

N. F. Nº - 232293.0074/18-2

NOTIFICADO - JBS S/A

NOTIFICANTE - JAIR RAIMUNDO DE SOUZA NASCIMENTO

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30.11.2020

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

### ACÓRDÃO JJF Nº 0392-06/20NF-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. Instância única. Notificação Fiscal NULA, conforme disposto nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 04/05/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$23.606,20, mais multa de 60%, no valor de R\$14.163,72, totalizando o montante de R\$37.769,92 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 52.01.04: “Destaque de ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação a alíquota”.

Enquadramento Legal: arts. 15; 16; 16-A, inc. XII e XV da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

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

*“Em hora data e local no exercício das minhas funções fiscalizadoras constatamos as seguintes irregularidades: Recolhimento a menor de ICMS, DANFE de no. 132706, utilização indevida da alíquota conforme Convênio ICMS nº. 89 de 17/08”.*

Anexos aos autos, entre outros documentos, encontram-se: o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº. 335 (fl. 03); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico– DACTE de nº. 674 (fl. 04); cópia do DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) de nº. 132706, procedente do Estado do Pará (fl. 05); correspondentes às mercadorias NCM 02013000 (CARNE BOVINO), motivo da autuação, acompanhado do DAE de nº. 1808434992 (fl. 06); Documentos do motorista e do veículo (fls.14, 15 e 16).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 18).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 23 a 40), e documentação comprobatória às folhas 41 a 86, protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST na data de 30/05/2018 (fl. 16).

Aponta a Notificada, em linhas gerais, que a Fiscalização entendeu que esta 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 nº 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%.

Alega que a acusação Fiscal é insubstancial 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 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 insubstancial, pois o Estado do Pará não internalizou o Convênio ICMS nº 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 Impugnante não deixou de recolher o ICMS Antecipado devido na operação.

Assevera que a 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.

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

Defende, no caso concreto, que adquiriu produtos resultantes do abate de gado bovino no Estado do Pará que foram tributados em 12% e que de acordo com o que se 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.

Explica que 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 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 Autoridade Fiscal também considerou a MVA de 41,77%.

Discorre que essa diferença de entendimento sobre o ICMS Antecipação entre a Impugnante e a Autoridade Fiscal gerou um saldo de R\$23.606,20 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 nº 89/2005, sendo portanto, inaplicáveis suas disposições a contribuintes localizados em tal Estado.

Infere que 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%.

Explana que ainda 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 Notificada visto que não é destinatário final das mercadorias, pois haverá saída futura de tais mercadorias.

Finaliza, ante tudo exposto, a Notificada requer que: (i) seja anulado a Notificação Fiscal conforme preliminares suscitadas acima (cerceamento de defesa e incompetência das Autoridades Fiscais autuantes; (ii) no mérito, seja julgado improcedente a Notificação Fiscal, pois demonstrada a correta utilização da alíquota interestadual de 12% na operação em concreto, bem como inviável a cobrança de ICMS Antecipado.

Verificado não haver informação fiscal. 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.

É o relatório.

#### VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$23.606,20, mais multa de 60%, equivalente a R\$14.163,72, perfazendo um total de R\$37.769,92 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 N° 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 132706, emitido em 30/04/2018. (fl. 01). Neste documento estão descritas mercadorias sujeitas Antecipação Tributária Total (coxão duro bovino, lagarto bovino e coxão mole bovino), derivadas do abate de carne bovina, com NCM 02103, conforme o Anexo 1 do RICMS, as quais foram objeto da Notificação.

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 Pará, foi a responsável pela emissão do DANFE e o respectivo destaque do ICMS, não cabendo imputar à Notificada 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/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal da Notificada 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 6<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **232293.0074/18-2**, lavrada contra **JBS S/A**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2020.

**JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR**

**EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR**

**EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR**