

N. F. Nº - 210545.0476/17-9

NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMERCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.

NOTIFICANTE - JUCKLIN CELESTINO DA SILVA FILHO

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET- 29.06.2020

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

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0122-06/20-NF-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição fática e capituloção legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que o Notificado não efetuou o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadoria sujeita à Antecipação Tributária Total. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o art. 18, IV, alínea “a” do RPAF- BA/99. Instância Única. Notificação Fiscal. NULA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 25.08.2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 23.429,42, mais multa de 60%, no valor de R\$ 14.057,65, totalizando o montante de R\$ 37.487,07, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: 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 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 nº 7.014/96.

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

*“Falta de recolhimento do ICMS, antecipação tributária, das mercadorias constantes no DANFE 230255 produtos resultantes do abate (bovinos, suínos, muares, aves etc) procedente de outra unidade da federação, destinado à contribuinte que não possui regime especial de carnes para pagamento diferenciado no mês seguinte, e não foi observado o Convênio ICMS 89/2005 que manda reduzir a carga tributária para 7%.” (grifei)*

Anexo aos autos encontra-se cópias: do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº. 0411 (fl. 05), contendo neste documento a qualificação do motorista o Sr. Jovair Bispo do Reis, CPF de nº. 414.700.361-34, bem como os dados do veículo utilizado pela Transportadora TRANSPORTE ROD. BERTUSSI LTDA; do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 1073 (fl. 03); do DANFE da Nota fiscal eletrônica (NF-e) de nº. 230255 (Chave Eletrônica de nº. 1717 0803 5733 2400 0298 5500 1000 2302 5517 3320 8445), procedente do Tocantins (fl. 06) correspondentes às mercadorias motivo da autuação de NCM nº. 02071400.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 07).

Há de registrar a ciência do recebimento de uma via da Notificação Fiscal em epígrafe apostila pelo representante da Notificada à folha 01, datada de 30.10.2017.

A Notificada se insurge contra o lançamento e apresenta defesa apensada aos autos (fls.12 a 16), e documentação comprobatória às folhas 17 a 32, protocolizada na IFMT METRO/COORD.ATEND em 05/01/2018 (fl. 14).

Preliminarmente requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário concomitantemente com a retirada da presente notificação da inscrição em dívida ativa enquanto perdurar a discussão judicial do débito.

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 suíños.

Alega que conforme demonstrado em seu contrato social, a atividade desenvolvida pela Notificada se coaduna perfeitamente com a descrita no referido convênio, assim sendo, todos os produtos que compra dos Estados signatários do convênio entram no estabelecimento com um crédito de 7% haja vista a redução da base de cálculo imposta pelo convênio.

Cita que a contribuinte impetrhou Mandado de Segurança, pleiteando a confirmação do seu direito líquido e certo de creditar-se pela porcentagem de 12% em vez de 7%. Com base nos argumentos expostos o juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador concedeu liminar no Mandado de Segurança nº 053724310.2017.8.05.0001, o qual reconheceu o direito do contribuinte ao creditamento de 12%, no entanto a Fazenda Estadual, mesmo com a decisão favorável, continua atuando a empresa com base no referido convênio. Argui o art. 151, inciso do V do Código Tributário Nacional o qual indica a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando da concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.

Ante o exposto, requer que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário contido na Notificação Fiscal de Lançamento nº 210545.0476/17-9 e a consequente inscrição do crédito em dívida ativa.

#### **VOTO**

A Notificação Fiscal em exame acusa o Notificado do cometimento da Infração (54.05.08), 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, exigindo do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 23.429,42, mais multa de 60%, no valor de R\$ 14.057,65, totalizando o montante de R\$ 37.487,07.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada, referenciando à alínea “b”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto 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 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:

*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 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:

*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:

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

Do exame das peças processuais, observo a existência de vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Constato, no presente processo, a existência de vício insanável no lançamento, que é a dissonância entre a descrição fática e a fundamentação legal, que traz regras sobre a Antecipação Tributária Parcial, com o fato concreto, que é a falta de recolhimento do ICMS relativo à circulação de mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária Total.

Consta no DANFE da Nota fiscal eletrônica (NF-e) de nº. 230255, emitido em 23.08.2017 (fl. 06), que a descrição das mercadorias se refere ao NCM 02071400, produtos referentes ao abate de aves. Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total, estes são os identificados atualmente nos Anexos II ao XXVI do Convênio de nº. 142/18, de 14 de dezembro de 2018, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul, baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST. No entanto, os produtos que estão na Substituição Tributária por Antecipação, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando o NCM 02071400 neste Anexo vigente para o ano de 2017, tem-se que se incluem neste Regime: “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves”.

A acusação fiscal é de que o Notificado não efetuou o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, enquanto a matéria fática diz respeito à cobrança de imposto relativo à circulação de mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária Total, restando evidenciado ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Diante de tais constatações, conforme dispõe os art. 18, IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é NULO, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado, que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **210545.0476/17-9**, lavrado contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR