

N. F. Nº - 099883.0922/19-7
NOTIFICADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0276-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. Cobrança da antecipação tributária total de produto derivado do abate de gado bovino. Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança, visando afastar a aplicação do Convênio 89/05, com objetivo de assegurar ao impetrante o direito ao crédito fiscal de 12% do ICMS destacado na Nota Fiscal, em operações interestaduais com os produtos derivados do abate de gado bovino. 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. Instância única. Notificação Fiscal. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 25/11/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 15.163,16, e multa de 60%, no valor de R\$ 9.097,89, perfazendo um total de R\$ 24.261,05, pela falta de recolhimento da antecipação total do ICMS, em aquisição interestadual de produtos resultantes do abate de ave, procedentes do Estado de Goiás 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: Alínea “a” e “d” 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

A Notificada ingressa através de advogados, com defesa e anexos fls. 12 a 22, onde diz inicialmente, que a Notificada efetuou o pagamento de todo o imposto devido antes da entrada das mercadorias no Estado da Bahia conforme DAE anexo, não havendo que se falar portanto, em falta de recolhimento e que a Defendente faz jus ao crédito integral de 12% destacado na Nota Fiscal, conforme lhe assegura a Resolução 22/89 do Senado Federal.

Esclarece que, em 14 de agosto de 2018, a Peticionante impetrou o Mandado de Segurança n. 8017754-71.2018.8.05.0000, que tem curso perante a Seção Cível de Direito Público, visando afastar a aplicação do Convênio n. 89/2005 para assegurar o direito líquido e certo de utilização do seu crédito fiscal de ICMS de 12% nas aquisições interestaduais e o direito de não ser mais autuada por este motivo, e em 22 de agosto de 2018, foi proferida decisão liminar garantindo o

recredenciamento da Peticionante perante a SEFAZ/BA, bem como o seu direito de utilização de crédito fiscal de ICMS de 12% nas aquisições interestaduais, determinando por fim, que, enquanto o referido processo não fosse julgado definitivamente, as autoridades coatoras se abstivessem de autuar a Peticionante por esse motivo.

Quanto ao mérito, diz que o Agente de Tributos ao só reconhecer o direito ao crédito de 7%, equivocou-se acerca do alcance do Convênio 89/05, dando-lhe interpretação totalmente distinta, a Cláusula Primeira 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, além disso, a redução da base de cálculo em questão ocorre na saída interestadual e não na entrada da mercadoria.

Manda observar ainda o comando da Cláusula Terceira do referido Convênio 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, neste ponto urge invocar a Resolução 22/89, do Senado Federal que busca justamente equilibrar a tributação no país e estabelece alíquota de 12% para o ICMS nas operações interestaduais e que o Convênio 89/05 apenas autorizou os Estados a concederem o benefício fiscal de redução da carga tributária das mercadorias nele mencionadas, não tendo como saber se o Estado de origem da mercadoria

Neste cenário, a defendente, recebendo uma nota fiscal com destaque de 12%, não pode sofrer restrições ao crédito, apenas pela presunção de que o Convênio 89/05 foi ratificado por todos os Estados e que a carga tributária é de 7%, com limite de crédito de 7%.

Por fim, importa esclarecer que, ao contrário do que consta na descrição dos fatos feita pelo Agente Notificante, a Notificada incluiu, sim, na base de cálculo o valor da prestação de serviço descrito no DACTE 47.332 – R\$ 12.844,72 – como se pode verificar na planilha anexa.

Ante o exposto, requer seja arquivada a Notificação, posto que desobedece ordem judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança 8017754-71.8.05.0000, que impede o Fisco Estadual de notificar/autuar a Peticionante e considere improcedente a Notificação Fiscal caso adentre no mérito. Em tempo registrada a presença da defensora da empresa em epígrafe Dr^a Anna Tereza Landgraf, OAB/BA 19.538, que fez a sustentação oral conforme regulamento CONSEF.

VOTO

A presente Notificação Fiscal foi lavrada com o objetivo de cobrar a antecipação total das mercadorias derivadas do abate de aves, como está descrito no corpo da Notificação Fiscal que aqui copio:

“Em hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Recolher a menor o ICMS, da antecipação tributária total, das mercadorias resultantes do abate de aves, por não observar o que determina o Convênio ICMS 89/05, para reduzir a base de cálculo que a carga tributária seja 7%, e também não ter incluso na base cálculo o valor da prestação de serviço, produtos constante do DANFE nº 345225, e DACTE nº 47332.”

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que o Notificante, descreveu a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99. Ainda assim, existem questões preliminares a serem apreciadas na peça de defesa.

No mérito o Notificado foi acusado de recolhimento a menor do ICMS - Antecipação Total de mercadorias sujeitas ao Convênio ICMS 89/05, nas operações interestaduais.

Na ação fiscal, na análise do DANFE 345225, (fl. 4), e do comprovante do pagamento do ICMS (DAE), referente à antecipação total das mercadorias acobertadas pelo DANFE acima citado, (fls.

06), o Notificante constatou que a Notificada recolheu a menor o ICMS da Antecipação Total e calculou a diferença a cobrar do ICMS de antecipação total, conforme está descrito no corpo da Notificação Fiscal, (fl.1), de acordo com a legislação fiscal vigente para esse tipo de mercadoria em operações interestaduais.

As mercadorias contidas no DANFE 345225, são derivados do abate de aves (Filé de peito congelado), 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 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 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, à antecipação tributária total, que deve ser recolhido antes da entrada no Estado da Bahia, conforme determina o art. 332, no §2º do RICMS/B:.

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:

§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 subsequente 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 Notificante em sua peça defensiva informa que a presente Notificação Fiscal não poderia ser

lavrada para cobrar a diferença do ICMS da Antecipação Total, por estar descumprindo uma ordem judicial, considerando que a empresa conseguiu uma Liminar em Mandado de Segurança nº 8017754-71.2018.8.05.000, suspendendo a aplicação do Convênio 89/05 e dando direito à utilização do crédito de 12% do ICMS destacado nas suas transações interestaduais.

Observo, portanto, que no momento da lavratura da Notificação Fiscal, 25/11/2019, 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.

Vale ressaltar, que na defesa oral na sessão de julgamento da 6ª Junta do Conselho Estadual da Fazenda do dia 09.09.2020, a nobre defendente apresentou uma cópia do julgamento do mérito do Mandado de Segurança nº 8017754-71.2018.8.05.000 onde foi concedido por unanimidade o pleito da Impugnante, decisão proclamada em 14 de Março de 2019, *in verbis*.

“ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em REJEITAR AS PRELIMINARES suscitadas e, no mérito, CONCEDER A SEGURANÇA para determinar que a autoridade coautora suspenda a exigibilidade do crédito tributário relativa a Notificação Fiscal nº 210313.0049/18-4, recredenciando a impetrante perante a SEFAZ/BA, bem como que assegure o seu direito de utilização do crédito fiscal de ICMS de 12% nas aquisições interestaduais, abstendo-se de lavrarem autuação por este motivo” (grifo nosso)

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, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente à Notificação Fiscal nº **099883.0922/19-7**, lavrada contra **TCM DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**, no valor de **R\$15.163,16**, acrescido da multa de 60%, conforme alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96. E, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, o PAF será remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR