

N. F. N° - 232854.0003/17-4  
NOTIFICADO - LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA.  
NOTIFICANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - IFMT NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.05.2020

#### 6<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0088-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. NULIDADE. IMPOSSÍVEL DETERMINAR A NATUREZA DA INFRAÇÃO. A acusação fiscal atribuída ao sujeito passivo não corresponde aos elementos probatórios constitutivos da infração, de fato, consubstanciada nos autos. O vício em questão impede que apenas pela leitura da acusação fiscal, objeto do lançamento do crédito tributário em tela, seja “(...) possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário (...)”, condição esta que obsta, conforme texto do dispositivo descrito no § 1º, do art. 18 do RPAF, seja o vício sanado sem que se exija um novo lançamento, livre da referida falha. De forma que, implica na peremptória nulidade do feito, com espeque na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF. Instância Única. Notificação Fiscal. NULA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrada em 28/09/2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$8.762,63, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração – 01 - 04.05.04 - Falta de recolhimento do ICMS referente à operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao não contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 14 a 20.

A parte autuada inicia sua peça defensiva destacando o artigo 151, inciso III do CTN, que assegura a suspensão da exigibilidade do crédito tributário contra o qual foram interpostos impugnações e recursos administrativos, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo fiscal.

Em seguida, afirmou que a presente Impugnação deve garantir aos Impugnantes a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até que seja proferida decisão final quanto ao conteúdo guerreado, posto que pendente a discussão (administrativa ou judicial) quanto à legalidade da cobrança do suposto débito fiscal.

Em relação à notificação, afirma que não merece prosperar, alegando ausência de fundamentação legal.

Na sequência, discorreu a respeito da inexistência do fato gerador. Sustenta que a impugnante é pessoa jurídica de direito privado, do seguimento pet para produção de ração animal e via de consequência, está sujeita ao recolhimento do tributo de ICMS sobre operações relativas à

circulação de mercadorias.

Defendeu que o imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e de comunicação – ICMS, está disciplinado no artigo 155, inciso II da Carta Magna.

Sustenta que as operações relativas a circulação de mercadoria são operações que impulsionam a mercadoria desde a sua fonte de produção até o consumidor. Diante do que se apresenta, o contribuinte em questão está sujeito ao pagamento do ICMS-Mercadoria.

Assevera que o ICMS-Mercadoria incide sobre operações relativas a circulação de mercadorias; prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal por qualquer via; prestações onerosas de serviços de comunicação por qualquer meio; fornecimento de mercadorias com prestação de serviços que não compreendam na competência tributária municipal e fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, quando a legislação aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Afirma que seu fato gerador, via de regra, é a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, visto que o fato gerador decorre da incidência de uma norma sobre um fato, isto é, o fato gerador da obrigação tributária principal é o momento em que ocorre a situação definida em lei como necessária para determinar o nascimento da obrigação.

Prosegue o raciocínio alegando que neste momento nasce a obrigação tributária que, nos dizeres do Mestre Hugo de Brito Machado, em sua doutrina “Curso de Direito Tributário”, define como sendo a “relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito”.

Sustentou sua tese alegando que o objeto disposto à infração é improcedente, pois não corresponde a verdadeira operação realizada, visto que diferentemente do que foi notificado pelo fisco, os procedimentos realizados pela Notificada, correspondem a venda de resíduos/sucata que são gerados após a produção da empresa.

Afirma tratar-se de resíduos colhidos a partir da perda de embalagem no processo produtivo ou descartes que acompanham a matéria prima de fabricação e vendidos sem qualquer aperfeiçoamento, na grande maioria das vezes vendidos aos próprios funcionários da empresa que os reaproveitam de alguma maneira.

Neste diapasão, prossegue seu raciocínio afirmando corresponder a resíduos de produção que já foram emitidas notas fiscais quando entraram no estabelecimento em sua forma original com a incidência do imposto, e que posteriormente foram de alguma forma inutilizados ou tratam-se de sobras de material já utilizado que não possui nenhuma utilidade já que não presta mais para mesma finalidade para a qual foi produzida, já que não se encontram mais em seu estado original.

Nesse sentido, apesar de tratam-se de resíduos, fragmentos de material, algumas pessoas (maioria funcionários) encontraram utilidade para restos de bombona, ráfias, paletes e assim a Impugnante decidiu vende-los aos que se interessavam, emitindo inclusive nota fiscal, porém sem a incidência do tributo já que o mesmo já foi recolhido na sua entrada.

Sustenta que quando a mercadoria entrou no estabelecimento em sua forma original e utilizada para o fim a que se destinava, houve a incidência e o consequente pagamento do tributo em questão, porquanto quando tratam-se de resíduos não mais passíveis de utilização, não pode incidir sobre estes um imposto que já foi recolhido em momento anterior, sob pena de bitributação.

Em seguida, destaca o artigo 509 do regulamento do ICMS do Estado da Bahia, que trata das operações com sucata, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais e com lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, dizendo que o lançamento do ICMS é diferido nas sucessivas saídas dos

mesmos, quando destinado a estabelecimentos neste Estado.

Afirma que no caso em questão, esses resíduos não estão sendo destinados a outro estabelecimento para industrialização, ficando claro que já não se tratam mais de mercadorias, portanto, não se enquadram no artigo acima, já que, primeiro, não são mercadorias, segundo, porque o destino dos mesmos não é para outro estabelecimento.

Destaca que se o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento comercial, que deverá haver título jurídico que justifique referida saída de mercadoria, implicando assim, na transferência do produto, o tributo não pode ser cobrado para a operação que evidentemente realizou-se, o que descharacteriza de pronto o objeto desta notificação.

Conforme ponto de vista da empresa autuada, resta claro que sobre a venda de resíduos realizada pela Impugnante, não foram verificados os requisitos necessários ao lançamento do imposto, merecendo este lançamento ser declarado improcedente em todos os seus efeitos.

No tópico seguinte, a empresa afirmou haver uma afronta ao princípio da segurança jurídica.

Salienta a aplicação no caso em tela do Princípio da Segurança Jurídica insculpido no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal, que assim prevê: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Prossegue afirmando que tal princípio possui por finalidade a proteção do indivíduo na construção e elaboração pelo Estado de normas novas, visando um mínimo de confiabilidade do indivíduo para com o Estado, vedando a criação de normas que retroagem. Podemos dizer ainda que tal princípio forma uma proteção da confiança do cidadão no Estado, no intuito de que os atos praticados pela administração pública não serão alterados de forma repentina.

Alega que a Administração Pública muda uma interpretação na aplicação de determinado tributo, querendo cobrar impostos através de apurações que não condizem com os ditames legais.

Acusa o Fisco de interpretar a lei da forma que melhor lhe convém e da maneira que será mais fácil para invadir o patrimônio do contribuinte. Desta forma, utiliza-se de informações insuficientes, superficiais e ausentes de cunho legal para proceder a autuação de seus contribuintes, o que é um absurdo e expõe o contribuinte a qualquer ato emanado da Fazenda.

A empresa conclui sua impugnação requerendo que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente, por inexistir o ICMS na venda de resíduos/sucata no caso da Impugnante.

Não consta informação fiscal.

É o relatório.

## VOTO

A presente Notificação Fiscal contém uma única infração elencada, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, referente às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao não contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

Todavia, a despeito da defesa não ter abordado, verifico que o presente lançamento está passível de nulidade por não haver respeitado aspectos formais que repercutiu em vício insanável, em razão de erro com relação ao objeto do lançamento do crédito tributário.

Verifica-se, a *prima facie*, que a acusação fiscal atribuída ao sujeito passivo não corresponde aos elementos probatórios constitutivos da infração, de fato, presumivelmente consubstanciada nos autos.

Ocorre que, conforme declara a própria Notificante, o objeto infracional decorreria da “*Infração – 01 - 04.05.04 - Falta de recolhimento do ICMS referente à operações de saídas de mercadorias*

*não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao não contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.”*

Contudo, o que restou constatado nos autos, foram as saídas de mercadorias “sucatas” (conforme documentos às fls. 55 a 284), sem o destaque do imposto, que alegou a defesa não ser devido.

Em verdade, o vício em questão impede que apenas pela leitura da acusação fiscal, objeto do lançamento do crédito tributário em tela, seja “(...) possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário (...)”, condição está que obsta conforme texto do dispositivo descrito no § 1º, do art. 18 do RPAF, seja o vício sanado sem que se exija um novo lançamento, livre da referida falha. De forma, que implica na peremptória nulidade do feito, com espeque na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF.

Dessa forma, em face de tais considerações, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista material, sem cumprimento do devido processo legal e com comprometimento inequívoco do princípio da ampla defesa e do contraditório.

## 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 232854.0003/17-4, lavrada contra a empresa **LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA- PRESIDENTE EM EXERCICIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR