

N.F. Nº - 128984.0033/22-2
NOTIFICADO - CMP DE FARIAIS EIRELI
NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0070-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. 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. Notificação Fiscal NULA. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, **Modelo de Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 07/01/2022, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 13.541,10, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 8.124,66, perfazendo um total de R\$ 21.665,76, 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:

“Aquisição interestadual de mercadorias tributadas procedentes de outra unidade federada e destinada a comercialização por contribuinte do Estado da Bahia, cuja a inscrição encontra-se na situação de DESCREDENCIADO, por não atender os requisitos previsto na legislação tributária em vigor, e não ter efetuado o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial na entrada do território deste Estado, conforme DANFE de nº 229.211 e TOF de nº. 441452.1008/22-8”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 128984.0033/22-2, devidamente **assinada pelo Auditor Fiscal** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o **Termo de Ocorrência Fiscal de nº 441452.1008/22-8** (fls. 05 e 06), assinados pelo transportador e pelo preposto fiscal; a **memória de cálculo** elaborada pelo Notificante (fl. 04) utilizando-se a MVA (percentual de 41,77%) a qual é tipicamente utilizada em relação aos **produtos da Substituição Tributária/Antecipação Total**; cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 000.229.211 procedente do Estado de Santa Catarina (fl. 07), emitida em 29/12/2021 pela Empresa “Bugio Agropecuária Ltda.”, venda de produção, correspondentes às mercadorias de **NCM de nº 0206.49.00** referentes ao segmento “**Produtos Alimentícios**” do Anexo 1 do RICMS/BA **mercadorias sujeitas à Substituição ou Antecipação Tributária**; cópia do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº. 4.565 (fl. 09); cópia dos documentos do veículo e do motorista (fls. 10 a 12).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 14 a 22), e documentação comprobatória às folhas 23 a 45, protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST. na data de 23/11/2022 (fl. 13).

Em seu arrazoado a Notificada explicou no tópico “**Dos Fatos**” que exerce atividade de fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos do abate, conforme infere do contrato social ora juntado à presente defesa, assim, firmou contrato de compra e venda de produtos resultantes do abate suíno com fornecedor localizado em outro Estado da Federação.

Explanou que adquiriu insumos para seu processo industrial, relativo à compra de carne suína, sendo certo que a referida mercadoria chegou à sede da indústria no dia seguinte à aquisição, ou seja, em 30/12/2021.

Tratou que, no entanto, em completa ilegalidade e abuso de poder de fiscalização, o Agente de Trânsito, dias depois da chegada da mercadoria, auditou a empresa no dia 07/01/2022 e lançou a presente Notificação de Trânsito, e que o Agente de Trânsito está impedido de auditar a empresa, ressalvada fiscalização de trânsito, o que não ocorreu na espécie à toda evidência.

Consignou no tópico “**Nulidade da Notificação de Lançamento – Agente de Trânsito Incompetente para Lançar o Tributo**” donde descreveu o art. 42, inciso II do RPAF, inferindo que o Nobre Agente de Tributos, o Sr. Rui Alves de Amorim não detém competência para auditar o contribuinte optante pelo lucro real, ressalvada a ocorrência de efetiva fiscalização de trânsito, o que não ocorreu na espécie à toda evidência, citando julgamento da 5ª JJF (fl. 16).

Defendeu no tópico “**A Não Incidência de Antecipação Tributária na Aquisição de Insumo para Indústria**” onde contemplou que o Código Tributário Nacional galgou a condição de Legislação Federal os Convênios firmados pelos Estados citando o art. 100 e inciso IV do CTN, citando a Cláusula Nona do Convênio ICMS de nº. 142/18.

Cláusula nona - Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica:

I - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária a estabelecimento industrial fabricante do mesmo bem e mercadoria;

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

III - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria;

IV - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento localizado em unidade federada que lhe atribua a condição de substituto tributário em relação ao ICMS devido na operação interna;

V - às operações interestaduais com bens e mercadorias produzidas em escala industrial não relevante, nos termos deste convênio.

Acrescentou que no mesmo sentido é a legislação estadual que regulamenta a matéria, cujo dispositivo legal estampado no art. 8º da Lei Estadual de nº. 7.014/96, é assente em afirmar que a Antecipação Tributária do ICMS não é devida quando a mercadoria é destinada à indústria.

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:

(...)

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

(...) III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte, que se dedicuem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

Citou também o ACÓRDÃO JJF Nº 0118-06-06/19NF. Ressaltou que a existência de informativo no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia constando expressamente a não incidência de antecipação tributária na aquisição de insumos para a indústria (doc. 02), conforme abaixo transscrito:

"ANTECIPAÇÃO PARCIAL

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."

(<https://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/duvidas/antecipacao-parcial.htm>)

Pontuou que no mesmo sentido é o entendimento assentado no Parecer de nº 6.985/2015 em consulta fiscal formulada junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, abaixo transscrito:

ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Na hipótese de aquisição interestadual de mercadoria destinada a emprego em processo que que possa efetivamente ser caracterizado como uma industrialização, não será devida a antecipação parcial do imposto. Por outro lado, havendo apenas um processo de beneficiamento, sem alteração da natureza do produto, será devida a antecipação parcial disciplinada no art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Ao final, pediu para ser realizada uma diligência com fins de se confirmar a atividade industrial da Notificada e requereu que a presente Notificação Fiscal seja julgada improcedente.

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, **Modelo de Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 07/01/2022, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 13.541,10, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 8.124,66, perfazendo um total de R\$ 21.665,76, em decorrência do cometimento da Infração (054.005.008) 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.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando a 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 ACÓRDÃO JJF Nº 0070-05/23NF-VD

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 ...”. Também, no mesmo artigo foi delimitado 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 na Nota Fiscal eletrônica (NF-e) de nº 000.229.211, correspondente às mercadorias NCM de nº 0206.49.00 (Miúdos Congelados de Suíno – pés dianteiros extra rachados e Recorte de Costela Congelado de Suíno) são referentes ao segmento **“Produtos Alimentícios”** pertencem ao **Regime da Substituição Tributária**, constantes no Anexo 1 do RICMS/BA/12, e, ademais, que em seu demonstrativo dos cálculos (fl. 03), 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 (41,77% para alíquota interestadual de 7%) 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 os 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 o 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.

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, em instância ÚNICA, julgar **NULA**, a Notificação Fiscal nº **128984.0033/22-2**, lavrada contra **CMP DE FARIA EIRELI**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO- PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR