

N. F. Nº - 130577.0232/19-7
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - GRAÇA HELENA CRISTO DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/09/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0193-02/25NF-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 recolhimento a menor do ICMS - Antecipação Parcial Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 04/08/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 5.252,39, e multa de 60% no valor de R\$ 3.151,43, perfazendo um total de R\$ 8.403,82, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração 01 52.01.05 – Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.

Enquadramento Legal: Arts. 17 e 34, incs. XII e XV da Lei 7.014/96 C/C artigo 56 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

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.18/74, 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. Ocorre, contudo, que, conforme será oportunamente demonstrado, a Acusação Fiscal é insubsistente e deverá ser cancelado, pois:

- (i) É nulo o Auto de Infração por estar fundamentado em dispositivos genéricos e abstratos, sem qualquer relação com o caso concreto cerceando o direito de defesa;
- (ii) Além disso, o Auto de Infração também é nulo em razão da incompetência das d. Autoridades Fiscais do Estado da Bahia de exigirem de Contribuinte localizado em outro Ente federado que se submeta a sua legislação;
- (iii) No mérito, o Auto de Infração é insubsistente, visto que o item não está amparado pelo o Convênio ICMS nº 89/2005 em sua legislação, motivo pelo qual correta a alíquota de 12% destacada na Nota Fiscal nas operações em concreto;
- (iv) Ainda que superada tal questão, o Sistema Constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS antecipado, não sendo possível a sua cobrança pelo Estado da Bahia;
- (v) Inaplicável a penalidade de multa pois a Impugnante não deixou de recolher o ICMS Antecipação devido na operação, por ter observado as normas vigentes nos Estados da

Bahia e do Mato Grosso do Sul.

No tópico “DO CERCEAMENTO DE DEFESA” diz que a capitulação que fundamentou a suposta infração é absolutamente genérica e inexata, motivo pelo qual o Auto de infração deve ser declarado nulo. Destarte, como pode a Impugnante se defender sem saber exatamente em qual situação sua conduta se encaixa, diante da total imprecisão dos dispositivos normativos que amparam a autuação? Diante da impossibilidade de se identificar a suposta conduta irregular, torna-se inviável o exercício do direito de defesa. Pois, sem a correta e detalhada capitulação da infração não há como defender-se, como contraditar o que não conhece, implicando em vício insanável, mesmo com toda a informalidade do processo administrativo, pois a garantia à ampla defesa é de índole constitucional e o citado art. 5º, LV, diz que o processo administrativo deve também assegurar a defesa ampla.

Cita que além da patente ausência de fundamentação na suposta infração cometida pela Impugnante, a partir das parcas informações constantes no Auto de Infração, supõe-se que a acusação fiscal seria de recolhimento a menor o ICMS Antecipação, pois, nos termos do Convênio ICMS nº 89/2005, a transferência interestadual deveria ter sido realizada sob a alíquota de 7%. Em se confirmando essa hipótese, o Auto de Infração é nulo de pleno direito em razão da incompetência do Estado da Bahia em fiscalizar operações ocorridas perante outro Ente da Federação, isso porque, ao ter o Estado de origem da mercadoria reconhecido a regularidade da Nota fiscal, não pode o Estado destinatário infirmar os dados nela constantes, muito menos para fins de cobrança de tributo, sob pena de violação à jurisdição das normas estaduais e, sobretudo, ao Pacto Federativo. Portanto, não tem o Estado da Bahia legitimidade para tratar do ICMS exigido pelo Estado do Mato Grosso do Sul nas operações interestaduais à alíquota de 12%.

No mérito a Impugnante afirma não merecer melhor sorte o raciocínio fazendário de que a Notificada deveria usar o crédito com a alíquota de 7% ao invés de 12% pois a mercadoria adquirida pela Impugnante se trata de item defumado, ou seja, um produto industrializado, onde não se aplicam as disposições constantes no Convênio ICMS 89/2005, pois sua cláusula primeira é taxativa quanto a condição/classificação dos produtos comestíveis para usufruir do aludido benefício, devendo eles se apresentarem da seguinte forma: “frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados”.

Reafirma que em que pese o correto procedimento adotado pela Impugnante ao apurar o ICMS Antecipação na operação autuada, fato é que, a bem da verdade, seria até mesmo desnecessário o seu recolhimento, tendo em vista a inconstitucionalidade e ilegalidade do ICMS Antecipação previsto na legislação baiana.

Ante todo o acima exposto, a Impugnante requer seja conhecida e provida esta impugnação para que:

- (i) Seja anulado o Auto de Infração, conforme preliminares suscitadas acima (cerceamento de defesa e incompetência das d. Autoridades Fiscais autuantes);
- (ii) No mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração pois demonstrada a correta utilização da alíquota interestadual de 12% na operação em concreto, bem como inviável a cobrança do ICMS Antecipado.

Não consta informação fiscal no processo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a diferença do ICMS recolhido a menor por erro na determinação da base de cálculo no DANFE nº 491992 no valor histórico de R\$ 5.252,39, conforme está na descrição dos fatos no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“Recolhimento a menor do ICMS antecipado na entrada do estado das mercadorias constantes no

Danfe n. 491992, procedente do estado de MS e destinada a empresa acima SEM REGIME DIFERENCIADO para a antecipação dos produtos resultantes do abate de bovino NCM 0210, conf. 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, 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 determinação da base de cálculo, 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 – 52.01.05 – Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.”

Enquadramento Legal: Arts. 17 e 34, incs. XII e XV da Lei 7.014/96 C/C artigo 56 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

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. 17. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso V do art. 4º, o valor da operação, compreendendo a mercadoria e o serviço;

III - no fornecimento de que trata o inciso VI do art. 4º: a) o valor total da operação, abrangendo o valor do serviço e das mercadorias fornecidas, na hipótese da alínea “a”; b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, na hipótese da alínea “b”;

IV - na hipótese do inciso VII do art. 4º, o valor acrescido relativo à industrialização ou serviço, abrangendo mão-de-obra, insumos aplicados e despesas cobradas do encomendante;

V - na hipótese do inciso VIII do art. 4º, o valor da operação de que decorrer a entrada;

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.

Art. 56. Quando o valor da base de cálculo for diverso do valor da operação ou prestação, o contribuinte mencionará essa circunstância no documento fiscal, indicando o dispositivo pertinente da legislação, bem como o valor sobre o qual tiver sido calculado o imposto, exceto quando se tratar de Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor emitida por Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

Parágrafo único. No caso de documento fiscal emitido em ECF, deverá ser utilizada carga tributária efetiva

para a mercadoria ou serviço quando a base de cálculo for diversa do valor da operação ou prestação”.

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 e Presunto cozido NCM 1602, sujeitos à antecipação parcial.

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/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/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 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **130577.0232/19-7** lavrada contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA