

N.F. N° - 299167.0053/21-1
NOTIFICADO - PETNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGEM LTDA.
NOTIFICANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT – POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.02.2022

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-05/22NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição fática e capitulação legal não condizentes com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que a Notificada não efetuou o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por se encontrar com a Inscrição Estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou ainda anulada, entretanto, encontra-se operando normalmente, na condição de “Ativa” perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, incisos II, IV, alínea “a” do RPAF- BA/99. Decisão unânime, em instância ÚNICA.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, no Modelo **Trânsito de Mercadoria**, lavrada em **16/06/2021**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$ 3.609,67**, mais multa de 60%, no valor de R\$ 2.165,80, totalizando o montante de R\$ 5.775,47, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 54.05.04: Falta de recolhimento do ICMS **na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso**, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com a **inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou ainda anulada**.

Enquadramento Legal: Art. 5º, art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei de nº 7.014/96 c/c artigo 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/2012. Multa tipificada no art. 42, inciso II, Alínea “d” da Lei de nº 7.014/96.

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

“Mercadorias em trânsito, através do DANFE de nº. 082492 destinadas a contribuinte no Estado, na condição de descredenciado, vinculado ao Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 0998831062/21-3”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: **o Termo de Ocorrência Fiscal nº. 0998831062/21-3** (fl. 03); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte – DACTE de nº. 197.226 (fl. 04); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº. 082.492, procedente do Estado do Rio de Janeiro (fl. 05), emitida na data de 08/06/2021, pela Empresa VEDAPACK EMBALAGENS INDUSTRIAS LTDA. venda, correspondentes às mercadorias **“POTE PP AZUL E TAMPA PP AZUL”, 132 quantidade cada**, objetos da autuação, tendo como Destinatária a Notificada; o Documento de Consulta dos dados da Notificada indicando **Contribuinte Descredenciado pelo motivo de omissão de pagamento Antecipação Tributária** (fl. 06).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, apensada aos autos (fls. 18 a 27), protocolizada na CORAP METRO/PA SAC L. FREITAS na data de 27/09/2021 (fl. 17).

Em seu arrazoado a Notificada iniciou sua defesa alegando a tempestividade e no Tópico “**Fundamentos Legais e Jurídicos de Impugnação**” onde consignou que a notificação não deve prosperar, pela simples razão de que a Notificada, na qualidade de indústria e comércio de embalagens não compra e revende os produtos objetos da notificação, mas sim se utiliza deles em seu processo de fabricação, ou seja, não passam de insumos que integram a cadeia de produção. Citou o artigo 12-A da Lei de nº 7.014/96 que dispõe:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Afirmou que para a cobrança é exigível, portanto, que a mercadoria tenha como destino a comercialização, sendo que no caso vertente, consoante visto, a mercadoria não foi adquirida para fins de comercialização, mas sim para transformação, integrando-se no processo produtivo.

Alertou que no site da SEFAZ, há instrução expressa quanto ao não cabimento de antecipação para a indústria, quando a mercadoria faz parte da cadeia produtiva, nos seguintes moldes:

Em quais situações o contribuinte não deverá recolher o ICMS a título de antecipação parcial? (previsão no art. 12-A da Lei 7.014/96, em seu §1º)

A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

- *isenção;*
- *não - incidência;*

Antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso e consumo do estabelecimento; Mercadorias não destinadas à comercialização

Ex: As mercadorias que sejam adquiridas para fazer parte de processo de industrialização ou que sejam utilizadas na prestação de serviços sem a incidência de ICMS, não estão sujeitas ao pagamento da Antecipação Parcial.

OBS (1): *Se uma indústria, além de adquirir mercadorias para industrialização, adquire mercadorias diretamente para comercialização, incide a Antecipação Parcial apenas sobre as mercadorias destinadas à comercialização.*

OBS (2): *Não é devida a antecipação parcial do ICMS nos casos de transferências de Indústrias ou Filial Atacadista para Filial Atacadista de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária.*

Afirmou que não há qualquer comprovação na peça acusatória de que os itens teriam sido utilizados na cadeia comercial e não na produtiva, o que já descharacterizaria a autuação, restando claro e inconcusso, portanto, que a Notificação Fiscal não passou de um equívoco plenamente sanável pelas vias do contraditório ora exercitado pela Notificada, de modo que deve ser julgado improcedente, por ser medida que se impõe.

Finalizou requerendo que a Notificação Fiscal seja julgada **TOTALMENTE IMPROCEDENTE**.

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 em epígrafe, no Modelo **Trânsito de Mercadoria**, lavrada em **16/06/2021**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 3.609,67, mais multa de 60%, no valor de R\$ 2.165,80, totalizando o montante de R\$ 5.775,47, em decorrência do cometimento de uma única infração (54.05.04) - falta de recolhimento do ICMS **na primeira repartição fazendária da**

fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com a **inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou ainda anulada**.

Enquadramento Legal: Art. 5º, art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “b” e art. 32 da Lei de nº 7.014/96, c/c artigo 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/2012. Multa tipificada no art. 42, inciso II, Alínea “d” da Lei de nº 7.014/96.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de 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:

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 de 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 de 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.

Tem-se que na peça inicial acusatória à folha 01, a Notificante imputa à Notificada o cometimento da Infração tipificada sob o código **54.05.04**, o qual exige a falta de recolhimento do ICMS por contribuinte com a **Inscrição Estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada**. Entretanto, verifico que no Documento de Consulta dos dados da Notificada, acostado pela Notificante à folha 06, que em relação à **Situação Cadastral** da Notificada, esta encontrava-se “**ATIVO**” (fl. 06), na data da consulta realizada pela notificada, **constando-se nesta situação cadastral desde 03/11/2008**. Com tal característica de “**ATIVO**”, encontrei a “**Situação Cadastral**” ao consultar os Dados Cadastrais da Notificada no INC.

Assimilo que a **obrigatoriedade do recolhimento do ICMS** atribuída à Notificada na Tipificação da Infração imputada, de se encontrar com a *inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada, não faz jus à realidade fática*. Também, destoa o enquadramento legal assenhorado em relação ao art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “b” da Lei de nº 7.014/96, pois o mesmo se refere a mercadorias destinadas a **contribuinte não inscrito ou desabilitado no cadastro ou sem destinatário** certo, acontecendo o mesmo com o enquadramento estabelecido no art. 332, inciso III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/2012, sendo que a situação de “**Descredenciado**”, embora exista **condicionantes relacionadas ao cadastro do Contribuinte**, infere-se no **benefício da postergação** do pagamento do recolhimento do ICMS:

Lei de nº 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:

(...)

§ 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;

Decreto de nº 13.780/2012

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

(...)

d) destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria.

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 da exigência de recolhimento do ICMS em sua totalidade, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, na forma particularizada para contribuintes que estejam com a Inscrição Estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada, ante à situação fática de que a Notificada encontra-se com sua Inscrição Estadual na condição de Ativa perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Entendo, portanto, 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, onde deveria a 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 concreto, possibilitando-se, assim, que a Notificada exercesse plenamente o direito de defesa, ferindo o princípio da legalidade e do devido processo legal:

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;*

(...)

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 pertinência e 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 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **299167.0053/21-1**, lavrada contra **PETNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR