da obra de implantação do Terminal do BRT –Estação Metrô-Rodoviária no Município de Salvador, Estado da Bahia.

Alega que o supracitado contrato prevê o fornecimento de materiais, equipamento e mão de obra e abrange o serviço de execução preliminares, movimentações de terra, demolições, carga e transporte de material e infraestrutura, bem como todos os demais serviços necessários à completa execução do objeto.

Destaca que na forma do art. 264, inciso LIV do RICMS/BA a Notificada possui legalmente a isenção do ICMS.

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

LIV - as operações internas e interestaduais, bem como as aquisições interestaduais relativamente ao diferencial de alíquotas, com bens e mercadorias destinados a sistemas de trens urbanos e metropolitanos (metrô) e demais redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros, sendo que (Conv. ICMS 94/12):

a) o disposto neste inciso aplica-se na importação de produtos sem similar produzidos no País, cuja inexistência de similaridade seja atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo de máquinas e equipamentos, com abrangência em todo o território nacional;

b) a fruição do benefício de que trata este inciso fica condicionada:

1 - à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos de passageiros sobre trilhos;

2 - a que o destinatário localizado no Estado da Bahia esteja credenciado pelo titular da Diretoria de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal;

Enfatiza que a isenção tributária, como a incidência, decorre de lei citando o artigo 175, inciso I do Código Tributário Nacional, sendo que a obrigação tributária surge, mas a lei dispensa o pagamento do tributo. Realça apresentado, nesse diapasão, julgados do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia (fls. 50 a 52).

Assegura, MERITORIAMENTE, no Tópico NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR FALTA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO E DETALHAMENTO LEGAL DA APURAÇÃO DA ALÍQUOTA DO IMPOSTO, que a Notificação Fiscal enviada para a Notificada, consta que a alíquota utilizada para a análise é de 18% incompatível com o dispositivo legal narrado no auto de infração.

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

(...)

§ 7º Nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadoria, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto, o Estado fará jus à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

Aponta que nesse contexto, imprescindível se faz destacar que no auto de infração a alíquota utilizada para a base de cálculo do imposto foi de 18%, em contramão do que aduz o artigo supracitado onde o Estado fará jus apenas a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Consigna que sem destacar o parâmetro da diferença da alíquota, o Notificante apenas ensejou a porcentagem do inciso I do supracitado artigo, no qual, não se paralela com o caso concreto, sendo assim, por esse motivo, diante da não incidência da alíquota correta da Notificação Fiscal é nulo de pleno direito, pugnando-se pela declaração de nulidade. Caso este não seja o entendimento, requer a redução da alíquota, sendo ela calculada na da Lei.

Assinala, ainda, no Tópico “DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO FACE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS”, que o princípio da Legalidade é um fundamento basilar de qualquer Estado Democrático de Direito, destacando-se o art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, consignando que segundo esse princípio, o administrador não pode fazer o que bem entender na busca do interesse público, ou seja, tem que agir segundo a lei, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio da lei está proibido agir, citando em sua fundamentação o jurista Hely Lopes Meirelles.

Defende que uma vez que na Notificação Fiscal não consta a repartição fazendária nem mesmo o local onde se verificou a infração acarreta-se nulidade conforme o art. 39 do Decreto 7.629/99.

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;

(...)

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Finaliza requerendo que seja declarada a nulidade da presente Notificação 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 29/01/2020, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$17.121,74, mais multa de 60%, equivalente a R\$10.273,04, perfazendo um total de R\$27.394,78, e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

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 Nº 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.

Verifico que 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 Transportadora BENFICA TRANSPORTE E LOCAÇÃO EIRELI (fl. 10) a qual trazia as mercadorias relacionada ao DANFE de nº 4338 (fl. 09), procedente do Estado de Minas Gerais, emitido pela Notificada a Empresa CMP MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA, na data de 24/01/2020, tendo como Natureza da Operação a "SIMPLES REMESSA", carreando as mercadorias de NCM de nº 94069020, com o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP de nº 5949 (Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado).

Nesta acepção, tem-se que não há destinatário destacado para as mercadorias supracitadas no DANFE de nº 4338, nem tão pouco ICMS destacado, apenas o valor do total dos produtos no montante de R\$155.652,17. No entanto, nas INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES tem-se que: "REMESSA DE MATERIAIS PARA OBRA IMPLANTAÇÃO BRT SALVADOR – AV. TANCREDO NEVES, NR 4323, BAIRRO PERNAMBUÉS – SALVADOR-BA, acostando aos autos (fls. 32 a 42) o Contrato de Empreitada a Preço Global (CCRAC-T-CMB-4600048095/2019) tendo como signatária a Companhia do Metrô da Bahia.

Ademais, verifiquei através do Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de Informações do Contribuinte - INC que a Notificada a Empresa CMP MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA, é CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO no Estado da Bahia.

Assim, da análise dos elementos acostados aos PAF observo que a presente Notificação Fiscal foi lavrada contra o remetente das mercadorias, localizado em outra unidade da Federação, não possuindo inscrição no Estado da Bahia, e que as mercadorias carregadas de NCM de nº 94069020 não constam no elenco do Anexo 1 do RICMS/BA/2012 para o ano de 2020 de Mercadorias sujeitas à Substituição ou Antecipação Tributária Total.

Isto exposto, nos julgamentos reiterados do CONSEF, constantes das Resoluções nº 4126/98, 0421/99, 1336/99 e 1356/99, e Acórdãos CJF 0087/99, 0177/00, 1081/00, 1092/00, 1399/00, 1621/00, 1767/00, 0157/01 e 2054-11/00, acerca da matéria sob apreciação, têm-se fixado no entendimento de que os lançamentos fiscais que exijam ICMS de remetentes de mercadorias estabelecidos em outras unidades da Federação são nulos de pleno direito, por ilegitimidade passiva, tendo em vista a obediência ao princípio da territorialidade, que limita a aplicação e eficácia, neste caso, da lei tributária estadual ao território da unidade federativa que lhe deu vigência. Matéria que foi objeto da Súmula CONSEF Nº 3, in verbis:

"SÚMULA CONSEF Nº 3. É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico." (grifei).

Além disso, apurei não haver nos autos a memória de cálculo utilizada pelo Notificante contendo os elementos utilizados para fixação do montante do débito, constituindo assim vício capaz de macular o lançamento.

A despeito disto, o Demonstrativo de Débito acrescentado pelo Notificante à folha 02, traz em seu corpo exposto o cálculo tipicamente realizado para mercadorias sujeitas à Antecipação Parcial, onde o Notificante aplicou a alíquota interna de 18% sobre o valor total dos produtos no montante de R\$155.652,17, atribuindo a este um crédito de fiscal de R\$10.895,65.

Do mesmo modo em que a legislação vigente considera nula a Notificação Fiscal cujo o lançamento de ofício se configure em ilegitimidade passiva, em seu art. 18, inciso IV alínea “b” do RPAF/BA, considera-se, também, nula o lançamento que seja lavrado com preterição ou prejuízo do direito de defesa da autuada, em face da impossibilidade de se averiguar os elementos utilizados na formação da base de cálculo do débito exigido, assim evidenciado em acordo com o estabelecido no art. 18, incisos II, IV alínea “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

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

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

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

b) em que se configure ilegitimidade passiva.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, incisos II e IV alíneas “a” e “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 por ilegitimidade passiva e preterição do direito de defesa.

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 **210380.0011/20-3**, lavrada contra **CMP MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR