

**N. F. Nº** - 130577.0045/17-6  
**NOTIFICADO** - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.  
**NOTIFICANTE** - GRAÇA HELENA CRISTO DE SOUZA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 24/04/2020

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0048-06/20NF**

**EMENTA:** ICMS NULIDADE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS Capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. Enquadramento com destaque a menor em documento fiscal. Erro na determinação da base de cálculo. Recolhimento a menor da Substituição Total. Notificação Fiscal. NULA. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 18/05/2017, em que é exigido o ICMS no valor de R\$10.316,78, e multa de 60% no valor de R\$6.190,07, perfazendo um total de R\$16.506,85, pelo recolhimento a menor da antecipação total do ICMS, em aquisição interestadual de mercadorias para comercialização.

Infração 01 52.01.05 – Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.

Enquadramento Legal: Arts. 17 e 34, Incisos. XII e XV da Lei 7.014/96, c/c 56 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa prevista no artigo 42, Inciso II, Alínea “f” da Lei 7.014/96.

O Notificado ingressa com defesa tempestiva com anexos fls. 19/41, através de advogados, diz apresentar impugnação administrativa, com base nas razões justificadoras do seu pleito. Diz ser pessoa jurídica de direito privado dedicada à atividade de comércio atacadista, importação e armazenamento de gêneros alimentícios, cereais e leguminosas beneficiados, carnes e derivados (bovinos, aves, suínos, pescados, frutos do mar, bufalinos e capivaras) e industrialização de produtos à base de carnes e seus derivados, conforme seu contrato social. Informa que no exercício da sua atividade empresarial, adquire produtos, não apenas no Estado da Bahia, mas também de fornecedores localizados nos mais diversos Estados brasileiros, dentre eles, Espírito Santo, Goiás, Paraíba e Minas Gerais, de onde é proveniente a maior parte das mercadorias utilizadas para a revenda.

Por conta disso, aduz que em todo o tempo, age em rígida observância as normas jurídicas, inclusive as chamadas normas complementares, com destaque para os Convênios celebrados pelo Estado da Bahia. Dentre os mais variados Convênios em vigor, aduz que o objeto do presente requerimento envolve análise e aplicação do Convênio nº. 89, acordado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em 17 de agosto de 2005. O referido Convênio “Dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS devido nas saídas de carne e demais produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, gado e leporídeos”. Transcreve o seu teor. Observa que sua finalidade é reduzir a carga tributária alusiva ao ICMS, de forma que seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações, nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos.

Salienta que o Notificante aplica a regra geral, no sentido de que toda entrada de mercadoria no estabelecimento comprador, só poderá utilizar o crédito de 7%, e jamais o de 12%, nas hipóteses

de mercadorias originadas no Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo, e por isso o autuou.

Nota que a infração, embora se valendo dos dispositivos legais – Arts. 17 e 34, incisos XII da Lei 7.014/96, c/c art. 56 do RICMS, Publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 –, em nada condiz sua aplicação com os fatos analisados, os artigos citados condizem com obrigações genéricas do contribuinte, seja referente ao dever de escrituração e cumprimento das obrigações tributárias, seja ao dever de observância da correta base de cálculo. A fundamentação legal da suposta infração, nada diz com a real base da cobrança ora em análise.

Salienta que da análise do demonstrativo de débito, percebe-se que o contribuinte se creditou de 12% de ICMS, e o Estado autuou-o por entender que o crédito a ser utilizado deveria ser de apenas 7%, nos termos do Convênio. Reproduz a tabela que serve de base para a autuação.

Entende que na essência, a cobrança trata de glosa de crédito de ICMS utilizado pelo contribuinte, por entender que a alíquota a ser aplicada não deveria ser a interestadual, definida pelo Senado, qual seja 12%, mas sim 7%, por aplicação do Convênio nº 89/05. Diz que todo o tema está gizado em torno do aludido Convênio, em que o contribuinte deve fazer exercício de cartomancia jurídica, para descobrir a possível violação. Até porque o contribuinte pagou dentro do prazo, antes da entrada da mercadoria no Estado, o valor integral do imposto devido. A autuação se deu exatamente sobre a diferença entre o valor creditado com base na Resolução do Senado e o valor a que o Estado da Bahia restringiu através do mencionado Convênio.

Portanto, nula a autuação, uma vez que o contribuinte se encontra escudado num manto protetivo do direito. Salienta que o Estado da Bahia é signatário do Convênio. 89/05. Tal se dá, pela leitura do artigo 268 do Decreto nº 13.780 de 2012 (Regulamento do ICMS/2012), que incorporou a Cláusula Primeira na sua redação. No entanto, afirma que o abuso do Estado não está na aplicação da aludida norma nas operações internas, mas sim ao partir do pressuposto que todos os demais Estados são signatários deste Convênio, e, como adquire mercadorias de outros Estados, estas possuem o benefício fiscal permitido por este Convênio, e por esta razão, a Bahia não permite que o crédito de ICMS seja de 12% nas operações estaduais, mas sim 7%, como autorizado pelo Convênio. Nota que a primeira observação a ser feita é que a Cláusula Primeira reduz a base de cálculo e não a alíquota. Ou seja, não poderia haver qualquer restrição ao uso do crédito de 12% na compra das mercadorias, tendo em vista que o Convênio estabelece uma norma de equivalência. A segunda reflexão é que a redução da base de cálculo ocorre na saída interestadual e não na entrada da mercadoria.

O contribuinte não está sendo autuado por vender para outros Estados, mas sim, por comprar de outros Estados. E na entrada de mercadorias no Estado da Bahia, não há que este autuar o adquirente com base no Convênio, pois este nada diz com relação à entrada, mas sim, com a saída. Sendo assim, tem-se que a autuação empreendida foi pautada no que preceitua o Convênio ICMS 89/05.

Ante ao exposto, requer seja julgada improcedente a presente Notificação, por não espelhar a verdade, seja porque não há relação entre fatos e normas; seja porque os artigos mencionados não espelham a glosa do crédito; seja porque o Convênio não autoriza o Estado da Bahia a glosar eventuais benefícios fiscais; seja porque as mercadorias adquiridas não foram pautadas no suposto benefício fiscal ou, ao fim, porque o Estado da Bahia não é signatário da aludida norma. Como um dos requisitos da Notificação é a indicação dos dispositivos legais infringidos (art. 51, III do RPAF), e como os mesmos não foram corretamente delineados, a infração torna-se insubsistente, por mais esta razão se requer.

## VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a diferença do ICMS da antecipação Total das mercadorias constantes no DANFE nº 89509 (fl. 03), no valor histórico de R\$10.316,78, mais multa formal de 60%, equivalente a R\$6.190,07, perfazendo um total de R\$16.506,85, conforme está

na descrição dos fatos no corpo da Notificação Fiscal que aqui descrevo:

*“ Recolheu a menor o ICMS da Substituição TOTAL, devido ao erro na aplicação da MVA das mercadorias constantes no DANFE 89509, providas do Estado do Pará e destinada a empresa acima citada. Tudo conforme Artigo 268 do RICMS, combinado com o Convênio 89/2005.”*

No entanto, no exame das peças processuais, observo 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.

Preliminarmente, 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, entre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia da ampla defesa, e do devido processo legal.

*“RPAF/BA – Decreto n 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.*

Inicialmente, verifico que a descrição fática trata do recolhimento a menor do ICMS Antecipação Total, referente à aquisição de mercadorias de outra Unidade da Federação, destinadas à comercialização, quando o Notificante tipificou na infração como destaque a menor do ICMS em documento fiscal, devido ao erro na determinação da base de cálculo, em total dissonância entre o fato concreto, recolhimento a menor do ICMS Antecipação Total, e a fundamentação legal que embasou a lavratura da Notificação Fiscal.

*“ Infração – 52.01.05 “*

*“ Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.”*

*Enquadramento Legal: Arts.17 e 34, incisos. XII e XV da Lei 7.014/96 c/c artigo 56 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.*

Os artigos que serviram de embasamento legal para a lavratura da Notificação, não tem nada a ver com as infrações típicas de fiscalização de mercadorias em trânsito, e sua aplicação não condiz, em absolutamente nada, com os fatos analisados.

*Art. 17. A base de cálculo do imposto é:*

*(...)*

*Art. 34. São obrigações do contribuinte:*

*XII - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma prevista em regulamento;*

*XV - cumprir todas as demais exigências previstas na legislação tributária*

*Art. 56. Quando o valor da base de cálculo for diverso do valor da operação ou prestação, o contribuinte mencionará essa circunstância no documento fiscal, indicando dispositivo pertinente da legislação, bem como o valor sobre o qual tiver sido calculado o imposto, exceto quando se tratar de Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a consumidor emitida por Emissor de Cupom Fiscal (ECF).*

*Parágrafo único. No caso de documento fiscal emitido em ECF, deverá ser utilizada carga tributária efetiva para a mercadoria ou serviço quando a base de cálculo for diversa do valor da operação ou prestação.*

Como vemos trata-se de uma operação interestadual, onde a empresa remetente, originária do Estado do Pará, é a responsável pela emissão do DANFE e o respectivo destaque do crédito do ICMS, não cabendo a responsabilidade ao Notificado pelo destaque correto do ICMS, caracterizando, desta forma, como ilegitimidade passiva.

Na análise do DANFE nº 89.509, constato que ele foi emitido para dar trânsito às mercadorias derivadas do abate de carne bovina com os respectivos NCM 02013000 e 02062200, sujeitos à substituição tributária total, conforme o Anexo 1 do RICMS.

Essas mercadorias estão todas inseridas no conceito de “carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves,

leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos”, dada pela Cláusula Primeira do Convênio ICMS 89/05, que limitou a carga tributária a 7%.

Observe que a capitulação legal constante da infração não é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, ferindo o princípio da legalidade e devido processo legal, causando insegurança jurídica para a determinação da infração sendo, portanto passível de nulidade, conforme previsto no art.18 do RPAF/99.

*Art. 18. São nulos:*

*IV - 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.*

Desta forma, acolho a alegação defensiva de ausência de relação entre os fatos e a norma no enquadramento legal utilizado, todos os artigos citados no auto de infração se referem a obrigações genéricas do contribuinte, referentes ao dever de escrituração e cumprimento das obrigações tributárias e ao dever de observância da correta base de cálculo, quando a situação real é o recolhimento a menor de ICMS de Antecipação Total.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme estabelece o art. 20 do RPAF/99.

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

Por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto nº 18.558/18, não consta informação fiscal, sendo dispensada de peça fiscal para os períodos anteriores a esta data, caso o relator entenda desnecessário. Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do Notificado, que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções.

## **RESOLUÇÃO**

Acordam os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 130577.0045/17-6, lavrada contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR