

N.F. Nº - 232356.0341/18-0
NOTIFICADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - JORGE RAIMUNDO DE SOUZA NASCIMENTO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0233-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO A MENOR. CORTES DE CARNE. Mercadorias sujeitas ao Convênio 89/05, redução de base de cálculo para crédito de 7%. Alíquota interestadual destacada de 12%. Reparo feito na retirada do frete da base do ICMS ST. 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 EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 26.06.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 10.740,03, mais multa de 60%, no valor de R\$ 6.444,02, totalizando o montante de R\$ 17.184,05 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 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:

“Em Data, hora e local acima referidos, no exercício de minhas funções fiscalizadoras, constatei as seguintes irregularidades: mercadoria(s) acompanhada(s) do(s) DANFE(S) de número(s) 593, emitido(s) em 21.06.2018, pela firma: TMC Distribuidor e Atacadista de Alimentos Ltda, em Brasília/DF e DACTE nº 24. Mercadoria destinada(s) à comercialização e enquadrada na antecipação tributária total, resultante do abate de aves, tendo a firma destinatária da mesma, recolhido a menor o ICMS desta operação e não tendo o regime especial para o posterior pagamento deste imposto. Cálculo do crédito fiscal feito de acordo com o Convênio ICMS de nº. 89/05”

Anexo aos autos encontra-se: cópia do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE (fl. 03); cópia do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 24 (fl. 04); cópia do DANFE da Nota fiscal eletrônica (NF-e) de nº 593, emitida em 21.06.2018, procedente de Brasília (fl. 05) correspondentes às mercadorias NCM 02071400 (FILÉ DE PEITO DE FRANGO), motivo da autuação, acompanhado do DAE de nº 1803776960 (fl. 08), pago em 21.06.2018, no valor de R\$ 23.679,99; cópia dos documentos do motorista e do veículo (fls.10 a 12).

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 13).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 18 a 28), e documentação comprobatória às folhas 29 a 54, protocolizada na CORAP METRO/PA SALVADOR SHOP, na data de 29.08.2018 (fl. 17).

Em seu arrazoado, alega, de início, que foi com surpresa que a Notificada tomou ciência da malsinada Notificação, pela qual está sendo compelida a recolher aos cofres públicos o montante de R\$ 17.184,05 sendo que já efetuou o pagamento do imposto devido ANTES DA ENTRADA DAS MERCADORIAS NO ESTADO DA BAHIA, conforme DAE anexo, nos termos do art. 332, III, “a” do RICMS/BA/12, não havendo que se falar, portanto, em “*recolhimento a menor*”.

Discorre, no item “DO DIREITO”, da impossibilidade de limitação ao crédito em função do Convênio 89/2005, apontando que embora destacado na nota fiscal o crédito de 12%, o Agente de Tributos só reconheceu o direito de crédito de 7%, com fundamento no referido convênio. Complementa que a autoridade administrativa se equivocou acerca do alcance do Convênio 89/2005, para tanto cita as cláusulas primeiras a quarta do referido instrumento, onde na interpretação dada à Cláusula Primeira esta reduz a base de cálculo e não a alíquota, de modo que não haveria qualquer redução ao uso do crédito de 12% na compra das mercadorias, tendo em vista que este instrumento estabelece uma norma que repercute na carga tributária a ser suportada.

Defende que a redução da base de cálculo em questão ocorre na saída interestadual e não na entrada da mercadoria, assim o referido Convênio em nada alude acerca da entrada de mercadorias, motivo da notificação à notificada.

Destaca que se deve observância à Clausula Terceira, que alude ao art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, que autoriza o Estado a não exigir o estorno do crédito fiscal, ou seja, quem concede o benefício deve aceitar o crédito integral do contribuinte, como se benefício não houvesse, ainda que haja isenção nas saídas internas ou redução nas saídas interestaduais.

Invoca a Resolução nº 22 do Senado Federal que estabelece alíquota de 12% para o ICMS nas operações interestaduais, apontando que o Convênio 89/2005 apenas autorizou os Estados a concederem o benefício fiscal de redução da carga tributária das mercadorias nele mencionadas, enfatizando que a autorização não significa necessariamente a adesão dos Estados ao Convênio, o que se dá com a sua expressa ratificação, através de decretos legislativos próprios, informando, a títulos exemplificativos dispositivos do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás.

Reconhece que o Estado da Bahia está autorizado a conceder o benefício, por ter ratificado o Convênio 89/2005 e não facultar seus contribuintes o uso de outro benefício, como acontece no Estado de Goiás, entretanto sublinha que isso não lhe autoriza a autuar/notificar contribuintes que adquirem mercadorias de Estados onde o crédito de ICMS é maior que 7%

Salienta que a Lei Complementar nº. 160/17 afastou o dispositivo que previa a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria, bem como a exigibilidade de imposto tido por não pago em função da desconsideração deste crédito.

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 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, sendo, pois, totalmente desarrazoada a cobrança imputada à Notificante.

Por fim requer que a Notificação Fiscal seja julgada totalmente IMPROCEDENTE uma vez que restou comprovado o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada da mercadoria no território deste Estado.

Verificado não haver informação fiscal. Assim, distribuído o PAF para esta Junta, fui designado para examiná-lo.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal em exame acusa o Notificado do cometimento da Infração (54.05.10) 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 da legislação fiscal, exigindo R\$ 10.740,03 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 6.444,02, que perfaz o montante histórico de R\$ 17.184,05.

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 ILAN FABIO MOURA SILVA & CIA (fl. 04), que transportava, segundo o Notificante, as mercadorias resultantes do ABATE DE AVES contido na NF-e de nº 593, procedente de Brasília (fl. 05) correspondentes às mercadorias de NCM 02071400 (Filé de Peito de Frango), motivo da autuação, acompanhado do DAE de nº 1803776960 (fl. 08), pago em 21.06.2018, no valor de R\$ 23.679,99 referente à falta de recolhimento do ICMS relativo ao Regime de Antecipação Tributária Total.

Averigui nos autos que houve recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Total, antes do ingresso das mercadorias no território baiano, através do documento de arrecadação – DAE código de receita 1145 (ICMS Antecipação Tributária-Anexo 01 – RICMS), no entanto, em valor menor devido à inaplicabilidade do Convênio 89/2005 pela Notificada.

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.

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 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 02071400 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”

Observe, 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.

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.”(grifei)

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);”

Neste sentido, na ação fiscal ocorrida o Notificante na análise do DANFE nº 593 (fl. 05), referentes à aquisição de cortes de carne resultante do abate de aves, proveniente de Brasília, e do comprovante do documento de arrecadação – DAE de nº 1801625987 verifiquei que o Notificante visualizou o recolhimento a menor do ICMS da Antecipação Total e calculou a diferença a cobrar do ICMS, conforme o cálculo exposto por este na memória de cálculo à folha 02. Entretanto, uma vez sendo o frete contratado pelo próprio adquirente, como no caso indicado por conta do destinatário no DANFE este não integra a base de cálculo do imposto, sendo este um equívoco efetuado pelo Notificante em seu cálculo.

Por conseguinte, feito os cálculos e expostos na tabela a seguir, em consonância com o comando legal estabelecido no Convênio nº 89/05 e no inciso XIV do art. 268 do RICMS/12, para o cálculo apropriado, neste caso, dever-se-ia utilizar-se da alíquota de 7% para este tipo de comercialização interestadual, simultaneamente com o MVA de 41,77% para a base ajustada do MVA conduzindo a um resultado da apuração do ICMS ST por Antecipação Tributária no montante de R\$ 32.718,34, o qual abatido do crédito pago pelo Notificado de R\$ 23.679,99, resultaria no valor de R\$ 9.038,35, valor este menor do que o apurado pelo Notificante.

NF-e	VL. TOTAL NF.	ICMS PRÓPRIO FORNEC. ALIQ. 7% (A)	BASE CAL. ALIQ. 7% - MVA 41,77 %	VALOR TOTAL ICMS ST ALIQ INTERNA 18% (B)	APURAÇÃO ICMS ST - ANTECP. (B – A)
593	R\$ 176.678,25	R\$ 12.367,48	R\$ 250.476,76	R\$ 45.085,82	R\$ 32.718,34
Diferença Apuração ICMS a menor calculado pelo Notificante – R\$32.718,34 – R\$ 23.679,99 = R\$ 9.038,35					

Conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação dos conteúdos das normas, acarretando em um valor menor do que o lançado pelo Notificante. Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal, devendo ser recolhido o valor de R\$ 9.038,35, acrescido da multa de 60% e dos acréscimos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, em instância **ÚNICA**, a Notificação Fiscal nº **232356.0341/18-0**, lavrado contra a **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.038,35**, 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, 13 de agosto de 2020

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR