

**N.F. Nº** - 099883.0533/19-0  
**NOTIFICADO** - SEARA ALIMENTOS LTDA  
**NOTIFICANTE** - DARIO PIRES DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 23.10.2020

## **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0315-06/20NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Acusação fiscal e respectiva capitulação 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 Total, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária Parcial. 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 os incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art.18 do RPAF-BA/99. Instância única. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 22/07/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$14.648,60, mais multa de 60%, equivalente a R\$8.789,16, perfazendo um total de R\$23.437,76, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 54.05.10 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do §4º do art. 8º; §6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Tipificação da Multa: alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado apresenta peça defensiva, por meio de advogado, com anexos, às fls. 14/56, inicialmente, alegando a tempestividade da impugnação e reproduzindo os fatos contidos na Notificação Fiscal.

Aduz que o lançamento é nulo por estar fundamentado em dispositivos genéricos e abstratos, sem qualquer relação com o fato concreto e existe insegurança na determinação específica da infração. Citando o inciso V do art. 39 e incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF-BA/99, para embasar sua alegação. Considera, portanto, que a capitulação genérica da fundamentação incorre em cerceamento do direito de defesa, implicando em vício insanável.

No mérito, considera que o preposto fiscal exige ICMS em decorrência do suposto destaque do imposto a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo, quando

da apuração da antecipação parcial. Alega que a fórmula de cálculo efetivada na Notificação, tudo indica tratar de exigência do diferencial de alíquota, conforme art. 12-A da Lei nº 7.014/96, aduzindo que o ICMS antecipado só é devido quando a diferença de alíquota for positiva e que, neste cenário, recolheu o valor de R\$6.734,90.

Prossegue afirmando que o preposto fiscal considerou ter havido recolhimento a menor uma vez que não foi aplicada a MVA de 41,77%, cometendo equívoco já que, consoante item 35.1 do Anexo 1 do Dec. 1.3780/2012 do RICMS/BA, os produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, não estão sujeitas ao MVA, nas aquisições das unidades federadas signatárias de acordo interestadual. Portanto, sendo insubsistente a acusação fiscal.

Peticiona o afastamento da multa aplicada, haja vista ter recolhido tempestivamente o imposto devido.

Finaliza a peça defensiva, requerendo: 1) anulação do lançamento por cerceamento de defesa e incompetência do Notificante, conforme preliminares; 2) improcedência do lançamento, pois não houve recolhimento a menor, visto que os produtos adquiridos não estão sujeitos a MVA; 3) cancelamento da multa, pois houve o recolhimento integral do ICMS antecipado.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

#### **VOTO**

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$14.648,60, mais multa de 60%, equivalente a R\$8.789,16, perfazendo um total de R\$23.437,76 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

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, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

*“RPAF/BA - Decreto nº 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.*

*(...)”*

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.

*“CTN - LEI Nº 5.172/1966*

*(...)*

*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.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*(...)*

*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 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.

Inicialmente verifico que a descrição fática foi a seguinte (fl. 01):

*“Em hora e data acima referido constatamos as seguintes irregularidades: Recolheu a menor o ICMS da antecipação tributária parcial/total dos produtos resultante do abate de gado suíno e embutidos para comercialização, por erro na classificação dos produtos, constante no DANFE nº 53.173, e DACTE nº 1961542” (grifos nossos)*

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como (fl.01):

*“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal” (grifos nossos)*

O enquadramento legal aplicado encontra-se transcrito a seguir (fl. 01), que trata do regime da Antecipação Tributária Total do imposto:

*“alíneas “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do §4º do art. 8º; §6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.”*

Note-se, ainda, que na Memória de Cálculo elaborada pelo Notificante (fl. 03), foram efetivadas apurações que remetem à exigência de ICMS devido tanto pelo regime da Antecipação Tributária Total, assim como o da Antecipação Tributária Parcial. De fato, o Notificante considerou que o produto Lombo Tipo Defumado Canadense estaria sujeito à Antecipação Total do imposto e a Linguiça Tipo Calabresa estaria submetida à Antecipação Parcial.

Ressalte-se que, na Instrução Normativa nº 21, de 31/07/2000, emitida pelo extinto Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), foi expressado o entendimento de que Lombo Tipo Canadense é o produto obtido a partir de cortes nobres de suínos denominado de lombo “*Longissimus lumborum*”, em peça íntegra ou parcial, adicionado de ingredientes, embutido em envoltórios naturais e/ou artificiais, e submetido ao processo tecnológico adequado, defumado ou não.

O processo tecnológico supramencionado na Instrução geralmente compreende cozimento e defumação. A defumação é dividida em três etapas; a primeira consiste na secagem, que remove a umidade superficial e também contribui para o desenvolvimento da cor da carne. A segunda, a fumaça é aplicada enquanto a temperatura da câmara é elevada, e a etapa final corresponde ao cozimento. A defumação associada ao uso de sais (cloreto de sódio, nitrito de sódio) e à secagem, atua na redução e controle de microrganismos, aumentando a vida de prateleira dos produtos. O sabor desses produtos pode, ainda, ser incrementado pelo uso de especiarias (canela, noz-moscada, cravo-da-índia) e ervas finas (estragão, salsa, manjerona, alecrim, sálvia, cebolinha, manjeriço, etc.) Portanto, trata-se de produto que passa por processo de industrialização, adquirido para fins de comercialização, não sujeitos à Antecipação Tributária Total, mas tão somente à Antecipação Tributária Parcial do imposto.

Quanto ao produto Linguiça Calabresa, várias são as decisões proferidas pelo CONSEF/SEFAZ-BA no sentido de que se trata de produto igualmente industrializado sujeito à Antecipação Parcial,

encontrando-se pacificado o assunto neste Egrégio Conselho.

Ademais, no DANFE nº 53.173 consta que os dois tipos de mercadorias adquiridas pelo Notificado têm NCM 1601, o qual não se encontra contemplado no ANEXO I do RICMS-BA/2012.

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável existente no lançamento em exame que é a dissonância entre a acusação fiscal que trata do Notificado não ter efetuado o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Total, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária Parcial.

Entendo que esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a” do art. 18, ambos do RPAF-BA/99, a seguir transcritos. Haja vista que deveria o Notificante determinar com segurança, de forma clara e objetiva, a infração cometida, assim como os dispositivos infringidos, de forma condizente e inquestionável, com o fato concreto. Possibilitando, assim, que o contribuinte exercesse plenamente o direito de defesa.

*“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99*

*Art. 18 São nulos:*

*(...)*

*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*

*(...)*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*

*(...)*

Em suma, entendo que as dissonâncias supramencionadas tornam insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação e se constituem, de forma cristalina, em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, ferindo o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Diante de tais constatações conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 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 salvo de falhas e incorreções.

De tudo 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 099883.0533/19-0, lavrada contra SEARA ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR