

N.F. Nº - 130577.0107/18-0
NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - GRAÇA HELENA CRISTO SOUZA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/06/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao destinatário efetuar a antecipação total do imposto antes da entrada no Estado da Bahia. Não ficou comprovado que houve o recolhimento do imposto. Mercadorias sujeitas ao Convênio 89/05, redução de base de cálculo para crédito de 7%. Alíquota interestadual destacada de 12%. Não há reparo a ser feito ao lançamento, pois o preposto fiscal nada mais fez do que cumprir a norma emanada do chefe do governo baiano. Rejeitada a preliminar de nulidade e a competência deste Conselho de Fazenda para afastar a adesão do Estado da Bahia ao Convênio ICMS 89/2005. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 18.02.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 16.389,53, mais multa de 60%, no valor de R\$ 9.389,53, totalizando o montante de R\$ 26.223,25, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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 preenche 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 do recolhimento do ICMS antecipado na entrada do estado das mercadorias constantes no DANFE 0261589, NCM 0207/produto resultante do abate de aves interestadual procedente do estado de PE, conforme Convênio 89/2005 comb. Artigo 286 do RICMS.”

Anexo aos autos encontra-se cópias: do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 210 (fl. 04) e do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMFE Nº 261589 (fl. 03), emitidos na data de 14.02.2018, referentes ao transportador a TRANSPORTADORA COMÉRCIO LUNARDI LTDA; bem como o documento do motorista e do transporte à folha 07.

Apensada cópia do DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) de nº 0261589, procedente do Estado de Pernambuco (fls. 03) correspondentes às mercadorias motivo da autuação, sem fazer-se acompanhar do Documento de Arrecadação Estadual – DAE.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 06).

Há de registrar a existência de intimação emitida pela IFMT – Metro/Coordenação de Atendimento datada de 27/03/2018, (fl. 09), onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa. Constatei a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte da Notificada através do Avisto de Recebimento, cientificado na data de 11.04.2018, acostado à folha 9A.

A Notificada se insurge contra o lançamento e apresenta defesa apensada aos autos (fls.11 a 28), e documentação comprobatória às folhas 29 a 44, protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND. na data de 22.03.2018 (fl. 10).

Esclarece que se dedica à atividade de comércio atacadista, importação e armazenamento de gêneros alimentícios e industrialização de produtos à base de carnes e derivados, adquirindo produtos do Estado da Bahia além de outras unidades da Federação.

Afirma que age em rígida observância das normas jurídicas, com destaque para os Convênios celebrados pelo Estado da Bahia e que o presente requerimento irá envolver a análise e aplicação do Convênio ICMS 89/2005.

Transcreve o teor do citado convênio e destaca que a “*sua finalidade é reduzir a carga tributária alusiva ao ICMS, de forma que seja equivalente a 7% 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*” e declara que a atividade de compra e venda de produtos mencionados no Convênio faz parte de atividade principal da empresa.

Assevera que o Estado da Bahia, constatando a adequação da atividade empresarial com a atividade normalizada pelo Convênio, aplica as normas deste, de modo que a carga tributária na entrada das mercadorias seja de 7%, impedindo a Notificada de valer-se do crédito fiscal correspondente à alíquota de 12%. Com isso deixa de analisar a correta aplicação da norma, suas peculiaridades no caso concreto, aplicando a regra geral, em considerar que todas as entradas no estabelecimento comprador, o crédito deve ser 7% e não 12%, nas hipóteses de mercadorias originadas do Norte, Nordeste, Centro-oeste e Espírito Santo.

Afirma que a indicação dos dispositivos legais que embasaram a autuação: 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” não guardam coerência com a aplicação nos fatos analisados.

Informa que da análise do demonstrativo de débito, percebe-se que o contribuinte se creditou de 12% de ICMS, e o Estado autuo-o por entender que o crédito a ser utilizado deveria ser de apenas 7%, nos termos deste convênio.

Demonstra os cálculos do imposto devido nas operações relativas à Nota Fiscal - NF-e de nº 261589 com crédito fiscal de 12%, reforçando a ausência da relação entre os fatos e a norma, tendo em vista não se tratar de contribuinte *descredenciado*, mas sim de contribuinte que utilizou o crédito fiscal a 12% enquanto que o Estado limita este crédito a apenas 7%.

Alega ausência de suporte legal e fático válidos na autuação, tendo em vista que a capitulação legal da infração diz respeito a obrigações genéricas do contribuinte e que “*a fundamentação legal da suposta infração nada diz com a real base da cobrança*”, somente quando se analisa a descrição dos fatos se encontra menção ao Convênio ICMS 89/2005 e ao art. 268 de “*algum diploma legal não identificado*”.

Reforça que na essência, a cobrança efetua uma glosa de crédito de ICMS decorrente do entendimento do Estado da Bahia na aplicação da alíquota de 7%, quando deveria ser 12% e que a autuação se deu sobre a diferença entre o valor creditado com base na Resolução do Senado e o valor que o Estado da Bahia entende ser devido, com base no citado Convênio, visto que houve o

pagamento do valor integral do imposto devido, dentro do prazo, antes da entrada da mercadoria no Estado.

Alega nulidade da Notificação Fiscal na medida em que não existe embasamento legal para a utilização de margem de valor agregado em alguns produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária e outros não.

Assinala que o art. 268, inc. XIV do RICMS/2012 demonstra que o Estado da Bahia é signatário do Convênio ICMS 89/2005, entretanto não aplica a norma nas operações internas assim como não permite o uso do crédito de 12%, autorizado pelo Convênio somente admitindo 7%.

Assevera que para o deslinde da questão, é importante a interpretação das cláusulas do citado Convênio.

Observa que a Cláusula primeira reduz a base de cálculo e não a alíquota, de modo que não poderia haver restrição ao uso do crédito de 12% na aquisição de mercadorias. Por outro lado, é estabelecida a redução da base de cálculo nas saídas interestaduais e não na entrada de mercadorias. No caso em análise, o contribuinte está sendo autuado por comprar de outros Estados e não por vender para outros Estados.

Diz que o Estado da Bahia aderiu ao Convênio parcialmente haja vista que a Cláusula Segunda autoriza os Estados a conceder o benefício de redução de base de cálculo ou de isenção do ICMS, entretanto o Art. 268, inc. XIV do RICMS/2012 somente menciona a redução da carga tributária nas saídas interestaduais fazendo com que dentro do território baiano a alíquota para carnes e derivados seja 18%, traduzindo uma *“proteção aos produtores de carne na Bahia quando vendem para outros Estados e não adere internamente para proteger quem compra de fora e vende dentro do Estado.”*.

Afirma se tratar de uma política nefasta, visto que o Estado fere tanto a alíquota interestadual do ICMS quanto a Segunda cláusula do Convênio, mudando a lógica do ICMS: *“quando era para reconhecer o crédito de 12%, reconhece apenas de 7%, e quando era para conceder isenção internamente ou redução da base de cálculo, deixa a alíquota interna em 18%”*. Como consequência para os contribuintes, o crédito que era de 12% passa a ser de 7% e a suposta isenção ou benefício interno não existe, passando a ter um débito de 18%.

Transcreve o art. 21 da Lei Complementar nº 87/96 que enumera as hipóteses possíveis de estorno de crédito e confronta com a prática adotada pelo Estado da Bahia a admitir o crédito de 7% e não aponta que o Estado, ao estornar o crédito em razão das mercadorias saírem com redução da carga tributária, infringe a referida lei.

Pontua que as autuações sobre a matéria tratada decorrem de uma suposição da Bahia de que todos os Estados aderiram ao Convênio. Não há como um contribuinte saber se um Estado aderiu ao Convênio e outro não, porque não há qualquer destaque nas notas fiscais de benefícios, dessa forma, não se pode apená-lo.

Afirma que os atos do Estado da Bahia são insubsistentes seja porque não relaciona corretamente os fatos com os artigos mencionados, seja porque os artigos não guardam qualquer relação de pertinência com o valor do tributo, seja porque há total desconexão entre os elementos da sua configuração.

Frisa que a Fazenda Estadual afirma que o autuado se encontra no cadastro como irregular frente ao regime especial de carnes para pagamento do imposto relativo à antecipação tributária diferenciado do imposto no mês seguinte. Afirma que tal pressuposto não é verdadeiro, haja vista que o contribuinte é beneficiário do regime especial para pagamento diferenciado do ICMS devido por antecipação tributária.

Aborda o princípio da não cumulatividade do ICMS previsto no art. 155, § 2º, I e II da Constituição Federal e cita o Professor Roque Carraza demonstrando que quando o Estado reduz o crédito de 12% para 7%, na verdade está tornando o ICMS cumulativo em 5%, pois obriga os contribuintes a repassarem este custo no preço final das mercadorias.

Observa que nenhum convênio pode impor ao contribuinte uma carga tributária mais pesada do que a prevista na Constituição Federal e na Resolução do Senado e, como ficou claro, não é essa a interpretação dada na espécie, tendo em vista que da leitura e análise do Convênio 89/2005 não há qualquer possibilidade de o Estado da Bahia restringir o crédito na entrada e majorar a alíquota interna para 18%.

Evidencia a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança de nº 0537243-10.2017.8.05.0001, pleiteando a confirmação do seu direito líquido e certo de creditar-se pela porcentagem de 12% em vez de 7%, com base nas alegações oriundas do Convênio 89/05, o qual reconheceu o direito do contribuinte.

Por fim requer que a notificação fiscal seja julgada improcedente seja por não espelhar a verdade; seja porque não há relação entre fatos e normas; porque os artigos mencionados não espelham a glosa de crédito; porque o Convênio não autoriza o Estado da Bahia a glosar eventuais benefícios fiscais; porque as mercadorias adquiridas não foram pautadas no suposto benefício fiscal; porque o crédito destacado na nota fiscal é direito inafastável do contribuinte ou, ao fim, porque a infração torna-se insubsistente em função da indicação incorreta dos dispositivos legais infringidos contrariando o Art. 51, inc. III do RPAF.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame, acusa o Notificado do cometimento da Infração (54.05.10), 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 preenche os requisitos da legislação fiscal, exigindo do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 16.389,53, mais multa de 60%, no valor de R\$9.389,53, totalizando o montante de R\$ 26.223,25.

O enquadramento legal utilizado baseou-se na alínea “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, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42 do mesmo diploma legal

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 nº 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 Transportadora Comércio Lunardi Ltda. (fl. 4), que transportava, segundo o Notificante, as mercadorias derivadas do abate de aves na NF-e de nº 0261589 (fl. 03 - NCM 02071400), emitida na data de 14.02.2018, 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. Também, 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 às 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.

Há de se destacar, que para que o contribuinte possa usufruir do benefício de postergação, até o dia 25 do mês subsequente, se impõe a este o preenchimento dos requisitos, cumulativamente, do § 2º, do art. 332, dentre eles, acentuo o inciso II: **não se possuir débito inscrito em Dívida Ativa**, a menos que sua exigibilidade esteja suspensa. Isto posto, observei no Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, **a existência de diversos Processos Administrativos Fiscais em desfavor da Notificada inscritos na Dívida Ativa do Estado já desde o ano de 2015**, impossibilitando, deste modo, o Notificado de lograr-se do benefício supracitado, *a despeito de a mercadorias da nota fiscal em questão já estarem excluídas da previsão do § 2º, do art. 332.*

Isto posto, **o recolhimento do ICMS atribuído ao Notificado** dever-se-ia ser realizado **antes da entrada no território deste Estado**, em acordo com o que estabelece art. 332 e seu inciso III. Nesta continuidade *averigui nos autos que houve o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Total*, através dos documentos de arrecadação – **DAE de nº 1800954293 (fl. 38)**, no entanto, **pago na data de 20.02.2018**, ou seja, em desacordo com o regramento do ICMS, **posterior à entrada no território deste Estado**, conforme Notificação Fiscal datada de 18.02.2018.

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 0207140, neste Anexo, vigente para o ano de 2018, 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 aves”**.

O Notificado afirmou que no enquadramento legal utilizado, todos os artigos citados no auto de infração se referem a obrigações genéricas do contribuinte, referentes ao dever de escrituração e cumprimento das obrigações tributárias e ao dever de observância da correta base de cálculo.

Não acolho a alegação defensiva de ausência de relação entre os fatos e a norma. Verifico que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo de débito tratam da falta de recolhimento do ICMS devido sobre mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária total. Observo que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram entregues e pelo teor da defesa, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que o contribuinte entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

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 ao Notificado foi garantida 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 nº 89/05, que dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS devido nas saídas de carne e demais produtos comestíveis, resultantes do abate de aves, gado e leporídeos, particularmente em relação ao previsto 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.

Note-se que a legislação do estado da Bahia já internalizou a respectiva norma do Convênio nº 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);

Por conseguinte, na ação fiscal ocorrida, o Notificante constatou que o Notificado **não recolheu o ICMS** da Antecipação Total e o calculou de acordo com o descrito no corpo de sua peça acusatória, na descrição dos fatos, na folha 01, em consonância com a legislação fiscal vigente para esse tipo de mercadoria nas operações interestaduais, conforme o cálculo exposto por este, em sua memória de cálculo à folha 06, e explicitado na planilha a seguir:

NF-e	VL. TOTAL NF.	ICMS PRÓPRIO FORNEC. ALIQ. 7% (A)	BASE CAL. ALIQ. 7% - MVA 24,76 %	VALOR TOTAL ICMS ST ALIQ INTERNA 18% (B)	APURAÇÃO ICMS ST - ANTECP. (B - A)
009.635	R\$ 106.034,40	R\$ 7.422,41	R\$ 132.288,52	R\$ 23.811,93	R\$ 16.389,53

Nesta acepção, uma vez que se tratando de matéria relativa a convênio, entretanto, não tendo o Estado remetente a ele aderido, uma vez que não se aplicou o benefício da redução da base de cálculo quando da venda para o Estado da Bahia, e, por consequência, a carga tributária resultante da aplicação da alíquota de 12% na NF-e de nº 0261589 foi maior do que o fixado no Convênio de nº 89/05, o Notificante considerou como limite o percentual equivalente à carga tributária de 7%, expressa no referido diploma legal.

Deste modo, conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, expressou fielmente a aplicação do conteúdo destas normas. Pelo exposto, julgo a Notificação Fiscal Procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA julgar **PROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº **130577.0107/18-0**, lavrada contra **RJ INDÚSTRIA COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 16.389,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR