

A.I. Nº - 148714.0001/21-9
AUTUADO - NOVAKEM INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO REIS MACIEL
ORIGEM - DAT METRO - IFEP INDÚSTRIA

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0124-06/23-VD**

EMENTA: ICMS. EMENTA CONSTITUCIONAL 87/2015. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. OPERAÇÕES REALIZADAS PARA CONSUMIDORES FINAIS LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. O presente lançamento de ofício contém a acusação de que o remetente ou prestador, localizado em outra unidade da Federação, recolheu a menor o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. Ocorre que o autuado está situado neste Estado e não em outra unidade da Federação. As operações fiscalizadas, nos termos dos levantamentos constantes dos autos, expressamente no título de um deles, “*ICMS DIFAL – NÃO CONTRIBUINTE – UF ORIGEM BA*”, não contém qualquer operação cujo destino fosse a Bahia, ao contrário dos fundamentos de fato e de direito do Auto de Infração, mas sim como unidade federativa de origem. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no dia 30/09/2021 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 39.363,72, sob a seguinte acusação:

“O remetente ou prestador, localizado em outra unidade da Federação, recolheu a menor o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado”.

Código da infração: 003.002.015.

Período auditado: 04,05, 06, 08, 10, 11/2016, 01,02, 03, 07, 08/2017 e 03 a 12/2018.

Enquadramento legal: inciso IV do art 2º, inciso II do § 4º do art 2º; § 7º do art 15 e art 49-B da Lei 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15. Multa: 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Data da ciência: 02/02/2022 (fl. 41).

Endereço do sujeito passivo: Via Periférica I, 5.532, CIA Sul, Simões Filho - BA.

O autuado ingressa com defesa às fls. 43 a 47, na qual suscita preliminar de invalidade do Auto de Infração, por não lhe terem sido solicitados documentos quando da auditoria. Termo de início de fiscalização e intimação juntados às fls. 06/07.

Também suscita prejudicial de decadência, por terem passado mais de 05 anos desde as ocorrências dos supostos fatos geradores.

No mérito, diz que não comercializou mercadorias para não contribuintes do imposto em tela, mas sim para contribuintes, não havendo que se falar, portanto, em exigência de DIFAL com base no art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC 87/2015.

Ainda que exigível fosse o tributo, o que admite apenas em atenção ao bom debate, diz que a multa é confiscatória e inconstitucional, motivo pelo qual não deve prevalecer.

Solicita a realização de diligência ou perícia técnica, fornece endereço para correspondências processuais e pede deferimento.

Na Informação Fiscal, de fls. 490 a 492, a auditora assinala que intimou o defendente para apresentação de livros e documentos, de acordo com os e-mails acostados às fls. 537/538.

Ressalta que os demonstrativos constantes dos presentes autos tratam de “ICMS DIFAL – NÃO CONTRIBUINTE – UF ORIGEM BA”, os quais continham valores do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) que não conseguiu detectar quando da autuação, motivo pelo qual refez a apuração, tendo o montante exigido sido modificado, de R\$ 39.363,72 para R\$ 35.142,11.

Intimado (fls. 547/548), o autuado não se manifestou.

VOTO

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

O presente lançamento de ofício contém a acusação de que o remetente ou prestador, localizado em outra unidade da Federação, recolheu a menor o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado.

Ocorre que o autuado, conforme o que já foi exposto no Relatório acima, possui endereço na Via Periférica I, 5.532, CIA Sul, Simões Filho – BA, e não em outra unidade da Federação.

Foram tidos como infringidos os seguintes dispositivos da legislação: art. 2º, IV; art. 15 § 7º e art. 49-B da Lei 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC 87/2015 e Convênio ICMS 93/15.

O art. 2º, IV da Lei do ICMS/BA, por exemplo, dispõe que:

“Art. 2º O ICMS incide sobre:

(...)

IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;

(...)”.

Acontece que as operações fiscalizadas, nos termos dos levantamentos constantes dos autos, expressamente no título de um deles, de fl. 505, “ICMS DIFAL – NÃO CONTRIBUINTE – UF ORIGEM BA”, não contém qualquer operação cujo destino fosse a Bahia, ao contrário dos fundamentos de fato e de direito do Auto de Infração, mas sim como unidade federativa de origem.

Os DANFES colacionados, igualmente, demonstram que os negócios jurídicos tiveram como origem a Bahia e como destinos diversos outros Estados, a exemplo de Minas Gerais, Maranhão, Sergipe, Paraíba, Ceará, Goiás etc.

Assim sendo, resta claramente evidenciada a nulidade do lançamento de ofício, ficando prejudicadas as demais questões levantadas na peça defensiva.

Segundo o art. 18 do RPAF/99:

“Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

(...)

V - o lançamento de ofício: a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator; b) em que se configure ilegitimidade passiva.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

§ 3º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes”.

Em face do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **148714.0001/21-9**, lavrado contra **NOVAKEM INDÚSTRIA QUÍMICA LTDA**.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 10 de maio de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR