

N. F. Nº - 232356.0768/18-3  
NOTIFICADO - JBS S/A  
NOTIFICANTE - JORGE RAIMUNDO DE SOUZA NASCIMENTO  
ORIGEM - IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.08.2020

#### 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF Nº 0206-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. MANDADO DE SEGURANÇA. Cobrança da antecipação tributária total de produto derivado do abate de gado bovino. Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança para o Estado se abster da cobrança do ICMS da antecipação na aplicação do Convênio ICMS 89/2005 nas suas operações interestaduais, permitindo que o Notificado utilize o crédito de 12% do ICMS destacado na NF-e. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF, como estabelece o art.117 § 1º do RPAF/BA, ser remetido para o DARC para lançamento na Dívida Ativa do Estado em atenção ao art. 113 para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis da PGE. Notificação Fiscal. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 24.12.2018, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 19.831,34, mais multa de 60%, no valor de R\$ 11.898,81, totalizando o montante de R\$ 31.730,16 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 hora e data acima referidos no exercício de minhas funções fiscalizadoras, constatei as seguintes irregularidades: mercadoria(s) desacompanhada(s) do(s) DANFE(s) de número(s) 77.623, emitido(s) em 21.12.2018, pela firma: JBS S/A, em Santana do Araguaia/PA. Mercadorias enquadradas na antecipação total, resultantes do abate de gado bovino, tendo a firma destinatária das mesmas recolhido a menor o ICMS desta operação e não tendo 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: o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE nº 2295 (fl. 03); Documentos do motorista e do veículo (fls.10, 11 e 12); cópia do DANFE da Nota Fiscal eletrônica (NF-e) nº 77623, procedente do Estado do Pará (fl. 05) correspondentes às mercadorias NCM 02013000 (CARNE BOVINO), motivo da autuação, acompanhado do DAE nº 1808434992 (fl. 08 – Informações Complementares – Sem redução da

Base de Cálculo – Liminar nº 0554833.63.2018.8.05.0001), pago em 21.12.2018, no valor de R\$ 37.807,03; o CT-E de nº 5974 (fl. 04), indicando o frete no valor de R\$ 2.172,06 (alíquota de 12%) a ser pago pelo emitente.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 09).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de seu Advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 17 a 33), e documentação comprobatória às folhas 34 a 75, protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST na data de 23.01.2019 (fl. 16).

Aponta a Notificada, em linhas gerais, que a Fiscalização entendeu que esta recolheu o ICMS Antecipação a menor, sob o argumento de que as operações em tela deveriam ser tributadas pelo Estado do Pará sob a alíquota de 7% em razão do Convênio ICMS nº 89/2005, motivo pela qual glosou o crédito destacado na Nota Fiscal a maior, pela alíquota de 12%, e calculou o MVA da Antecipação do ICMS com o percentual de 41,77%.

Alega, que a acusação Fiscal é insubsistente e deverá ser cancelada pois: (i) é nula a Notificação Fiscal por estar fundamentada em dispositivos genéricos e abstratos, sem qualquer relação com o caso concreto, cerceando o direito da defesa; (ii) além disso, a Notificação Fiscal também é nula em razão da incompetência das Autoridades Fiscais do Estado da Bahia de exigirem de Contribuinte localizado em outro Ente federado que se submeta a sua legislação; (iii) no mérito, a Notificação Fiscal é insubsistente, pois o Estado do Pará não internalizou o Convênio ICMS 89/2005 em sua legislação; (iv) Ainda que superada tal questão, o Sistema Constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS Antecipado; (v) inaplicável a penalidade de multa pois o a Impugnante não deixou de recolher o ICMS Antecipado devido na operação.

Assevera que a Fiscalização capitulou a suposta infração de forma genérica e inexata, gerando insegurança na determinação específica da infração, sem a correta e detalhada capitulação da infração não há como defender-se, como contraditar o que não conhece, implicando em vício insanável, pois a garantia à ampla defesa é de índole constitucional e o citado art. 5º, LV, diz que o processo administrativo deve também assegurar a defesa ampla, desta forma, o Auto de Infração deve ser considerado nulo, com fundamento no art.18, inciso II e IV, a, e art.39,V, ambos do Decreto nº 7.629/1999.

Alerta que o débito exigido na presente autuação se encontra com a exigibilidade suspensa por força de Decisão Judicial proferida nos Autos do Processo nº 0554833-63.2018.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Adverte que sem prejuízo do reconhecimento da ilegitimidade da Notificada para responder pelo presente crédito tributário, imperioso esclarecer que na referida ação foi deferida a tutela antecipada para suspender a exigibilidade do tributo decorrente da aplicação do Convênio ICMS 89/2005, assim uma vez que a decisão supracitada se encontra em plena vigência, de rigor a suspensão do presente processo administrativo até que seja proferida decisão definitiva, conforme o art. 117, § 2º do Decreto nº 7.629/99.

Assevera a Notificada que quanto ao suposto mérito da autuação, não merece melhor sorte o raciocínio fazendário, no sentido de que esta “usou de 12% quando deveria utilizar-se de 7% em razão do Convênio ICMS nº 89/2005”, pois o Estado do Pará não internalizou tais normas em sua legislação.

Defende, no caso concreto, que adquiriu produtos resultantes do abate de gado bovino no Estado do Pará que foram tributados em 12% e que de acordo com o que se estabelece no art. 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96, para o cálculo do ICMS Antecipação, deve-se aplicar a alíquota interna do produto, deduzindo o valor do imposto já cobrado na origem, o que foi realizado no mesmo dia da emissão do DANFE pela Impugnante.

Explica que para calcular o valor devido do ICMS da antecipação foi utilizado a MVA de 34,15% vigente no período da operação comercial, para a alíquota de 12%, no entanto a Autoridade Fiscal autuante afirmou que a Impugnante somente poderia se creditar do percentual de 7%, e não dos 12% conforme destacado na Nota Fiscal, por suposto descumprimento do que preceitua o Convênio ICMS nº 89/2005, desta forma ao utilizar a alíquota de 7% a Autoridade Fiscal também considerou a MVA de 41,77%.

Discorre que essa diferença de entendimento sobre o ICMS Antecipação entre a Impugnante e a Autoridade Fiscal gerou um saldo de R\$ 23.655,18 que está sendo exigido através do Auto de Infração, ora impugnado que está completamente equivocado, pois o Estado do Pará optou em não internalizar o Convênio ICMS nº 89/2005, sendo portanto, inaplicáveis suas disposições a contribuintes localizados em tal Estado.

Inferre que justamente por esse motivo, é que no Documento Fiscal que acompanhou as mercadorias houve o destaque de 12%, nesse sentido o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, é de que os Convênios CONFAZ possuem natureza autorizativa e dependem do quanto previsto na legislação interna estadual, portanto não poderia o Estabelecimento remetente localizado no Estado do Pará e nem o Impugnante desobedecer a legislação interna paraense, desta forma é correta a utilização da alíquota interestadual de 12% e, por conseguinte, também o recolhimento do ICMS Antecipação através da aplicação da MVA de 34,15%.

Explana que ainda superadas as questões acima, informa que o Auto de infração é nulo de pleno direito em razão da inconstitucionalidade e ilegalidade do ICMS Antecipado previsto na legislação baiana, e que o ICMS Antecipação é a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida no momento em que as mercadorias são recebidas no Estado da Bahia, ou seja o diferencial de alíquota, ocorre que o diferencial de alíquota é cabível somente nas operações cujos destinatários seja consumidores finais, conforme o art. 155, II, § 2º, VII da Constituição Federal, que não se aplica a Autuada visto que não é destinatário final das mercadorias, pois haverá saída futura de tais mercadorias.

Frisa que conforme amplamente mencionado, os débitos exigidos nesta Notificação Fiscal, encontra-se com a exigibilidade suspensa conforme processo em trâmite na 3ª Vara da Fazenda da Comarca de Salvador e, assim, a autuação só pode ter sido lavrada para prevenir os efeitos da decadência, ocorre que nos termos do art.173 do CTN, é ilegal a aplicação de multa de ofício, não podendo ser exigida da Notificada qualquer penalidade pecuniária.

Finaliza, ante tudo exposto, a Impugnante requer que: (i) Seja declarada a Nulidade ante as inúmeras irregularidades apontadas; (ii) a suspensão do processo administrativo até o julgamento final do Mandado de Segurança informado; (iii) seja declarada a Improcedência da Notificação Fiscal e, subsidiariamente, seja excluída a multa em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

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 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 da legislação fiscal, exigindo R\$ 19.831,34 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 11.898,81, que perfaz o montante histórico de R\$ 31.730,16.

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

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 TRANS KOTHE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS S.A (fl. 03), que transportava, segundo o Notificante, as mercadorias derivadas do ABATE BOVINO contido na NF-e 77.623, procedente do Estado do Pará (fl. 05) correspondentes às mercadorias NCM 02013000 ( Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados), motivo da autuação, acompanhado do DAE 1808434992 (fl. 08), pago em 21.12.2018, no valor de R\$ 37.807,03 referente à falta de recolhimento do ICMS relativo ao Regime de Antecipação Tributária Total.

É de conhecimento que na aplicabilidade do Convênio 89/05, este dispõe sobre a concessão de redução na base de cálculo do ICMS, a uma carga tributária de 7%, devido nas saídas interestaduais 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.”*

Note-se que a legislação do estado da Bahia já internalizou a respectiva norma do Convênio 89/05, conforme disposto no inciso XIV do art. 268 do RICMS/12, transcrito abaixo.

*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, no §2º do RICMS/BA.

*“§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 Notificada entra com a defesa, solicitando a nulidade da Notificação Fiscal considerando que a Acusação Fiscal é insubsistente porque é fundamentada em dispositivos genéricos sem qualquer relação com o caso concreto, cerceando o direito de defesa do Impugnante; que as Autoridades Fiscais do Estado da Bahia são incompetentes para exigir que contribuinte situado em outro Estado da Federação se submeta à sua legislação; que o Estado do Pará, de onde veio a mercadoria, não internalizou o Convênio ICMS 89/2005; que o Sistema Constitucional tributário não admite a sistemática do ICMS Antecipado.

A Notificada, ao mesmo tempo em que solicita a nulidade da Notificação Fiscal, traz nos autos a informação, especificamente na fl. 24, de que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, visando a suspensão da exigibilidade do tributo decorrente da aplicação do Convênio ICMS 89/2005, permitindo que a Impugnante utilize o crédito fiscal de 12%, informando

que a respectiva tutela provisória foi concedida pela 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador sob o nº 0554833-63.2018.8.05.0001, conforme Anexo 05, fls. 72 a 75, assinada em 11/09/2018 pelo Juiz Titular da 3ª Vara, requerendo que, como a decisão supracitada se encontra em plena vigência, há suspensão do presente processo administrativo até que seja proferida decisão definitiva.

Destaco, que em pesquisa no Sistema de Automação da Justiça (SAJ) do Tribunal da Bahia, que a Liminar em referência foi publicada no Diário Oficial da Justiça 01/10/2018.

Observe, portanto, que no momento da lavratura da Notificação Fiscal, 24/12/2018, o sujeito passivo já havia obtido diferimento judicial, para fins de suspensão da cobrança do ICMS decorrente da aplicação do Convênio ICMS 89/2005.

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.

*“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 em renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, conforme previsto no art. 117 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, o qual deverá ser enviado à Diretoria de Arrecadação de Crédito Tributário e Controle - DARC, na forma prevista do art. 113 deste citado diploma legal, tudo em conformidade, também, com o §1º, art. 117.

*“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.”*

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.

*“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.”*

Consoante ao que se alcança 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, situação em que, de acordo o que estabelece o art. 117 § 1º, do RPAF/BA, o processo deve ser encaminhado à DARC para a inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113 o qual atenta à competência da Procuradoria Geral do Estado - PGE em proceder-se ao controle da legalidade.

Ressalta-se que, conforme disposto no Art. 167, incisos II a 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 nº **232356.0768/18-3**, lavrada contra **JBS S/A**, que exige do Notificado ICMS no valor histórico de **R\$ 19.831,34**. Diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, 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, 28 de julho de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR