

N.F. Nº - 1289840635/21-4
NOTIFICADO - CMP DE FARIAS LTDA.
NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT METRO - IFMT METRO

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0075-06/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição fática e capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que a Notificada não efetuou o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadoria sujeita à Substituição Tributária. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, incisos II, IV, alínea “a” do RPAF/BA/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 14/12/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 10.338,89, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 6.203,34, perfazendo um total de R\$ 16.542,23, 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 da federada e destinadas a comercialização por contribuinte do Estado da Bahia, cuja inscrição encontra-se na situação de DESCREDENCIADO, por não atender os requisitos previstos 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 226712, TOF de nº 44145211643/21-1.”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 1289840635/21-4, 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 4414521164/21-1**, datado de 09/12/2021 (fls. 04 e 05), assinados pelo transportador e pela **preposta fiscal Tatiana Simões Midlej Silva de Oliveira**; cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 226.712 procedente do Estado de Santa Catarina (fl. 06), emitida em 03/12/2021, pela Empresa “Bugio Agropecuária Ltda.”, carreando as mercadorias de NCM de nº 0203.29.00 (Espinhaço Congelado de Suíno – Inteiro) pertencentes ao Anexo 1 do RICMS/BA/12 relacionados aos produtos que estão na **Substituição Tributária ou Antecipação Total** no Estado da Bahia; cópia do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE e do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE (fls. 7 e 8)

cópia dos documentos do motorista e do veículo (fls. 11 a 13).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Advogado, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 14 a 23), protocolizada na IFMT SUL/COORD.ATEND na data de 07/12/2022 (fl. 14).

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 no dia seguinte à aquisição, 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 14/12/2021 e lançou a presente Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadoria.

Tratou no tópico “**Nulidade da Notificação de Lançamento – Agente de Trânsito Incompetente para Lançar o Tributo**” onde descreveu o disposto no art. 42 do RPAF e inferiu que o 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. Ressaltou que a referida ilegalidade tem sido rechaçada pelas Juntas de Julgamento Fiscal no CONSEF, vez que não se trata de fiscalização de trânsito (fl. 07)

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Acrescentou que o caso do auto é vício insanável na medida em que Agente de Tributos **identificou a emissão de DANFE** no Sistema da SEFAZ desacompanhado do pagamento da Antecipação Tributária – indevida no caso de aquisição de insumos para industrialização – e lançou o tributo dias depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito.

Apontou no tópico “**A Não Incidência de Antecipação Tributária na Aquisição de Insumo para Indústria**” onde contemplou que o Código Tributário Nacional galgou à 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 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 7.014/2006, 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 dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

Citou, também, o ACÓRDÃO JIF Nº 0118-06-06/19NF em caso idêntico e 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. 03), conforme abaixo transcrito:

“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.sfaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/duvidas/antecipacao-parcial.htm>)

Pontuou que no mesmo sentido é o entendimento assentado no Parecer de nº 6985/2015 em consulta fiscal formulada junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, abaixo transcrito:

ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Na hipótese de aquisição interestadual de mercadoria destinada a emprego em processo que possa efetivamente ser caracterizado como uma industrialização, não será devida a antecipação parcial rio 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 seja a presente Notificação Fiscal julgada improcedente.

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 14/12/2021, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 10.338,89, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 6.203,34, perfazendo um total de R\$ 16.542,23, 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 e a 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, ou seja, “...*Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida **antecipação parcial** do imposto...*”, e, também, no mesmo artigo delimitou-se a forma de 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 o produto constantes na Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **226.712** correspondente à mercadoria de NCM de nº 0203.29.00 (Espinhaço Congelado de Suíno – Inteiro) pertencente ao **Regime da Substituição Tributária**, constantes no Anexo 1 do RICMS/BA/12 e que, em seu demonstrativo de débito, o Notificante calculou o montante do imposto atribuído à Notificada (fls. 10 e 11) estabelecendo-se em descrição fática e fundamentação legal próprias a

este regime, com a utilização da Margem de Valor Agregado - MVA 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 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.

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, em instância ÚNICA, julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 128984.0635/21-4, lavrada contra CMP DE FARIAS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2023

VALTERCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR