

N.F. Nº - 232278.0336/18-7
NOTIFICADO - FRINENSE ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.12.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0403-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS FORMAIS DE PROCEDIMENTO. É Nula a Notificação Fiscal que seja lavrada com preterição ou prejuízo do direito de defesa da notificada, em face da ausência dos elementos da memória de cálculo utilizados para apuração da base de cálculo do crédito tributário exigido, de modo a causar prejuízo da avaliação contraditória. Insuficiência na instrução do feito. Ausência de elementos capazes de proporcionar o perfeito entendimento da matéria. É nulo o lançamento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada ao contribuinte, bem como lhe cerceie seu direito de defesa com fundamento no art. 18, incisos II e IV alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 05/04/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$16.248,85, mais multa de 60%, equivalente a R\$9.749,31, perfazendo um total de R\$25.998,16, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 61.01.03: BENEFÍCIOS FISCAIS NÃO AUTORIZADOS – O contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio 89/05.

Enquadramento Legal: Art. 268, inciso XIV do RICMS/BA c/c Convênio 89/05.

Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

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

“EM DATA, HORA E LOCAL, NO EXERCÍCIOS DAS MINHAS FUNÇÕES FISCALIZADORAS CONSTATAMOS AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: CRÉDITO FISCAL INDEVIDO CONFORME CONVÊNIO 89/05 DANFES 7915, 7916.”

Anexo aos autos, antes da impugnação, encontram-se, somente, os seguintes documentos: o Demonstrativo de Débito de Mercadorias – Trânsito de Mercadorias (fl. 02); os DANFES de nºs. 7.915 (fl. 03) e 7.916 (fl. 04) emitidos na data de 03/04/2018, contendo as mercadorias de NCM 0210.20.00 (CHARQUE); documento “Consulta ICMS Apuração Sumária” emitido pela Superintendência da Administração Tributária Diretoria de Planejamento da Fiscalização – COE, emitido na data de 03/04/2018, contendo uma chave do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, com o diagnóstico “10-Antec Parcial (Transf-inclusive) – Charque – Salvo Regime” (fl.05); a INTIMAÇÃO da Empresa FRINENSE ALIMENTOS LTDA (fl. 07); o Aviso de Recebimento – AR , datado de 24/04/2018.

Constato a ausência da memória de cálculo do Notificante demonstrando a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 10 a 13), e documentação comprobatória às folhas 14 a 16, protocolizada na CORAP METRO/PA SALVADOR SHOP na data de 18/05/2018.

Em seu arrazoado, no tópico “DAS RAZÕES PARA ANULAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO FISCAL”, alega que conforme previsto no Decreto de nº 7.629/99, será nulo todo lançamento de ofício em que não seja possível determinar a infração cometida pelo contribuinte. Neste sentido, informa que o agente fiscal aduz que houve suposto uso de benefício fiscal concedido em desacordo com o estatuído em convênio, entretanto, não conseguiu demonstrar com exatidão como se deu esse alegado aproveitamento indevido de créditos fiscais, vez que o valor aproveitado, seguindo a regra da não cumulatividade do ICMS, foi exatamente o destacado em documento fiscal idôneo de aquisição.

Aponta que a ação em lide está questionando a tomada de crédito feita pela FRINENSE em decorrência do recebimento de mercadorias, charque, em operação de transferência interestadual oriunda do Estado de Goiás, realizada em 03/04/2018.

Explica que a remessa foi realizada pela empresa FRINENSE ALIMENTOS LTDA. “Goiás”, inscrição estadual de nº 104.516.364, CNPJ de nº 07.042.642/0001-00, através da NF-e 007915 (cujo valor base de cálculo do ICMS, igual ao valor total dos produtos, R\$260.583,00 com a aplicação da alíquota interestadual de 12%, gerou ICMS destacado no documento fiscal no valor de R\$31.269,96) e da NF-e 007916 (cujo valor da base de cálculo do ICMS, igual ao valor total dos produtos R\$64.395,00 com a aplicação da alíquota interestadual de 12%, gerou ICMS destacado no documento fiscal no valor de R\$7.727,40).

Complementa que o Convênio ICMS 89/05 dispõe sobre a concessão de redução da base de cálculo do ICMS devido nas saídas de carne e demais produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, gado e leporídeos, citando as cláusulas primeira e segunda do referido convênio:

Cláusula primeira - Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) 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 suínos.

Cláusula segunda - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução da base de cálculo ou isenção do ICMS nas saídas internas dos produtos referidos na cláusula primeira.

Afirma que não há informação sobre o crédito presumidamente utilizado pelo remetente sem previsão autorizativa no Convênio 89/05. Concluindo, pelos textos apresentados, que: a) a remetente utilizou a alíquota interestadual nas remessas realizadas; b) a destinatária utilizou o crédito fiscal destacado nas NF-e; c) não houve utilização de crédito indevido.

Acentua, no tópico INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR, que com a comprovação de que o crédito fiscal utilizado foi o destacado no documento fiscal, não havendo informação de que a empresa remetente goza de benefício fiscal não autorizativo no Convênio 89/05, não houve a existência do fato gerador, tanto do imposto quanto da multa. Destaca o princípio da não cumulatividade do ICMS em razão do artigo 155 §2º da CF, observando que houve emissão de documento fiscal, com destaque de imposto.

Finaliza pedindo a completa anulação da Notificação Fiscal de nº 2322780336/18-7.

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 de nº 2322780336/18-7, lavrada em 05/04/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$16.248,85, mais multa de 60%, equivalente a R\$9.749,31, perfazendo um total de R\$25.998,16, em decorrência do cometimento da Infração **61.01.03**, referentes a BENEFÍCIOS FISCAIS NÃO AUTORIZADOS – O contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio 89/05.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no artigo 268, inciso XIV do RICMS/BA c/c Convênio 89/05 *mais a multa tipificada* no art. 42, inciso II, “f”, da Lei 7.014/96.

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, pelo 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.

(...)”

Após exame das peças processuais que compõem o presente PAF, constato 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.

Verifiquei não haver nos autos a memória de cálculo utilizada pelo Notificante contendo os elementos utilizados para fixação do montante do débito, constituindo assim vício capaz de macular o lançamento.

A despeito disto, o Demonstrativo de Débito acrescentado pelo Notificante à folha 02, traz em seu corpo exposto um cálculo incompreensível onde o Notificante, utilizou uma Base de Cálculo no valor de R\$324.977,00 (equivalente à soma dos valores dos produtos dos DANFES de nºs. 7.915 e 7.916) aplicando sobre esse valor a alíquota interestadual de 12%, encontrando-se o imposto devido equivalente ao destacado pela Notificada no valor de R\$38.997,24. Deste valor o Notificante atribui à Notificada um Crédito Fiscal no valor de R\$22.748,39, chegando a um valor de débito em R\$16.248,85.

Neste sentido, o que se percebe é que no documento “Consulta ICMS Apuração Sumária” emitido pela Superintendência da Administração Tributária Diretoria de Planejamento da Fiscalização – COE (fl.05), repassado ao Notificante, encontra-se destacado um valor de ICMS a pagar de R\$16.248,88. Destarte, o Notificante fez uma “conta de chegada”, sem qualquer sentido, retirando-se do valor do ICMS destacado pela Notificada em R\$38.997,24, chegando-se a um Crédito Fiscal no valor de R\$22.748,39, “calculando” o ICMS devido.

A legislação vigente considera nula a Notificação Fiscal que seja lavrada com preterição ou prejuízo do direito de defesa da autuada, em face da impossibilidade de se averiguar os elementos utilizados na formação da base de cálculo do débito exigido, assim evidenciado em acordo com o estabelecido no art. 18, incisos II, IV alínea “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

“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;”

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, incisos II e IV alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 por preterição do direito de defesa e por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **NULA** a Notificação Fiscal **232278.0336/18-7**, lavrada contra **FRINENSE ALIMENTOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR