

N.F. Nº - 128984.1969/22-1
NOTIFICADO - AÇO SERTÃO LTDA.
NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL JAIME BALEEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0044-05/24NF-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 Total, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadoria sujeita à Antecipação Parcial. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. 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 03/12/2022, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$ 12.018,37**, mais multa de 60%, no valor de **R\$ 7.211,02** totalizando o montante de **R\$ 19.229,39** em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 054.005.010: Falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alíneas “a e d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º; § 6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei de 7.014/96. Multa tipificada 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 de mercadorias procedente de outra unidade federada para comercialização ou outros atos de comércio por contribuinte que não possui regime especial para pagamento posterior do ICMS da Antecipação Tributária, e deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antes do ingresso das mercadorias neste Estado, conforme prevê o art. 289 § 2º-A, inciso IV do RICMS/BA. DANFE de nº 62.620”

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se **cópias dos seguintes documentos:** a Notificação Fiscal de nº **128984.1969/22-1**, devidamente assinada pelo Auditor Fiscal (fl. 01); o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o **Termo de Ocorrência Fiscal nº 232541.1318/22-0**, datado de 02/12/2022 (fls. 04 e 04vs.), o DANFE da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº **062.620**, procedente do **Estado de Minas Gerais** (fls. 05 a 07), emitida **na data de 28/11/2022** pela Empresa Eli Lilly do Brasil Ltda correspondentes às mercadorias de **NCM de nº 7216.91.0 (Perfis Dobrado Mambri Retangular)** objetos da notificação; o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico - DACTE de nº **6.925** (fl. 09); consulta à situação cadastral da Notificada constando contribuinte Descredenciado – “Contribuinte por ter menos de 6 meses de Atividade” (fl. 11); Consulta dos pagamentos realizados (fl. 09) com o retorno de “Não foi localizado nenhum pagamento para o usuário informado”; os documentos do motorista e do veículo (fl. 10).

Verifiquei acostado aos autos a memória de cálculo realizada (fl. 03) utilizando-se a metodologia de cálculo tipicamente de produtos da **Substituição Tributária** com a aplicação da **Margem de Valor Agregado– MVA de 87,13%**.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de Representante, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 15 e 16), protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADM na data de 17/10/2023 (fl. 14).

Em seu arrazoado a Notificada alegou a tempestividade de sua peça de defesa e no tópico “**Do Contexto Fático**” descreveu que é uma empresa que atua no ramo do comércio atacadista de ferragens e ferramentas desde 29/09/2022 e que teve lavrada contra si a presente notificação no valor de R\$ 19.229,39 por ter supostamente adquirido mercadorias procedentes de outra Unidade Federada sujeitas a Substituição Tributária.

Tratou que anexa à referida notificação uma planilha que lhe foi enviada, via DT-e, intimando-a para recolher o ICMS de “Substituição Tributária”, calculado pela MVA de 87,13%, gerando uma base de cálculo no valor de R\$ 84.284,57, **NCM de nº 7308.04**, correspondente a “**Material para Andaimos e para Armações**” gerando ICMS a recolher de R\$ 12.018,37. Entretanto, como já demonstrado para esta Secretaria a Notificada adquiriu “**Perfis Dobrado Mambri Retangular**”, de NCM de nº 7216.9, totalmente diferente dos mencionados na notificação e sujeitos ao Regime de Antecipação Parcial, com base de cálculo no valor de R\$ 45.040,65, com aproveitamento do crédito do ICMS destacado no valor de R\$ 3.152,85 gerando ICMS a recolher no valor de R\$ 4.954,46 conforme Nota Fiscal em anexo.

Finalizou no tópico “**Dos Pedidos**” afirmando por todo o exposto requer que seja julgado nulo o lançamento tributário da presente Notificação haja vista tratar-se de produtos sujeitos à Antecipação Parcial e não à Substituição Tributária conforme regulamento do ICMS.

Verifico que por ter sido revogado o art. 53 do RPAF/99 através 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 exame, **no Modelo Trânsito de Mercadorias**, lavrada em **15/08/2023**, exige da Notificada ICMS no valor histórico de **R\$ 6.453,32**, mais multa de 60%, no valor de **R\$ 3.871,99** totalizando o montante de **R\$ 10.180,38** em decorrência do cometimento da Infração (**054.005.010**) da **falta de recolhimento do ICMS**, referente à **antecipação tributária total**, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto **ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal**.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando às alíneas “a e d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto de nº 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º; § 6º do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei de 7.014/96. Multa tipificada no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do POSTO FISCAL Jaime Baleeiro, através da abordagem de veículo contendo o **DANFE** da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) **de nº 062.620**, procedente do **Estado de Minas Gerais** (fl. 07), emitida **na data de 28/11/2022** pela Empresa Eli Lilly do Brasil Ltda correspondentes às mercadorias **de NCM de nº 7216.91.0 (Perfis Dobrado Mambri Retangular)** **sem o pagamento da Antecipação Total antes da entrada no Estado da Bahia, que não atendia ao estabelecido no inciso I do § 2º do art. 332 do RICMS/BA/12, para poder usufruir do prazo regulamentar para pagamento da obrigação tributária, por possuir menos de 06 meses de atividade.**

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

(...)

d) destinadas a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria;

(...)

§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

O Notificante em sua “**Descrição dos Fatos**” acrescentou o artigo 289 § 2º-A, inciso IV do RICMS/BA, para alicerçar o presente lançamento, que trata das operações com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, a retenção ou antecipação do imposto também deverá ser feita se o destinatário for industrial, salvo quando estiver dispensado conforme disposição do inciso IV.

§ 2º-A. A Nas operações com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, a retenção ou antecipação do imposto também deverá ser feita se o destinatário for industrial, salvo quando:

(...)

IV - estiver dispensado mediante credenciamento pelo titular da DIREF, após vistoria realizada por preposto da inspetoria da sua circunscrição fiscal, atestando o atendimento das condições necessárias para o exercício da atividade industrial, com indicação das máquinas e equipamentos utilizados e dos produtos fabricados.

Verifico que na síntese de sua contradita a Notificada consignou que adquiriu na Nota Fiscal de nº 62.620 as mercadorias “**Perfis Dobrado Mambri Retangular**”, de NCM de nº 7216.9, relacionadas ao Regime de Antecipação Parcial, diferentemente da intimação para recolher o ICMS de “Substituição Tributária”, calculado pela MVA de 87,13%, **NCM de nº 7308.04**, correspondente a “**Material para Andaimos e para Armações**”, requerendo a nulidade do lançamento.

Neste sentido 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 Tributária Total**, das mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, enquadrando a sua conduta nas exigências do art. 332, inciso III, especificamente a alínea “a” da Lei de nº 13.780/12 que trata da exigência do recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes, estabelecendo-se o cálculo na exigência do art. 23, inciso II da Lei de 7.014/96.

No entanto, constato que os produtos adquiridos pela Notificada **não têm base de cálculo do imposto acrescida de MVA**, por inexistir previsão em Convênio e Protocolo, assim como no RICMS-BA/12, particularmente no seu Anexo I, ano de 2022, **razão pela qual não pode ser considerado produto sujeito ao regime de substituição tributária**, mas tão somente à Antecipação Parcial do ICMS. E, uma vez sujeitos ao Regime de Antecipação Parcial do ICMS, a

base de cálculo é apurada sobre o valor da operação constante na NF-e de nº 062.620 (art. 23, inciso III da Lei 7.014/96), aplicando, no que couber, o art. 12-A da Lei de nº 7.014/96.

Ademais, tem-se 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 ao regime da **Substituição Tributária**.

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, dos cálculos do imposto devido, ambos referentes ao imposto sujeito às mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, conquanto na situação fática trata-se de mercadorias pertencentes ao Regime da Antecipação Parcial.

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.

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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 128984.1969/22-1, lavrada contra AÇO SERTÃO LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR