

N. F. Nº - 210545.0266/17-4
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - JUCKLIN CELESTINO DA SILVA FILHO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.07.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. Descrição fática e 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 à Antecipação Tributária Parcial, enquanto a matéria fática diz respeito à exigência de imposto relativo à circulação de mercadoria sujeita à Antecipação Tributária Total. 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- BA/99. Instância única. Notificação Fiscal NULA, Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 21.06.2017, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 15.582,61, mais multa de 60%, no valor de R\$ 9.349,56, totalizando o montante de R\$ 24.932,17 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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 da legislação fiscal”.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº 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 nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

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

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE PRODUTOS RESULTANTES DO ABATE BOVINOS, SUÍNOS, E EQUINOS (EM BUTIDOS) CONSTANTES DO DANFE 384168 PROCEDENTE DO MT, COM DESTINO A CONTRIBUINTE NESTE ESTADO QUE NÃO REGIME ESPECIAL PARA PAGAMENTO DIFERENCIADO NO MÊS SEGUINTE, QUE DESCUMPRIU O CONVÊNIO ICMS 89/2005, NÃO REDUZINDO, DE AC COM QUE A CARGA TRIBUTÁRIA FIQUE EM 7% “

Anexo aos autos encontra-se cópia do DANFE da Nota fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 384168, procedente do Estado do Mato Grosso do Sul (fl. 04) correspondentes às mercadorias motivo da autuação de NCM de nº 1601000 (Linguiça Calabresa).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fls. 02 e 03).

Há de registrar a ciência do recebimento de uma via da Notificação Fiscal em epígrafe aposta pelo representante da Notificada à folha 01, datada de 30.10.2017.

Em síntese, o Advogado do Notificado pleiteou, na defesa (fls. 07 a 18), preliminarmente a nulidade do lançamento por Erro na Capitulação Legal e cerceamento de defesa por não ser possível identificar se a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento de ICMS antecipação total ou se estava diante da suposta falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial. Por conseguinte discorre a improcedência da lavratura fiscal, por entender inexistir antecipação parcial do ICMS nas operações fiscalizadas, baseadas em três argumentos:

- 1- *Ser 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%;*
- 2- *Que as mercadorias sendo linguças calabresa, são produtos que passaram por um processo de industrialização, perdendo suas características originais a motivar não enquadramento conceitual dado ao âmbito do Convênio ICMS 89/05, razão de que alíquota interestadual aplicável é de 12%, como adotada na origem (e não de 7% como entendeu o Notificante);*
- 3- *E, como a alíquota interna praticada nas operações com os produtos é inferior à alíquota interestadual corretamente praticada, não teria antecipação parcial do ICMS exigível.*

VOTO

A Notificação Fiscal em exame acusa o Notificado do cometimento da Infração (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 da legislação fiscal, exigindo do Notificado ICMS no histórico de R\$ 15.582,61, mais multa de 60%, no valor de R\$ 9.349,56, totalizando o montante de R\$ 24.932,17.

O enquadramento legal seguiu a Infração tipificada referenciando às alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, Decreto nº 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 nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Em preliminar, 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, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

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.

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.

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 vício jurídico intransponível relativo à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Constato, no presente processo, a existência de vício insanável no lançamento que é a dissonância entre a *descrição fática e fundamentação legal*, que traz regras sobre a Antecipação Tributária Total, com o fato concreto, que é a falta de recolhimento do ICMS relativo à circulação de mercadorias sujeitas à Antecipação Parcial. Consta no DANFE da Nota fiscal eletrônica (NF-e) de nº 384168, emitido em 18.05.2017 (fl. 04), que a descrição das mercadorias se refere ao NCM de nº 1601000, Linguixa Tipo Calabresa. Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes constam no Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando o NCM de nº 1601000 neste Anexo vigente para o ano de 2017 tem-se que não se incluem neste Regime, restando evidenciado ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

O ordenamento jurídico estadual inclui a linguixa no conceito de enchidos (embutidos) discriminando, separadamente dos “produtos comestíveis resultante do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino”, conforme depreende leitura do § 2º do art. 332 do RICMS-BA/12, a demonstrar se tratem de mercadorias diferentes, motivo claro de não estar a linguixa calabresa no rol da tributação do Convênio ICMS 89/05.

*“§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” eo 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.”*

Por este prisma de entendimento, **a carne quando submetida a processo de industrialização, surgindo daí um novo produto**, como é o caso das linguixas dentre outros, **tem a tributação normal**. Neste passo, **como para os enchimentos ou embutidos não consta inclusão da MVA** na base de cálculo do ICMS, por inexistir previsão em convênio, protocolo ou no RICMS-BA/12 e seu Anexo I, forçoso reconhecer que não se trata de sujeição no regime da substituição, mas tão somente Antecipação Parcial do ICMS.

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

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 pela fiscalização de estabelecimentos, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela Nulidade da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULA, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 210545.0266/17-4, lavrado contra SEARA ALIMENTOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR