

A. I. N° - 099883.0537/19-6
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - 11/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-03/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/07/2019, refere-se à exigência de R\$30.524,08 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de Substituição Tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, no mês de julho de 2019. Infração 54.05.10.

Em complemento, consta a informação de que foi constatado recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação tributária de produtos resultantes do abate de aves, enquadrados no Anexo Único do RICMS/BA. O destinatário não possui Regime Especial deferido pela Ditri, para pagamento no mês subsequente da entrada no Estado da Bahia, constante no Danfe nº 1967944 e Dacte nº 37498. O recolhimento a menos se deu por erro na classificação dos produtos; cálculo feito sem o acréscimo da MVA de 41,77%, mais o frete proporcional.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 16 a 21 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que, em linhas gerais, entendeu a Fiscalização que a empresa recolheu ICMS Antecipação a menos, sob o argumento de que o cálculo foi realizado sem o acréscimo da MVA de 41,77%, mais o frete proporcional.

Afirma que o Auto de Infração é nulo por estar fundamentado em dispositivos genéricos e abstratos, sem qualquer relação com o caso concreto, cerceando o direito de defesa.

No mérito, alega que o Auto de Infração é insubsistente, visto que, conforme item 35.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, os produtos comestíveis resultantes do abate de aves não estão sujeitos à aplicação de MVA.

Também alega ser inaplicável a penalidade de multa, porque a empresa não deixou de recolher o ICMS Antecipação devido na operação, por ter observado as normas vigentes nos Estados da Bahia e do Rio Grande do Sul.

Observa que a capitulação que fundamentou a autuação é absolutamente genérica e inexata, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser declarado nulo.

Reproduz o art. 39, inciso V do RPAF/BA, e quanto à nulidade, transcreve o art. 18, incisos I a IV do mencionado Regulamento.

Afirma que no caso concreto, a autuação fiscal não deve prosperar porque os dispositivos legais que fundamentam são completamente genéricos e há insegurança na determinação da infração.

Comenta sobre os requisitos do lançamento, citando direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal, ressaltando que um dos meios inerentes à ampla defesa não é outro senão a demonstração clara e indubitosa dos motivos que levaram ao lançamento, bem como o detalhamento dos dados essenciais à sua instrução.

Frisa que não pode 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 identificar a conduta irregular, tornando-se inviável o exercício do direito de defesa.

Sem a correta e detalhada capitulação da infração não há como se defender, como contraditar o que não conhece, implicando vício insanável, mesmo com toda a informalidade do processo administrativo, pois a garantia à ampla defesa é de índole constitucional.

Comenta sobre a hipótese de incidência e diz que não é possível realizar um lançamento de forma genérica, sem enquadrar de forma individual em quais incisos e artigos de Lei decorre a infração.

Sendo assim, não se observa o fenômeno da subsunção no caso em questão, porque se trata de fundamento genérico e abstrato e conclui que o presente Auto de Infração deve ser declarado nulo, com fundamento no art. 18, incisos II e IV, “a” e art. 39, V, ambos do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/1999.

Informa que na hipótese de não ser reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração, visando mitigar qualquer possibilidade de preclusão da matéria, apresenta seus argumentos de mérito, levando em conta o valor do crédito tributário efetivamente constituído e a possível fundamentação legal.

Considerando a fórmula de cálculo do imposto constituído, afirma que tudo indica se tratar de exigência de diferença de alíquota em virtude do ICMS antecipado regulamentado no art. 12-A da Lei 7.014/96.

Informa que recolheu o valor de R\$8.984,94 a título de ICMS Antecipação (Doc. 03 – fl. 41 do PAF), mas a Autoridade Fiscal, nos cálculos constantes em seu demonstrativo, considerou que houve recolhimento a menos, uma vez que não foi aplicado MVA de 41,77%.

Alega que os cálculos do autuante estão totalmente equivocados, uma vez que conforme item 35.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, os produtos comestíveis resultantes do abate de aves não estão sujeitos à MVA nas aquisições de Unidade da Federação signatária de acordo interestadual (Doc. 04 – fls. 43/58 do PAF).

Conclui que, superada a insubsistência formal do Auto de Infração, não merece melhor sorte o mérito da acusação fiscal, tendo observado a legislação que rege a matéria.

Quanto à multa aplicada, com base no art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, alega que tal penalidade é descabida, porque não houve qualquer infração, tendo sido considerados os créditos destacados na Nota Fiscal, com o tempestivo recolhimento do imposto devido.

Por fim, reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração, e no mérito, seja julgado improcedente, requerendo ainda, o cancelamento da multa aplicada.

Também requer que todas as intimações e notificações relativas ao presente PAF sejam direcionadas ao advogado do impugnante, no endereço indicado nas razões de defesa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 61 a 63 dos autos, dizendo que o autuado adquiriu mercadoria acobertada pelo DANFE nº 1967944, citado no Termo de Ocorrência Fiscal datado de 22/07/2019, produtos resultantes do abate de aves, enquadrados no Anexo 1 do RICMS-BA, e

classificou esses produtos na NCM/SH 1601.0000, como sendo da antecipação parcial, mas a classificação correta deste produto (peito de peru defumado) é na NCM/SH 0210.99, sujeito à antecipação tributária, aplicando sobre a base de cálculo a MVA de 41,77%, como determina o Anexo 1 do RICMS-BA, por isso, foi elaborada planilha, e acrescido na base de cálculo o valor do frete proporcional às mercadorias, porque a prestação do serviço era por conta do destinatário, operação FOB.

Faz uma síntese das alegações defensivas e assegura que não houve cerceamento ao direito de defesa; a impugnação foi apresentada no prazo legal e houve os trâmites normais do processo.

Em relação ao questionamento do autuado quanto à constitucionalidade, diz ser notório que improcede tal argumento, uma vez que todos os procedimentos fiscais obedeceram aos princípios questionados, em especial a legalidade. Foram cumpridos todos os requisitos previstos para a autuação, inclusive aqueles exigidos no art. 39 do RPAF/BA.

Sobre as alegações defensivas referentes à multa de 60%, ressalta que o mencionado percentual possui previsão no art. 42 da Lei 7.014/96, encontrando-se devidamente tipificado. Pede o reconhecimento da procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendente alegou que o Auto de Infração é nulo por estar fundamentado em dispositivos genéricos e abstratos, sem qualquer relação com o caso concreto, cerceando o direito de defesa. Disse que a capitulação que fundamentou a autuação é absolutamente genérica e inexata, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser declarado nulo.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Observe que o presente Auto de Infração foi lavrado observando os elementos necessários, tendo sido anexado o Termo de Apreensão (fls. 04/06); elaborado o demonstrativo do débito apurado e indicados o enquadramento legal, a tipificação da multa e o respectivo percentual. Não houve prejuízo ao defendente, porque a indicação da infração e a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foram efetuadas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos.

Os dispositivos da Lei 7.014/96 e do RICMS-BA citados no enquadramento legal, guardam relação com o imposto apurado pelo autuante, conforme análise efetuada em relação ao mérito da autuação, e não implica nulidade do Auto de Infração provável equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O autuado entendeu a autuação e os cálculos, apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar suscitada pelo defendente.

No mérito, conforme descrição dos fatos, foi constatado “recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação tributária de produtos resultantes do abate de aves, enquadrados no Anexo Único do RICMS/BA”. O destinatário não possui Regime Especial deferido pela DITRI, para

pagamento no mês subsequente ao da entrada no Estado da Bahia; DANFE nº 1967944 e DACTE nº 37498. O recolhimento a menos se deu por erro na classificação dos produtos.

Vale registrar, que na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O autuado alegou que o Auto de Infração é insubsistente, visto que, conforme item 35.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, os produtos comestíveis resultantes do abate de aves não estão sujeitos à aplicação de MVA. Disse que recolheu o valor de R\$8.984,94 a título de ICMS Antecipação (Doc. 03 – fl. 41 do PAF), mas a Autoridade Fiscal, nos cálculos constantes em seu demonstrativo, considerou que houve recolhimento a menos, uma vez que não foi aplicada a MVA de 41,77%.

O autuante informou que os produtos autuados são resultantes do abate de aves, enquadrados no Anexo 1 do RICMS-BA, mas na nota fiscal foram classificados esses produtos na NCM/SH 1601.0000, como sendo da antecipação parcial, mas a classificação correta deste produto (peito de peru defumado) é na NCM/SH 0210.99, sujeito à antecipação tributária, aplicando sobre a base de cálculo a MVA de 41,77%, como determina o mencionado Anexo 1 do RICMS-BA.

Observo que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos de NCM, para comprovar se determinado produto encontra-se, ou não enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária. Dessa forma, em relação à obrigação de o contribuinte fazer a retenção ou antecipação do ICMS quanto às mercadorias enquadradas no mencionado regime de substituição tributária, devem ser considerados os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM, e não importa a intenção do legislador ao estabelecer tal especificação.

Na descrição dos produtos constantes no documento fiscal consta: PEITO DE FGO DEFUMADO SEARA, PEITO DE PERU DEFUMADO, PEITO DE PERU DEFUMADO REZENDE, FINESSE DE PERU, todos com o código de NCM 1601.0000.

O NCM 1601.00.00 se refere a “Preparações de carne, de peixes ou de crustáceos, de moluscos ou de outros invertebrados aquáticos - Enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue; preparações alimentícias à base de tais produtos”.

O defendente afirmou que o presente lançamento é insubsistente, visto que, conforme item 35.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, os produtos comestíveis resultantes do abate de aves não estão sujeitos à aplicação de MVA. Entretanto, a redação do Anexo mencionado pelo defendente esteve vigente no período de 01/04/2012 A 31/12/2012

O Anexo 1 do RICMS-BA/2012, vigente à época dos fatos (2019) no item 12.25.0 constam os códigos de NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501: Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves, exceto os descritos no CEST 17.087.02

CEST 17.087.02 refere-se a carnes de aves inteiras e com peso unitário superior a 3 kg, temperadas.

Para verificar a condição de determinada mercadoria deve ser observada, necessariamente, a sua adequação ao código de NCM e a respectiva descrição constantes da norma respectiva. Existindo adequação entre o código de NCM e descrição do produto, prevalece a substituição tributária incidente sobre a operação.

Neste caso, embora a mercadoria em comento esteja classificada na nota fiscal com posição de NCM diversa, a descrição consignada no mencionado documento fiscal corresponde àquela contida na norma específica, ou seja, as mercadorias em comento têm a descrição constante no Anexo 1 do RICMS-BA, e a informação do documento fiscal indica que a mercadoria corresponde

àquela especificada na norma, o que não afasta sua aplicabilidade à substituição tributária, estando classificadas na mesma posição de NCM encontrada no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, conforme apurado pelo autuante, sendo subsistente a exigência fiscal.

Em relação à multa aplicada, o autuado alegou que tal penalidade é descabida, afirmando que não houve qualquer infração.

A multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O defendente requer que todas as intimações e notificações relativas ao presente PAF sejam direcionadas ao seu advogado, no endereço indicado nas razões de defesa. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **099883.0537/19-6**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.524,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA