

N.F. Nº - 298942.0942/22-0
NOTIFICADO - CMP DE FARIAS EIRELI
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL - IFMT - POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30.08.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0148-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS REFERENTE À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. 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 19/07/2022, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 15.513,38, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 9.308,03, perfazendo um total de R\$ 24.821,41, 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:

“O presente refere-se à antecipação total do ICMS das mercadorias/produtos tributados (cortes de suíno congelados), procedentes de outra Unidade da Federação (SC), constantes na N.F. de nº 248.367, emitida em 15/07/2022, para comercialização, industrialização ou outros atos de comércio por contribuinte situado no Estado da Bahia, NÃO detentor do benefício de Regime Especial para postergar prazo de recolhimento até o mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado à N.F. e, conforme art. 332, §2º do RICMS/BA. Falta da denúncia espontânea e pagamento do ICMS devido antes da entrada no território deste Estado”

Anexo aos autos, dentre outros documentos, encontram-se: a Notificação Fiscal de nº **298942.0942/22-0**, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 03); **a memória de cálculo** elaborada pelo Notificante (fl. 03) utilizando-se a MVA (percentual de 41,77%) a qual é tipicamente utilizada em relação aos **produtos da Substituição Tributária/Antecipação Total**; **o Termo de Ocorrência Fiscal de nº 441452.1008/22-8** (fls. 05 e 06), assinados pelo transportador e pelo preposto fiscal; o Termo de Apreensão de nº 1527011547/22-6, datado de 19/07/2022 (fls. 04 e 05); a cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **248.367** (fl. 08), emitido pela Empresa **Bugio Agropecuária Ltda.**, na data **15/07/2022**, procedente do Estado de Santa Catarina, Natureza da Operação - Venda de Produção (CFOP de nº 6101), carreando as mercadorias de NCM de nº 0203.29.00 (**Espinhaço Congelado de Suíno**); o Documento Auxiliar e do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 12.069 (fl. 07);

cópia do documento do motorista e do veículo (fl. 10).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através do Advogado Aurélio Feliciano Assunção Brandão Cirne OAB/BA 19506, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 13 a 19), protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST na data de 25/04/2023 (fl. 12).

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 ao chegar no Posto Fiscal Benito Gama, localizado em Vitória da Conquista – Bahia, prepostos da SEFAZ procederam à notificação da Notificada, descreveu a infração e argumentou que o Notificante desconsiderou por completo a legislação que regula a matéria sendo a presente notificação manifestadamente improcedente.

No tópico “**A Antecipação Tributária não se Aplica a Casos de Não Venda de Subprodutos de Abate Suíno**” discorreu que no caso dos autos estar-se-á diante de responsabilidade tributária por antecipação, conforme previsto no § 7º, do artigo 150 da Constituição Federal, donde defendeu que a antecipação somente pode ser aplicada nos casos em que há incidência do tributo na fase seguinte, sob pena de manifesta inconstitucionalidade, e nos casos dos autos, não há que se falar em aplicação tributária em razão do quanto previsto no art. 271 do RICMS/BA, *in verbis*:

“Art. 271. Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o diferido relativo às aquisições dos animais vivos. ”.

“§ 1º Na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente. ”.

Garantiu que, com isso, não restam dúvidas acerca da não incidência do ICMS na operação de saída interestadual de produtos resultantes do abate de suíno, como é o caso dos autos, conforme disposição expressa do RICMS/BA.

Abordou 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 JJF Nº 0118-06-06/19NF em caso idêntico**. Ressaltou 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 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 6.985/2015 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 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.

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, **Modelo de Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 19/07/2022, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 15.513,38, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 9.308,03, perfazendo um total de R\$ 24.821,41, em decorrência do cometimento da Infração (054.005.008) de **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 à alínea “b”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto de nº 13.780/12, **c/com 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, pelo 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 de 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) carreando as mercadorias de NCM de nº 0203.29.00 (**Espinhaço 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 utilizada 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.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 298942.0942/22-0, lavrada contra **CMP DE FARIAS EIRELI**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR