

N.F. Nº - 2328540031/21-6
NOTIFICADO - TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
NOTIFICANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - SAT/DAT METRO – INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.02.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-06/22NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS REFERENTE À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Verificado nos autos tratar-se de Produtos da Substituição Tributária donde o Notificante calculou o montante do imposto atribuído à Notificada estabelecendo-se em descrição fática e fundamentação legal próprias a este regime. Infração na peça acusatória se refere a produtos da Antecipação Parcial com tipificação e enquadramento pertinentes para este regime maculando-se de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18 do RPAF/BA/99. Instância Única. Notificação Fiscal. Infração NULA. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo de TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 18/09/2021, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$11.498,84, mais multa de 60%, equivalente a R\$6.899,30, perfazendo um total de R\$18.398,14, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.008: Falta de recolhimento do ICMS, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

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

*“Mercadoria vinda de outro Estado (Pernambuco), com mercadorias da **Substituição Tributária**, referente às notas fiscais de nºs. 311.801, 311.802 e DACTE 1405 com NCM 3917.40.90 referente a **materiais hidráulicos**, para contribuinte descredenciado”.*

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos; o Demonstrativo de Débito (fl. 03); o demonstrativo memória do cálculo elaborado pelo Notificante utilizando-se a **MVA de 44,88%** (fl. 04); a consulta aos dados do contribuinte, contribuinte descredenciado pelo motivo de restrição de crédito - dívida ativa (fl.05); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 1405 (fl. 07); cópia dos DANFEs das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) de nºs.311.801 e 311.802, procedente do Estado de Pernambuco (fls. 08 e 09), emitidas, ambas, em 13/08/2021 correspondentes às mercadorias de NCM de nº. 3917.40.90 (MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES) objeto da autuação.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 04).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 22 a 23), e documentação comprobatória às folhas 24 a 42, protocolizada na CORAP NORTE/PA SAC IRECE na data de 25/10/2021 (fl. 21).

Em seu arrazoadado a Notificada requereu o cancelamento e o respectivo arquivamento da Notificação Fiscal referenciada, pelos seguintes motivos:

1 - O valor principal de R\$10.890,34 (dez mil oitocentos e noventa reais e trinta e quatro centavos), tem origem da penalidade fiscal por falta de pagamento da Antecipação Parcial do ICMS de mercadorias, com entrada no estado da Bahia, conforme aponta a notificação acima referenciada, lavrada às 20:48 horas do dia 18/09/2021, pelo Auditor Fiscal o Sr. Marcelo Augusto Cunha de Oliveira, cadastro 13.232.854-0, do Posto Fiscal Francisco Hereda, na cidade de Rio Real/BA.

2 - Os valores do ICMS ANTECIPAÇÃO relativos as Notas Fiscais de nºs. 311801/311802 e DACT-e de nº 1405, conforme a notificação e que deu origem a sua base de cálculo, foram todos liquidados no dia 24/09/2021, conforme comprovantes anexos (vide abaixo).

DAE nº 2107907340	R\$10.732,61	quitado em 24/09/2021
DAE nº 2107907078	R\$2.785,34	quitado em 24/09/2021
DAE nº 2109280582	R\$645,01	multa quitada em 14/10/2021

3 - Independente do pagamento realizado contribuinte, devemos lembrar que o mesmo tem seu favor liminar (fls. 35 a 40) sob nº 8034013-36.2021.8.05.001 da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, deferido em 01/04/2021 onde é concedido ao contribuinte em questão o benefício de não ser cobrado o ICMS por antecipação, quando do transito de mercadorias adquiridas em operações interestaduais para fins de comercialização, bem como outras medidas punitivas contra o contribuinte (xerox anexo).

Finalizou, diante do exposto, requer seja cancelado a presente notificação fiscal, com a imprescindível declaração de inexistência da pretensa relação jurídica obrigacional, ficando a Notificada exonerada do liame tributário em discussão.

Por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, verifico não constar 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 exame acusa a Notificada do cometimento da Infração (54.05.08) da **falta de recolhimento do ICMS**, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal, exigindo da Notificada ICMS no valor histórico de R\$11.498,84, mais multa de 60%, no valor de R\$6.899,30, totalizando o montante de R\$18.398,14.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando à alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, **c/c art. 12-A**; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “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, 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 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 o Notificante imputa à Notificada o cometimento da infração da falta de recolhimento do ICMS referente à **antecipação parcial**, das mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, enquadrando a sua conduta nas exigências do art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, “...*Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida **antecipação parcial** do imposto...*”, e, também, no mesmo artigo delimitando-se a forma como se **procederia o cálculo** desta exigência 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...*”, sendo que esta base, **da antecipação parcial**, será o valor constante no documento fiscal de aquisição.

No entanto, verifico que os produtos constantes nas Notas Fiscais eletrônica (NF-e) de nºs 311.801 e 311.802, (fls. 08 e 09), correspondentes às mercadorias **de NCM de nº 3917.40.90** (MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES) pertencem ao **Regime da Substituição Tributária**, constantes no Anexo 1 do RICMS/BA/12, e, ademais, que em seu demonstrativo de dos cálculos (fl. 04), o Notificante **calculou o montante do imposto atribuído à Notificada** estabelecendo-se em descrição fática e fundamentação legal próprias a este regime, com a utilização da Margem de Valor Agregado - MVA (44,88%) tipicamente utilizadas naqueles com encerramento de fase, em dissonância com a infração e o enquadramento legal imputado à Notificada na peça acusatória.

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 de produtos do Regime de Antecipação Parcial quanto dos cálculos do imposto devido uma vez que as mercadorias da presente notificação são enquadradas no Regime de Substituição Tributária.

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 em 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 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232854.0031/21-6**, lavrada contra **TOTAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2022

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR