

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0125-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFAL. DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS. Constatado tratar-se as mercadorias de instrumentos musicais importados adquiridos pelo Instituto de Ação Social pela Música (NEOJIBÁ) ao qual foi concedida, através do Convênio ICMS 91/18 de 28 de setembro de 2018, publicado no D.O.U na data de 02/10/2018, a isenção do ICMS incidente nas importações de bens destinados a integrar o seu patrimônio e atender às suas finalidades essenciais. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 24/11/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$12.699,68, mais multa de 60%, no valor de R\$7.619,81 perfazendo um total de R\$20.39,49 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.01.02 – Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da lei 7.014/96.

Enquadramento Legal: inciso II do §4º do art. 2º, Inciso XVI do art. 4º e item 2 da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 da Lei 7.014/96 do Estado da Bahia c/c EC n° 87/15 e Convênio ICMS 93/15. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

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

“Em hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Falta de destaque do ICMS, da partilha EC 87/15, dos produtos destinados para não contribuinte do ICMS, uso/consumo, constante dos DANFES de nºs. 012.076 e 012.086, e DACTE de no. 69618.”

Anexo aos autos encontram-se, dentre outros, os seguintes documentos: o Demonstrativo de Débito (fl. 02); a memória de cálculo efetuada pelo Notificante (fl. 03); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nºs. 69618, (fl. 09); os DANFES de nºs. 012.086 e 012.076 (fls. 06 a 08) emitidos na data de 14/11/2019, pela Empresa RORIZ INSTRUMENTOS MUSICais LTDA, localizada no Estado de Goiás, para o destinatário Instituto de Ação Social pela Música – IAS, localizado na Cidade de Salvador, contendo as mercadorias de NCM de nº 9205.10.00 (Trombone Tenor Bb/F Bach, e Trompete Bb Bach).

A Notificada se insurge contra o lançamento, manifestando impugnação através de advogado, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 16 a 28), e documentação comprobatória às folhas 29 a 38, protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND na data de 06/03/2020 (fl. 15).

Em seu arrazoado, a Notificada cita decisões do STF e do STJ, para salientar que os tribunais administrativos são guardiões das normas regulamentares estaduais e nesse sentido foi editado o

Dec. nº 2.346/1997 que impõem aos órgãos julgadores a obrigatoriedade de respeito às decisões do STF, nos casos que menciona.

Reproduz a regra do art. 77 da Lei de nº 9.430/1996. Salienta que nada mais lúcido e inteligente, visto que todas as decisões proferidas em desfavor dos contribuintes por tribunais administrativos são possíveis de “revisão” pelo judiciário, do que Conselho Administrativo Tributário seguir também as manifestações pacíficas dos Tribunais Superiores.

Diz recomendar a observância ao Parecer Normativo CST nº 329/70, ementado como “Não cabimento da apreciação sobre inconstitucionalidade arguida na esfera administrativa. Incompetência dos agentes da administração para apreciação de Ato Ministerial”, manifesta a orientação administrativa da Coordenadoria do Sistema de Tributação, com a conclusão de que “iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional”.

Menciona que a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes país afora, inclusive dessa casa, está pacificada neste sentido, com a nuance de que, quando já há decisão definitiva, tanto do STF em questões constitucionais, quanto do STJ em questões infraconstitucionais, essa é acolhida no julgamento administrativo.

Assevera que não ser crível ou razoável a manutenção exigência contrária aos tribunais superiores, sabendo que tal exigência não se manterá frente à justiça, tornando inócuo a atuação dos tribunais administrativos contrários às teses pacíficas dos tribunais superiores.

Alega que embora o Convênio ICMS de nº 93/2015 tenha estabelecido as diretrizes gerais do novo regime de recolhimento de ICMS em operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto, decorrentes da Emenda Constitucional de nº. 87/2015 e com intuito de acabar com guerra fiscal no e-commerce nas vendas não presenciais por meio da repartição das receitas do ICMS, se OMITIU AO NÃO PERSERVAR A RELAÇÃO JURÍDICO/TRIBUTÁRIA dos fornecedores quando realizam vendas à municípios e órgãos públicos, pois, lhe exige o recolhimento do diferencial de alíquota, mesmo que esses destinatários não estejam sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquota.

Acrescenta que o Convênio ICMS de nº. 93/2015, do CONFAZ, ao impor ou se omitir sobre o recolhimento do diferencial de alíquotas à Notificada, quando essa remete mercadorias/bens à municípios/prefeituras e órgãos públicos, os trata como “consumidores finais”, impondo uma obrigação injusta às AUTORAS que absorvem todo esse ônus, não podendo repassar tal ônus aos esses “destinatários”, nos termos da Constituição Federal.

Aponta que a mercadoria autuada tinha como destinatário um ente político e, assim o sendo, não explora atividade econômica e não pode ser considerada contribuinte do ICMS.

Acrescenta que os entes políticos, bem como suas autarquias e fundações encontram-se amparados pela imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, c/c §2º, da Constituição Federal, no que pertine ao diferencial de alíquotas, visto que nesta modalidade de recolhimento do ICMS, o próprio órgão público é o contribuinte de direito. Assim, com esse ao o Estado da Bahia está criando obrigação tributária à Notificada que está incumbida de recolher o diferencial de alíquota e não “repassá-lo” no preço de venda.

Explica que tal limitação constitucional ao poder de tributar cria regra de delimitação negativa, determinando que os entes federados não podem instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços, uns dos outros, e que os impostos diretos não devem incidir sobre os entes públicos, dada a proteção da norma imunizante, acrescendo que quando a aquisição de bens destinados ao patrimônio estatal estariam sujeitos à regra da imunidade.

Aventa que se é certo que a Emenda Constitucional de nº. 87/2015 uniformizou o regramento para a exigência do ICMS em operações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outra unidade da federação, contribuinte ou não, não só fixando a alíquota que será adotada

na origem (interestadual), como também prevendo o diferencial de alíquota a favor do destino em todas as operações e prestações, não é menos certo que o art. 146, e seu incisos c/c o art. 146-A, da Constituição dispôs caber a lei complementar “dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre os Estados e os Municípios”, “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”, em especial a “criação de novas obrigações tributárias”, “em relação a impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos gerados, bases de cálculos e contribuintes” e, por fim, estabelecer critérios especiais de tributação, com objetivo de prevenir desequilíbrio da concorrência”.

Esclarece que o simples fato de a Emenda Constitucional de nº 87/2015 não ter feito referência ou exceção à situação das empresas que utilizam as mercadorias como insumos (transformam bens em serviços - não contribuintes), não autoriza o entendimento externado pelos Estados e pelo Distrito Federal por meio do Convênio ICMS de nº 93/2015 quanto a sua cobrança imediata de entes políticos.

Entende que se aplicável a Emenda Constitucional de nº 87/2015 aos entes políticos, nesse caso prefeituras, não haverá relativamente a eles, mera repartição de receita do ICMS entre as unidades da federação de origem e destino das operações nesta sistemática, mas concreto aumento de carga tributária, já que a responsabilidade pelo recolhimento do diferencial de alíquota é do remetente, nesse caso a Notificada, sendo que frente ao desígnios específicos da Constituição Federal, norma máxima do direito pátrio, no seu art. 150, VI é que exaltamos a ilegalidade flagrante da presente cobrança e requerer a sua extinção.

Finaliza requerendo o cancelamento integral da presente notificação fiscal em vista dos argumentos expostos.

Verificado não haver informação fiscal. Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal, no Modelo TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 24/11/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$12.699,68, mais multa de 60%, no valor de R\$7.619,81 perfazendo um total de R\$20.319,49 em decorrência do cometimento da infração (50.01.02) por deixar o estabelecimento remetente de mercadoria ou bem e o prestador de serviço destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do art. 4º da lei 7.014/96.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no inciso II do §4º do art. 2º, Inciso XVI do art. 4º e item 2 da alínea “J” do inciso I e o item 2 da alínea “c” do inciso II do art. 13 da Lei 7.014/96 do Estado da Bahia c/c EC nº 87/15 e Convênio ICMS 93/15, mais multa tipificada no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Preliminarmente verifico que a descrição dos fatos na presente Notificação Fiscal foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos em sua constituição inicial. Nestes termos, afigura-se o presente processo revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o lançamento.

Em sua defesa, no mérito, de forma sintetizada, a Notificada alega que a mercadoria autuada tinha como destinatário um ente político e, assim o sendo, não explora atividade econômica e não pode ser considerada contribuinte do ICMS. Acrescenta que os entes políticos, bem como

suas autarquias e fundações encontram-se amparados pela imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, c/c §2º, da Constituição Federal, no que se refere ao diferencial de alíquotas, visto que nesta modalidade de recolhimento do ICMS, o próprio órgão público é o contribuinte de direito.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal, através da abordagem de veículo da Empresa JEONCEL TRANSPORTES LTDA que transportava as mercadorias de NCM de nº. 9205.10.00 (Trombone Tenor Bb/F Bach e Trompete Bb Bach) dos DANFES de nºs 012.086 e 012.076 emitidos pela Empresa RORIZ INSTRUMENTOS MUSICais LTDA, localizada no Estado de Goiás, para o destinatário Instituto de Ação Social pela Música-IAS, localizado na Cidade de Salvador, no bairro de Barbalho.

Tem-se que no Estado da Bahia, as disposições dos Convênios ICMS 93/2015 e 153/2015, que dispõem sobre a aplicação dos benefícios fiscais, autorizados por meio de convênios ICMS, às operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada, foram incorporados à legislação tributária estadual por meio da Lei de nº 13.373, de 21/09/15, que alterou o art. 2º, da Lei de nº. 7.014/96.

O inciso IV do artigo 2º da Lei de nº. 7.014/96, em consonância com a cláusula primeira do Convênio ICMS 93/2015, determina a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada.

Salienta-se que, segundo o § 2º da cláusula segunda do Convênio ICMS 93/2015, tratando-se de prestações de serviços a consumidor final, considera-se Unidade Federada de destino aquela onde tenha fim a prestação.

Consoante a alteração no inciso VII do artigo 155 da Constituição Federal/88, dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, caberá ao Estado de destino o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual da operação destinada a consumidor final, contribuinte ou não do imposto.

Desta forma, conforme o Convênio ICMS 93/2015, caberá ao remetente ou prestador verificar a diferença entre a alíquota interestadual praticada na operação/prestação e o percentual da alíquota interna praticada no Estado de destino.

Os artigos 49-B e 49-C, da Lei de nº. 7.014/96, combinados com a cláusula décima do Convênio 93/2015, estabelece que, nos exercícios de 2016, 2017 e 2018, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre as Unidades Federadas de origem e de destino, sendo que, a partir do ano de 2019, não haverá mais a partilha, cabendo 100% do DIFAL à Unidade Federada de destino.

No entanto, verifiquei que o destinatário das mercadorias é o Instituto de Ação Social pela Música (NEOJIBÁ), CNPJ de nº. 10.490.525/0001-06, pessoa jurídica de direito privado, associação sem fins lucrativos, de caráter assistencial, educacional, cultural e filantrópico, e que fora agraciado, através do Convênio ICMS 91/18 de 28 de setembro de 2018, publicado no D.O.U na data de 02/10/2018, com a isenção do ICMS incidente nas importações de bens destinados a integrar o seu patrimônio e atender às suas finalidades essenciais.

“Cláusula primeira - Fica o Estado da Bahia autorizado a conceder isenção do ICMS incidente nas importações de bens promovidas pelo Instituto de Ação Social pela Música (NEOJIBÁ), CNPJ sob o nº 10.490.525/0001-06, credenciado nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, desde que destinados a integrar o seu patrimônio e atender às suas finalidades essenciais.

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data da publicação no Diário Oficial da União de sua ratificação.”

Nesta seara constatei que as mercadorias adquiridas, na data de 14/11/2019, pelo Instituto de Ação Social pela Música – IAS são instrumentos musicais importados (alíquota 4%) sendo estes

Trombone Tenor e Trompete, da marca Vicent Bach, afinados em Bb/F para Estudantes, entendidos serem designados para a Orquestra Juvenil NEOJIBÁ, os quais harmonizam com as disposições de isenção estabelecidas no citado Convênio ICMS 91/18.

Em conclusão, entendo que a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação, não foi executada em acordo com a legislação vigente, pois, embora o Convênio ICMS 93/2015, determina a cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, em contrapartida o Convênio ICMS 91/18 agracia com a isenção do ICMS incidente nas importações de bens destinados a integrar o seu patrimônio e atender às suas finalidades essenciais do destinatário das mercadorias o Instituto de Ação Social pela Música.

Isto posto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da presente Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal nº 99883.0916/19-7, lavrada contra **RORIZ INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2021

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR