

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)
N. F. Nº - 099883.0372/19-7
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0226-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. RECOLHIMENTO A MENOR. CORTES DE CARNE. Mercadorias “bacon”, produto cárneo industrializado obtido do corte da parede torácico-abdominal dos suínos, não atende aos pressupostos das características de produto comestível fresco “em estado natural” ou tão somente resfriado, congelado, salgado, seco ou temperado sujeitos ao Convênio 89/05, para redução da base de cálculo de 7%. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 10.06.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 16.052,69, mais multa de 60%, no valor de R\$ 9.631,61, totalizando o montante de R\$ 25.684,30 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:

“Na hora e data acima referido constatamos as seguintes irregularidades: Recolheu a menor o ICMS, da antecipação tributária total, dos produtos resultante do abate de gado suíno, listados no anexo único do RICMS/BA, NCM/SH 02101200, por não observar o que determina o Convênio ICMS 89/05, para reduzir a base de cálculo, para que a carga tributária seja 7%, constante no DANFE nº. 407710 e DACTE nº. 376970, foi incluso na base de cálculo o valor da prestação de serviço, por ser uma operação FOB. “

Anexo aos autos encontra-se cópias: do DANFE - Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) nº 407710, procedente do Estado do Mato Grosso do Sul (fl. 05) correspondentes às mercadorias motivo da autuação de NCM 02101200 (Bacon Suíno); do DACTE – Documento Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico nº 376970 indicando como o tomador do serviço de frete o destinatário da mercadoria, no valor de R\$ 12.717,74; o DAMDFE nº 84549 – Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais; o DAE de nº 1903548288 (fls. 09 e 10), pago no dia 05.06.2019, no valor de R\$ 32.589,88; os documentos do motorista e da empresa transportadora (fls. 11 e 12); a Intimação da Lavratura aposta à folha 15 sem assinatura; o AR (Aviso de Recebimento) cientificado na data de 22.08.2019 (fl. 16).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fls. 07).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 01 a 09), e documentação comprobatória às folhas 10 a 31, protocolizada no CONSEF/PROTOCOLO de 10.10.2019 (fl. 01).

Preliminarmente solicita que seja declarada nula a presente Notificação Fiscal por cercear o direito de defesa da Notificada, uma vez que não especifica a exata capitulação da suposta infração, para este suporte cita os artigos 18 e 39 do RPAF/BA, alegando haver mais de uma irregularidade sendo elas: Os dispositivos legais apresentados são genéricos à tributação por substituição tributária e existe insegurança na determinação específica da infração.

Discorre sobre a incompetência do Estado da Bahia para deliberar sobre alíquota interestadual aplicada na saída de estabelecimento localizado em outro Ente Federado e sobre a competência ao Estado da Bahia fiscalizar se correta ou não a apuração do ICMS nas operações realizadas em seu território ou, ao menos, aqui iniciadas. Entretanto, quanto às operações iniciadas em outros Estados, ou seja, fora de sua jurisdição, sua competência é, apenas e tão somente, verificar se em face das Notas Fiscais de entrada no estabelecimento emitente existem acusações que infirmam a idoneidade e, por consequência, prejudicam (ou possam prejudicar) seus efeitos jurídicos, para isso cita o art. 23 da LC 87/96.

Consigna que no mérito a Notificação Fiscal é insubsistente, visto que não está amparado pelo Convênio ICMS 89/2005 em sua legislação, nos termos deste a transferência interestadual deveria ter sido realizada sob a alíquota de 7%, motivo pelo qual a alíquota correta a ser aplicada é de 12% destacada na Nota Fiscal, isto porque, no caso concreto, não se aplicam as disposições constantes do referido convênio, pois a mercadoria adquirida se trata de item defumado, ou seja, é um produto industrializado, para isto transcreve a Cláusula primeira do referido convênio. Assim sendo, a alíquota interestadual aplicada na aquisição das mercadorias em referência (industrializadas) deve ser 12%, consequentemente superior a carga tributária efetiva dos atacadistas do Estado da Bahia, a qual é de 10,588%, conforme termo de acordo.

Alega que o Sistema Constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS antecipado, não sendo possível a sua cobrança pelo Estado da Bahia e a inaplicabilidade de multa pois a Notificada 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

Finaliza requer que seja anulado a Notificação Fiscal conforme preliminar suscitadas (cerceamento de defesa e incompetência das Autoridades Fiscais atuantes, e no mérito seja julgado improcedente uma vez demonstrada a correta utilização da alíquota interestadual de 12% na operação em concreto.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

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.

Preliminarmente, os questionamentos arguidos na defesa quanto à adesão do Estado da Bahia ao Convênio ICMS 89/2005, recaem sobre princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, sobre a posição, hierarquia ou constitucionalidades das normas ou ainda que o Estado da Bahia, ao impor a alíquota de 7% para os seus créditos fiscais, usurpou a competência do Senado Federal, prevista na Constituição Federal. É fato que o Estado da Bahia aderiu ao citado Convênio, estando, portanto, legalmente amparado. Ressalto que o regramento para a incorporação de Convênios do ICMS às legislações internas dos Entes signatários está inserido na Lei Complementar 24, de 07 de janeiro de 1975.

Por outro lado, este órgão não tem competência para afastar a aplicação da Legislação Tributária Estadual, assim como não tem competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, em conformidade com o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL HONORATO VIANA, através da abordagem de veículo da DALOG TRANSPORTES LTDA (fl. 11), que transportava, segundo o Notificante, as mercadorias BACON SUINO ESP. DEF. SEARA contido na NF-e nº 407710, procedente do Estado do Mato Grosso do Sul (fl. 05) correspondentes às mercadorias de NCM 02101200, motivo da autuação, acompanhado DAE nº 1903548288 (fls. 09 e 10), pago no dia 05.06.2019, no valor de R\$ 32.589,88 referente à falta de recolhimento do ICMS relativo ao Regime de Antecipação Tributária Total.

Verifiquei através dos Sistemas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o INC – Informações do Contribuinte, que a Notificada é empresa não optante do SIMPLES NACIONAL e recolhe o imposto pelo sistema de apuração CONTA CORRENTE FISCAL.

Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes são os identificados, atualmente, nos Anexos II ao XXVI, do Convênio de nº 142/18, de 14 de dezembro de 2018, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST. No entanto, os produtos que estão na Substituição Tributária por Antecipação, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando o NCM 02071400 neste Anexo vigente para o ano de 2019 tem-se que se incluem neste Regime: “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos”

Observo, que a capitulação legal constante da infração é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, desta forma concluo que o Notificado foi garantido a ampla defesa, que exerceu livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

A questão, ora em lide, demanda a análise da aplicabilidade do Convênio 89/05, que dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS devido em relação às mercadorias previstas na sua cláusula primeira, a seguir transcrita.

“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.”(grifei)

Note-se que a legislação do estado da Bahia internalizou quase *ipsis litteris* a respectiva norma do Convênio 89/05, conforme disposto no inciso XIV do art. 268 do RICMS/12, transcrito abaixo. Fato este, destacado pelo Notificado, na sua peça defensiva.

“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);”

A dúvida existente se baseia no fato da possibilidade de se enquadrar ou não o produto bacon, resultante do abate de suíno na Cláusula primeira do Convênio 89/05 e por conseguinte no inciso XIV do art. 268 do RICMS/12.

Assim, com base na Instrução Normativa 21/2000 de 31.07.2000, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (que institui medidas que normatizam a industrialização de produtos de origem animal, garantindo a igualdade entre os produtos e assegurando a transparência na produção, processamento e comercialização) tem-se que definição para bacon é “produto cárneo industrializado obtido do corte da parede torácico-abdominal dos suínos, que vai do esterno ao púbis, com ou sem costela, com ou sem pele, adicionado de ingredientes e submetido ao processo térmico adequado com defumação”.

Neste sentido a interpretação literal da Cláusula primeira do Convênio 89/05 e por conseguinte no inciso XIV do art. 268 do RICMS/12 ter-se-ia uma natureza taxativa, comportando somente os produtos (com as características) nele expressamente descritas. Por conseguinte o produto comercializado deveria atender aos seguintes requisitos: (i) ser carne ou produto comestível resultante do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno; e (ii) ter característica de produto comestível fresco ("em estado natural") ou tão somente resfriado, congelado, salgado, seco ou temperado.

Isto posto, o produto comercializado “Bacon” sendo industrializado não se adequaria às características neste regramento imposto, acolhendo, portanto a impugnação da Notificada em relação à utilização do Convênio ICMS 89/2005 pelo Notificante quanto do emprego restritivo da alíquota de 7% ao invés da alíquota de 12% destaca no documento fiscal proveniente da comercialização interestadual com o Estado do Mato Grosso do Sul, a qual resultou na lavratura da notificação fiscal.

Em relação ao momento do recolhimento, averigui que a Notificada está credenciada para 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 do *caput* do art. 332 do RICMS/2012, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino. Neste benefício e exclusão excetua-se, diferentemente do Convênio 89/2005, todos os tipos de produtos comestíveis resultantes do abate de suíno, incluindo-se o “bacon”. Assim, a Notificada deveria realizar o recolhimento antecipado conforme o fez através do DAE nº 1903548288 (fls. 09 e 10), pago no dia 05.06.2019, no valor de R\$ 32.589,88.

Na acepção do Notificante este fez o estorno parcial do crédito fiscal, referente à aquisição de cortes de carne suíno “bacon”, proveniente do Mato Grosso do Sul, considerando que existia previsão no Convênio supramencionado e legislação interna, de se reduzir a base imponible, de modo a traduzir carga tributária equivalente a 7% do valor da operação para este tipo de mercadoria, conforme sua memória de cálculo à folha 07.

No entanto, conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação do conteúdo destas. Isto posto, voto pela Improcedência da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **099883.0372/19-7**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR