

N. F. Nº - 217449.0019/18-9

NOTIFICADO - RJ INDÚSTRIA COMERCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS LTDA

NOTIFICANTE - RAIMUNDO COSTA FILHO

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.07.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto antes da entrada no Estado da Bahia. Não ficou comprovado que houve o recolhimento do imposto. 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. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 31.01.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 10.584,00, mais multa de 60%, no valor de R\$ 6.350,40, totalizando o montante de R\$ 16.934,40 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 54.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

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

“Aos dias, mês e hora do ano em curso, no exercício regular das funções fiscalizadoras, constatamos a irregularidade no veículo placa OIX0729, que transportava mercadorias constante no DANFE chave 5218 0107 0426 4200 0100 5500 1000 0076 7810 0449 0653 apresentando as seguintes irregularidades: Falta de antecipação parcial de mercadoria proveniente de outra unidade da federação prevista no art. 332 do RICMS. Revogado o Decreto 12413/12. E como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e da documentação fiscal.”

Anexo aos autos encontra-se o Termo de Apreensão de nº 217449.1003/18-9 (fl. 03), datado de 31/01/2018, referente à apreensão das mercadorias ocorrida no Posto Fiscal Honorato Viana, e termo de depósito das mercadorias, cujo fiel depositário eleito, foi o próprio estabelecimento do autuado localizado na Rua da Matriz, 247 – Valéria – Salvador-BA, não tendo sido apostado o nome do representante legal do depositário/notificado, nem tampouco o termo fora assinado por este, havendo apenas a assinatura do Notificante (fl.04). Registro a existência dos documentos de identificação do transportador e do motorista (fl. 08)

Apensada cópia do DANFE da Nota Fiscal Eletrônica de nº 007.678, procedente do Estado de Goiás (fl. 05) correspondentes às mercadorias motivo da autuação, assim como cópia do

Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE referente ao Conhecimento de Transporte Eletrônico nº.561 (fl. 08).

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

Há de registrar a existência de intimação emitida pela IFMT – Metro/Coordenação de Atendimento datada de 19/02/2018, (fl. 09), sem assinaturas, onde a Notificada é convocada a quitar o débito referente à Notificação Fiscal ou apresentar defesa. Não constei a comprovação do recebimento e ciência dessa intimação por parte da Notificada.

A Notificada se insurge contra o lançamento e apresenta defesa apensada aos autos (fls.11 a 27), e documentação comprobatória às folhas 28 a 42, protocolizada no POSTO ATEND.SAC SALVADOR SHOP em 28/02/2018.

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 ICMS89/2005.

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 “b” do Inciso III do art. 332do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c inciso III do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei 7014/96.*” não guarda coerência com a aplicação nos fatos analisados.

Informa que da análise do demonstrativo de débito, percebe-se que o contribuinte se creditou de 10% de ICMS, conforme Decreto Estadual 7799/00, 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. 7678 com crédito fiscal de 10%, 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 10% 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 ICMS89/2005 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 12%. 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 insubstinentes 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 Carrazza demonstrando que quando o Estado reduz o crédito de 12% para 7%, na verdade está tornando o ICMS cumulativo em 5% pois obriga aos 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%.

Declara que está acobertado por liminar em Mandado de Segurança, impetrado na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, sob o nº 0537243-10.2017.8.05.0001, que garante o direito do contribuinte a se creditar do ICMS com base na alíquota de 12% em vez de 7%, por esta razão requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

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 insubstancial 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 (54.05.08) falta de recolhimento do ICMS, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal, exigindo R\$ 10.372,35 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 6.223,41, que perfaz o montante histórico de R\$ 16.595,76.

O enquadramento legal utilizado baseou-se na alínea “b”, do inciso III, do art.332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c artigo 12-A, inciso III, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº. 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42, do mesmo diploma legal

Inicialmente, constato que a Notificação Fiscal está em consonância com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, haja vista que o lançamento tributário resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos. Dessa forma afasto a preliminar de nulidade suscitada.

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 constitucionalidade 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 Aurora Transportes e Cargas (fl. 08), que transportava, segundo o Notificante, as mercadorias **Charque, Jerked Beef** (NCM 02102000) contidas na Nota Fiscal de nº 007.678 (fl. 05), emitida na data de 25.01.2018 sem a devida comprovação do recolhimento do ICMS referente à **antecipação parcial** realizada pela Empresa RJ COMÉRCIO E ARMAZENAMENTO DE ALIM LTDA.

Averigüei que não há comprovação nos autos de que houve o recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial, antes do ingresso das mercadorias no território baiano, através do documento

de arrecadação que deveria fazer-se acompanhar as mercadorias conforme preconiza o § 1º do art. 332 do RICMS/BA/2012 nas hipóteses em que o pagamento do ICMS seja exigido antes da saída das mercadorias ou do início da prestação de serviço de transporte onde instrui que o documento de arrecadação acompanhará a mercadoria ou o transporte.

§ 1º Nas hipóteses em que o pagamento do ICMS seja exigido antes da saída das mercadorias ou do início da prestação de serviço de transporte, o documento de arrecadação acompanhará a mercadoria ou o transporte para ser entregue ao destinatário da mercadoria ou ao tomador do serviço, devendo ser consignado no campo “Informações Complementares” o número da respectiva nota fiscal ou do conhecimento de transporte.

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 as 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.

Há de se destacar que para o contribuinte poder usufruir do benefício da 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 o de **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 lograr-se do benefício supracitado, *a despeito das mercadorias da nota fiscal já estarem excluídas da previsão do § 2º, do art. 332.*

Em relação aos bens e mercadorias **passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária** estes são os identificados 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 baseado 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 02102000 neste Anexo vigente para o ano de 2018 tem-se que não se inclui neste Regime: “Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação (**exceto charque e jerked beef**)”.

Por consequência, nos termos do art. 12-A, inciso III, da Lei 7.014/1996 é **devida Antecipação Parcial** nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, **não se aplicando às mercadorias**, cujas operações internas *sejam acobertadas por Antecipação ou Substituição Tributária*, que encerre a fase de tributação.

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 PARCIAL, 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, o Notificado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS, referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado. Quanto à forma de cálculo da antecipação parcial do ICMS, prevê o mesmo artigo 12-A, em regra geral, que o imposto será **calculado mediante a aplicação da alíquota interna sobre o valor total da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal** de aquisição (Art. 23 da Lei 7.014/1996). Logo, a base de cálculo da Antecipação Parcial será o Valor Total da Operação constante no documento, Incluindo: IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), quando incidir na operação; Valor do frete (apenas se destacado na nota fiscal) e as demais despesas acessórias que agreguem o valor do produto, e destacados na nota fiscal, como o seguro da mercadoria. Ou seja, a base de cálculo da antecipação parcial é composta de todos os itens que compõem o custo da mercadoria, representado pelo campo “Valor Total da Nota” da nota fiscal, **assim explicitado em acordo ao calculado pelo Notificante à folha 02**.

Pelo exposto, conluso, portanto, que a lavratura da Notificação Fiscal está baseada na legislação fiscal vigente, sendo devido a cobrança do ICMS referente à **antecipação tributária parcial**, antes da entrada no território deste Estado, e voto pelo INDEFERIMENTO do que requer o Notificado, considerando Procedente a Notificação Fiscal em demanda.

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 **217449.0019/18-9**, 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\$ 10.584,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR