

N.F. N° - 099883.0382/18-4
NOTIFICADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - DÁRIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.03.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0096-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. Cobrança da antecipação tributária total de produto derivado do abate de aves. Notificado obteve concessão de 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 aves. 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

A Notificação Fiscal, Modelo de TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 23/07/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$7.947,95, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.768,77, perfazendo um total de R\$12.716,72, 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 n° 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 n° 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei n° 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:

“Na hora e data acima referidos constatamos as seguintes irregularidades: Recolheu a menor o ICMS, da antecipação tributaria total, das mercadorias para comercialização, produtos resultantes do abate de aves, conforme DANFE de nº 608.”

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos; o Demonstrativo de Débito (fl. 02); cópia do DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) de nº 608, procedente de Brasília (fl. 03), emitida em 20/07/2018 correspondentes às mercadorias de NCM de nº 0207.14.00 (CARNE DE AVES) objeto da autuação; o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 38.000

(fl. 04); o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº. 22.753 (fl. 05); o Documento de Arrecadação de nº. 1804488737, pago na data de 20/07/2018, no valor de R\$18.752,58.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 06).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 13 a 24), e documentação comprobatória às folhas 25 a 46, protocolizada na CORAP METRO/PA SALVADOR SHOP na data de 13/09/2018 (fl. 12).

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\$12.716,72 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 de 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 de 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 de 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 Carrazza 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.

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.

Ressalva-se que quando da Sessão de Julgamento da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, na data de 03/03/2021, a advogada da Notificada, a Dra. ANNA TEREZA ALMEIDA LANDGRAF requereu que, se possível, fosse apreciada pelo Relator a Decisão emanada do Mandado de Segurança de nº. 8017754-71.2018.8.05.0000, o qual fora impetrado pela Notificada, versando sobre matéria de mérito impugnada por esta, que não estava acostado aos autos da presente Notificação Fiscal. Neste sentido, foi acatado o pedido por unanimidade pelos membros da 6ª Junta, ficando incumbida à Douta Advogada o envio da peça do *mandamus* para a apreciação do Relator, e a devida postergação do voto para a próxima sessão.

É o relatório

VOTO

A Notificação Fiscal, Modelo de TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 23/07/2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$7.947,95, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.768,77, perfazendo um total de R\$12.716,72, em decorrência do cometimento da infração (54.05.10) pela 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.

O enquadramento legal baseou-se nas 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 e multa prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Tem-se que presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL HONORATO VIANA, através da abordagem de veículo da Empresa PERBONI E PERNONI LTDA que transportava as mercadorias do DANFE de nº. 608, expedido pela TMC DISTRIBUIDOR ATACADISTA DE ALIMENTOS, procedente de Brasília (fl. 05) (TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ADIQUIRIDA) na data de 20/07/2018 correspondentes às mercadorias de NCM de nº. 0207.14.00 (CARNE DE AVES) objeto da autuação, para a empresa TMC DISTRIBUIDOR ATACADISTA DE ALIMENTOS no Estado da Bahia.

Averiguei nos autos que houve recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Total, antes do ingresso das mercadorias no território baiano, através do documento de arrecadação – DAE de nº. nº.1804488737, pago na data de 20/07/2018, no valor de R\$18.752,58, no entanto, em valor menor devido à inaplicabilidade do Convênio 89/2005 pela Notificada.

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.

Em conformidade ao prerito, na defesa oral na sessão de julgamento da 6ª Junta do Conselho Estadual da Fazenda do dia 03/03/2021, a nobre defendantre requereu que, se possível, fosse apreciada pelo Relator a Decisão emanada do Mandado de Segurança de nº. 8017754-71.2018.8.05.0000, o qual fora impetrado pela Notificada, versando sobre matéria de mérito impugnada por esta e enviou uma cópia do julgamento do mérito do Mandado de Segurança onde verifiquei que foi concedido por unanimidade o pleito da Notificada, decisão proclamada em 14 de Março de 2019, *in verbis*:

“ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Públco 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.”

Verifiquei no Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia que a referida Notificação Fiscal de nº 210313.0049/18-4 fora lavrada em 29/04/2018, em data anterior à lavratura da presente notificação em 11/07/2018, entendendo estender-se a decisão da segurança concedida, considerando que a matéria foi objeto do *writ*.

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 N° 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 questões 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 de nº 099883.0382/18-4, lavrada contra TCM DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA., no valor de R\$7.947,95, 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, 03 de março de 2021

PAULO DANILLO REIS LOPES - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR