

N.F. N° - 232188.1004/18-1
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - SÉRGIO RICARDO SOUSA ALVES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.04.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0113-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição da infração e respectiva capituloção legal, que tratam de ICMS devido por Antecipação Tributária Parcial, não condizem com os cálculos efetivados pelo Notificante, os quais remetem a exigência de imposto devido pelo 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 08/12/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$908,86, mais multa de 60%, equivalente a R\$545,32, perfazendo um total de R\$1.454,18, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, 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, 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. 18/73, inicialmente reproduzindo os fatos contidos na Notificação Fiscal, ora em lide. Prossegue expressando o entendimento de que quando a alíquota interestadual for superior à alíquota interna, não haverá ICMS Antecipado a recolher.

Assevera que possui Termo de Acordo Atacadista, que reduz a base de cálculo do ICMS, nas saídas internas das mercadorias relacionadas a sua atividade, em 41,176%. Desta forma, a alíquota interna do produto industrializado adquirido (Steak de Frango) é de 10,59%. Como a alíquota interestadual é de 12%, inexiste 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%. Além disso, o agente fiscal apurou o crédito fiscal sobre a base de cálculo reduzida, diminuindo, assim, o valor do crédito destacado. Pelo exposto, considera o presente lançamento totalmente improcedente.

Assevera que os valores constantes no demonstrativo de débito da autuação não correspondem aos dados do DANFE nº 358.919, de modo que não está conseguindo identificar qual a metodologia do cálculo utilizado pela Fiscalização. Referencia que o Fisco considerou como base de cálculo o valor de R\$26.005,68, quantia esta que não corresponde ao descrito no DANFE supramencionado, nem mesmo com a redução de 41,176%. Acresce que nem mesmo o valor do crédito descrito no demonstrativo de débito (R\$3.772,16) equivale ao valor do ICMS recolhido na operação interestadual (R\$764,61), de forma que está sendo impossível verificar como o Notificante apurou o valor de R\$908,88 de ICMS Antecipado devido e cerceando seu direito de defesa, o que implica em nulidade do lançamento.

Afirma que um dos meios inerente à ampla defesa é a demonstração clara e indubidosa dos motivos que levaram ao lançamento, bem como o detalhamento dos dados essenciais à instrução do mesmo, o que entende não ser o caso dos autos. Ressaltando que, na questão em lide, o ônus da prova é do Fisco.

No mérito, alega que por uma singela análise da posição NCM, verifica-se que a mercadoria objeto da autuação, está classificada na posição NCM 1602.32.20, sendo produto industrializado, o qual não faz jus ao benefício do Convênio nº 89/2005. Cita, para embasar sua alegação, Acórdãos do CONSEF/BA, os quais entende serem relativos ao tema em debate, e que ante tudo exposto, conclui que não há valor a recolher a título de ICMS Antecipado na operação notificada.

Alega que a multa aplicada não é razoável e tem efeito confiscatório, requerendo sua redução com base no art. 150, inciso IV da Constituição Federal e citando decisões dos Tribunais pátrios relativas ao tema.

Aduz a impossibilidade da aplicação de juros sobre a multa, haja vista que os juros remuneram o capital que está indevidamente em posse de outro, enquanto a multa consubstancia penalidade por descumprir uma obrigação na data.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja acolhida a presente justificação, para: 1) preliminarmente, que seja julgada a nulidade do lançamento, vez que não foi demonstrado como foi apurado o valor do suposto débito, o que cerceou seu direito de defesa; 2) que seja, no mérito, julgada improcedente ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação; 3) subsidiariamente, caso mantida a autuação, que seja a multa reduzida, bem como afastada a incidência dos juros de mora; 4) 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 5) protestar pela juntada de novos documentos no decorrer do processo administrativo; e 6) que todas as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam direcionadas ao advogado da Notificada, com endereço profissional na Av. Marginal Direita do Tietê, nº 500, São Paulo/SP, CEP 05.118-100, inclusive para se fazer presente no julgamento e realizar sustentação oral.

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\$908,86, mais multa de 60%, equivalente a R\$545,32, perfazendo um total de R\$1.454,18, 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.

Inicialmente verifico que a descrição da infração realizada pelo Notificante foi a seguinte (fl.01):

“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.”(grifos nossos)

O enquadramento legal aplicado encontra-se transcrito a seguir (fl. 01), que trata da exigência de imposto devido pelo regime da Antecipação Tributária Parcial:

“Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.”

Note-se, ainda, que na planilha elaborada pelo Notificante, denominada “Memória de Cálculo” (fl. 04), foram efetivadas apurações, cuja metodologia aplicada remete à exigência de ICMS devido pelo regime da Antecipação Tributária Total (com aplicação da MVA). Registre-se, ainda, que neste mesmo documento, existe a cobrança de imposto concernente ao valor do NF-e nº 358.919, equivalente a R\$6.371,76 e outra exigência de ICMS, no valor de R\$13.013,76, que corresponde à quantia do frete pago pelo destinatário, pelo transporte de mercadorias acobertadas por duas NFe's, cujas chaves são: 50181202914460009611550010003589191770391149, concernente à NF-e nº 358.919 e 50181202914460009611550010003589221770391144, cuja NF-e não é referenciada nos autos pelo Notificante.

Ante o exposto, constato a existência de vício insanável existente no lançamento em exame que é a dissonância entre a descrição da infração e respectivo enquadramento legal, que tratam do Notificado não ter efetuado o recolhimento do ICMS referente à Antecipação Tributária Parcial, com os cálculos efetivados pelo Notificante, os quais dizem respeito à exigência de imposto devido pelo regime do ICMS 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, de forma condizente e inquestionável, com a apuração do imposto. 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 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 232188.1004/18-1, lavrada contra **SEARA ALIMENTOS LTDA**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2021.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – RELATOR