

N. F. Nº - 210380.0045/19-1
NOTIFICADO - JBS S/A
NOTIFICANTE - SÉRGIO VITOR QUERINO SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.08.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. Tanto a tipificação infracional quanto o enquadramento legal constante da Notificação Fiscal não são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Enquadramento como destaque a menor do ICMS em documento fiscal, quando deveria ser recolhimento a menor do ICMS - Antecipação Total e em conformidade com art. 18, IV, a, do RPAF/BA. Instância Única. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 18/05/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 23.306,91, e multa de 60% no valor de R\$ 13.984,15 perfazendo um total de R\$37.291,06, 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 art 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 através de advogados, com defesa e anexos fls. 15 a 37, onde diz que está apresentando impugnação com fundamento no artigo 132, II, da Lei nº 3.956/1981 e art. 123 do Decreto 7.629/1999.

Em linhas gerais, entendeu a Douta Fiscalização que a Impugnante recolheu o ICMS Antecipação a menor, sob o argumento de que as operações em tela deveriam ser tributadas pelo Estado do Pará sob a alíquota de 7% em razão do Convênio ICMS 89/2005, motivo pela qual glosou o crédito destacado na Nota Fiscal a maior, pela alíquota de 12%, e calculou o MVA da Antecipação do ICMS com o percentual de 41,77%.

Contudo, como será demonstrado, a Acusação Fiscal é insubsistente e deverá ser cancelada, pois: (i) é nula a Notificação Fiscal por estar fundamentada em dispositivos genéricos e abstratos, sem qualquer relação com o caso concreto, cerceando o direito da defesa; (ii) além disso, a Notificação Fiscal também é nula em razão da incompetência das d. Autoridades Fiscais do Estado da Bahia de exigirem de Contribuinte localizado em outro Ente federado que se submeta a sua legislação; (iii) no mérito, a Notificação Fiscal é insubsistente, pois o Estado do Pará não internalizou o Convênio ICMS 89/2005 em sua legislação; (iv) Ainda que superada tal questão, o Sistema Constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS Antecipado. (v) inaplicável a penalidade de multa, pois o a Impugnante não deixou de recolher o ICMS Antecipado devido na operação.

Observa-se do Auto de Infração em referência que a d. Fiscalização capitulou a suposta infração de forma genérica e inexata, gerando insegurança na determinação específica da infração, sem a correta e detalhada capitulação da infração não há como defender-se, como contraditar o que não conhece, implicando em vício insanável, pois a garantia à ampla defesa é de índole constitucional

e o citado art. 5º, LV, diz que o processo administrativo deve também assegurar a defesa ampla, desta forma, o Auto de Infração deve ser considerado nulo, com fundamento no art.18, inciso II e IV, a, e art. 39,V, ambos do Decreto nº 7.629/1999.

Quanto ao suposto mérito da autuação, não merece melhor sorte o raciocínio fazendário, no sentido que a Impugnante “usou de 12% quando deveria utilizar de 7% em razão do Convênio ICMS 89/2005”, pois o Estado do Pará não internalizou tais normas em sua legislação.

A Impugnante adquiriu produtos resultantes do abate de gado bovino no Estado do Pará que foram tributados em 12% e de acordo o que estabelece no art. 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96, para o cálculo do ICMS Antecipação, deve-se aplicar a alíquota interna do produto, deduzindo o valor do imposto já cobrado na origem, o que foi realizado no mesmo dia da emissão do DANFE pela Impugnante.

Para calcular o valor devido do ICMS da antecipação foi utilizado a MVA de 34,15% vigente no período da operação comercial, para a alíquota de 12%, no entanto a d. Autoridade Fiscal autuante afirmou que a Impugnante somente poderia se creditar do percentual de 7%, e não dos 12% conforme destacado na Nota Fiscal, por suposto descumprimento do que preceitua o Convênio ICMS nº 89/2005, desta forma ao utilizar a alíquota de 7% a d. Autoridade Fiscal também considerou a MVA de 41,77%.

Essa diferença de entendimento sobre o ICMS Antecipação entre a Impugnante e d. Autoridade Fiscal gerou um saldo de R\$ 23.306,91 que está sendo exigido através do Auto de Infração, ora impugnado que está completamente equivocado, pois o Estado do Pará optou em não internalizar o Convênio ICMS 89/2005, sendo portanto, inaplicáveis suas disposições a contribuintes localizados em tal Estado.

Justamente por esse motivo, é que no Documento Fiscal que acompanhou as mercadorias houve o destaque de 12%, nesse sentido o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, é de que os Convênios CONFAZ possuem natureza autorizativa e dependem do quanto previsto na legislação interna estadual, portanto não poderia o Estabelecimento remetente localizado no Estado do Pará e nem o Impugnante desobedecer a legislação interna paraense, desta forma é correta a utilização da alíquota interestadual de 12% e, por conseguinte, também o recolhimento do ICMS Antecipação através da aplicação da MVA de 34,15%.

Ainda que superadas as questões acima, informa que o Auto de infração é nulo de pleno direito em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade do ICMS Antecipado previsto na legislação baiana, e que o ICMS Antecipação é a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida no momento em que as mercadorias são recebidas no Estado da Bahia, ou seja o diferencial de alíquota, ocorre que o diferencial de alíquota é cabível somente nas operações cujos destinatários seja consumidores finais, conforme o art.155,II, § 2º, VII da Constituição Federal, que não se aplica a Autuada visto que não é destinatário final das mercadorias, pois haverá saída futura de tais mercadorias..

Ante tudo exposto, a Impugnante requer que: (i) Seja declarada a Nulidade ante as inúmeras irregularidades apontadas (ii) no mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração, pois demonstrada a correta utilização da alíquota interestadual de 12% na operação em concreto, bem como inviável a cobrança de ICMS Antecipado.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o recolhimento a menor do ICMS como está descrito no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“Recolhimento a menor do ICMS conforme DANFE 81458 de 14052019, Convênio ICMS 89/05.”

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, o 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 partir da descrição fática e do documento fiscal da fl. 04, trata do recolhimento a menor do ICMS Antecipação Total, referente à aquisição de mercadorias de outra unidade da Federação, destinadas a 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 - *escreitar 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 81458 (fl.06) constato que ele foi emitido para dar trânsito às mercadorias derivadas do abate de carne bovina com o NCM 02013000, sujeito à substituição tributária total, conforme o Anexo 1 do RICMS, com destaque do ICMS de 12% na transação interestadual.

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%.

Observo que tanto a tipificação infracional quanto o enquadramento legal constantes da notificação fiscal não são condizentes 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, portanto passível de nulidade conforme previsto no art.18. IV, “a” 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;

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.

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

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.

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.

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

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 210380.0045/19-1 lavrada contra JBS S/A.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO -RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS -RELATOR