

N. F. Nº - 232857.0222/21-4
NOTIFICADO - ELIZABETH CIMENTOS S/A
NOTIFICANTE - JOSÉ LUCIANO MATURINO DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12.05.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-06/22NF-VD

EMENTA: ICMS. VENDA DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Verificado que a Notificada possui Inscrição no Estado da Bahia de Substituto Responsável pelo ICMS de Destino. Os produtos comercializados pela Notificada estão na Substituição Tributária e regidos pelo Protocolo ICMS de nº 11/85 que concede o benefício do recolhimento do ICMS até o 10º dia do mês subsequente ao da saída das mercadorias. Fiscalização de trânsito ocorreu no mês da saída das mercadorias, impossibilidade de exigência do tributo na data da instantaneidade do procedimento fiscal. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, Trânsito de Mercadorias, lavrada em 19/12/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$3.074,61** mais multa de 60%, no valor de R\$1.844,77, totalizando o montante de **R\$4.919,38** em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 055.009.003: **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 contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei de nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta do Protocolo ICMS de nº 11/85. Multa Aplicada: art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

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

“Contribuinte remetente, inscrito como substituto tributário na Bahia, deixou de destacar o ICMS substituição e, mesmo, notificado, não fez o recolhimento e a retenção do ICMS devido ao vender mercadoria do Protocolo ICMS de nº 11/85 para contribuinte que não se enquadra nas cláusulas do referido Protocolo, que dá direito a antecipar o imposto, Nota Fiscal de nº 332.363 – Produto: Cimento – incluído no ANEXO 1 – Item 5.1 “

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos:** o Demonstrativo do Débito (fl. 02); o **Termo de Ocorrência Fiscal nº 4948261008/21-1** (fl. 13 e 14); do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **332.363**, emitida pela Empresa Elizabeth Cimentos s/a. (**Notificada**), procedentes do **Estado da Paraíba**, atribuindo a **Natureza da Operação como - Venda** de Produtos Acabados, utilizando-se como o Código Fiscal de Operação e Prestações – **CFOP** no momento da emissão da Nota Fiscal de nº **6101** o qual indica que houvera uma venda interestadual e que o produto vendido é produzido pela empresa que realizou a venda, constando no Campo de Informações Complementares o **pedido de venda de nº 635.686**, carreando a mercadoria de NCM de nº 2523.29.10 (Cimento saco de 50 KG), **tendo como destinatária** a Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA, localizada na Rodovia BR 324, Galpões 2,3 e 4 S/N, Município de Simões Filho; o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 281639, sendo a Tomadora do Serviço a Notificada e tendo como Destinatária a Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA (fl. 11); o documento do motorista e veículo (fl. 10).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação

apensada aos autos (fls. 18 a 34), e documentação comprobatória (fls. 35 a 96) protocolizada na IFMT NORTE/COORD. ATEND., na data de **25/02/2022**.

Em seu arrazoadado a Notificada iniciou sua peça defensiva arguindo a tempestividade da Impugnação, e no tópico “**Síntese dos Fatos**” descreveu a infração lhe imputada, o enquadramento legal e a multa tipificada, que a Notificação Fiscal está eivada de **nulidade**, pela falta da indicação de dispositivos legais necessários à verificação **dos acréscimos tributários incidentes**, os dispositivos legais efetivamente infringidos – mormente dispositivos legais DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL INTERNA que imponham a incidência do Imposto cobrado sobre aquelas mercadorias ou mesmo a alíquota a que está sujeita aquela operação –, bem como não restam expressas as datas em função das quais ocorrerão a atualização monetária e acréscimos moratórios – ou mesmo os índices que serão adotados –, de modo a possibilitar o conhecimento do débito integral, em total violação ao que determina o art. 51, do Decreto Estadual nº 7.629/99, o que acarreta cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Acrescentou que a operação em que se apoia a Notificação Fiscal fora cancelada, pois servia tão somente de lastro para remessa das mercadorias ao Centro de Distribuição da Transportadora situada no Estado da Bahia –, sendo, então, substituída pela verdadeira operação de venda da Notificada para um contribuinte situado neste Estado com o devido e integral destaque e recolhimento do ICMS-ST, de modo que não há que se falar em qualquer imposto ainda devido sobre aquela primeira operação (cancelada) e muito menos em suposta multa dela decorrente.

Consolidou que, ainda que se mantivesse a aplicação da multa, uma vez que a operação em questão foi cancelada e substituída pela efetiva venda ao contribuinte situado no Estado da Bahia com o correto destaque e recolhimento do ICMS-ST, não há que se falar em qualquer valor de ICMS-ST ainda devido ao Estado.

Dessa forma e como se verá através de todos argumentos que serão trazidos na presente peça impugnatória, a Notificada requer que seja a presente Notificação Fiscal declarada integralmente improcedente ou, subsidiariamente, caso assim não se entenda, seja, ao menos, cancelada a cobrança do ICMS lá indicado, **uma vez que a operação que lhe deu azo foi devida e formalmente cancelada**.



Defendeu nas preliminares de nulidade “**Da Nulidade da Notificação Fiscal em Razão da Ausência dos seus Elementos Essenciais – Dispositivos Legais e Informações Relativas à Atualização Monetária e aos Acréscimos Moratórios**” evocando o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal discorrendo que a presente Notificação Fiscal não atendeu aos requisitos do art. 51 do RPAF/99 em específico a indicação dos acréscimos tributários incidentes, atualização monetária e acréscimos moratórios e a indicação dos dispositivos da legislação infringidos, frisando que a notificação indica uma “Data de Ocorrência” (**19/12/2021**) – absolutamente abstrata, já que a Lavratura da Notificação ocorreu em **27/11/2021** –, que, contudo, não é indicada em momento algum no aludido documento como a data que servirá de base para atualizações monetárias ou acréscimos moratórios.

Frisou que diz como abstrata a data uma vez que a Nota Fiscal foi emitida em **24/11/2021** e a cláusula quinta do Protocolo ICMS de nº 11/85 (cláusula quinta) impõe que “**O imposto retido deverá ser recolhido a favor da unidade federada de destino até o décimo dia do mês subsequente ao da saída das mercadorias.**”, ou seja, em último caso, a “data da ocorrência” somente poderia ser o dia **10/12/2021** – último dia do prazo para recolhimento, se houvesse. Este é ainda outro fato que demonstra as irregularidades da Notificação Fiscal ora combatida.

Acrescentou que a Notificação Fiscal deixou de indicar os dispositivos legais efetivamente infringidos – mormente dispositivos legais DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL INTERNA que imponham a incidência do Imposto cobrado sobre aquelas mercadorias ou mesmo a alíquota a que está sujeita aquela operação e dispôs que a notificação é flagrantemente nula, nos termos do art. 18, do RPAF/99, posto que ausentes os seus elementos obrigatórios e essenciais, em flagrante violação ao Princípio

da Ampla Defesa e do Contraditório e citou jurisprudência do CONSEF neste sentido às folhas 25 a 26.

No Mérito, no tópico “**Inexistência de Imposto Devido ao Estado da Bahia – Operação Cancelada e Mercadoria Devolvida pelo Destinatário**” depreendeu que o Notificante pretende cobrar ICMS-ST e multa que supostamente seriam devidos em razão da venda de 1.000 (mil) sacos de Cimento (NCM de nº. 2523), para contribuinte situado no Estado da Bahia, materializado na Nota Fiscal de nº. 332.363 (Doc. 03)

 Identificação do emitente Elizabeth Cimentos S/A RODOVIA PB-028, SN Complemento: S/N DIST. ANDREZA MUCATU Cep: 58320-000 ALHANDRA/B Fone: 8335655000		DANFE DOCUMENTO AUXILIAR DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA 0-ENTRADA 1-SAÍDA 1 N. 000332363 SÉRIE 1 FOLHA 01/01		 CHAVE DE ACESSO DA NF-E 2521 1112 1863 8000 0180 5500 1000 3323 6311 0023 9823 Consulta de autenticidade no portal nacional da NF-e www.nfe.fazenda.gov.br/portal ou no site da SEFAZ Autorizada	
NATUREZA DA OPERAÇÃO VENDA PRODUTO ACABAD				PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 325210033434096 24/11/2021 22:41:13-03:00	
INSCRIÇÃO ESTADUAL 161921094		INSC. ESTADUAL DO SUBST. TRIB. 112923011		CNPJ/CPF 12.186.380/0001-80	

DADOS DO PRODUTO / SERVIÇO													
COD. PROD	DESCRIÇÃO DO PROD./SERV.	NCM/SH	CST	CFOP	UN	QUANT.	V.UNITARIO	V.TOTAL	BC ICMS	V. ICMS	V. IPI	A. ICMS	A. IPI
0102000100 1001	CIMENTO CII Z 32 SACO 50KG	25232910	000	6101	SC	1.000,00	27,500000	27.500,00	27.500,00	3.300,00	0,00	12,00%	0,00%

Garantiu que a Nota Fiscal de nº. 332.363, emitida em 24/11/2021 pela Notificada em face da Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA. é, na verdade, uma nota fiscal que servia tão somente para lastrear a movimentação daquelas mercadorias do estabelecimento da Notificada na Paraíba para o Centro de Distribuição da transportadora, situado na Bahia, **mas não era a venda final e definitiva**. Após o recebimento daquelas mercadorias no Centro de Distribuição daquele destinatário inicial, **a operação de venda então era cancelada com a saída por meio da devolução das mesmas**, o que ocorreu através da Nota Fiscal de Devolução de nº. 35 (Doc. 04), emitida em 29/12/2021.



IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGA LTDA ROD BR 324, SN PARQUE INDUSTRIA CIA SUL - Simoes Filho - BA CEP: 43700-000 Fone: (081)3127-6698		DANFE Documento Auxiliar da NOTA FISCAL ELETRÔNICA 0-ENTRADA 1-SAÍDA 1 Nº 000.000.035 SÉRIE: 2 FOLHA: 1/1		 CHAVE DE ACESSO 2921 1207 1990 6100 1140 5500 2000 0000 3510 0020 6002 Consulta de autenticidade no portal nacional da NF-e www.nfe.fazenda.gov.br/portal ou no site da Sefaz Autorizadora	
NATUREZA DA OPERAÇÃO DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA				PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 129210326072257 29/12/2021 19:51:09	
INSCRIÇÃO ESTADUAL 134241744		INSC. EST. DO SUBST. TRIBUTÁRIO		CNPJ 07.199.061/0011-40	
DESTINATÁRIO/REMETENTE					
RAZÃO SOCIAL Elizabeth Cimentos S/A			CNPJ/CNPJ/CPF 12.186.380/0001-80		DATA DE EMISSÃO 29/12/2021
ENDEREÇO RODOVIA PB-028, SN			BAIRRO/DISTRITO DIST. ANDREZA MUCATU		DATA DE SAÍDA/ENTRADA 29/12/2021
MUNICÍPIO Alhandra			FONE/FAX (83)3565-5000	UF PB	INSCRIÇÃO ESTADUAL 161921094
HORA DE SAÍDA 12:00:00					

DADOS DO PRODUTO/SERVIÇO													
CODIGO PRODUTO	DESCRIÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇO	NCM/SH	CST	CFOP	UNID.	QUANT.	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	BC ICMS	VALOR ICMS	VALOR IPI	ALIQ. ICMS	ALIQ. IPI
01020001001001	CIMENTO CII Z 32 SACO 50KG	25232910	000	6202	SC	1.000	27,50	27.500,00	27.500,00	3.300,00	0,00	12	0

DADOS ADICIONAIS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES: NF-e Referenciada: 2521 1112 1863 8000 0180 5500 1000 3323 6311 0023 9823 DEVOLUÇÃO TOTAL DA NF - 332363 EMITIDA EM 2021-11-24		RESERVADO AO FISCO
---	--	--------------------

Explicou que em ato contínuo, em vez daquelas mercadorias indicadas como “devolvidas” seguirem de volta para o estabelecimento da Notificada **elas são acomodadas a outras que já**

estavam lá armazenadas e, apenas então, direcionadas ao destinatário final no dia 30/12/2021, *in casu*, por meio da Nota Fiscal nº 338.294 (**Doc. 05**), em que **foi promovida a venda de 440 sacos de Cimento** (NCM de nº 2523) cada, onde, desta vez, por se tratar esta sim de venda promovida pela Notificada a destinatário final situado no Estado da Bahia, houve o devido destaque do ICMS-ST, conforme abaixo:

		Identificação do emitente Elizabeth Cimentos S/A RODOVIA PB-028, SN Complemento: S/N DIST. ANDREZA MUCATU Cep: 53320-000 ALHANDRA/PB Fone: 8335655000		DANFE DOCUMENTO AUXILIAR DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA 0-ENTRADA 1-SAÍDA N. 000338294 SÉRIE 1 FOLHA 01/01		 CHAVE DE ACESSO DA NF-E 2521 1212 1863 8000 0180 5500 1000 3382 9418 8801 3030 Consulta de autenticidade no portal nacional da NF-e www.nfe.fazenda.gov.br/portal ou no site da SEFAZ Autorizada	
NATUREZA DA OPERAÇÃO VENDA DE PRODUÇÃO ST				PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 325210037642553 30/12/2021 21:24:15-03:00			
INSCRIÇÃO ESTADUAL 161921094		INSC. ESTADUAL DO SUBST. TRIB. 112923011		CNPJ/CPF 12.186.380/0001-80			

CALCULO DO IMPOSTO					
BASE DE CALCULO DO ICMS 9.498,08		VALOR DO ICMS 1.139,77		BASE DE CALCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO 12.231,63	
				VALOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO 1.061,92	
VALOR TOTAL DOS PRODUTOS 9.498,08					
VALOR DO FRETE 0,00	VALOR DO SEGURO 0,00	DESCONTO 0,00	OUTRAS DESPESAS ACESSÓRIAS 0,00	VALOR DO IPI 0,00	VALOR TOTAL DA NOTA 10.560,00

DADOS DO PRODUTO / SERVIÇO											
COD. PROD.	DESCRIÇÃO DO PROD./SERV.	NCM/SH	CST	CFOP	UN	QUANT.	V.UNITARIO	V.TOTAL	BC.ICMS	V.ICMS	V.IPI
0102000100 1001	CIMENTO CPT Z 32 SACO 50KG	25232910	010	6401	SC	440,00	21,586545	9.498,08	9.498,08	1.139,77	0,00
										12,00%	0,00%

Tratou que o fato gerador do ICMS é a transmissão jurídica da mercadoria e não o seu simples deslocamento físico. Nessa linha de ideias, como a operação inicial consubstanciada na Nota Fiscal de nº 332.363 (**Doc. 03**) – nota fiscal autuada – não se concretizou e foi desfeita pelo seu destinatário com a emissão da nota fiscal de devolução nº 35 (**Doc. 04**), não houve a efetiva transmissão jurídica da propriedade daqueles bens. Ou seja, a venda não ocorreu de fato naquele momento e para aquele destinatário, de modo que é impossível que haja a incidência do Imposto Estadual no caso em tela.

Suscita que, por outro lado, quando da posterior saída daquelas mercadorias para o efetivo adquirente situado no Estado da Bahia, **houve o inequívoco destaque do ICMS-ST**, de modo que não há que se falar em ausência de recolhimento ao Erário Estadual.

Sublinhou ainda que se considere que a operação da Nota Fiscal de nº 332.363 tenha sido concretizado e apenas depois do aceite das mercadorias é que o destinatário teria promovido a sua devolução, não haveria que se falar em valores devidos a título de ICMS-ST, visto que o crédito gerado em favor da Notificada **quando da devolução** seria equivalente àquele que poderia ser considerado devido na venda anterior, de modo que os valores se anulariam, trazendo a conclusão alcançada pela simples leitura dos arts. 451 e 452 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto Estadual de nº 13.780/12).

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

Art. 452. Na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS lançado na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento originário.

Citou jurisprudências do CONSEF (fls. 30 a 32) sobre o tema, uma vez comprovada a devolução das mercadorias, considera impossível a cobrança do ICMS sobre as mercadorias devolvidas.

Suscitou o cancelamento da multa cobrada vez que esta fora calculada sobre o **imposto devido e não recolhido** tempestivamente, por não haver qualquer imposto devido no caso em tela, uma vez

que a Nota Fiscal notificada servia tão somente de lastro para a movimentação física das mercadorias saídas do estabelecimento da Notificada na Paraíba para o Centro de Distribuição da transportadora no Estado da Bahia, com a posterior venda efetiva a consumidor situado neste Estado com o devido destaque do ICMS-ST exigido pela legislação.

Registrou, contudo, ainda que considere como devida a multa aplicada pela Notificação Fiscal, o que novamente se admite apenas pelo debate, deve ao menos ser reconhecido que o montante cobrado a título de ICMS por meio da aludida notificação deverá ser cancelado, uma vez que, promovida a integral devolução as mercadorias anteriormente vendidas, deixou de existir o fato gerador do imposto estadual, nos termos apontados acima.

Finalizou no tópico “**Do Pedido**” que seja dado provimento à presente Impugnação, para que:

(i) seja reconhecida a nulidade da Notificação Fiscal de nº 2328570222/21-4, uma vez que violados os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, bem como os arts. 18 e 51, do Decreto Estadual nº 7.629/99, pois a Notificação Fiscal não foi elaborada com todos os elementos necessários e obrigatórios;

(ii) no mérito, seja declarada a improcedência da Notificação Fiscal de nº 2328570222/21-4 uma vez que as mercadorias objeto da **Nota Fiscal de nº 332.363 – venda para contribuinte situado no Estado da Bahia** – foram integralmente devolvidas pela destinatária por meio da Nota Fiscal de Devolução de nº 35, de modo que não são devidos quaisquer valores a título de ICMS-ST ou multa – visto que essa é calculada sobre o valor do Imposto;

(iii) subsidiariamente, seja declarada, ao menos, a improcedência parcial da Notificação Fiscal de nº 2328570222/21-4, para que sejam cancelados os valores indicados a título de ICMS-ST, uma vez que as mercadorias foram integralmente devolvidas, não existindo, portanto, fato gerador do ICMS-ST.

Verifico 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, Trânsito de Mercadorias, lavrada em **19/12/2021**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$3.074,61** mais multa de 60%, no valor de R\$1.844,77, totalizando o montante de **R\$4.919,38** em decorrência do cometimento da seguinte infração (055.009.003) por ter **deixado 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 contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal baseou-se no Art. 10 da Lei de nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta do Protocolo ICMS de nº 11/85 e a multa foi aplicada com previsão no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Verifico que Por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a Informação Fiscal.

Inicialmente, necessário se faz enfrentar as preliminares suscitadas na contradita consistente na alegação das nulidades da Notificação Fiscal, primeiro aquela que trata da nulidade com base na inexistência, no lançamento, dos critérios usados para determinar os acréscimos moratórios, o que entende contrariar o disposto no art. 51 do RPAF-BA/99, registro que a cobrança de acréscimos moratórios tem respaldo legal, prevista na Lei nº 9.837/05, bem como que a ninguém é concedido o direito de se escusar do cumprimento, alegando desconhecimento, nos termos do art. 3º da Lei de nº 4.657/42, pelo que indefiro a arguição desta nulidade suscitada pela Notificada.

Em seguida contravenho em relação da nulidade de deixar-se indicar os dispositivos legais efetivamente infringidos que imponham a incidência do Imposto cobrado sobre aquelas mercadorias ou mesmo a alíquota a que está sujeita aquela operação. Neste sentido, no que diz respeito aos aspectos formais, constato, que nos autos está descrita a infração cometida pela Notificada, apontando a conduta praticada pela Notificada, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Ademais, verifico que na descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo de débito tratam de ter deixado a Notificada de recolher o ICMS por substituição, sendo está inscrita como substituta tributária no Estado da Bahia, realizou mercancia com o produto do Protocolo ICMS de nº 11/85 onde em suas cláusulas terceira indicam claramente a forma e o cálculo da referida demanda, assim, observo que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram apresentados e pelo teor de sua peça de impugnação, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que a Notificada entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

Tratou no mérito, de forma sucinta, que a Nota Fiscal de nº 332.363, emitida em 24/11/2021 pela Notificada em face da Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA era na verdade uma **nota fiscal que servia tão somente para lastrear a movimentação daquelas mercadorias do estabelecimento da Notificada na Paraíba para o Centro de Distribuição da transportadora, situado na Bahia, mas não era a venda final e definitiva**. Após o recebimento daquelas mercadorias no Centro de Distribuição daquele destinatário inicial, **a operação de venda então era cancelada com a saída por meio da devolução das mesmas**, o que ocorreu através da Nota Fiscal de Devolução de nº 35, emitida em 29/12/2021, no entanto as mercadorias não eram “devolvidas” à Notificada, ficando acomodadas a outras já armazenadas na Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA., e apenas direcionadas ao destinatário final no dia 30/12/2021, *in casu*, por meio da **Nota Fiscal nº 338.294, em que foi promovida a venda de 440 sacos de Cimento (NCM de nº 2523) cada, onde, desta vez, por se tratar esta sim de venda promovida pela Notificada a destinatário final** situado no Estado da Bahia, houve o devido destaque do ICMS-ST, de modo que não há que se falar em ausência de recolhimento ao Erário Estadual.

Sublinhou que caso **se considere** que a operação da Nota Fiscal de nº 332.363 **tenha sido concretizado e apenas depois do aceite das mercadorias** é que o destinatário teria promovido a sua devolução, **não haveria que se falar em valores devidos** a título de ICMS-ST, visto que o crédito gerado em favor da Notificada **quando da devolução** seria equivalente àquele que poderia ser considerado devido na venda anterior, de modo que os valores se anulariam, trazendo a conclusão alcançada pela simples leitura dos arts. 451 e 452 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (Decreto Estadual de nº 13.780/12).

Suscitou o cancelamento da multa cobrada vez que está fora calculada sobre o **imposto devido e não recolhido** tempestivamente, por não haver qualquer imposto devido no caso em tela, uma vez que **a Nota Fiscal objeto da ação fiscal servia tão somente de lastro** para a movimentação física das mercadorias saídas do estabelecimento da Notificada na Paraíba para o Centro de Distribuição da transportadora no Estado da Bahia, com a posterior venda efetiva a consumidor situado neste Estado com o devido destaque do ICMS-ST exigido pela legislação.

Compreendo que a lide estabelecida, tratou-se do entendimento do Notificante de que **a Notificada não procedeu a retenção do ICMS, e o recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição** (possuindo Inscrição Estadual no Estado da Bahia de Substituto Responsável pelo ICMS de Destino) , relativo às **vendas realizadas para contribuinte no Estado da Bahia**, em operação interestadual originada do Estado da Paraíba, de mercadorias (NCM de nº 2523.29.10 – Cimento) enquadradas pela legislação interna no regime de substituição, sendo ambos os Estados signatários do Protocolo do ICMS 11/85, estando estes sob o jugo dos dizeres deste acordo.

Ressalta-se que a autuação de mercadorias em **trânsito é instantânea, prevalecendo como**

verdadeiro os fatos apurados no momento do flagrante fiscal. Assim sendo, na ação fiscal realizada por Autoridade Fiscal do POSTO FISCAL HONORATO VIANA, através da abordagem de veículo da Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA. **destinatária** (localizada na Rodovia BR 324, Galpões 2,3 e 4 S/N, Município de Simões Filho) das mercadorias (contidas no DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **332.363**, emitida pela Empresa Elizabeth Cimentos s/a. (**Notificada**), procedentes do **Estado da Paraíba**, atribuindo a **Natureza da Operação como - Venda** de Produtos Acabados, utilizando-se como o Código Fiscal de Operação e Prestações – **CFOP** no momento da emissão da Nota Fiscal de nº **6101** o qual indica que houvera uma venda interestadual e que o produto vendido é produzido pela empresa que realizou a venda, constando no Campo de Informações Complementares o pedido de venda de nº 535.573, carreando a mercadoria de NCM de nº 2523.29.10 (Cimento saco de 50 KG).

Neste sentido em consulta verifiquei através do Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de Informações do Contribuinte - INC que **a destinatária** das mercadorias está inscrita na condição de NORMAL, e recolhe o ICMS através do regime CONTA CORRENTE FISCAL, e que possui como a Atividade Econômica Principal alicerçada na Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE sob o nº de **5211-7/99 – Depósitos de mercadorias para terceiros, exceto armazéns gerais e guarda-móveis.**

Há de se comentar que não há impedimento para que as mercadorias de um determinado contribuinte sejam armazenadas em estabelecimento de terceiro, **não constituído como armazém geral ou depósito fechado**, efetuado mediante contrato. Nessa hipótese, **as operações de remessa a esse título, e os respectivos retornos, sujeitam-se às regras gerais do ICMS**, inclusive no que se refere à sistemática da substituição tributária.

Assim, esclareça-se que a remessa para depósito em estabelecimento de terceiro (não enquadrado ou equiparado a armazém geral), bem como a saída de mercadoria depositada em retorno ao estabelecimento depositário ou com destino a outro estabelecimento, são hipóteses de incidência do ICMS (artigo 4º, inciso I, da Lei de nº 7.014/96).

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Ao dispor **sobre a não incidência do imposto**, a Lei de nº 7.014/96, tratou no artigo 3º, inciso VI, alíneas "a" e "c", assim estabelecendo expressamente:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

VI - saídas de mercadorias ou bens:

*a) com destino a **armazém geral** ou frigorífico situados neste Estado, para depósito em nome do remetente;*

(...)

c) dos estabelecimentos referidos nas alíneas anteriores, em retorno ao estabelecimento depositante;

Da análise do dispositivo à luz da regra estabelecida no art. 111 do Código Tributário Nacional - CTN, que determina expressamente que a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário ou dispensa de obrigações acessórias **deve ser interpretada literalmente**, conclui-se que a não incidência acima referida compreende apenas as remessas e retorno de mercadorias para depósito **em armazém geral em nome do próprio remetente estabelecido neste Estado.**

Ao contrário, as remessas de mercadorias para armazenamento **em estabelecimento que não esteja devidamente cadastrado** no CNAE de nº 5211-7/01- Armazéns Gerais - Emissão de Warrant, **não estão alcançadas pela não-incidência do ICMS**, devendo ser tributadas normalmente as remessas e respectivos retornos de mercadorias para depósito em estabelecimento sob o CNAE de nº **5211-7/99**, não estão alcançadas pela não incidência estabelecida no citado artigo 3º, inciso VI,

alíneas "a" e "c", face à inobservância de requisito fundamental para fruição deste tratamento.

Quanto aos CFOPs que dever-se-ia ser utilizado nestas operações o mais apropriado seria o **CFOP 6.949** ("outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado"), quando da remessa da mercadoria para depósito, natureza da operação remessa para depósito em estabelecimento de terceiro, e o **CFOP 2.949** ("outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada", **indicando, como natureza da operação**, "remessa/retorno para depósito em estabelecimento de terceiro"), quando do retorno da mercadoria.

Destaca-se que a destinatária, também, possui **CNAE secundário** sob o nº de **5211-7/01 – Armazéns Gerais – emissão de warrant**. Nesta toada, Armazém-Geral, é o estabelecimento depositário que se enquadra no conceito legal definido pelo Decreto Federal de nº 1.102, de 21/11/1903, ou seja, tem por objeto a fiel guarda e conservação de mercadorias e a emissão de títulos especiais que as representem (atividade que, atualmente, está classificada no código CNAE de nº 5211-7/01 – Armazéns Gerais - emissão de warrants) e, ainda, possuir entre seus objetos sociais a previsão e registro específico para a prestação de serviço, por meio da Junta Comercial. Ainda em relação às operações realizadas pelas empresas que oferece serviços de armazém geral, cumpre destacar que há um capítulo que trata das regras específicas, principalmente quanto à saída de mercadorias depositadas, estando inseridas no RICMS/BA nos artigos 464 a 476.

Entende-se, a princípio, que somente o estabelecimento constituído como armazém-geral, em conformidade com a legislação federal que define os regramentos para atuação deste tipo de estabelecimento, **é que poderá efetuar a saída e o retorno de mercadoria albergadas pela não incidência** de que se tratou no artigo 3º, inciso VI, alíneas "a" e "c", nas operações internas, isto é, dentro do Estado da Bahia.

Contudo, o Estado conferiu ao armazém geral a condição de responsável por solidariedade pelo pagamento do imposto estadual devido nas operações com mercadorias em que o depositante está localizado em outro Estado, conforme dispõe o artigo 6º da Lei de nº 7.014/96:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

II - o armazém geral e o depositário a qualquer título:

a) nas saídas de mercadorias depositadas por contribuinte de outra unidade da Federação;

b) nas transmissões da propriedade de mercadorias depositadas por contribuintes de outra unidade da Federação;

c) quando receberem para depósito ou derem saída a mercadorias sem a documentação fiscal exigível, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Neste contexto, as operações de remessa para depósito em armazém geral, procedentes de outro Estado, seguem as regras de uma operação normal, ou seja, são operações tributadas e o remetente deverá emitir a nota fiscal com os seguintes requisitos relacionados ao ICMS:

- a natureza da operação: "Remessa para armazém-geral em outro Estado";

- o CFOP 6.905: - o valor das mercadorias; - destaque do ICMS, se devido.

Por ocasião do retorno das mercadorias armazenadas, a empresa que presta serviço de armazéns-gerais, por sua vez, emitirá Nota Fiscal para acompanhar o transporte da mercadoria até o estabelecimento da empresa depositante que, além dos demais requisitos normalmente exigidos para emissão de Notas Fiscais, conterà, no mínimo, as seguintes informações:

- a natureza da operação: "Outras Saídas - Retorno de armazém-geral";

- o CFOP 6.906: - o valor das mercadorias.

Desta feita, a operação é tributada porque apenas as operações internas estão albergadas pela não incidência.

Do deslindado infiro que a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 332.363, emitida pela Notificada com o intuito de documentar a operação realizada com a destinatária a Empresa TRANSAGIL TRANSPORTES DE CARGAS LTDA, cuja validade jurídica foi garantida pela assinatura digital da Notificada e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (art. 82 do RICMS/BA/12) consignou uma operação com a Natureza de Venda de Produtos Acabados, utilizando-se como o Código Fiscal de Operação e Prestações – CFOP no momento da emissão da Nota Fiscal de nº 6101 o qual indica que houvera uma venda interestadual e que o produto vendido é produzido pela empresa que realizou a venda, estando, portanto, em dissonância com a legislação no que se diz respeito às operações de remessa para depósito em estabelecimento de terceiro e/ ou para armazém geral.

Havendo, entretanto, consonância com estas operações no quesito de que em ambas seguem as regras de uma operação normal, ou seja, são operações tributadas, inclusive no que se refere à sistemática da substituição tributária, não fazendo voz ao arco estabelecido pela defesa, pois não guarda resguardo na legislação pertinente.

Assim, sendo tributada a operação, resta-se a saber o prazo de recolhimento do imposto, o qual previsto no art. 332, inciso I, do RICMS/BA/12, estabelece de forma geral até o dia 9 do mês subsequente, e de forma específica, em seu inciso XIV, no tocante ao imposto retido, devido a este estado por contribuinte localizado em outra unidade da federação e inscrito no cadastro de substituto, será aquele previsto no convênio ou protocolo, se não for previsto prazo de recolhimento resguarda-se o da regra geral.

No presente caso concreto, o Anexo I do RICMS/BA/12, que trata dos produtos referentes à Substituição Tributária ou Antecipação Total, estabelece que o Protocolo ICMS de nº. 11/85 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com os produtos carreados na Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 332.363, ou seja, cimento de qualquer espécie, consignando em sua **Cláusula quinta** que o imposto retido **deverá ser recolhido a favor da unidade federada de destino até o 10º dia do mês subsequente ao da saída das mercadorias**, a qual ocorreu na data de 24/11/2021 conforme *print* aposto a seguir, extraído da consulta da referida nota no Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de Consulta da NF-e.

Chave de Acesso		Versão	
25211112186380000180550010003323631100239823		4.00	

NF-e	Emitente	Destinat.	Prod./Serv.	Totais	Transp.	Cobrança	Inf. Adic.	Cálc. ICMS	Trans.
Dados da NF-e									
Modelo	Série	Número	Data de Emissão	Data/Hora de Saída ou da Entrada	Valor Total da Nota Fiscal				
55	1	332363	24/11/2021 22:34:00-03:00	24/11/2021 22:34:00-03:00	27.500,00				
Emitente									
CNPJ	Nome / Razão Social		Inscrição Estadual		UF				
12.186.380/0001-80	Elizabeth Cimentos S/A		161921094		PB				

Nestas circunstâncias pode-se verificar o descumprimento da **Cláusula sexta** sendo que por ocasião da saída da mercadoria, o contribuinte substituto dever-se-ia emitir nota fiscal que contenha, além das indicações exigidas na legislação, o valor que serviu de base de cálculo para a retenção e o valor do imposto retido, constado não haver esse destaque.

Entretanto, é forçoso reconhecer que conforme consta no Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 4948261008/21-1 **a instantaneidade da operação de trânsito ocorrerá na data de 27/11/2021 (fls. 13 e 14)**, estando a Notificada, nesta data, dentro do prazo concedido pelo referenciado protocolo, para realizar o pagamento **até o 10º dia do mês subsequente ao da saída das mercadorias** embora

a lavratura da presente Notificação Fiscal tenha ocorrido somente na data de **19/12/2021**, posterior ao ajuste estabelecido.

Ressalta-se que se verificou, ademais, pela relatoria, a existência da **ocorrência de recolhimentos**, efetuados pela Notificada, através do Demonstrativo de Arrecadação Estadual – DAE de nº 111032051, na data de 10/12/2021, **de pagamentos referenciados** ao mês 11/2021, no código de receita 1.188 – **ICMS SUBST. TRIBUTÁRIA – APURAÇÃO** o valor de R\$650.316,80.

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **2328570222/21-4**, lavrada contra **ELIZABETH CIMENTOS S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2022.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR