

N. F. Nº - 281394.1244/22-2
NOTIFICADO - GIACOMIN COMÉRCIO DE SOBREMESAS LTDA.
NOTIFICANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BAHIA GOIÁS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0069-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. Cobrança da antecipação tributária parcial em transação interestadual. A Notificada trouxe aos autos documentação que direcionam serem as mercadorias adquiridas aquisições para o ativo imobilizado e de uso e consumo do seu estabelecimento. Infração insubsistente. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 29/08/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 11.783,89 mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.070,33, totalizando o montante de R\$ 18.854,22 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.

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

“Contribuinte Descredenciado efetuando compras fora do Estado conforme DANFE de nº 627.990 e chave de acesso (...) emitido por Top Taylor indústria e Comércio Ltda, situada à av. Lourenço Belloli, 901/903 – Pq. Indl. Mazzei – Osasco – SP – CEP de nº 06.268.110 com I. E. de nº 492280505110 e CNPJ de nº 74.473.067/001-80 sem que tenha sido realizado o devido pagamento do ICMS antes de adentrar no Estado da Bahia.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº **2813941244/22-2**, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a memória de cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 03); o **Termo de Ocorrência Fiscal de nº 2330861058/22-6**, datado de **29/08/2022** (fls. 04 e 05); cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **627.990**, Natureza da Operação – **Venda de Mercadoria Adquirida**, emitido em 23/08/2022 pela Empresa Top Taylor indústria e Comércio Ltda., localizada no Estado de São Paulo, correspondente às mercadorias **“Duto de Exaustão de ar, Kit de Escovas Manuais de Manutenção, Laminas de Raspagem sem Clip, Lubrificante de Máquina Taylor Lube, Sanitizante Kay, Tubo Plástico Dispensador de Copos e Maq. de Sorvete”**; cópia da consulta Dados do Contribuinte efetuada na data de **14/08/2022** tendo como resultado da consulta **“Contribuinte Descredenciado – Contribuinte Descredenciado por ter menos de 6 meses de atividade”** (fl. 07); cópia do Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 006.151 (fl. 08); cópia dos documentos do motorista e do veículo (fl. 10).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 15 a 33), protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST. na data de 28/12/2022 (fl. 14).

Em seu arrazoado tratou da tempestividade da presente Notificação e no tópico “*Dos Fatos*” descreveu a infração lhe imputada, a descrição dos fatos do Notificante, o enquadramento legal, a multa tipificada e consignou que a Notificada sugere que não incorreu em irregularidade posto que as mercadorias adquiridas têm destinação exclusiva para uso e consumo e não para revenda.

Explicou que de todo modo, a fim de evitar prejuízo, a Notificada recolheu o diferencial de alíquota (ICMS/DIFAL) sobre as aquisições realizadas, consoante atestam o Documento de Arrecadação Estadual (DAE) e o respectivo comprovante de pagamento que acompanham a presente defesa administrativa.

Explanou que do montante total da Nota Fiscal no valor de R\$ 91.442,44, o numerário de R\$ 88.452,34 corresponde ao ativo imobilizado, sendo por sua natureza legal dispensado do recolhimento nos termos do artigo 272, inciso I, item 2 do Regulamento do ICMS da Bahia (Decreto de nº 13.780/2012).

Discorreu no tópico “*Da Fundamentação Legal*” em seu subtópico “*Da Antecipação Parcial do ICMS no Estado da Bahia – Lei Estadual de nº 7.014/96*” sobre a Antecipação Parcial frisando que quando se tratar de empresa optante do Simples Nacional o imposto será calculado na forma prevista no artigo 321, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/2012, em que se cobrará a diferença entre a alíquota interna e interestadual.

Grifou que a Antecipação Parcial está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias que são destinadas à revenda. O diferencial de alíquota é relacionado às aquisições interestaduais de materiais destinados ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo. Por esses dois argumentos desde já se percebe que a Antecipação Parcial não pode ser cobrada do Impugnante.

Ressaltou no subtópico “*Da Dispensa do Recolhimento do ICMS-DIFAL sobre Ativo Imobilizado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Regulamento ICMS/BA)*” onde discorreu trazendo o histórico de criação do Diferencial de Alíquotas pontuando que a cobrança da diferença de alíquotas de contribuintes do Simples Nacional, além de resultar no aumento significativo da carga tributária, submeteria o contribuinte a análise e cumprimento da complexa e casuísta legislação estadual das 27 Unidades Federativas, contraindo a lógica que fundamentou a instituição do regime simplificado de arrecadação. Ou seja, um grave prejuízo às microempresas e empresas de pequeno porte, donde trouxe o desenredo dos acontecimentos das (ADIs) de nºs. 5.464 que impugnou a cobrança do diferencial de alíquotas nas operações com consumidor final realizadas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional, considerando a necessidade de alteração da Lei Complementar de nº 123/2006, que rege o regime simplificado, autorizando a cobrança do DIFAL e ADI de nº 5.469 onde o STF decidiu que os estados não poderiam cobrar o DIFAL de ICMS na ausência de uma lei complementar que regulasse o tema. (fls. 27 a 31).

Finalizou no tópico “*Dos Pedidos e Requerimentos*” onde pleiteou:

a) O afastamento da Antecipação Parcial imputada à Notificada, dado que as mercadorias são para uso e consumo do estabelecimento e não se destinam a fim comercial, em atenção ao artigo 12-A da Lei Estadual de nº 7.014/1996, acrescentado pela Lei Estadual de nº 8.967/2003 em efeitos a partir de 01/03/2004;

b) O afastamento do Diferencial de Alíquota aplicado no momento da autuação visto que a Empresa Notificada está indicada em seu contrato social como empresa de Pequeno Porte, em consonância com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.469 que julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.464 pelo Supremo Tribunal Federal;

c) A correção do valor devido pela Notificada para R\$ 2.990,10 (dois mil, novecentos e noventa reais e dez centavos), dada a irregularidade na autuação fiscal em desobediência ao dispositivo legal citado, que se vislumbra através de simples operação de subtração de R\$ 91.442,44 (noventa e um mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e quarenta e quatro centavos) por R\$ 88.452,34 (oitenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e trinta e quatro centavos) posto que como fundamento, este último não se aplica por corresponder ao ativo imobilizado, sendo por

sua natureza legal dispensado do recolhimento nos termos do artigo 272, inciso I, item 2 do Regulamento do ICMS da Bahia (Decreto de nº 13.780/2012).

d) O recolhimento do pagamento do ICMS Diferencial de Alíquota recolhido sobre o montante/base de cálculo de R\$ 2.990,10 (dois mil, novecentos e noventa reais e dez centavos), sobre as mercadorias/produtos destinados a uso e consumo, conforme DAE e comprovante de pagamento em anexo.

Assinalou que para efeitos do artigo 272, § 2º e § 5º do Código de Processo Civil, devem as publicações oficiais serem enviadas em nome do advogado Dr. Carlos André da Silva Prado, devidamente inscrito na OAB/DF sob nº 64.445, sob pena de nulidade.

Verifico que por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto de nº 18.558/18, não consta a 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 29/08/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 11.783,89 mais multa de 60%, no valor de R\$ 7.070,33, totalizando o montante de R\$ 18.854,22 decorrente do cometimento da Infração (054.005.008) por **falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial**, antes da entrada do território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal.

O enquadramento legal baseou-se na 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 de nº 7.014/96 e multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei de nº 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Bahia-Goiás, através da abordagem de veículo da Empresa A.P.G. Farias EIRELI (fl. 04) e lavrada em relação ao DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **627.990**, Natureza da Operação – **Venda de Mercadoria Adquirida**, emitido em 23/08/2022 pela Empresa Top Taylor indústria e Comércio Ltda., localizada no Estado de São Paulo, correspondente às mercadorias “Duto de Exaustão de ar, Kit de Escovas Manuais de Manutenção, Laminas de Raspagem sem Clip, Lubrificante de Máquina Taylor Lube, Sanitizante Kay, Tubo Plástico Dispensador de Copos e Máquina de Sorvete”, sem o pagamento **da Antecipação Parcial antes da entrada no Estado da Bahia** por contribuinte **que não atendia ao estabelecido no inciso II, do § 2º, do art. 332 do RICMS/BA/12, para poder usufruir** do prazo regulamentar para pagamento da obrigação tributária.

“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:

(...)

b) não enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação e destinadas à comercialização,

relativamente à antecipação parcial do ICMS: “

(...)

*§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, **enchidos (embutidos)** e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:*

(...)

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

Quanto ao mérito, em apertada síntese, a Notificada consignou que o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 627.990 trata-se de aquisições interestaduais de materiais destinados ao ativo imobilizado ou ao uso ou consumo, não cabendo assim a cobrança da Antecipação Parcial prevista no Art. 12-A da Lei de nº 7.014/96 que estabelece a cobrança nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Verifico que em Consulta ao Sistema da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de Informações do Contribuinte – INC, nos Dados Cadastrais, que a Notificada está elencada sob a Condição de Empresa de Pequeno Porte e é Optante pelo Regime de Apuração Simples Nacional desde sua data de inclusão em 11/07/2022.

Ademais, averigua-se que a sua **Atividade Econômica Principal** está alicerçada no CNAE de nº 5611-2/03 donde se classificam as “**Lanchonetes, casas de chá, de suco e similares**” e possui como única Atividade Secundária o CNAE de nº 4721-1/04 – Comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes.

Atividades Econômicas

Atividade Econômica Principal 5611203 - Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares	
Tipo de Unidade:	UNIDADE PRODUTIVA
Forma de Atuação	ESTABELECIMENTO FIXO /

Cnaes Secundárias

Código	Descrição
4721104	Comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes

Neste sentido, analisando as mercadorias da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 627.990, “**Duto de Exaustão de ar**, Kit de Escovas Manuais de Manutenção, Laminas de Raspagem sem Clip, Lubrificante de Máquina Taylor Lube, Sanitizante Kay, Tubo Plástico Dispensador de Copos e **Maq. de Sorvete**” não resta dúvida a esta Relatoria que se trata do entendimento trazido pela Notificada de serem aquisições para o ativo imobilizado e de uso e consumo do seu estabelecimento o que torna incabível a exigência da antecipação parcial na forma prevista no art. 12-A da Lei de nº 7.014/96 nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Conquanto, ao pedido expresso da defesa afim de que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Entretanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do ato processual, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99,

os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei de nº 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Donde, através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não tendo mais sentido qualquer outra forma de intimação que não o DT-e.

Isto posto voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal de nº **281394.1244/22-2**, lavrada contra **GIACOMIN COMÉRCIO DE SOBREMESAS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR