

N.F. Nº - 232363.0127/19-0
NOTIFICADO - APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA.
NOTIFICANTE - ELIANE SILVA MOREIRA
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT / POSTO FISCAL FRANCISCO HEREDA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0162-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatado que as mercadorias estão submetidas ao regime de substituição tributária, o que exclui a incidência da antecipação tributária parcial. Afastadas as nulidades suscitadas. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, **Modelo de Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 16/10/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 9.629,51, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 5.777,71, perfazendo um total de R\$ 15.407,22, 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.

Na peça acusatória a Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Contribuinte descredenciado, DANFES de nºs 250.474 e 250.476 emitidos em 15/10/2019”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: a Notificação Fiscal de nº 232363.0127/19-0, devidamente assinada pelo **Agente de Tributos Estaduais** (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); cópia dos DANFES das Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) de nºs 250.474 e 250.476 (fls. 03 e 04) contendo as mercadorias de NCM de nº 6907.22.00 (PORCELANATOS), emitidos pela “Empresa Pamesa do Brasil S/A, ambos na data de 15/10/2019, provenientes do Estado de Pernambuco tendo como destinatária a Notificada, a Empresa APL Comércio de Pisos LTDA; **a memória de cálculo** elaborada pela Notificante (fl. 05) utilizando-se a MVA (percentual de 66,34%) a qual é tipicamente utilizada em relação aos **produtos da Substituição Tributária/Antecipação Total**; consulta ao cadastro do contribuinte (fl. 06), descredenciado pelo motivo de restrição de crédito dívida ativa.

A Notificada se insurge contra o lançamento, manifestando impugnação através de advogado, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 16 a 19), e documentação comprobatória às folhas 20 a 25, protocolizada na CORAP METRO/PA SALADOR SHOP na data de 10/02/2020 (fl. 15).

Em seu arrazoado no tópico **“Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração. Ausência de Indicação da Fundamentação Legal para a Exigência do Tributo e Aplicação da Multa. Ausência de Informações Essenciais no Auto de Infração”** a Notificada asseverou que todo procedimento administrativo fiscal, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, está submetido ao princípio da fundamentação, pelo que todo e qualquer ato que o componha deve estar baseado em expressa fundamentação legal e fática.

Enfatizou que tendo em vista que a cobrança de tributos deve respaldar-se, definitivamente, numa regra legal, impende que o ente público propicie àquele a quem se imputa o pagamento do tributo ou de penalidade a indicação da norma supostamente incidente sobre o fato realizado pelo sujeito passivo, não sendo lícito à Administração Tributária impor exações ou multas, sem especificar a lei sobre a qual se fundamenta.

Inferiu que, diante do artigo 39, inciso V do RPAF/BA/99, constata-se a indubitável nulidade do auto de infração impugnado, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, demonstrando-se a absoluta ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra matriz-de-incidência do ICMS cobrado e da norma punitiva, impossibilitando, destarte, a plena verificação por parte do sujeito passivo em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia.

Explicou que no auto de infração impugnado, há apenas a indicação de dispositivos regulamentares, dispostos na Lei 7.014/96 e do RICMS. Além dos artigos da Lei 7.014/96 não indicarem, precisamente, os elementos das normas jurídicas supostamente incidentes aos fatos descritos, há de ressaltar que sua menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o auto de infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, não sendo possível aferir com exatidão, em qual infração incorreu o contribuinte, inviabilizando a defesa ou prova em contrário.

Insistiu que na forma como está posta na autuação, é totalmente despicienda, visto que, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há, por corolário lógico, de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Finalizou no tópico “**Conclusão**” que seja acolhida a questão preliminar suscitada, decretando-se a nulidade da Notificação Fiscal ante a ausência de indicação da fundamentação legal para a exigência do tributo, rejeitada as questões preliminares, seja julgado improcedente a notificação fiscal.

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 VENCIDO

A Notificação Fiscal, **Modelo de Trânsito de Mercadorias**, em epígrafe, lavrada em 16/10/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 9.629,51, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 5.777,71, perfazendo um total de R\$ 15.407,22, 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 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:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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:

"CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

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 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:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

Após exame das peças processuais que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relativos 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, a Notificante **descreveu a situação fática da presente Notificação Fiscal** de tratar-se de contribuinte descredenciado referente aos DANFES de nºs. 250.474 e 250.476. **A infração cometida pelo sujeito passivo foi imputada pela Notificante** como: "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 da infração foi realizado com base no artigo 332, inciso III, alínea "b" do RICMS/BA/12 o qual dispõe sobre o recolhimento do ICMS em relação às mercadorias **não enquadradas no regime de substituição tributária** e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS, combinado com o artigo 12-A da Lei 7.014/96 que trata das aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, onde será exigida antecipação parcial do imposto.

Observei que as mercadorias carregadas pelos DANFES de nºs. 250.474 e 250.476 de NCM de nº. 6907.22.00, as quais em consulta àquelas passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total que constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº. 13.780/12, para o ano de 2019, encontram-se na posição 6907 com a descrição de "*Ladrilhos e placas de cerâmica, exclusivamente para pavimentação ou revestimentos; Cubos, pastilhas e artigos semelhantes de cerâmica, mesmo com suporte, exceto os descritos*".

De mais a mais, em seu demonstrativo de débito, a Notificante calculou o montante do imposto, devido à Notificada, de R\$ 9.629,51, utilizando-se nos DANFES de nºs. 250.474 e 250.476 o cálculo devido para os produtos da Substituição Tributária, com a Margem de Valor Agregado – MVA de 66,34% para a alíquota interestadual de 12% dos produtos provenientes do Estado de Pernambuco, em desentonação 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 apenas de produtos do Regime de **Antecipação Parcial** (infração **054.005.008**) tendo-se em vista que as mercadorias e o cálculo do imposto devido são devido às mercadorias serem enquadradas no Regime de **Substituição Tributária**.

Portanto, 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. Haja vista que 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, assim, que o contribuinte exercesse plenamente o direito de defesa.

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;

(...)

Isto posto, o desafinamento do direito de defesa do contribuinte, ferindo o princípio da legalidade e do devido processo legal.

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, onde os demais pedidos de nulidade ficam de apreciação prejudicada.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal da notificada que analise 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.

VOTO VENCEDOR

Peço vênias para divergir do ilustre Relator quanto à decisão pela nulidade da Notificação Fiscal pelos motivos adiante expostos.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem a Notificação Fiscal, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que a Notificação Fiscal registra a acusação de falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, por contribuinte descredenciado, relativo às Notas Fiscais nº 250.474 e 250.476, emitidas em 15/10/2019.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não

foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

A Notificante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

Ocorre que os produtos elencados nos referidos documentos fiscais estão enquadrados no regime de substituição tributária, contendo a NCM 6907, relacionados no item 8.30 do Anexo 1 do RICMS/12, o que exclui a incidência do imposto relativo à antecipação tributária parcial, de acordo com o estabelecido no Art. 12-A, § 1º, III da Lei nº 7.014/96, in verbis:

“§ 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:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.” (grifo nosso)

Ademais, conforme determinado no parágrafo único do Art. 155 do RPAF/99, “quando houver a possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Sendo assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal, ressaltando que, caso o imposto referente à substituição tributária, se devido, não tenha sido recolhido, deverá ser realizada nova ação fiscal para o exigir, em sede de fiscalização de estabelecimento, em razão da perda da instantaneidade inerente às operações de fiscalização no trânsito de mercadorias.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232363.0127/19-0**, lavrado contra **APL COMÉRCIO DE PISOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 5 de setembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR/VOTO VENCEDOR