

N. F. Nº - 210308.0051/19-9
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - ALIOMAR BRAGA ROSA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22.07.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0153-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. PRODUTO INCLUSO NO ANEXO 1(NCM 02101200) Carne sujeita a beneficiamento industrial a constituir novo produto diferenciado da origem. Características diferentes da carne em seu estado natura, inaplicável com a tributação do Convênio 89/05. Contribuinte recolheu o ICMS da Antecipação Tributária Total encerrando a fase de tributação, de acordo com o Art. 9º da Lei 7.014/96. **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 10/10/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 17.373,85, e multa de 60% no valor de R\$ 10.424,31 perfazendo um total de R\$ 27.798,16, 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 referente 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

A Notificada ingressa através de advogados, com defesa tempestiva e anexos fls. 19 a 39, onde solicita a improcedência da lavratura fiscal, por entender inexistir antecipação total do ICMS nas operações fiscalizadas, baseadas nos seguintes argumentos:

- 1 Esclarece que conforme será demonstrado a acusação fiscal é insubsistente e deverá ser cancelado pois:

O Estado da Bahia não possui legitimidade ativa para exigir o crédito tributário, pois as mercadorias estavam apenas em trânsito por seu território, sendo o Estado de Mato do Grosso do Sul o remetente e o Estado de Minas Gerais o destinatário; no mérito o auto de Infração é insubsistente, visto que o item não está amparado pelo Convênio ICMS nº 89/2005 em sua legislação, motivo pelo qual correta a alíquota de 12% destacada na Nota Fiscal nas operações em concreto; ainda que superada esta questão, o sistema Constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS Antecipado, não sendo possível a sua cobrança pelo Estado da Bahia; a multa aplicada (60% do valor da operação) se configura irrazoável, desproporcional e confiscatória, ainda mais em razão da inexistência de qualquer prejuízo ao Estado da Bahia.

Superadas as preliminares acima, quanto ao suposto mérito da autuação, não merece sorte o raciocínio fazendário, no sentido que a Impugnante aplicou alíquota de 7% em razão do Convênio 89/2005, isto porque, no caso concreto, não se aplica as disposições constantes

no referido convênio, pois a mercadoria adquirida pela Impugnante se trata de produto industrializado e conforme o disposto na cláusula do Convênio ICMS 89/2005 a alíquota de 7% se aplica a produtos resultantes do carnes e demais produtos comestíveis, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados.

Desta forma, não resta dúvida que os produtos industrializados não estão amparados pelo convênio, visto que a Cláusula Primeira do mencionado convênio é taxativa quanto a condição/classificação dos produtos comestíveis. Sendo assim, a alíquota interestadual aplicada na aquisição das mercadorias em referência (industrializadas) deve ser de 12%, consequentemente superior a carga tributária efetiva dos atacadistas do Estado da Bahia, a qual é de 10,588%, conforme termo de acordo, logo é indevido o ICMS antecipado nesta operação, uma vez que inexistente diferença de alíquota positiva para o Estado da Bahia.

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 autuante, e relaciona diversos acórdãos sobre esse entendimento.

Informa que o Auto de infração é nulo de pleno direito em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade do ICMS Antecipado previsto na legislação baiana, e que o ICMS Antecipação é a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida no momento em que as mercadorias são recebidas no Estado da Bahia, ou seja o diferencial de alíquota, ocorre que o diferencial de alíquota é cabível somente nas operações cujos destinatários seja consumidores finais, conforme o art.155,II, § 2º, VII da Constituição Federal, que não se aplica a Autuada visto que não é destinatário final das mercadorias, pois haverá saída futura de tais mercadorias.

Ante o acima exposto, a impugnante requer que seja conhecido e provido a presente impugnação para que seja anulado e cancelado o Auto de Infração tendo em vista que:

É nulo o Auto de Infração uma vez que o Estado da Bahia não possui legitimidade ativa para exigir o crédito tributário, pois as mercadorias estavam apenas de trânsito por seu território, pela correta utilização da alíquota de 12% na operação em concreto, bem como a inviável cobrança de ICMS antecipado.

VOTO

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

“Recolhimento do ICMS antecipação tributária feita a menor, das mercadorias constantes no DANFE nº 5032219 (bacon) procedente do MS, com destino a contribuinte que não possui regime especial para pagamento posterior no mês seguinte e não foi aplicado o Convênio 89/200, carga tributária 7% por cento”

Antes de entrarmos no mérito da ação fiscal, vamos analisar a solicitação de nulidade por parte da Notificada sob a alegação de falta de legitimidade ativa para exigir o crédito tributário por parte do Estado da Bahia, considerando que a mercadoria que saiu do Estado de Mato Grosso do Sul tinha como destinatário o Estado de Minas Gerais e que a mercadoria estava apenas de passagem pelo território baiano, para comprovar sua argumentação anexou a cópia da NF-e nº 503219 (fl.21) que tinha como destino o Estado referido. Analisando a documentação anexa a Notificação Fiscal, verifico que a Notificada se equivocou na sua solicitação de nulidade, consta no processo a NF-e 503221 (fl.6) para acompanhar as mercadorias que tem como destinatário a empresa Seara Alimentos Ltda com localização na BR 324, 8859 Km 7,5 Bairro de Pirajá, Salvador-Ba, com Inscrição Estadual nº 101.207.595, desta forma considero como inconsistente

esse pedido de nulidade e, portanto, devidamente rejeitado.

Na análise do mérito da ação fiscal, cabe registrar em que pese a empresa não ter “regime especial de carnes” para o recolhimento do ICMS da Antecipação Parcial no dia 25 do mês subsequente à emissão da NF, forçoso reconhecer ser celebrante de termo de acordo dos atacadistas, consoante Decreto 7799/00, que dispõe no seu art.1º a possibilidade de gozo em favor dos signatários uma redução na base de cálculo do ICMS de 41,176% nas operações de saídas internas, o que corresponde uma carga efetiva de 10,58%.

Quanto ao regime tributário a ser lançado sobre as mercadorias, merece uma análise mais detalhada, uma vez que a Notificada estava adquirindo “BACON SUINO” de NCM 021001200, em que o Agente Notificante em sua ”planilha para determinação do valor da base de cálculo”, optou por enquadrar as mercadorias como resultantes do abate de carne (Gado bovino, suínos e aves etc, frescos, resfriados, congelados secos ou temperados) aplicando o Convênio ICMS 89/05. É de conhecimento que o tratamento dado nas operações interestaduais com os produtos de carne mencionados na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 89/05 tem uma carga tributária de 7%:

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária 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.

De igual teor, se faz constar no RICMS-BA/12, no seu art. 268, inciso XIV:

Art. 268. É reduzido a base de cálculo:

....

XIV - 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 suíno, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%(sete por cento) do valor das operações (Convênio ICMS 89/05);

Assim, nessa modalidade comercial se conclui que o crédito fiscal é limitado a 7%, independente se houver destaque superior, pois os dispositivos são imperativos em fixar como alíquota interestadual 7%.

A NF-e 503.221(fl.06) traz mercadorias enquadradas no NCM 0210 (carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou **defumados**, resultantes do abate de suínos), BACON mercadoria que conceitualmente poderia ser alcançada pelo Convênio ICMS/89 por estarem enquadradas no mesmo NCM, como está na sua descrição:

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária 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.

Porém como vemos, o Convênio ICMS 89/05 deixou de incluir na sua redação toda a abrangência do NCM 0210, não incluiu os produtos resultante da defumação que é a situação das mercadorias constantes na NF-e 503.221. Desta forma a ação fiscal foi feita de maneira errônea quando incluiu essas mercadorias como sendo alcançadas pelo Convênio ICMS 89/05. Essas mercadorias estão sujeitas a antecipação total como consta no Anexo 1, do RICMS/2012, a NF-e da transação interestadual deve vir com destaque da alíquota de 12%, aplica-se o MVA de 41,77% e calcula o ICMS de 18% devendo ser cobrado a diferença do imposto na entrada das mercadorias no Estado, conforme depreende leitura do art. 332, inciso III e § 2º do RICMS-BA/12.

Art. 332. *O recolhimento do ICMS será feito:*

....

III – *antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:*

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes.

b) não enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS:

§2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir; poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b”, e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e nas operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino

O valor que deveria vir pago referente ao ICMS de Antecipação Tributária Total está calculado na planilha abaixo:

Cálculo do ICMS da Antecipação Tributária Total do DANFE 503221

VL.DANFE	MVA.	B. C. MVA.	ICMS (18%)	Crédito 12%	Saldo a pagar
279.419,08	41,77%	396.132,43	71.303,84	33.530,29	37.773,55

Este valor foi devidamente antecipado pela Notificada no dia 07/10/2019, conforme comprovante de pagamento anexado ao processo nas fls. 9/10, encerrando desta forma a cobrança do ICMS da Antecipação Tributária Total da mercadoria constante na NF-e 503.221, de acordo o que estabelece o art. 9º, da Lei 7.014/96, independente da Notificada ser celebrante do Termo de Acordo dos Atacadistas.

Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Vistos e analisados os elementos que compõe os autos, e à vista da consistência dos fatos, resolvo DEFERIR o quanto requer a defesa, e julgar Improcedente a Notificação Fiscal, por já ter encerrado a cobrança do ICMS da Antecipação Tributária Total.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **IMPROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº **210308.0051/19-9**, lavrada contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2020

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR