

N. F. Nº - 232356.0149/18-1
NOTIFICADO - FRIMON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - JORGE RAIMUNDO DE SOUZA NASCIMENTO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/06/2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0119-06/NF-VD

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. FALTA DE REGIME ESPECIAL. Produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos, e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíños. Aplicável com a tributação do Convênio 89/05. Alíquota interestadual destacada de 07%. Aplicável MVA 41,77%, do Anexo 1 do RICMS na base de cálculo da antecipação total, e não Pauta Fiscal. Notificado recolheu o ICMS da Antecipação Total antes da entrada no Estado da Bahia. Notificação Fiscal. Instância Única. **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 07/04/2018, em que é exigido o ICMS no valor de R\$11.936,58, e multa de 60%, no valor de R\$ 7.161,95, perfazendo um total de R\$19.098,53, pela falta de recolhimento da antecipação total do ICMS, em aquisição interestadual de produtos resultantes do abate de bovinos, suíños e equinos, procedentes do Estado de Tocantins e destinados a contribuinte baiano sem regime especial.

Infração 01 54.05.10 Falta de recolhimento do ICMS ref. a 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 previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “b”, 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.

O Notificado apresenta, através de advogado, duas peças defensivas com anexos, a primeira às fls.23 a 33 e a segunda às fls.35 a 80, começa seu relato informando que a empresa foi autuada em 07/04/2018 por falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, o que contesta tendo em vista a comprovação do recolhimento dos valores devidos relativo ao enquadramento em referência e informa que anexou os documentos que comprovam o respectivo recolhimento.

Esclarece que o regime de pauta fiscal ou arbitramento caracteriza-se por ser uma sanção direcionada aos contribuintes inidôneos e omissos a ser aplicada após a tramitação de regular processo administrativo, que não é a situação do contribuinte que trilhou o caminho da legalidade e legitimidade, visto que a operação apresenta-se acobertada dos documentos fiscais devidamente homologados e com fé pública, claramente verifica-se que o fisco ignora o valor real da operação comercial realizada, para adotar como base de cálculo do ICMS o valor presumido administrativamente para cada mercadoria, pré-estabelecido aleatoriamente sem considerar o valor real praticado no comércio.

Informa que a Fazenda Estadual vem submetendo a Empresa Contribuinte, indevidamente ao regime tributário de PAUTA FISCAL quando deveria ser tributada no regime de

antecipação/substituição sob suas operações comerciais com base no valor real da operação realizada, que buscando sanear esta situação com o Fisco Estadual, ajuizou Ação Ordinária com pedido liminar para que o Fisco Estadual analise o Requerimento da Empresa Requerente de restituição os valores pagos à maior no recolhimento de ICMS no regime tributário de Pauta Fiscal, que a ação, de nº 054214132.2018.8.05.0001, está sendo processada na 3ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, onde, fora deferida a Liminar, nos termos requeridos pela Empresa Requerente.

Salienta que por meio do regime de pauta fiscal, o Fisco ignora o valor real da operação comercial realizada, para adotar, como base de cálculo do ICMS, o valor presumido administrativamente para cada mercadoria, pré-estabelecida aleatoriamente. Observa que com a pauta fiscal a estabelecer a base de cálculo fictícia para ICMS, enseja grave afastamento dos elementos do fato concreto, fazendo que cada operação comercial seja tributada em montante muito superior ao que efetivamente se daria com o verdadeiro preço de venda realizado pelos contribuintes. Para reforçar seu entendimento cita a Súmula nº 431 oriunda do Superior Tribunal de Justiça, que prevê:

“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor de mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Desta Súmula extraiu um trecho do voto do Relator:

“A pauta fiscal é instrumento de fiscalização que distorce a base de cálculo do tributo, porque desconsidera o efetivo valor da operação. São fixadas unilateralmente pelo fisco, sem previsão de controle por parte do contribuinte, através de procedimento que se lhe assegure o devido processo. Assim inexistindo nos autos elementos que desautorizem o preço praticado nas operações impugnadas, ônus que incumbia ao Estado, mostra-se descabida a cobrança de ICMS com base em pauta fiscal”.

Entende que o regime de pauta fiscal o Princípio da Capacidade Contributiva por promover tributação de modo incompatível com o conteúdo econômico do correspondente fato gerador como impõe o artigo 2º do Decreto-Lei nº 406/68 que transcreve, outrossim ao ser instituído por meio de Instrução Normativa o aludido regime de pauta também consiste em irreparável violação ao Princípio da Legalidade Tributária, contido nos artigos 146 e 150, inciso I, da Carta Magna (transcreve os artigos).

Registra ainda, que, na hipótese de substituição tributária, a Lei Complementar nº 87/1996 previu que a base de cálculo do ICMS guardará inexorável vinculação ao valor da operação comercial, que será praticada na sequência da cadeia econômica. Nestes termos, o valor do ICMS a ser recolhido deverá ter por base o valor real da operação pelo substituto, conforme consignado nas notas fiscais, com o acréscimo da margem do valor agregado, e jamais valores fixados aleatoriamente pela Administração Pública.

E diante de tudo exposto, o Requerente pede que considere legítimo e receba o presente Requerimento Administrativo, a fim de instalar Procedimento Administrativo Fiscal, com a adoção das providências pertinentes, para requerer a suspensão temporária do PAF nº 232356.0149/18-1 para evitar um processo de restituição de valor que não deve ser recolhido, pois trata-se de valor decorrente de diferença de Pauta Fiscal, portanto ilegal, desta forma solicita que seja determinada a suspensão do regime de pauta fiscal em relação à autora, de modo que ela possa realizar o recolhimento do ICMS por antecipação/substituição sob suas operações comerciais com base no valor real da operação realizada em razão da comprovada ilegitimidade da aplicação da pauta fiscal aos produtos em referência.

VOTO

Essa Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação total das mercadorias “Espinhaço congelado de suíno e Toucinho congelado suíno com pele”, enquadradas ACORDÃO JJF Nº 0119-06/20NF-VD

respectivamente nos NCM 02032900 e 02091011, inserido no conceito 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”, dado pela Cláusula Primeira do Convênio ICMS 89/05 que limitou a carga tributária a 7%, com a seguinte descrição dos fatos contida na capa da Notificação Fiscal (fl.1):

“Em data, hora e local acima referido, no exercício de minhas funções fiscalizadoras, constatei as seguintes irregularidades: mercadoria(s) acompanhada(s) do(s) DANFE(s) de número(s) 69.948, emitido(s) em 02/04/2018, pela firma Agroindustrial Irmãos Dalla Costa Ltda., em Palmas/PR e DACTE de nº 863. Mercadorias enquadradas na antecipação total, resultantes do abate de suínos, tento a firma destinatária das mesmas, recolhido a menor o ICMS desta operação e não tendo regime especial para o posterior pagamento deste imposto. ICMS calculado pela pauta fiscal”

É de amplo conhecimento que o tratamento dado às operações interestaduais com os produtos de carne mencionados na Cláusula Primeira do Convênio 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 suínos, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Convênio 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.

Na sua justificação, o notificado solicita a anulação da Notificação Fiscal por dois princípios básicos, informa que cumpriu o que determina a legislação fiscal vigente, tendo recolhido antecipado e de forma correta, a antecipação total do ICMS das mercadorias constantes da documentação fiscal nº 69.948, e entende que a lavratura da Notificação Fiscal se baseou em princípios ilegítimos, no momento em que utilizou a pauta fiscal para chegar à base de cálculo para cobrar o ICMS da substituição tributária.

Da análise deste processo, constato que o Notificante elaborou duas planilhas, uma para determinar o valor de base de cálculo, (fl.10), e outra memória de cálculo para achar o valor do ICMS a cobrar, (fl. 11). Observo na primeira planilha, que o Notificante, para chegar ao valor da

base de cálculo, utilizou valores unitários retirados da Pauta Fiscal (fl.07).

O Notificante se equivocou ao calcular o valor das mercadorias para determinar a base de cálculo, utilizando valores da Pauta Fiscal, segundo o art. 22 da Lei 7014/96, o arbitramento de preços só se aplica quando não é possível identificar o preço da mercadoria na transação comercial, o que não é essa a situação, a NF-e foi emitida por empresa idônea e está devidamente autorizada para sua emissão:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

I - forem omissos ou não merecerem fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado;

II - for constatada habitualidade na falta de emissão de documento fiscal idôneo no momento determinado pela legislação ou a sua emissão com valor inferior ao da respectiva operação ou prestação.

As mercadorias que motivaram a ação fiscal estão incluídas no Anexo 1 do RICMS, e sujeitas à Antecipação Tributária Total, e o cálculo para encontrar o valor do ICMS deverá seguir o que estabelece a legislação fiscal nos arts. 8º e 23 da Lei nº 7014/96, acrescido do MVA vigente, aplicado sobre o valor da mercadoria:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou

§ 3º O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes:

a) o valor da operação, sendo esta tributada, quando o termo final do diferimento for a saída, do estabelecimento do responsável, da mercadoria ou do produto dela resultante, desde que não inferior ao valor de que cuida a alínea seguinte;

b) nas demais hipóteses, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído, incluídas todas as despesas que as tenham onerado;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

Baseado no que está determinado pela legislação, a planilha foi feita para calcular o valor correto do imposto que deveria ser cobrado do Notificado, aplicando-se o MVA de 41,77% que estava vigente no período da ação fiscal, sobre o valor da mercadoria constante no DANFE:

Cálculo do ICMS do DANFE nº 69.948

VL.DANFE	MVA	B. Cálculo	ICMS (18%)	Crédito 7%	Saldo a pagar
53.003,00	1,4177	75.142,35	13.525,62	3.710,21	9.815,41

O Notificado, na sua justificação, informou já ter recolhido o imposto no valor de R\$9.815,41, referente à Antecipação Total do ICMS do DANFE nº 69.948, e apresenta o comprovante de pagamento, que inclusive já tinha sido considerado como crédito pelo Notificante em sua planilha de cálculo do ICMS da Antecipação Tributária Total.

Quanto ao frete incluso na base de cálculo do ICMS apurado neste PAF, o Notificante se equivocou, conforme consta no Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico - DACTE nº 863, fl. 04 emitido pela empresa I.P. Rucks Transportes ME, empresa responsável pelo

transporte da mercadoria, mostra que o tomador do serviço de transporte é a empresa destinatária da mercadoria, não podendo ser incluído na referida planilha.

Portanto, baseado nas informações levantadas no processo da Notificação Fiscal, está caracterizado que o Notificante recolheu os impostos da Antecipação Tributária Total, referente às mercadorias constantes no DANFE nº 69.948, desta forma, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

Por força de norma publicada em 18/08/2018, referente ao Decreto nº 18.558/18, não consta informação fiscal, sendo dispensada de peça fiscal para os períodos anteriores a esta data, caso o relator entenda ser desnecessário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **232356.0149/18-1**, lavrada contra **FRIMON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

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

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR