

N. F. Nº - 099883.0039/19-6
NOTIFICADO - GUARDIAN DO BRASIL VIDROS PLANOS LTDA.
NOTIFICANTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/02/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0026-02/25NF-VD

EMENTA: ICMS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR. MERCADORIAS SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. Recolhimento a menos do ICMS-ST. Contribuinte comprovou que não cabe a cobrança do ICMS-ST sobre o frete, que é responsabilidade da empresa destinatária da mercadoria, como está previsto no Protocolo ICMS 26/10 na Cláusula Terceira § 3º. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 21/01/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 10.906,34, mais multa de 60% no valor de R\$ 6.543,81, perfazendo um total de R\$ 17.450,15, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01-55.34.02 – Proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Artigo 10 da Lei 7014/96 C/C cláusulas terceira e quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10.

Multa prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

O Notificado através do seu representante apresenta justificação com anexos, às fls. 15 a 42 do PAF, onde diz que a presente resposta tem como escopo a apresentação de defesa em face da Notificação Fiscal nº 0998830039/19-6, lavrada contra a Requerente, através da qual a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia requer o recolhimento complementar de ICMS em sua modalidade de Substituição Tributária, tendo em vista que a exigência das malsinadas exações são carecedoras de amparo legal.

Diz que, configurado está, sem embargo, o vício material na referida Notificação Fiscal, tornando-se passível de nulidade plena. Isso porque o enquadramento legal utilizado na referida notificação foi utilizado de maneira equivocada, como está claro no § 1º da Cláusula terceira:

“inexistindo o valor de que trata o ‘caput’, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos os valores a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário”.

Afirma que o dispositivo legal orienta à inclusão do frete na base de cálculo do imposto, o que no caso em análise não ocorreu, visto que o serviço de frete foi contratado em sua modalidade FOB (*free on board*), dessa forma a Requerente não poderia incluir o frete na base de cálculo do imposto porque o transporte foi contratado pelo próprio destinatário, como está bem claro nas Notas Fiscais nº 238.371, 238.372 e 238.373, onde consta expressamente “frete por conta do destinatário”.

Reforça que o procedimento administrativo fiscal está inexoravelmente vinculado ao princípio da

legalidade e não pode o Fisco, interpretando incorretamente ou parcialmente a ordem jurídica, perpetrar atos de gestão fiscal que possam molestar o contribuinte. Desta forma, a notificação carece ser revista, pois está contaminada de vício material, ferindo de morte os preceitos do art. 142 do CTN. A notificação trouxe em seu bojo a cobrança do ICMS da ST referente ao serviço de frete das referidas notas fiscais, ocorre que como mostrado o frete foi contratado na modalidade FOB, ou seja, a responsabilidade pelo frete é do destinatário, conforme podemos ver no campo “Transportador” nos documentos fiscais emitidos, na opção “Frete por conta”. Ora, se o frete é por conta do destinatário da mercadoria, como poderia o emitente ser responsável pelo recolhimento antecipado do ICMS-ST sem saber qual o valor cobrado pelo prestador do serviço do frete? Lembrando que nesta modalidade a transação da mercadoria se dá na hora da entrega da mercadoria à transportadora indicada pelo comprador, e todos os custos a partir de então são daquele que contratou o frete. O referido protocolo nos traz na mesma cláusula terceira, em seu § 3º, a responsabilidade do destinatário pelo recolhimento do ICMS-ST correspondente à parcela do frete, quando este não está incluso na base de cálculo.

De todo exposto, demonstrado que a notificação está contaminada por vício insanável, requer a procedência do pedido para que seja anulado de ofício a indigitada Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias nº 0998830039/19-6, ora em debate, com o que se estará fazendo a mais lúdima justiça.

Não contém informação fiscal.

É o relatório.

VOTO

Essa notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a diferença antecipação tributária recolhida a menor das mercadorias constantes nas Notas Fiscais nº 238.371, 238.372 e 238.373, conforme descrição no corpo da Notificação Fiscal:

“Em hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Destacou a menor o ICMS, da substituição tributária total, das mercadorias enquadrada no Anexo Único do RICMS/BA, (VIDROS), Prot. ICMS 26/10, por não ter incluso o valor da prestação de serviço na base de cálculos, constante nos Danfe nº 238371, 238372 e 238373, e Dacte nº 879, e DAMDFE 3319011289898200172758001000008011001303216”.

A Notificação decorre da aquisição em outra unidade da Federação de mercadorias (Vidro) que está sujeito a Substituição Tributária Total, na ação fiscal o Notificante entendeu que o Notificado destacou a menor o ICMS-ST nas Notas Fiscais ao não incluir na sua base de cálculo o valor do serviço de frete no transporte das mercadorias e lavrou a notificação fiscal contra a empresa remetente, que possui inscrição ativa no Estado da Bahia, como Substituto/Responsável ICMS Destino.

A legislação tributária do ICMS enquadra “Vidro classificado no NCM 7005 e suas variáveis” sujeitas a antecipação tributária com toda uma legislação específica estabelecida através da Lei 7.014/96, nos artigos 9º, § único e 10:

***Art. 9º** Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.*

***Parágrafo único.** O encerramento da fase de tributação referido neste artigo implica que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, salvo disposição em contrário, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção.*

***Art. 10.** Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.*

Na sua defesa o Impugnante requer a nulidade da notificação fiscal por vício material, por entender não caber a cobrança do ICMS-ST do frete, considerando que esse serviço é de responsabilidade da empresa destinatária da mercadoria, conforme mostra as notas fiscais no campo “Transportador” Frete por conta do Destinatário.

Na análise das referidas notas fiscais constato que o Impugnante está correto, no campo “Transportador” consta a observação de que o frete é de responsabilidade do destinatário, não devendo ser incluído no cálculo do ICMS-ST destacado nas notas fiscais emitidas pelo remetente.

O próprio Protocolo ICMS 26/10 na cláusula terceira, § 3º, estabelece que na impossibilidade da inclusão do frete na base de cálculo do ICMS-ST pelo remetente, o recolhimento dessa parcela do ICMS-ST seja efetuado pelo destinatário:

PROTOCOLO ICMS 26, DE 20 DE JANEIRO DE 2010

Publicado no DOU de 27.01.10, pelo Despacho 70/10.

Alterado pelo Prot. ICMS 154/10, 48/13, 43/15.

Adesão de ES pelo Prot. ICMS 121/12, efeitos a partir de 01.09.12.

Adesão do AP pelo Prot. ICMS 125/13, efeitos a partir de 01.12.13.

Alterado pelo Prot. ICMS 67/19, efeitos a partir de 25.09.19.

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.

Os Estados de Minas Gerais e da Bahia, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, em Brasília, DF, no dia 20 de janeiro 2010, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996, e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte.

P R O T O C O L O

Nova redação dada ao caput da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 43/15, efeitos, em relação ao Estado do Rio de Janeiro, a partir da data prevista em decreto do Poder Executivo e, em relação às demais UF, a partir de 01.08.15.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas aos Estados do Amapá, Bahia, Espírito Santo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Redação original, efeitos, em relação ao Estado do Rio de Janeiro, conforme previsto em decreto do Poder Executivo e, em relação às demais UF, até 31.07.15.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado de Minas Gerais ou ao Estado da Bahia, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes.

Parágrafo único. O disposto no “caput” aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço único ou máximo de venda a varejo fixado pelo órgão público competente.

§ 3º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete, seguro ou outro encargo na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente a essas parcelas será efetuado pelo estabelecimento

destinatário, acrescido dos percentuais de margem de valor agregado previstos nesta cláusula. (Acrescentado pelo Prot. ICMS 154/10).

Por tudo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **099883.0039/19-6** lavrada contra **GUARDIAN DO BRASIL VIDROS PLANOS LTDA.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2025

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR