

N. F. Nº - 218905.0070/17-6
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - WALTER SENA RIBEIRO
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/09/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-02/24NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. Produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos, e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos. Aplicável com a tributação do Conv. 89/05. Notificada comprovou que o produto é carne sujeita a beneficiamento industrial a constituir novo produto diferenciado da origem. Características diferentes da carne em seu estado in natura, inaplicável com a tributação do Conv. 89/05. NCM 1601 fora da relação do Anexo 1 do RICMS. Contribuinte celebrante do Termo de Acordo de Atacadistas. Base de cálculo do ICMS reduzida em 41,176%. Carga tributária efetiva de 10,58832%. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 05/08/2017, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 10.147,49, e multa de 60% no valor de R\$ 6.088,50 perfazendo um total de R\$ 16.235,99, 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 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 com anexos fls. 15 a 48, onde vem apresentar justificação em face a Notificação Fiscal nº 2189050070/17-6 com fundamento no artigo 53 do Decreto 7.629/1999 pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos, fazendo inicialmente uma descrição da autuação fiscal.

No tópico “DA NULIDADE DO LANÇAMENTO – ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA NOTIFICADA” Esclarece que a D. Autoridade Fiscal descreveu e fundamentou a suposta infração cometida pela Notificada em artigos que dispõe acerca da substituição tributária e antecipação total do imposto, quando na planilha para determinação do valor da base de cálculo indica a fórmula de cálculo do ICMS antecipação parcial. Ou seja, não é possível identificar se a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento de ICMS antecipação total quando nos termos dos artigos elencados pela Autoridade Fiscal como infringidos pela

Notificada a base de cálculo deveria ser acrescida do MVA constante no Anexo 1, ou se estamos diante da suposta falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial previsto no artigo 12-A da Lei 7014/96, que é o que se conclui da análise dos cálculos realizados pelo Fiscal para constituição do crédito tributário uma vez que não houve inclusão de MVA nos cálculos.

Diz que é evidente que a notificação fiscal em referência não fornece elementos suficientes para determinar com segurança a infração supostamente cometida pela Notificada o que enseja a nulidade do lançamento de ofício nos termos do artigo 18, IV, alínea “a” do Decreto 7.629/99.

Esclarece que na remota hipótese de não ser reconhecida a nulidade da presente notificação, a Notificada apresenta seus argumentos de mérito levando em conta o valor do crédito tributário efetivamente constituído onde exige ICMS antecipado na aquisição interestadual de linguiça calabresa pela Notificada. A Autoridade Fiscal considerou que a alíquota aplicável para a operação é de 7%, uma vez que faria jus ao benefício fiscal previsto no Convênio 89/2005. Considerando a fórmula de cálculo do imposto tudo indica que se trata de exigência acerca do ICMS antecipado regulamentado no artigo 12-A da Lei 7.014/96 que dispõe que nas operações interestaduais o ICMS antecipado é devido ao Estado da Bahia quando a alíquota interna for superior à alíquota interestadual, ou seja, somente é devido o imposto antecipado nos casos em que a diferença de alíquota for positiva. Sendo assim, quando a alíquota interestadual for superior à alíquota interna não haverá ICMS antecipado a recolher. No caso em tela, as mercadorias adquiridas pela Notificada foram embutidas, ou seja, produtos industrializados.

Informa que, por não se tratar de produto comestível fresco, resfriado, congelado, salgado, seco ou temperado resultante do abate de aves, leporídeos, gado e suíno os embutidos não fazem jus à redução de base de cálculo do ICMS previsto no Convênio CONFAZ nº 89/2005, estado sujeito à alíquota de 12%. Por outro lado, sendo a Notificada beneficiária do Termo de Acordo Atacadista que reduz a base de cálculo do ICMS incidente nas saídas internas para 41,176%, desta forma a alíquota interna é de 10,59%, sendo destacada nos DANFES 393459 e 393460 a alíquota de 12%, inexistente diferença de alíquota positiva para o Estado da Bahia.

Cita que as mercadorias objeto da autuação estão classificadas na posição NCM 16 que trata 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 classificadas nas posições NCM 02, ou seja, uma singela análise da posição NCM da mercadoria autuada, verifica-se que os embutidos são produtos preparados e que passam por processo de industrialização não podendo ser considerados carne ou produto comestível fresco, congelado, salgado, seco ou temperado resultante do abate de aves, leporídeos e gado. Caso remanesçam dúvidas por parte desta douta autoridade julgadora, requer-se baixa dos autos em diligência, nos termos da legislação de regência, a fim de que sejam esclarecidas as matérias de fato, com a devida instrução do processo.

Ante o acima exposto, requer a Notificada seja acolhida a presente Justificação para:

- i) Que preliminarmente, seja julgada nula a notificação fiscal nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do Decreto 7.629/99, uma vez que as notificações não contêm elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração supostamente cometida pela Notificada;
- ii) Que seja, no mérito, julgado improcedente o auto de infração ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação autuada, já que o produto comercializado não faz jus ao benefício previsto no Convênio 89/2005;
- iii) Caso remanesçam dúvidas por parte desta douta autoridade julgadora, requer-se a baixa dos autos em diligência a fim de que sejam esclarecidas as matérias de fato, com a devida instrução do processo.

Requer-se, ainda, que todas as intimações e notificações sejam direcionadas ao advogado da

Notificada, Dr. Fábio Augusto Chilo, inscrito na OAB/SP 221.616, com endereço na Avenida Marginal Direita do Tietê, nº 500, São Paulo - SP, CEP 05.116-100, inclusive para se fazer presente no julgamento e realizar sustentação oral. Presente como ouvinte o Dr. Erico Vinícius de Almeida Reis.

Não consta informação Fiscal.

É o relatório.

VOTO:

Essa Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação total das mercadorias constante nos DANFES 393459 e 393460 e exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$ 10.147,49, e é composta de uma infração detalhadamente exposta no relatório acima, o qual faz parte integrante e inseparável deste acórdão.

A ação fiscal que resultou nesta Notificação Fiscal, foi realizada por um Agente de Tributos lotado no Posto Fiscal Honorato, que assim descreveu o que motivou esta lavratura:

“Mercadorias (Embutidos) circulando na BR 324 acompanhada com os DANFES nº 393459 e 393460, DACTE nº 9797015 sem o recolhimento do ICMS. Empresa não possui regime Especial”

A Notificada informa que a autuação deveria ser declarada nula por erro na capitulação legal e cercear o direito de defesa, uma vez que a planilha apresentada para determinação do valor da base cálculo indica a fórmula para calcular a antecipação parcial pois não houve a inclusão da MVA para calcular a antecipação tributária total, havendo uma clara contradição entre a descrição da infração e capitulação legal, com os cálculos realizados pelo Fiscal Autuante.

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que o Notificante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Não acolho a alegação defensiva de que a não inclusão da MVA na planilha de cálculo da antecipação tributária total seja motivo suficiente para anular a Notificação Fiscal, este possível erro na planilha pode ser corrigido de ofício.

Observo, portanto, 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.

No mérito a Notificada solicita a improcedência da Notificação Fiscal ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação autuada, já que o produto comercializado não faz jus ao benefício previsto no Convênio 89/2005, já as mercadorias objeto da autuação estão classificadas na posição NCM 16 que trata 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 classificadas nas posições NCM 02.

Informa ainda que a Notificada possui Termo de Acordo Atacadista que reduz a base de cálculo do ICMS incidente nas saídas internas das mercadorias relacionadas à atividade da Notificada para 41,176 %, desta forma a alíquota interna do produto adquirido pela Notificada é de 10,59%, portanto, sendo destacada nos DANFES 393459 e 393460 a alíquota de 12%, inexistente diferença de alíquota positiva para o Estado da Bahia.

Na análise da documentação fiscal que motivou a ação fiscal, os DANFES 393459 e 393460, verifico que as mercadorias constantes nos DANFES são “LINGUIÇA TOSCANA, LINGUIÇA SUINA e LINGUIÇA RETA” todas com o NCM 1601000.

É de conhecimento que o tratamento dado nas operações interestaduais com os produtos de carne mencionados na Cláusula Primeira do Conv. 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 (Conv. 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%, devendo o destinatário recolher o ICMS da Antecipação Tributária Total antes da entrada da mercadoria no Estado da Bahia conforme determina a legislação fiscal no art.332, inciso III, 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.

Todavia, a tributação inclusa na Cláusula Primeira do Conv. ICMS89/05, alcança exclusivamente as operações interestaduais com os produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados; ao contrário, das mercadorias constantes nos DANFES referenciados “LINGUIÇA TOSCANA, LINGUIÇA SUINA e LINGUIÇA RETA” todas com o NCM 1601000,, que se encontram excluídas desse tratamento, visto que passa por um processo de beneficiamento e industrialização mais diversificado para sua produção, originando um produto em muito diferenciado ao da origem que os signatários do convênio quis abraçar.

É sabido que os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando o NCM 1601000 neste Anexo vigente para o ano de 2017, tem-se que esse produto não consta nesta relação, portanto, está restrito a outro regime o da Antecipação Parcial.

Portanto a Notificada está correta no seu entendimento de que não cabe a cobrança do ICMS substituição tributária total das mercadorias constantes nos DANFES referenciados.

No entanto, discordo no seu entendimento, de que possuindo Termo de Acordo Atacadista que reduz a base de cálculo do ICMS incidente nas saídas internas das mercadorias relacionadas à atividade da Notificada para 41,176 %, desta forma a alíquota interna do produto adquirido pela Notificada é de 10,59%, e sendo destacada nos DANFES 393459 e 393460 a alíquota de 12%, não caberia o recolhimento do ICMS antecipação parcial. O Decreto do Termo de Acordo dos Atacadistas (Dec.7.799/00) no seu artigo 6º estabelece que o crédito fiscal a ser utilizado pelos beneficiários do referido Termo de Acordo está limitado a 10%, como a alíquota interna está em 10,58832% a Notificada deve recolher o valor correspondente a 0,58832%.

Desta forma, voto como IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **218905.0070/17-6**, lavrada contra **SEARA ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2024

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS RFERNADES PINTO - JULGADORA