

N.F. Nº - 232293.0068/19-0
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - JAIR RAIMUNDO DE SOUZA NASCIMENTO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 06.11.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0340-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição da infração e capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadorias sujeitas 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 disposto nos 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 03/05/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$15.781,64, mais multa de 60%, equivalente a R\$9.468,98, perfazendo um total de R\$25.250,62, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 52.01.04: destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota.

Enquadramento Legal: arts. 15; 16; 16-A e 34, incisos XII e XV da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 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, por meio de advogado, apresenta peça defensiva com anexos, às fls. 17/45, alegando inicialmente 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.

Argumenta que o lançamento também é nulo em razão da incompetência do Estado da Bahia para deliberar sobre alíquota interestadual aplicada na saída de estabelecimento localizado em outro ente federado. Entende que cabe ao estado da Bahia fiscalizar se correta ou não a apuração do ICMS nas operações realizadas em seu território ou nele iniciadas. Quando ocorrerem

operações iniciadas em outros estados, a competência da Bahia é verificar se as Notas Fiscais são idôneas.

No mérito, alega que o lançamento é insubsistente, visto que o produto adquirido é produto defumado, ou seja, industrializado, não se aplicando as disposições contidas no Convênio nº 89/2005, motivo pelo qual é correta a aplicação da alíquota de 12%, que consiste em carga tributária superior à efetivada para atacadistas do Estado da Bahia (10,58%), inexistindo diferença a recolher.

Prossegue argumentando que o sistema constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS Antecipado, não sendo possível a sua cobrança pelo Estado da Bahia. Entende que o ICMS Antecipação é a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devida quando as mercadorias são recebidas na Bahia. Contudo só é cabível a cobrança nas operações cujos destinatários sejam consumidores finais, o que não é o caso em tela, pois a Notificada não é destinatária final das mercadorias. Cita o conteúdo do art. 12-A da Lei nº 7.014/96 e o art. 155, inc. II, §2º e inc. VII da Constituição Federal para embasar sua argumentação.

O impugnante ressalta, baseado no art. 15 da Constituição Federal, que os estados estão impedidos de instituírem regras, em especial de natureza tributária, que criem diferenças entre as pessoas e produtos em razão de suas diversas origens.

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, por considerar correta a utilização da alíquota de 12%, bem como inviável a cobrança 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\$15.781,64, mais multa de 60%, equivalente a R\$9.468,98, perfazendo um total de R\$25.250,62 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 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.

A descrição fática da presente Notificação Fiscal trata do recolhimento a menor do ICMS Antecipado, na entrada do Estado da Bahia de mercadorias acobertadas pelo DANFE nº 397.529, emitido em 30/04/2019. (fl. 01). Neste documento estão descritas mercadorias sujeitas Antecipação Tributária Total (costela suína salgada, pés suínos e bacon suíno), derivadas do abate de carne suína, com NCM 02101, conforme o Anexo 1 do RICMS, as quais foram objeto da Notificação. Assim como, salame tipo italiano, produto embutido, sujeito à Antecipação Parcial, não incluído no lançamento (fl. 03 e 06).

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como: "Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota."

O enquadramento legal da infração foi realizado com base nos artigos 15; 16; 16-A e 34, incisos XII e XV da Lei 7.014/96. Cabendo destacar que o artigo 15 da mencionada lei trata das diversas alíquotas a serem aplicadas, a depender do tipo de operação ou prestação que esteja sendo realizada; o artigo 16 versa sobre variadas alíquotas aplicáveis em razão do tipo de mercadoria ou do serviço envolvido; já o art. 16-A faz menção a determinadas alíquotas referidas nos artigos 15 e 16, que serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza; e o art. 34, incisos XII e XV, tratam das obrigações do contribuinte de escrituração de livros, emissão de documentos fiscais e cumprimento de todas as demais exigências previstas na legislação tributária.

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável existente no lançamento em exame que é a dissonância entre a descrição da infração/fundamentação legal, que tratam de forma genérica e abstrata, da ocorrência de erro na aplicação de alíquota, quando da emissão de documento fiscal, e de obrigações impostas aos contribuintes do imposto, com o fato concreto, que é a exigência do ICMS relativo a mercadorias sujeitas à Antecipação Tributária Total.

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, correlacionando-os, de forma inquestionável, com o fato em 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 que se tratou de uma operação interestadual, onde a empresa remetente, originária do Estado do Mato Grosso do Sul, foi a responsável pela emissão do DANFE e o respectivo destaque do ICMS, não cabendo imputar ao Notificado a infração de “Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota”.

Em suma, entendo que a dissonância supramencionada, contida na Notificação, se constitui 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 232293.0068/19-0, lavrada contra SEARA ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR