

N.F. Nº - 210545.0264/17-1  
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA  
NOTIFICANTE - JUCKLIN CELESTINO DA SILVA FILHO  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.10.2020

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0321-06/20NF-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 mercadoria sujeita 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 artigo 18 do RPAF-BA/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 21/06/2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$14.854,67, mais multa de 60%, equivalente a R\$8.912,80, perfazendo um total de R\$23.767,47, 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. 09/65, inicialmente reproduzindo os dispositivos legais que embasaram a presente notificação e afirmando que a Notificação Fiscal está eivada de nulidades que impõem seu cancelamento e, no mérito, é totalmente improcedente.

Argumenta que o preposto do fisco descreveu e fundamentou a suposta infração em artigos que dispõem acerca da Substituição Tributária e Antecipação Total do imposto. Entretanto, na planilha para determinação do valor da base de cálculo, o Notificante indica a fórmula de cálculo para a Antecipação Parcial, indicando em campo próprio que se trata de Antecipação Parcial. Aduzindo que a Notificação não fornece elementos suficientes para determinar com segurança a infração supostamente cometida, o que enseja a nulidade do lançamento de ofício nos termos do art. 18, inc. IV, alínea “a” do Dec. 7.629/99.

No mérito, alega que o Notificante considerou como 7% a alíquota aplicável na operação interestadual de aquisição de linguiça, uma vez que faria jus ao benefício previsto no Convênio nº 89/2005, sendo equivocadamente o uso da alíquota de 12%. Prossegue argumentando que, considerando a fórmula de cálculo do imposto na presente notificação, tudo indica tratar-se do ICMS Antecipado previsto no art. 12-A. Sendo assim, quando a alíquota interestadual for superior à alíquota interna, não haverá ICMS Antecipado a recolher.

O Notificado assevera que as mercadorias são produtos industrializados e que, por não se tratarem de produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos, gado e suíno, os produtos indicados pelo preposto não fazem jus a redução da base de cálculo prevista no Convênio nº 89/2005, estando sujeitos à alíquota de 12%.

Alega que, conforme afirmado pelo preposto do fisco, a Notificada possui Termo de Acordo Atacadista, que reduz a base de cálculo do ICMS para 41,176%, de modo que a alíquota interna dos produtos adquiridos é de 10,59%. Portanto, considerando que a alíquota interestadual aplicada na aquisição foi de 12% e a alíquota interna para o produto é de 10,59%, indevido o ICMS Antecipado nesta operação, já que inexistente diferença de alíquota positiva para o Estado da Bahia.

Aduz que as mercadorias adquiridas estão classificadas nas posições NCM 16, entretanto as mercadorias que fazem jus ao benefício do Convênio nº 89/2005 estão classificadas nas posições NCM 02. Citando, para embasar sua alegação, Acórdãos do CONSEF/BA relativos ao tema em debate.

Argumenta que o Notificante considerou em seus cálculos que a alíquota interestadual aplicada sobre o valor total do frete também deveria ser de 7%. Entretanto o valor pago de frete não faz jus a qualquer benefício fiscal, estando sujeito à alíquota de 12%.

Ante tudo exposto, entende que não há valor a recolher a título de ICMS Antecipado na operação notificada.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja acolhida a presente justificção, para: 1) que preliminarmente a Notificação seja julgada nula, com base nos termos do art. 18, inciso IV, alínea "a" do Dec. 7.629/99; 2) que seja, no mérito, julgada improcedente ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação. Destacando que, caso remanesçam dúvidas, que sejam baixados os autos em diligência, para que sejam esclarecidas as matérias do fato, com a devida instrução do processo, e protestando pela juntada de novos documentos no decorrer do processo administrativo.

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\$14.854,67, mais multa de 60%, equivalente a R\$8.912,80, perfazendo um total de R\$23.767,47 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):

*"Falta de recolhimento do ICMS, Antecipação Tributária, de produtos resultantes do abate de bovinos, suínos e equinos (embutidos), constantes do DANFE 384.504, procedente do MT, com destino à contribuinte neste estado que não possui regime especial para pagamento diferenciado no mês seguinte, que descumpriu o Convênio 89/2005, não reduzindo, de AC com que a carga tributária fique em 7%"*

Cabe registrar que no DANFE nº 384.504 consta a descrição de mercadoria sujeita a Antecipação Tributária Parcial (linguiça tipo calabresa 2,5 kg), com NCM 1601, a qual foi objeto da Notificação (fl. 04).

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como:

*"Falta de recolhimento do ICMS ref. 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"*

O enquadramento legal aplicado encontra-se transcrito a seguir:

*"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."*

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 mercadoria sujeita 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;*

*(...)*

Cabendo ainda observar a existência de outra dissonância relativa à menção proferida pelo Notificante, na descrição fática, de que o Notificado descumpriu o Convênio nº 89/2005, que trata da redução de base de cálculo do ICMS, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% 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 suíno. Note-se que linguiça tipo calabresa é produto industrializado, não abrangida por este ajuste.

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, 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 210545.0264/17-1, lavrada contra SEARA ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - RELATOR