

N. F. Nº - 130577.0173/19-0  
**NOTIFICADO** - SEARA ALIMENTOS LTDA  
**NOTIFICANTE** - GRAÇA HELENA CRISTO DE SOUZA  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 10.02.2021

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0023-06/21NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANAVEIS. Descrição da infração não condiz com a situação fática. Capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. Enquadramento com destaque a menor em documento fiscal quando deveria ser falta de recolhimento sobre a circulação de mercadorias sujeitas ao regime de ICMS - Antecipação Parcial. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 02/06/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$12.628,24, e multa de 60% no valor de R\$7.576,94, perfazendo um total de R\$20.205,18, pelo recolhimento a menor do ICMS, por erro na aplicação da alíquota.

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 incs. XII e XV da Lei 7.014/96.

Multa prevista no artigo 42, Inciso II, Alínea “f” da Lei 7.014/96.

O Notificado ingressa com defesa tempestiva através de advogados, com anexos fls.11/41, onde apresenta impugnação.

Relata os fatos que originaram a Notificação Fiscal, dizendo que a fiscalização entendeu que a Impugnante recolheu o ICMS antecipação a menor, sob o argumento de que as operações em tela deveriam ter sido tributadas pelo Estado do Mato Grosso do Sul sob a alíquota de 7% em razão do Convênio ICMS nº 89/2005, motivo pelo qual glosou o crédito destacado na Nota Fiscal a maior, pela alíquota de 12%. Ocorre, contudo, que, nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias, o ICMS antecipado é devido ao Estado da Bahia quando a alíquota interna destas mercadorias no estado de destino for superior à alíquota interestadual, ou seja, somente é devido o imposto antecipado nos casos em que a diferença de alíquota for positiva. Sendo assim, quando a alíquota interestadual for superior à alíquota interna, não haverá ICMS antecipado a recolher.

Diz que, inicialmente, analisando o documento fiscal, objeto do lançamento (DANFE 406425), verifica-se que, no caso em tela, a mercadoria adquirida pela Notificada foi Bacon Suíno Defumado. Ou seja, produto industrializado. Desta forma, por não se tratar de produto comestível fresco, resfriado, congelado, salgado, seco ou temperado resultante do abate de aves, leporídeos, gado e suíno, o embutido não faz jus a redução de base de cálculo do ICMS previsto no Convênio CONFAZ nº 89/2005, estando sujeito à alíquota interestadual de 12%.

Conforme verificado pela d. Autoridade Fiscal, a Impugnante possui Termo de Acordo Atacadista que reduz a base de cálculo do ICMS incidente nas saídas internas das mercadorias relacionadas à atividade da Notificada para 41,176%, desta forma a alíquota interna do produto adquirido pela Notificada é de 10,59%, como a alíquota interestadual em questão é de 12%, é indevido o ICMS antecipado nesta operação.

Ante o acima exposto, requer a Impugnante seja acolhida a presente Impugnação para que seja, no mérito, julgado Improcedente a Notificação Fiscal ante o fato de os produtos objeto da Notificação Fiscal serem industrializados e, por isso, não poderem gozar do benefício fiscal previsto no Convênio 89/2005, devendo ainda, nos termos do inc. I, do art.156, do Código Tributário Nacional, ser considerado integral o pagamento por ela realizado, no valor de R\$34.143,24, relativo às operações acobertadas pela Nota Fiscal 406.425, cujo cálculo do ICMS antecipação tributária foi considerada a alíquota de 12%. (e não de 7%).

#### VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a diferença do ICMS recolhido a menor por erro na aplicação da alíquota no DANFE nº 406425 (fl.06) no valor histórico de R\$12.628,24, mais multa formal de 60% equivalente a R\$7.576,94 perfazendo um total de R\$20.205,18, conforme está na descrição dos fatos no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“Recolhimento a menor das mercadorias constantes no DANFE nº 406425, Bacon suíno NCM 0210, procedente do estado MS, com erro na aplicação da ALÍQUOTA, conforme Convênio 89/2005.”

No entanto, no 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.

Preliminarmente 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, entre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia da ampla defesa, e do devido processo legal.

“RPAF/BA – Decreto n 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.*

Inicialmente verifico que a partir da descrição fática e do documento fiscal na fl.06, trata do recolhimento a menor do ICMS Antecipação Total, referente à aquisição de mercadorias de outra unidade da Federação, destinadas a comercialização, quando o Notificante tipificou na infração como destaque a menor do ICMS em documento fiscal, devido ao erro na aplicação da alíquota, em total dissonância entre o fato concreto, recolhimento a menor do ICMS Antecipação Parcial, e a fundamentação legal que embasou a lavratura da Notificação Fiscal.

“Infração – 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, incs. XII e XV da Lei 7.014/96.*

Os artigos que serviram de embasamento legal para a lavratura da Notificação, não tem nada a ver com as infrações típicas de fiscalização de mercadorias em trânsito e sua aplicação não condiz, em absolutamente nada, com os fatos analisados:

*Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

(...)

*Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

(...)

*Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza*

*Art. 34. São obrigações do contribuinte:*

(...)

XII - *escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma prevista em regulamento;*

XV - *cumprir todas as demais exigências previstas na legislação tributária.*

Como vemos trata-se de uma operação interestadual, onde a empresa remetente, originária do Estado do Mato Grosso do Sul, é a responsável pela emissão do DANFE e o respectivo destaque do crédito do ICMS, não cabendo a responsabilidade ao Notificado, pelo destaque correto do ICMS, caracterizando desta forma como ilegitimidade passiva.

Na análise do DANFE que serviu de base para a lavratura da Notificação Fiscal, constato que ele foi emitido para dar trânsito às mercadorias derivadas do abate de carne suína defumada (bacon) com o NCM 0210, sujeitos à antecipação parcial.

Observo, portanto, que a capitulação legal constante da infração não é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, ferindo o princípio da legalidade e devido processo legal causando insegurança jurídica para a determinação da infração, sendo, portanto, passível de nulidade conforme previsto no art.18 do RPAF-BA/99.

*Art. 18. São nulos:*

*IV - o lançamento de ofício:*

- a) *que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) *em que se configure ilegitimidade passiva.*

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal, conforme estabelece o art.20 do RPAF-BA/99.

*Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.*

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.

## **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 **130577.0173/19-0** lavrada contra **SEARA ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR