

N. F. Nº - 281394.0060/22-5

NOTIFICADO - O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

NOTIFICANTE- EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE

ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL EDUARDO FREIRE

PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/12/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0265-02.22/NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CADASTRAL SUSPensa, CANCELADA, EM PROCESSO DE BAIXA, BAIXADA OU ANULADA. Verificado que a empresa se encontra na situação cadastral como ativa. Destoa, também, a exigência do enquadramento legal por tratar de mercadorias sujeitas ao Regime da Substituição Tributária e a situação fática se refere a mercadorias do Regime de Antecipação Parcial. Infração insubsistente. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime, Instância única.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 03/02/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 4.096,66 mais multa de 60%, no valor de R\$ 2.457,99, totalizando o montante de R\$ 6.554,65 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.006.002: Mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a **inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.**

Enquadramento Legal: Art. 8º, inciso I da Lei de nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “e”, da Lei de nº 7.014/96.

O Notificante acrescentou na descrição dos fatos que se trata de:

“Aos vinte e seis dias do mês de janeiro de 2.022, no uso de minhas atribuições fiscais, foi constatado o seguinte: Transporte no veículo M. Benz/L placa policial MPO-5872 de Pinheiros – ES, conduzido pelo motorista Ruy dos Santos Barreto Filho, CNH de nº 002544356487, de 320 cxs de sardinha e atum, acobertados pelo DANFE de nº 1.465 DE 20/01/2022, destinados a contribuinte descredenciado no cadastro do ICMS da SEFAZ/BA.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 2813940060/22-5, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o **Termo de Ocorrência Fiscal de nº 232254.1017/22-6**, datado de **26/01/2022** (fls. 04 e 05), assinado pelo transportador e pelo preposto fiscal; cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 001.465 procedente do Estado do Espírito Santo (fl. 05), emitida em 20/01/2022, pela Empresa “Costa Marine Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios.”, tendo como natureza da operação **Venda de Mercadoria Adquirida**, correspondente às mercadorias de NCMs de nºs 1604.13.10 (Sardinha Palmeira lata) e 1604.20.10 (Atum em óleo comestível) objeto da autuação, CFOP 6102; cópia dos documentos do motorista e do veículo (fl. 06); o Documento de Consulta dos dados da Notificada indicando **Contribuinte Descredenciado pelo motivo de omissão de pagamento Antecipação Tributária** (fl. 08).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 14 a 24), protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST. na data de 22/07/2022 (fl. 13).

Em seu arrazoadado a Notificada iniciou sua peça defensiva alegando a tempestividade da mesma e no tópico “***Das Intimações***” requereu que fosse anotado na capa dos autos o nome do advogado, que consta na procuração, a saber: **FERNANDO VAZ COSTA NETO** – OAB/BA 25.027, tendo por escopo o recebimento das intimações do feito no endereço indicado no rodapé desta petição e, que todas as publicações pela imprensa oficial figurem em nome do advogado acima indicado, **sob pena de nulidade**.

Tratou no tópico “***Da Autuação***” a descrição lhe imputada, o enquadramento legal, e que o Notificante deixou de considerar que a Notificada é beneficiária do Termo de acordo de nº 7799/2000, bem como há decisão judicial (Doc. 02) sustentando a cassação do referido termo, garantido a redução em 41,176% da base cálculo.

Complementou que a mercadoria objeto da fiscalização é procedente de estado de Espírito Santo, município de Serra, logo, a alíquota interestadual é de 12%, e que os contribuintes atacadistas contam com a redução da base de cálculo de 41,176%, ou seja, com carga tributária de 10,588%, de modo que, ao receber mercadorias com alíquota interestadual de 12%, vê-se que há carga tributária superior ao 10,599%, portanto, desnecessário o seu recolhimento, sendo que tal informação fora desconsiderada pelo Notificante, donde lavrou a Notificação Fiscal utilizando-se de alíquota de 18%, bem como aplicou multa de 60% nos termos do art. 42, II, alínea “d” da Lei de nº 7.014/96.

Assinalou no tópico “***Do Embasamento Legal Errado***” que conforme se depreende da presente notificação fiscal, o Notificante entendeu que a Notificada teria deixado de observar o disposto no art. 8, inciso I da Lei de nº 7.014/96, que dispõe:

Art. 8. 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 relativos aos serviços prestados:

I - O contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito desde que tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto.

Advertiu que a hipótese narrada no dispositivo supracitado não se aplica no presente caso, haja vista que: *i)* apesar da Notificada ser adquirente da mercadoria procedente do Estado de Espírito Santo, alíquota interestadual de 12%, não há necessidade do recolhimento diante da vigência e garantia dos benefícios do termo de acordo atacadista, *ii)* no presente caso o contribuinte é quem adquire a mercadoria para comercialização e a mercadoria adquirida encontra-se na hipótese de dispensa da antecipação tributária em razão da redução da base de cálculo em 41,176%. Consubstanciando nas razões acima explicitadas note-se que a aplicação do art. 8, inc. I da Lei de nº 7.014/96 não seria aplicável no presente caso, uma vez que diante da redução da base de cálculo do imposto e sendo a alíquota interestadual superior a carga tributária, o recolhimento é desnecessário.

Realçou no tópico “***Das Razões Fáticas e Jurídicas***” que O Termo de Acordo Atacadista está garantido por decisão judicial proferido nos autos do processo de judicial sob nº 8079840-41.2019.8.05.0001, tramitando na 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador e confirmado em instância superior, decisões em anexo (Doc. 03 e 04), sendo que neste cenário, a Notificada não poderia estar em situação de DESCREDENCIADO, de modo que, faz-se necessária a manutenção do termo atacadista, resta evidente que a notificação lavrada apresenta erro material, especificamente no motivo, posto que parte da premissa equivocada de que a Notificada ainda estaria em situação de descredenciamento.

Assegurou no tópico “***Da Nulidade Formal – Vício de Motivo***” que o motivo é o pressuposto de fato e de direito que dão fundamento à prática do administrativo, de modo que, a identificação de motivo falso, invalida todo o ato, uma vez que contaminado pela ilegalidade, citando dizeres da motivação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Depreendeu-se da Notificação Fiscal, na descrição do fato impositivo, o Notificante parte de um pressuposto de que não houve recolhimento da antecipação parcial por encontrar-se descredenciado, quando na verdade para a operação narrada no presente caso a antecipação é dispensada, diante dos motivos jurídicos tributários exaustivamente tratados, alertando que o art. 142 do CTN, confere natureza plenamente vinculada aos atos de lançamento, como é exemplo a notificação em apreço, não havendo-se dúvidas da presença de vício de motivo na presente notificação fiscal, por conseguinte, deve ser declarado plenamente nula, uma vez que o agente fica vinculado à motivação apresentada da autuação, donde traz nos autos jurisprudências às folhas 20 e 21 sobre o assunto.

Asseverou no tópico “*Da Improcedência da Notificação*” que no presente caso, o ato administrativo consubstanciado na notificação fiscal é completamente IMPROCEDENTE, uma vez que deixou de considerar a ordem judicial que garante à Notificada a manutenção do termo atacadista, não tendo sido devidamente apurado o demonstrativo de apuração do ICMS da antecipação tributária parcial na forma do art. 1º do Decreto de nº 7799/2000.

Assim, para fins de elucidação apresenta-se o cálculo a seguir, baseado nas informações do DANFE de nº 1.465, da autuação: Mercadoria de origem do estado de Serra/ES, ou seja, alíquota interestadual de 12%, sendo o valor total dos itens R\$ 52.600,00 e o saldo final negativo:

A	Valor dos produtos	R\$ 52.600,00
B	Valor do IPI	R\$ 0,00
C	Valor Total da Nota	R\$ 52.600,00
D	ICMS Destacado na nota fiscal (12%)	R\$ 6.312,00
E	Alíquota Interna do Produto	11%
F	Valor Devido = [(C) x (E)] – (D)	-R\$ 742,71

Subsidiariamente, na remota hipótese de não acolhimento das razões expostas, o que não se espera, diante da evidente constatação da impossibilidade do descredenciamento do contribuinte, pugna pela redução da multa em observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como da boa-fé objetiva no tópico “*Do Princípio da Boa-Fé Objetiva*” onde a título de exemplo cita os artigos 113, 187 e 442 trazidos pela reforma do Código Civil, artigos estes que consagraram expressamente o princípio da boa-fé.

Finalizou no tópico “*Da Conclusão*” que por todas as razões expostas, requer a Notificada o recebimento desta Impugnação para que seja a Notificação Fiscal de nº 2813940060/22-5, julgada NULA, em razão do evidente **vício no embasamento legal, motivo e flagrante descumprimento da decisão judicial** para sustar a cassação do referido Termo de Acordo, subsidiariamente, no mérito, seja julgada IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal e a consequente revogação das multas impostas, caso contrário requer que a multa reduzida em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que regem os processos administrativos.

Verifico não haver Informação Fiscal por **força de norma publicada em 18/08/2018**, referente ao Decreto de nº 18.558/18.

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 03/02/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 4.096,66 mais multa de 60%, no valor de R\$ 2.457,99, totalizando o montante de R\$ 6.554,65 em decorrência do cometimento da Infração (054.006.002) de mercadorias destinadas a estabelecimento de contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada.

O enquadramento legal baseou-se no Art. 8º, inciso I da Lei de nº 7.014/96 e multa prevista no art. 42, II, “e”, 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, em sua interpretação, imputa à Notificada **o cometimento da Infração tipificada** sob o código **054.006.002 a qual se refere à falta** de recolhimento do ICMS sobre mercadorias destinadas, a estabelecimento de contribuinte com a **inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou ainda anulada**.

Entretanto, esta Relatoria realizando consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte – INC, referente aos Dados Cadastrais da Notificada, averiguou-se que em relação à **Situação Cadastral** da Notificada esta encontrava-se **“ATIVO” constando-se nesta situação cadastral desde a data da inclusão em 24/01/2012**. Assimilo que **a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS** atribuída à Notificada na Tipificação da Infração lhe imputada, de se encontrar com a *inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada, não faz jus à realidade fática*.

Dados Cadastrais

Unidade de Atendimento - SGF/DIRAT/GERAP/CORAP NO:		Unidade de Fiscalização - INFAZ RECONCAVO	
Inscrição Estadual	008.903.136	CNPJ/CPF	14.929.019/0001-21
Razão Social	O MERCADAO - CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA		
Nome Fantasia	O MERCADAO		
Condição	NORMAL	Data de Inclusão:	24/01/2012
Situação	ATIVO		
Endereço	RODOVIA BR 101, KM221		Número SN

Também, destoa o enquadramento legal lhe assenhorado em relação ao art. 8º, inciso I, da Lei de nº 7.014/96, pois o mesmo se refere à imputação da responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, **na condição de sujeito passivo por substituição**, devendo fazer a retenção do imposto devido **na operação pelos adquirente**, estando este artigo relacionado aos produtos enquadrados em que se estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias, no entanto, os produtos adquiridos pela Notificada de NCMs de nºs: 1604.13.10 e 1604.20.10 não têm base de cálculo do imposto acrescida de MVA, por inexistir previsão em Convênio, Protocolo, assim como no RICMS-BA/12, particularmente no seu Anexo I, razão pela qual não pode ser considerado produto sujeito ao regime de substituição tributária, mas tão somente à **Antecipação Parcial** do ICMS (art. 12-A da Lei de nº 7.014/96):

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:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto;

(...)

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”.

Entendo que esses vícios 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 correlacionando-a de forma inquestionável**, com o fato em concreto, possibilitando-se, assim, que o Notificado exercesse plenamente o seu direito de defesa:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

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. No entanto, nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal da Notificada, se pertinente, que analise a possibilidade de renovação do procedimento a salvo de falhas e incorreções apontadas em fiscalização a estabelecimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 281394.0060/22-5, lavrada contra **O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR