

N. F. Nº - 099883.0001/19-9
NOTIFICADO - RFG COMÉRCIO, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.04.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0130-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Cobrança da antecipação tributária total de produtos constantes em Notas Fiscais que abarcam tanto os discriminados sob o regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total, constantes no Anexo 1 do RICMS/BA/12, produtos sujeitos à Antecipação Parcial do ICMS. Notificada inscrita como Substituta Tributária neste estado, entretanto não existe força de acordo interestadual para os produtos das Notas Fiscais enquadrados no Anexo 1 do RICMS/BA/12, caracterizando-se ilegitimidade passiva. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, inc. IV, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 05/01/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.049,00, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.829,403, perfazendo um total de R\$12.878,40, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.10: “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal”.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, 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:

“Em hora, local e data acima mencionados constatamos a(s) seguinte (s) irregularidade (s): Falta de recolhimento do destaque do ICMS da antecipação tributária total dos produtos resultante do abate de gado bovino e aves, constante nos DANFES de nºs. 681.139, 681.142, 681.145, 681.150, 681.151, 681.153, 681.160, 681.919, 682.585 e 682.586”

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos: cópia dos DANFES das Notas Fiscais eletrônicas de nºs. 681.139, 681.142, 681.145, 681.150, 681.151, 681.153, 681.160, 681.919, 682.585 e 682.586, procedente do Estado de São Paulo (fls. 03 a 15), emitidas em 06 e 08/12/2018.

Através da memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl.16).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 21 a 29), e documentação comprobatória às folhas 29 a 56, protocolizada na IFMT METRO/COORD. DE ATEND na data 19/01/2019.

Em seu arrazoado, alega ser a Notificada pessoa jurídica de direito privado que se dedica principalmente a prestação de serviços de administração de estoques, assessoria e logística de bens, equipamentos, utensílios, alimentos e demais produtos destinados a bares e restaurantes, assim como à coordenação e administração de compras de produtos alimentícios por conta de terceiros.

Alega que possui como clientes restaurantes e redes de *fast food*, dentre elas McDonald's, Bob's, Subway, Giraffas, para quais presta serviços de administração de estoques, assessoria e logística, nesse contexto, a Notificada dá suporte ao funcionamento da rede, uma vez que é responsável, ainda, pela administração e previsão de abastecimento, justamente para impedir a descontinuidade dos serviços.

Aponta que embora tenha cumprido zelosamente suas obrigações tributárias, a Notificada foi intimada da Lavratura da Notificação Fiscal –Trânsito de Mercadorias em 18 de janeiro de 2019, no montante total cobrado de R\$8.049,00 em razão da seguinte infração apresentada de Falta de recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Total.

Ressalta que a mercadoria ora autuada é classificada no NCM na posição 0202.30.00 denominada “CARNES E MIUDEZAS, COMESTÍVEIS-CARNES DE ANIMAIS DA ESPÉCIE BOVINA, CONGELADAS – DESOSSADAS”

Assegura que em razão de inexistir qualquer previsão legal que atribua o recolhimento do ICMS antecipado ao remetente da mercadoria na venda realizada pela Notificada (produtos resultantes do abate de gado bovino), a Notificação Fiscal tenta impor violação inexistente com base nas alíneas “a” e “d”, inciso III do artigo 332 do RICMS/BA.

Assinala no Tópico DAS RAZÕES DA NULIDADE: AUSÊNCIA DE ELEMENTOS BASILARES - que está sendo exigido supostos de ICMS referente à Antecipação Tributária Total, porém a Fiscalização não apresentou qualquer explanação aos cálculos realizados, somente apresentando a base de cálculo, do ICMS, a alíquota, o valor do débito e multa, sem demonstrar de maneira clara a forma de realização do cálculo e sobre quais produtos da Nota Fiscal foram utilizados para tais constatações em total desacordo o que estabelece o Decreto 7.629/99 no seu art. 18 inciso IV.

Adverte no Tópico DA ILEGITIMIDADE PASSIVA – Um outro fator extremamente relevante que indica de maneira cabal a completa insubsistência da presente autuação, qual seja, a ILEGITIMIDADE da ora Notificada para constar no polo passivo desta cobrança. Para demonstrar a nulidade da autuação, a Notificada passa a tratar de dois fatos básicos ignorados pela Fiscalização: (i) Não se trata de operação de aquisição de produtos para a “*contribuinte não inscrito, inapto, ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal*”, uma vez que os adquirentes são restaurantes de rede de *fast food* devidamente inscritos no Estado e notadamente contribuintes do ICMS. (ii) A mercadoria ora autuada, classificada na posição 0202.30.00 da NCM, está sujeita, conforme dispõe o Anexo 1 da Lei 7014/96, ao recolhimento do ICMS através da sistemática de substituição tributária por antecipação, porém, conforme dispõe a legislação estadual baiana, faz necessário a existência de convênio ou protocolo entre os estados para que o remetente (no caso a ora Notificada), o que inexistente.

Acrescenta que conforme constata nas Notas Fiscais, objeto da presente autuação, os adquirentes das mercadorias ora fiscalizadas são restaurantes de redes de *fast food* em território baiano, desta feita é nula a Notificação em tela, uma vez que partiu de uma premissa completamente equivocada de que, a ora Notificada seria a responsável pelo recolhimento do imposto em

questão, uma vez que a venda dos produtos for realizada por contribuinte inscrito no Estado da Bahia.

Acentua que nos termos do artigo 10 do Regulamento de ICMS da Bahia, é requisito imprescindível a existência de Convênio/Protocolo entre o estado remetente do produto com o estado adquirente para que o remetente de outro estado se torne responsável pelo pagamento do ICMS, ainda informa que o artigo 12-A estabelece que nos casos em que não haja protocolo entre estados, o imposto (ICMS-ST) será exigido do próprio adquirente.

Inferre que na operação em questão está previsto o recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária Total, em relação à mercadoria autuada, única e exclusivamente nas normas infralegais do Estado da Bahia, o que não acontece nas normas paulistas, nas quais a mercadoria não é inserida no regime de substituição tributária, inexistindo sequer Protocolo firmado entre os Estados.

Finaliza solicitando, diante do exposto, requer sejam acolhidos os argumentos da Notificada, seja julgada totalmente procedente a presente Impugnação para que seja cancelado o auto de infração em sua totalidade.

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, Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 05/01/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.049,00, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.829,403, perfazendo um total de R\$12.878,40 em decorrência do cometimento da Infração (54.05.10) de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal.

O *enquadramento legal* utilizado baseou-se nas alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, c/c §3º e inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23; art. 32 e art. 40, da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, 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, 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.

A descrição fática da presente Notificação Fiscal trata-se do Regime de Substituição Tributária, presente nos produtos constantes das Nota Fiscais de nºs 681.139, 681.142, 681.145, 681.150, 681.151, 681.153, 681.160, 681.919, 682.585 e 682.586, as quais abarcam produtos, diversamente discriminados, regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total constantes no Anexo 1 do RICMS/BA, quanto produtos sujeitos à Antecipação Parcial do ICMS.

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como: "Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

O enquadramento legal da infração foi realizado com base no artigo 332, inciso III, alíneas "a" e "d" do RICMS/BA/12 o qual dispõe sobre o recolhimento do ICMS em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes e nos inciso I, do §4º, do art. 8º; §6º, do art. 23 a Lei nº 7.014/96 que tratam da base e cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação total ou substituição tributária.

Em sua memória de cálculo aposta à folha 16 dos autos o Notificante calculou o montante do imposto imputado devido ao Notificado de R\$8.049,00, descrevendo de forma genérica, para as supra citadas notas fiscais a descrição para as mercadorias resultante do abate (seja de qualquer tipo de carne) os nomes de "frango" e "carne", atribuindo a ambos o NCM de 0210.12.00, o qual em confronto com os produtos que estão na Substituição Tributária ou Antecipação Total no Estado da Bahia, que constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12 o ano de 2018, se referem à posição de NCM 0210.1 " Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos" utilizando-se a MVA deste produto para os cálculos efetuados.

Da mesma forma genérica, o Notificante atribuiu às diversas mercadorias descritas nas supracitadas notas fiscais na posição NCM 1905.90.90 como "pão", sendo que este NCM constante no Anexo 1 do RICMS/BA/12 o ano de 2018, se referem a: "Casquinhas para sorvete; Pão francês até 200g; Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03; Salgadinhos diversos",

e utilizou-se a MVA do produto “Pão francês até 200g” para o cálculo genérico.

Estes vícios expostos tornam 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;

b) em que se configure ilegitimidade passiva.

Ademais, em consulta ao Sistema da Secretaria da Fazenda de Informações do Contribuinte –INC, verifico que a Empresa Notificada, a fornecedora das mercadorias, é ativa como SUBSTITUTO RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, sendo, portanto, responsável pelo recolhimento do ICMS da Antecipação Tributária Total, conforme estabelecido na legislação fiscal no artigo 8º, II, da Lei 7.014/96. No entanto, o mesmo diploma legal estabelece a condicionante da existência de acordo específico celebrado entre a o Estado da Bahia e o Estado do remetente das mercadorias para considerar a empresa remetente como sujeito passivo responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, como estabelece o artigo 10 da Lei 7.014/96

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:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

(...)

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Neste entendimento, em consulta em consulta ao Anexo 1 do RICMS, referente ao NCM de 0210.12.00 constato a não existência de nenhum acordo ou protocolo entre o Estado da Bahia e qualquer outro Estado da Federação, e, em relação aos diversos produtos enquadrados no NCM 1905.90.90 verifiquei que o protocolo existente Prot. ICMS 53/17 (AL, BA, CE, PB, PE, PI, RN e SE) não abrange o Estado de São Paulo remente das mercadorias, das notas fiscais, enquadradas neste NCM, alternando-se desta forma a responsabilidade passiva do recolhimento do ICMS-ST para as Empresas Destinatárias.

Entendo que embora sendo a Notificada inscrita como Substituta Tributária neste estado e as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não existindo força de acordo interestadual, está caracterizado a nulidade por ilegitimidade passiva sendo este o fixado nos reiterados julgamentos do CONSEF acerca da matéria em 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)

Desta forma, como o Notificante lavrou a Notificação Fiscal contra a empresa remetente, ao invés das empresas destinatárias, como está estabelecido na legislação fiscal vigente no Estado da Bahia, esta lavratura está configurada como Ilegitimidade passiva e conforme o RPAF/BA em seu derradeiro art. 18, IV, “b”

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, inc. IV, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por fim, nos termos do art. 21 do RPAF/BA/99 recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade e a pertinência de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

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 **099883.0001/19-9**, lavrada contra **RFG COMÉRCIO, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR