

N. F. Nº - 128966.0001/21-7
NOTIFICADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - JUSCELINO MARQUES VIDAL
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/02/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-02/25NF-VD

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL 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 devido a erro na aplicação da alíquota, quando deveria ser recolhimento a menor do ICMS - Antecipação Total. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 18/02/2021, no Posto Fiscal Honorato Viana, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 15.198,35, e multa de 60% no valor de R\$ 9.119,01, perfazendo um total de R\$ 24.317,36, 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

Consta anexado ao processo: I) Memória de Cálculo (fl.6); II) cópia do DANFE 377541 (fl.3); III) cópia do Documento do veículo e CNH do motorista (fls 10 a 12).

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

“Pagamento de ICMS a menor. Erro na aplicação de ALIQUOTA conforme CONVENIO ICMS 89/05”

A Notificada apresenta peça defensiva através de advogado com anexos, às fls. 17/79, falando inicialmente da tempestividade da defesa.

Inicialmente esclarece que a Notificada, ora Impugnante, efetuou o pagamento de todo o imposto devido antes da entrada das mercadorias no Estado da Bahia, conforme DAE anexo, nos termos do art. 332, III, “a” do RICMS/BA (Decreto n. 13.780/12), não havendo que se falar, portanto, em “*falta de recolhimento*”. Além disso, a Notificada incluiu na base de cálculo da operação todas as parcelas descritas no art. 23, II, da Lei 7.014/96, incluindo o frete, conforme demonstra planilha ora apresentada. Como será elucidado a seguir, a Defendente faz jus ao crédito integral de 12% destacado na Nota Fiscal, como lhe assegura a Resolução n. 22/89 do Senado Federal, bem assim o preceito constitucional que atribui o aspecto não-cumulativo do ICMS. Não há portanto, como ter o seu crédito limitado a 7%, sob o estapafúrdio argumento de que assim determina o Convênio n. 89/05.

No tópico “III-DO DIREITO” esclarece que a Impugnante impetrou Mandado de Segurança n. 8017754-71.2018.8.05.0000 visando afastar a aplicação do Convênio n.89/05 para assegurar o direito líquido e certo da utilização do seu crédito fiscal de ICMS de 12% nas aquisições interestaduais e o direito de não ser autuada por esse motivo. Não bastasse a ordem judicial sob comento, cumpre

registrar que a Notificada vem efetuando mensalmente depósitos judiciais, nos autos do referido Mandado de Segurança, correspondentes à diferença de imposto que seria apurado caso fosse considerado o crédito de 7%, como entende o fisco estadual, de modo que a notificação fiscal jamais poderia ter sido lavrada. O depósito do montante integral, assim como a medida liminar concedida configuram causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art.151, II e IV, do CTN.

Observa que ao lavrar a Notificação Fiscal só reconhecendo o crédito fiscal de 7%, considerando as regras do Convênio ICMS 89/05, o Agente de Tributos equivocou-se dando uma interpretação totalmente distinta. A cláusula Primeira do Convênio reduz a base de cálculo e não a alíquota, de modo que não haveria qualquer redução ao uso do crédito de 12% na compra das mercadorias, tendo em vista que o Convênio estabelece uma norma que repercute na carga tributária a ser suportada. Além disso, a redução da base de cálculo em questão ocorre na saída e não na entrada da mercadoria, nesse caso a Defendente não foi notificada por vender para outros Estados, mas sim por comprar de outros Estados. E, na entrada de mercadorias no Estado da Bahia, não há que se notificar o adquirente com base no Convênio n. 89/05, pois este nada diz acerca da entrada.

Lembra que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a não cumulatividade é uma mera técnica de tributação que consiste na compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou Distrito Federal.

Diz que o regime de substituição tributária se caracteriza pelo fato do contribuinte substituto responsabilizar-se, antecipadamente, pelo cálculo e pagamento do montante do tributo da operação própria e das sucessivas, desobrigando os contribuintes subsequentes do seu recolhimento. Através do regime de substituição tributária, o tributo devido em cada operação é apurado de forma individualizada, operação a operação, seguindo rigorosamente o sistema compensatório entre débito e crédito. Constata-se, então, que não há qualquer afronta ao princípio da não cumulatividade, posto que o cálculo do ICMS Substituição Tributária prevê o abatimento do ICMS normal. A não cumulatividade é uma garantia constitucional, se o Estado reduz o crédito de 12% para 7% torna o ICMS cumulativo em 5%, obrigando o contribuinte a repassar este custo para o preço final, por se tratar de imposto indireto onerando o consumidor e comprometendo a competitividade da empresa, não foi essa a intenção do legislador.

Ante o exposto, requer seja declarada a nulidade da notificação, haja vista as inconsistências da infração descrita. Caso assim não entenda, requer seja cancelada a notificação, posto que desobedece ordem judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança, que impede o Fisco Estadual de notificar/autuar a Impugnante pelo motivo objeto da Notificação, além de restar suspensa a exigibilidade de sua pretensão, em função do depósito judicial efetuado pela Notificada no aludido processo.

Restando ultrapassada a questão prejudicial, requer adentre-se no mérito, para julgar totalmente improcedente a Notificação Fiscal ora combatida, eis que restou comprovado o recolhimento de todo o ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Protesta, outrossim, por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a realização de diligência, juntada posterior de documentos, e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se provar a veracidade de tudo o que foi alegado, a fim de que fique, completamente, provada a improcedência da presente Notificação.

Requer especial atenção para que seja a Impugnante intimada a responder ou se manifestar sobre todas as diligências e manifestações nestes autos, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Não consta Informação Fiscal no processo.

É o relatório.

Participou da sessão de julgamento a patrona da empresa Dra. Anna Tereza Landgraf OAB/Ba 19.538, que em sustentação oral, reforça as argumentações defensivas apresentadas na defesa escrita.

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 377541 (fl.03) no valor histórico de R\$ 15.198,35, conforme está na descrição dos fatos no corpo da Notificação Fiscal.

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.03, 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 de Goiás, 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 aves (Filé de Peito Cong.) com NCM 02071400, 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.

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.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **128966.0001/21-7**, lavrada contra **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA