

N. F. Nº - 2105450367/17-5

NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA

NOTIFICANTE - JUCKLIN CELESTINO DA SILVA FILHO

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30/06/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTENCIA DE VÍCIOS INSANAVEIS. Capitulação legal não condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que o Notificado não efetuou o recolhimento do ICMS referente a Antecipação Tributária Total, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo a circulação de mercadoria sujeita à Antecipação Tributária Parcial. Ofensa ao princípio da legalidade e do devido processo legal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, conforme dispõe o art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/99. Instância única. Notificação Fiscal. NULA Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 21/07/2017, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 14.692,60, e multa de 60% no valor de R\$ 8.815,56 perfazendo um total de R\$ 23.508,16, pela falta de recolhimento da antecipação total do ICMS, em aquisição interestadual de produtos resultantes do abate de bovinos, suínos e equinos (embutidos), procedentes do Mato Grosso do Sul e destinado a contribuinte baiano sem regime especial.

Infração 01 – 54.05.10 Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º § 6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96

O Notificado ingressa através de advogados, com defesa tempestiva e anexos fls. 15 a 58, onde solicita a improcedência da lavratura fiscal, por entender inexistir antecipação total do ICMS nas operações fiscalizadas, baseadas nos seguintes argumentos:

- 1 Esclarece que nos termos do artigo 12-A da Lei 7.014/96, nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias, o ICMS antecipado é devido ao Estado da Bahia quando a alíquota interna destas mercadorias no estado do destino for superior à alíquota interestadual, ou seja, somente é devido o imposto antecipado nos casos em que a diferença de alíquota for positiva, que não é o caso desta transação comercial. Informa

que o Notificante na sua “Planilha para determinação do valor da base de cálculo” considerou a alíquota de 7% para a operação interestadual enquadrando as mercadorias no conceito de carnes 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 que em razão do benefício fiscal previsto no Convênio 89/2005, tem a sua base de cálculo reduzida para atingir o percentual de 7%. Diz que, ao contrário do entendimento da d. Autoridade Fiscal, as mercadorias constantes nas NF-e passaram por um processo de industrialização e não se enquadram na definição de produto comestível fresco, resfriado, congelado, salgado ou temperado constante no Convênio ICMS 89/2005. As mercadorias objeto da autuação estão classificadas nas posições NCM 16 que tratam de “Preparações de carne, de peixes ou de crustáceos, de moluscos ou de outros invertebrados aquáticos”, por outro lado as mercadorias que fazem jus ao benefício fiscal previsto no Convênio 89/2005 estão classificados nas posições NCM 02, que dizem respeito às “Carnes e miudezas, comestíveis”. Contemporiza que por diversas vezes, o Conselho de Fazenda Estadual da Bahia reconheceu que os produtos linguiça, mortadela, presunto, dentre outros, são produtos industrializados e não se encaixam no conceito de carne ou produto comestível resultante do abate de aves e gado, inclusive, o entendimento fora compactuado pelas próprias autoridades fiscais autuantes, e relaciona diversos acórdãos sobre esse entendimento.

Por outro lado, a Notificada é celebrante do Termo de Acordo dos Atacadistas, com benefício fiscal de redução na base de cálculo em 41,176%, a possibilitar uma alíquota interna nos produtos comercializados de 10,59%, como as mercadorias na transação interestadual vieram com a alíquota de 12% não existe mais nada a cobrar por parte do Estado da Bahia.

Entende que a operação de frete não faz jus a qualquer benefício, razão que alíquota atual praticável deve ser mantida em 12%, como praticada na origem.

Ante o acima exposto, requer que seja no mérito julgado improcedente a Notificação Fiscal ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação autuada.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação tributária das mercadorias derivadas do abate de carne como está descrito no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“ Falta de recolhimento do ICMS, antecipação tributária, das mercadorias constantes nos DANFES 391779 e 391778, produtos resultantes do abate (bovinos, suínos, muares, aves etc.) procedente de outra unidade da federação, destinado a contribuinte que não possui regime especial de carnes para pagamento diferenciado no mês seguinte, e não foi observado o Convênio ICMS 89/2005 que manda reduzir a carga tributária a para 7%. Crédito fiscal glosado e recalculado alíquota de 7% em conformidade com o convênio 89/2005”

Preliminarmente entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto 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 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 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.

Inicialmente verifico que a descrição fática trata da falta do recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, referente à aquisição de mercadorias de outra unidade da Federação, destinadas à comercialização, acobertadas pelos DANFEs nº 391778 e 391779.

As mercadorias constantes nos DANFEs citados são “LINGUIÇA RETA SEARA NCM 1601000 E STEAK SEARA NCM 16023220 todas sujeitas à cobrança da antecipação parcial do ICMS, no entanto o Agente Notificante aplicou a legislação fiscal inerente a mercadorias sujeitas a Antecipação Total do ICMS.

Trata-se de um vício insanável quando a capitulação legal não é condizente com o fato real, nesse lançamento específico, verifica-se uma total dissonância entre a fundamentação legal que traz regras sobre a Antecipação Tributária Total, quando o fato concreto é exigência do ICMS relativo a mercadoria sujeita a Antecipação Parcial. O próprio Agente Notificante quando elaborou sua planilha para calcular o ICMS devido, utilizou as regras da Antecipação Parcial, só cobrando a diferença entre a alíquota destacada nos DANFES e a alíquota interna do ICMS.

Entendo que a dissonância entre o tipo de mercadoria que foi objeto da notificação (Linguiça Reta Seara e Steak Seara) e a fundamentação da infração contida na Notificação Fiscal fere o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Diante de tais constatações conforme dispõe o art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/99, considero que o ato é NULO, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

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;

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal que analise a possibilidade da renovação do procedimento pela fiscalização, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA**, a Notificação Fiscal nº **210545.0367/17-5**, lavrada contra **SEARA ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR