

N.F. Nº - 298942.1085/22-3  
NOTIFICADO - XIOLITE S.A.  
NOTIFICANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA  
ORIGEM - DAT SUL/IFEP SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/04/2023

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0035-01/23NF-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERIMENTO. AUSÊNCIA DE DAE/CERTIFICADO DE CRÉDITO. O notificado realizou operação interestadual com óxido de magnésio sem o recolhimento do imposto antes da saída da mercadoria, conforme disposto na alínea “k” do inciso V do art. 332 do RICMS/BA. Entretanto quando o mesmo foi cientificado da Notificação, já havia lançado em sua escrituração fiscal o débito do ICMS destacado na Nota Fiscal, objeto de questionamento da presente Notificação. Infração insubstancial. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

A Notificação Fiscal em lide, lavrada em 18/08/2022, exige ICMS no valor histórico de R\$ 8.069,72, mais multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS, no mês de agosto de 2022.

**INFRAÇÃO – 050.001.001:** “*Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito*”

“*Contribuinte reduziu a Base de Cálculo da mercadoria, NO ENTANTO, para ter o benefício, diante de outros quesitos é PRIMORDIAL o cumprimento da Cláusula Quinta, Inciso II do Convênio ICMS 100/97:*

*II - para efeito de fruição dos benefícios previstos neste convênio, exigir que o estabelecimento vendedor deduza do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado, demonstrando-se expressamente na Nota Fiscal a respectiva dedução;*

*O contribuinte não demonstrou no documento fiscal o referido desconto na mercadoria, portanto, não satisfaz o direito a redução da Base de Cálculo. Bem como a mercadoria não está relacionada ou corresponde nos Incisos LXIV e LXV do Art. 268 do RICMS. Portanto, duplamente não tem DIREITO ao BENEFÍCIO FISCAL*”.

Na Descrição dos fatos consta ainda: “*Falta de recolhimento tempestivo do ICMS referente a saída de produtos extractivos minerais não metálicos, destinadas a outra Unidade da Federação. O contribuinte NÃO POSSUI AUTORIZAÇÃO ESPECIAL para prazo de recolhimento do ICMS - Art. 332, V, letra K, § 4º do Dec. 13780/12 – RICMS/BA, NF-e nº 29747, de 17/08/22*”.

Enquadramento Legal: art. 32, da Lei nº 7.014/96, C/C art. 332, inciso V, do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/2012.

Multa Aplicada: art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

A Ação fiscal que resultou na Notificação Fiscal no Trânsito de Mercadoria teve início com o Termo de Ocorrência nº 152844.1370/22-2, lavrado em 18/08/22, fls. 05 e 06, e a exigência objeto decorreu da operação de venda interestadual de produção do remetente de 37.500kg de XILOMAG R M100 - NCM 25.19.90.90 para o Estado de São Paulo, operação acobertada pelo DANFE nº 29747, emitido em 17/08/22, no valor de R\$ 67.247,63, cópia acostada à fl. 07.

O notificado apresentou impugnação, às fls. 12 a 28, inicialmente fazendo uma síntese da autuação, inclusive transcrevendo os dispositivos legais que lhe foram imputados.

Em seguida contesta o lançamento fiscal, com base nas seguintes premissas:

*i)* - pelo afastamento da antecipação da exação aduzindo ser beneficiário do Desenvolve através da Resolução de nº 179/2013, para que seja mantido seu direito a diliação do prazo de recolhimento do imposto e da correspondente redução dos valores devidos em caso de pagamento antecipado da parcela dilatada;

*ii)* - pela improcedência da exigência da cobrança do ICMS antecipado, antes das saídas das mercadorias, tendo em vista que a tributação na forma prevista na alínea "k", do inciso V, do art. 332, do RICMS-BA/12, ofende o princípio da não cumulatividade;

*iii)* - pela dispensa do valor principal da cobrança consoante previsão do § 1º, do art. 42, da Lei 7.014/96, uma vez que restou comprovado que o ICMS destacado na Nota Fiscal foi recolhido pela empresa na sua apuração da conta-corrente do mês.

*iv)* – que no cálculo do ICMS devido na Notificação Fiscal, seja considerada a redução da base de cálculo utilizada na nota fiscal de vendas, prevista no artigo 268, incisos LXIII e LXV, do RICMS/BA e Cláusula primeira, inciso III do Convênio ICMS nº 100/97.

Explica que o produto classificado internamente como XILOMAG-R (magnesita) é utilizado pelo destinatário da mercadoria para utilização como insumo para fabricação de RAÇÃO ANIMAL, para uso na pecuária, conforme informado no campo de “observações complementares” da nota fiscal.

Transcreve os dispositivos legais acima mencionados, afirmando que o produto em questão possui previsão expressa na legislação estadual para aplicação da redução da base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais, não havendo razão para que a fiscalização de trânsito realizasse o cálculo do ICMS na Notificação Fiscal sem considerar a redução da base de cálculo constante na respectiva nota fiscal de vendas.

Acrescenta que a Cláusula quinta do Convênio ICMS nº 100/97 apenas autoriza os estados a exigirem a dedução do preço da mercadoria vendida o valor correspondente ao da redução da base de cálculo de ICMS utilizada, devendo, nesse caso, se observar como o Regulamento do ICMS da Bahia recepcionou a referida Cláusula no que diz respeito especificamente a este ponto.

Assevera que o Estado da Bahia não regulamentou, no artigo 268, do RICMS, a obrigação da concessão de desconto correspondente ao valor do ICMS reduzido, embora fosse autorizada a fazê-lo.

Lembra que os Convênios podem ser "autorizativos" e "impositivos", e que, no caso concreto, o que se verifica é que a Cláusula quinta, do Convênio ICMS nº 100/97, utilizada pela Fiscalização para fundamentar a sua decisão, é de natureza autorizativa, o que torna facultativo ao Estado a sua adoção ou não.

Conclui a impugnação, solicitando a juntada das outras 104 (cento e quatro) notificações fiscais lavradas, até a presente data, também contra a impugnante sobre o assunto em tela, para que possam ser julgadas de maneira unificada numa única sessão de julgamento.

Ao final, requer a improcedência da Notificação Fiscal, pelos motivos a seguir:

*a) a cobrança antecipada do ICMS em empresas beneficiadas pelo DESENVOLVE mostra-se descabida, já que o ICMS destacado, ao ser pago antecipadamente, não será submetido nem a diliação do seu prazo de recolhimento e, pior ainda, não será objeto de redução em virtude do pagamento antecipado da parcela dilatada; e*

*b) o modelo de tributação previsto no art. 332, inciso V, alínea "k", do RICMS/BA, de exigir o pagamento antecipado e individualizado do ICMS em cada operação de saída, está em desacordo com o princípio da não-cumulatividade consagrado no artigo 155, inciso II, § 2º, da CF/88.*

*Na hipótese de não ser declarada a improcedência da Notificação Fiscal em discussão, requer a Impugnante a este órgão julgador, que o valor principal desta autuação seja dispensado, conforme prevê o § 1º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, já "que restou devidamente comprovado que o ICMS destacado na nota fiscal autuada, constante na presente Notificação Fiscal de ICMS, foi efetivamente recolhida pela empresa.*

Adicionalmente, requer a Impugnante que no cálculo do ICMS devido realizado na Notificação Fiscal seja considerada a redução da base de cálculo do ICMS utilizada na nota fiscal de vendas, conforme previsto no artigo 268, incisos LXIII e LXV, do RICMS/BA.

**VOTO**

Inicialmente constato que o presente processo atende as formalidades para a sua validade, obedecendo aos requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Em relação à solicitação de juntada das diversas Notificações lavradas sobre o mesmo tema para um só julgamento, apesar de ser um questionamento válido, não acarreta prejuízo ao Notificado a distribuição das mesmas para as diversas Juntas de Julgamento Fiscal que compõem o Conselho de Fazenda Estadual.

No mérito, a presente Notificação Fiscal exige imposto, apurado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação em que não é possível a adoção do referido regime, desacompanhado de DAE ou Certificado de Crédito, por não ter, o remetente, autorização especial para proceder ao pagamento no prazo previsto na legislação de regência do imposto.

A exigência fiscal decorreu da operação de venda interestadual de produção do remetente de 37.500kg de XILOMAG R M100 - NCM 25.19.90.90 para o Estado de São Paulo, operação acobertada pelo DANFE nº 29747, emitido em 17/08/2022 (fl. 07).

A obrigação do recolhimento do imposto antes das saídas das mercadorias nas operações com produtos agropecuários e extractivos vegetais e minerais está prevista na alínea “k”, do inciso V, do art. 332, do RICMS-BA/2012.

O Notificado informou que é beneficiário do Desenvolve através da Resolução de nº 179/2013, alegando que deve ser mantido seu direito a dilação do prazo de recolhimento do imposto e da correspondente redução dos valores devidos em caso de pagamento antecipado da parcela dilatada.

Efetivamente em consulta aos Sistemas da SEFAZ-BA, foi constatado que o Notificado é beneficiário do Programa DESENVOLVE, desde dezembro de 2013, através da Resolução nº 179/2013, que estabeleceu a dilação do prazo de recolhimento do ICMS em até 72 meses, nas operações próprias, em função dos investimentos previstos no projeto incentivado (modernização e ampliação da planta da empresa), instalada em Brumado, para produção de talcos ultrafinos e magnesita calcinada cáustica.

Entretanto, apesar de possuir o Desenvolve, para que o imposto pudesse ser recolhido no nono dia do mês subsequente ao da emissão do documento fiscal, no presente caso, havia a necessidade de obter autorização especial para o referido prazo de recolhimento do ICMS, conforme disposição do art. 332, V, letra K, § 4º do Dec. 13780/12 – RICMS/BA.

Ressalto, quanto à arguição sobre a constitucionalidade do dispositivo legal acima mencionado, que não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme determina o art. 167, I, do RPAF/99.

No que diz respeito à redução da base de cálculo efetuada pelo autuado, a mesma está amparada no artigo 268, inciso LXIII, do RICMS/BA e Cláusula primeira, inciso III do Convênio ICMS nº 100/97, uma vez que o produto em questão se refere a um derivado da magnesita, que serve de insumo (aditivo) na fabricação de ração animal, ou seja, tem uso na pecuária:

**RICMS/BA:**

**Art. 268 – É reduzida a base de cálculo:**

**LXIII – nas saídas interestaduais dos insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, exceto os previstos nos incisos LXIV e LXV do caput do art. 268 deste Decreto, na forma e condições estabelecidas no acordo interestadual**

**Convênio ICMS 100/97:**

**Cláusula primeira Fica reduzida em 60% (sessenta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:**

*III - rações para animais, concentrados, suplementos, aditivos, premix ou núcleo, fabricados pelas respectivas indústrias, devidamente registradas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, desde que:*

- a) os produtos estejam registrados no órgão competente do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e o número do registro seja indicado no documento fiscal, quando exigido;*
- a) os produtos estejam registrados no órgão competente do Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária e o número do registro seja indicado no documento fiscal;*
- b) haja o respectivo rótulo ou etiqueta identificando o produto;*
- c) os produtos se destinem exclusivamente ao uso na pecuária;*

Quanto ao questionamento do autuante de que o autuado não demonstrou expressamente no documento fiscal a dedução no preço da mercadoria do valor correspondente ao imposto dispensado (Cláusula quinta, inciso II, do Convênio ICMS 100/97), verifico que apesar de constar no art. 268, LXIII, do RICMS/BA, acima transcrito, que a redução deve obedecer as condições estabelecidas no Convênio ICMS 100/97, não se pode ser considerado que isso supre a exigência prevista no inciso II da Cláusula quinta, do referido Convênio, pois essa condição deveria estar expressa na legislação do Estado.

Vale destacar, que o próprio inciso III da Cláusula primeira, do Convênio em questão, estabelece as condições para fruição do benefício da redução da base de cálculo, que estão elencadas do dispositivo legal mais acima transcrito. Assim as condições a serem observadas, de que trata o art. 268, LXIII, do RICMS/BA, se referem aquelas especificadas no referido inciso.

Inclusive, cabe assinalar, que os incisos LXIV e LXV, do RICMS/BA, que também tratam de redução da base de cálculo autorizadas pelo mesmo Convênio, não estabelecem nenhuma exigência de demonstração no documento fiscal do desconto decorrente da redução ou qualquer outra condição para fruição do benefício.

Assim seria incoerente entender que para alguns produtos do Convênio haveria a necessidade de demonstrar o desconto no preço e em outras mercadorias, não.

Por fim, vale ainda ressaltar, que a questionada redução foi mencionada no campo de “observações complementares” do DANFE que foi objeto da Notificação Fiscal.

Por outro lado, o sujeito passivo apenas tomou ciência da Notificação no dia 20/09/2022, ocasião em que já havia lançado em sua escrituração fiscal o débito do ICMS destacado na Nota Fiscal (emitida em 17/08/2022), objeto de questionamento da presente Notificação.

Dessa forma, descabe a exigência do imposto na forma constante na presente Notificação Fiscal.

Do exposto, voto pela improcedência da Notificação Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar, em instância ÚNICA, **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 298942.1085/22-3, lavrada contra **XIOLITE S.A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR