

N. F. Nº - 217688.0239/19-8
NOTIFICADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - PAULO ROBERTO BRANDÃO ARGOLO
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/07/2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 00165-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. Cobrança da antecipação tributária total de produto derivado do abate de suínos. Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança para o Estado se abster da cobrança do ICMS da antecipação nas suas operações interestaduais quando os produtos referidos forem utilizados como matéria-prima, produto intermediário e insumos no processo produtivo. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Notificação Fiscal **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 11/10/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 10.023,61, e multa de 60% no valor de R\$ 6.014,16 perfazendo um total de R\$ 16.037,76, pela falta de recolhimento da antecipação total do ICMS, em aquisição interestadual de produtos resultantes do abate de suínos, procedentes do Estado do Paraná e destinado a contribuinte baiano sem regime especial.

Infração 01 – 54.05.10 Falta de recolhimento do ICMS referente 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 previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c § 3º e inciso I, do § 4º, do art. 8º § 6º, do arts. 23, 32 e 40 da Lei nº 7.014/96.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O Notificado ingressa através de advogados, com defesa e anexos fls. 10 a 35, onde diz que se cuida da Notificação Fiscal lavrada para cobrar o valor total de R\$ 16.037,76 a título de ICMS e multa, pela falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total.

Diz que tal acusação não deve prosperar, tendo em vista que tais insumos são utilizados no processo produtivo a ser realizado perante estabelecimento localizado neste Estado dando origem a novas mercadorias industrializadas, cujas saídas subsequentes são regularmente tributadas por ICMS.

Ocorre que, por ocasião da entrada da matéria prima no Estado da Bahia, a Impetrante tem sido compelida ao pagamento do ICMS denominado “antecipação parcial”, a despeito de se tratar de item a ser objeto de industrialização no estabelecimento baiano, fica claro tratar-se de operação de entrada de mercadoria no Estado da Bahia para fins de industrialização.

É importante asseverar que a Defendente conta com decisão judicial proferido pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia que lhe resguarda o não recolhimento de ICMS nas operações em tela.

Além da legislação do Estado da Bahia ser bem clara sobre a não incidência da antecipação parcial do ICMS nas operações de aquisição de matéria prima, tem-se que o Convênio CONFAZ ICMS 52/2017, que regulamenta a figura da “substituição tributária” do ICMS a nível nacional, ainda prevê que:

“Cláusula nona: O regime de substituição tributária não se aplica.

...

III – às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria”

É importante esclarecer que o estabelecimento baiano do Defendente não comercializa a matéria-prima que recebe, de modo que se aplica perfeitamente o disposto na Cláusula Nona do citado Convênio.

Para evitar que a Defendente fosse obrigada a continuar a pagar indevidamente a “antecipação parcial” do ICMS nessas operações impetrou Mandado de Segurança perante o Poder Judiciário do Estado da Bahia pelo qual pleiteava a concessão de liminar, relativamente aos produtos adquiridos na condição de matéria prima destinada a industrialização em seu estabelecimento localizado neste Estado.

Assim, foi proferida sentença naqueles autos (056513032.2018.8.05.0001 fls 33/34), garantindo o direito da Defendente não ser compelida ao pagamento da antecipação, tal como ocorre no presente caso: *“Posto isso, concedo segurança liminar para determinar à autoridade impetrada, ou quem suas vezes fizer, que se abstenha de exigir o pagamento da antecipação parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas pela impetrante, relativamente aos bens adquiridos para utilização como matéria-prima, produto intermediário e insumos no processo produtivo”*.

Ante o acima exposto, requer a Notificada que seja acolhida a presente justificção para ser julgado, improcedente a Notificação Fiscal e caso remanesçam dúvidas, que sejam baixados os autos em diligência para que sejam esclarecidas as matérias do fato, com a devida instrução do processo.

VOTO

A Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação total das mercadorias derivadas do abate de carne como está descrito no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio: *“O contribuinte acima qualificado, deixou de efetuar voluntariamente o pagamento do ICMS referente à aquisição interestadual de mercadorias (produtos resultantes do abate de gado suíno), sujeitas à antecipação tributária por força do Decreto nº 14.812/13, que alterou o artigo 332, § 2º do RICMS/BA, oriundas do Estado do Paraná e destinados à comercialização no Estado da Bahia, como se infere dos DANFES nºs 184564, 184565 e 184566, emitidos em 08/10/2019”*.

As mercadorias contidas nos DANFES nºs 184564, 184565 e 184566 são derivados do abate de suínos congelados todos inseridos 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” dada pela Cláusula Primeira do Convênio ICMS 89/05 que limitou a carga tributária a 7%.

É de conhecimento que o tratamento dado nas 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 suíno, 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%.

Ainda de acordo com a legislação fiscal, os produtos citados estão inclusos no Anexo 1 do RICMS/BA, sujeitos, portanto a antecipação tributária total, que deve ser recolhido antes da entrada no Estado da Bahia conforme determina o art. 332, §2º do RICMS/BA.

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 subseqüentes.

b) não enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS:

§2º *O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir; poderá 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 até o dia 25 do mês subseqüente ao da data de emissão do documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e nas 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.*

A Notificada se insurge contra a autuação, informando não caber a cobrança de antecipação parcial nessa operação, porque as mercadorias se destinam a industrialização, é matéria-prima para a produção de outros produtos industrializados e que a Impetrante não comercializa esses produtos, ainda diz que de acordo a legislação fiscal baiana não cabe a cobrança da antecipação parcial do ICMS nesse tipo operação.

Que, em razão do Estado da Bahia insistir em cobrar o ICMS da antecipação parcial nesse tipo de operação, foi obrigada a impetrar um Mandado de Segurança com liminar, para se proteger dessa cobrança indevida, concedida pela 3ª Vara da Fazenda Pública em 29/10/2018 sob o nº 0565130.32.2018.8.05.0001, onde determina que a autoridade fazendária se abstenha de exigir o pagamento da antecipação parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas pela impetrante, relativamente aos bens adquiridos para utilização como matéria prima, produto intermediário e insumos no processo produtivo.

Observe, portanto, que no momento da lavratura da Notificação Fiscal, 11/10/2019, o sujeito passivo já havia obtido diferimento judicial, para fins de suspensão da cobrança do ICMS da antecipação parcial, para esse tipo de operação em tela.

Importante ressaltar que não há impedimento ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Equivale dizer que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir a decadência:

CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Todavia, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, conforme previsto no art. 117 do RPAF/BA.

RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

(...)

Destaco ainda que os artigos 126 e 127-C, IV do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB coadunam com o previsto no artigo 117 do RPAF-BA/99.

COTEB/BA - Lei nº 3.956/81

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

(...)

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

(...)

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, resta claro que a escolha do Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, assim, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário, no entanto, mantido o lançamento devido à decadência, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Mister ressaltar que, conforme disposto no Art. 167, II e III do RPAF-BA/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, assim como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente à Notificação Fiscal nº **217688.0239/19-8**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, no valor **R\$10.023,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Fica suspensa a exigibilidade do crédito, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de junho de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/ RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR