

N.F. Nº - 099883.0041/18-2  
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA  
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 10.02.2021

**6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF Nº 0028-06/21NF-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 tanto de mercadorias sujeitas ao regime da Antecipação Tributária Parcial, bem como mercadorias submetidas ao regime da 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 dispõe os incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art.18 do RPAF-BA/99. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 09/01/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$8.682,09, mais multa de 60%, equivalente a R\$5.209,26, perfazendo um total de R\$13.891,35, 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. 15/55, inicialmente reproduzindo os fatos contidos na Notificação Fiscal. Esclarece que quando a alíquota interestadual for superior à alíquota interna, não haverá ICMS Antecipado a recolher, justamente o que ocorre no presente caso. Prossegue considerando que as mercadorias adquiridas são costela suína, pés suínos, presunto cozido magro, linguiça paio, mortadela e salame italiano. Quanto aos produtos “costela suína” e “pés suínos”, por se tratarem de produtos sujeito ao benefício fiscal previsto no Convênio nº 89/2005, foi aplicada a redução de base de cálculo, para

que a carga tributária equivallesse a 7%, de modo que restou à Defendente a obrigação de recolher a antecipação parcial por tais mercadorias. No entanto, em relação aos demais produtos tal circunstância não ocorre, por serem industrializados.

Assevera que possui Termo de Acordo Atacadista, que reduz a base de cálculo do ICMS, nas saídas internas das mercadorias relacionadas a sua atividade, para 41,176%. Argumenta que por se tratar de produto industrializado, houve a mencionada redução. Desta forma, a alíquota interna dos produtos adquiridos, objeto do DANFE nº 412595 é de 10,59%. Como a alíquota interestadual é de 12%, inexistente ICMS Antecipado.

Prossegue alegando que o Notificante considerou como 7% a alíquota aplicável nesta operação interestadual, em razão do benefício fiscal previsto no Convênio nº 89/2005, sendo equivocado o uso da alíquota de 12%.

No mérito, alega que por uma singela análise da posição NCM, verifica-se que as mercadorias objeto da autuação, estão classificadas nas posições NCM 16, e que as mercadorias que fazem jus ao benefício do Convênio nº 89/2005 estão classificadas nas posições NCM 02. Tratando-se de produtos preparados, que passam por processo de industrialização. Cita, para embasar sua alegação, Acórdãos do CONSEF/BA relativos ao tema em debate.

Destaca que possui um crédito no valor de R\$15.443,34, a título de recolhimento de ICMS, referente aos produtos de NCM 16 (doc. 03). Entretanto, o agente fiscal considerou apenas um crédito de R\$11.540,56.

Ante tudo exposto, entende que não há valor a recolher a título de ICMS Antecipado na operação notificada, já que os produtos, objeto do lançamento, são produtos industrializados.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja acolhida a presente justificação, para: 1) que seja, no mérito, julgada improcedente ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação. 2) destacar 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 3) protestar 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\$8.682,09, mais multa de 60%, equivalente a R\$5.209,26, perfazendo um total de R\$13.891,35, 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):

*“Em hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Recolheu a menor o ICMS, da antecipação tributária parcial/total, das mercadorias, resultante do abate de gado bovino e embutidos, constante no DANFE nº 412595, e DACTE nº 871965”. (grifos nossos)*

A infração cometida pelo sujeito passivo foi descrita pelo Notificante como (fl.01):

*“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”(grifos nossos)*

O enquadramento legal aplicado encontra-se transcrito a seguir (fl. 01), que trata do regime da Antecipação Tributária Total do imposto:

*“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.”*

Note-se, ainda, que na “Planilha para determinação do valor da base de cálculo” elaborada pelo Notificante (fl. 04), foram efetivadas apurações, cuja metodologia aplicada, remete à exigência de ICMS devido tanto pelo regime da Antecipação Tributária Total (com aplicação da MVA), assim como o da Antecipação Tributária Parcial.

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 mercadorias sujeitas tanto ao regime da Antecipação Tributária Parcial (presunto cozido magro; linguiça paio; mortadela e salame italiano), assim como submetidas ao regime da Antecipação Tributária Total (costela suína e pés suíno).

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;*

*(...)*

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, 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, em instância única julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 099883.0041/18-2, lavrada contra SEARA ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2021.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR