

N. F. Nº - 099883.1484/16-9
NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO/ IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/24NF-VD**

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO MERCADORIAS. 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 recolhimento a menor do ICMS - Antecipação Total. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 07/12/2016, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 18.269,54, e multa de 60% no valor de R\$ 10.561,72, perfazendo um total de R\$ 29.231,26, pela seguinte infração:

Infração 01 52.01.04 – Destaque do ICMS a menor em documento, 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 com anexos às fls.15/37, através de advogados, vem apresentar impugnação administrativa, com base nas razões justificadoras do seu pleito. Diz que possui sua atividade empresarial voltada exclusivamente para a produção e comercialização de gêneros alimentícios conforme seu contrato social. Informa que no exercício da sua atividade empresarial, adquire mercadorias em outros Entes Federados para por em circulação no mercado interno para a seus clientes. Ao fazer a entrada de tais mercadorias no Estado da Bahia, a empresa foi autuada sob alegação de ter recolhido a menor o valor devido a título de ICMS – Antecipação, tendo em vista o erro na aplicação da alíquota por conta da inobservação do Convênio 89/2005.

O referido Convênio “Dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS devido nas saídas de carne e demais produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, gado e leporídeos”. Transcreve o seu teor. Observa que sua finalidade é reduzir a carga tributária alusiva ao ICMS, de forma que 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.

No tópico III DAS PRELIMINARES – PRINCÍPIOS E NULIDADES fala do Princípio da Verdade Material onde ressalta que no processo administrativo fiscal, predomina este princípio no sentido de que, nele, busca-se descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador do tributo e que para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo. Fala também do Princípio da Inquisitorialidade onde entende que o fato gerador deve ser apurado *ex officio*, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita, apenas, às alegações e provas produzidas pelas partes (autuado e autuante).

No Tópico IV – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS - 1-cita e explica como funcionam os benefícios fiscais do Convênio 89/2005; 2 - Do equivocado Enquadramento Legal – diz que conforme o art. 51, III, do RPAF-BA, a Notificação Fiscal conterà no mínimo a indicação dos dispositivos da legislação infringidos, no entanto a simples indicação dos dispositivos não faz nascer o direito de crédito do ente tributante, quer se dizer, além da indicação, os dispositivos devem guardar coerência com a suposta infração pelo contribuinte, sendo necessário a subsunção da conduta à norma, respeitando assim, o que se chama no direito tributário de tipicidade cerrada. Nesta toada observa-se que os dispositivos legais grafados pelo agente autuador, são vagos e não informa qual a regra a ser aplicada na operação; 3 - Da ausência de elemento necessário para determinar com segurança à infração – repete que conforme estabelece o art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA, serão considerados nulo os lançamentos de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Nesta toada, observa-se que ao notificar o contribuinte o agente autuador não forneceu a planilha de cálculo utilizada para se alcançar o valor apurado, demonstrando a base de cálculo apurado e alíquota aplicada, motivo pelo qual faz necessário a decretação de nulidade.

No Tópico V – Da MULTA CONFISCATÓRIA NO PERCENTUAL DE 60%- Diz que o percentual correspondente a 60% do valor do tributo lançado revela-se absolutamente abusivo e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Cita teses de diversos juristas tributaristas e jurisprudência do STF para fundamentar sua argumentação.

Discorridos os fatos, requer finalmente a Impugnante:

- 1) Que seja julgado Nulo a Notificação Fiscal, por não conter a indicação precisa dos dispositivos supostamente infringidos e não ter sido anexado a planilha de cálculo utilizada pelo agente autuador;
- 2) Não sendo procedente o pedido de nº 1, que seja determinado a conversão do julgamento em diligência para que seja juntado aos autos a planilha do cálculo utilizado para se apurar o crédito fiscal;
- 3) Ultrapassado a questão formal e não for o entendimento desta Ilustre Junta pela Nulidade, que seja a Notificação Fiscal julgada totalmente improcedente ou insubsistente tendo em vista que o Estado da Bahia não prevê a redução da base de cálculo na entrada da mercadoria, bem com a inaplicabilidade do Convênio nº 89/2005;
- 4) Seja ainda determinado o arquivamento da presente Notificação Fiscal 099883.1484/16-9 dando baixa no respectivo Processo Administrativo;
- 5) Não sendo os pedidos acima julgados procedentes, que a multa aplicada seja julgada totalmente Nula pela falta de subsunção da conduta do Impugnante com o antecedente da norma sancionadora, haja vista que houve pagamento do tributo na forma da antecipação total.
- 6) Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.

Não contém informação fiscal.

È o relatório.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Danilo Brito de Castro Dourado, OAB/BA nº 59.765, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

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 421037 (fl.06) no valor histórico de R\$ 18.269,54,

conforme está na descrição dos fatos no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“Em hora, local e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Recolheu a menor o ICMS, sobre os produtos resultante do abate de gado bovino, proveniente da região norte, CONV. 89/05, (erro na aplicação da alíquota)”

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 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.”

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 Total, 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 Pará, 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 bovina com os

respectivos NCM 02062200 e 02023000, sujeitos à substituição tributária total, conforme o Anexo 1 do RICMS.

Essas mercadorias estão todas inseridas no conceito 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” dada pela Cláusula Primeira do Convênio ICMS 89/05 que limitou a carga tributária a 7%.

Observe, 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.

Desta forma, acolho a alegação defensiva de ausência de relação entre os fatos e a norma no enquadramento legal utilizado, todos os artigos citados no Notificação Fiscal se referem a obrigações genéricas do contribuinte, referentes ao dever de escrituração e cumprimento das obrigações tributárias e ao dever de observância correta da alíquota, quando a situação real é o recolhimento a menor de ICMS de Antecipação Total.

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.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 099883.1484/16-9, lavrada contra RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA