

N. F. Nº - 222076.0029/19-7
NOTIFICADO - JBS S/A
NOTIFICANTE - FRANCISCO AGLIBERTO BEZERRA
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03.09.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. Mercadorias sujeitas ao Convênio 89/05, redução de base de cálculo para crédito de 7%. Alíquota interestadual destacada de 12%. Notificado obteve concessão de liminar em Mandado de Segurança para o Estado se abster da cobrança do ICMS em função do Decreto 14.213/12, que não diz respeito ao objeto da autuação que se deu com espeque na regra da antecipação tributária prevista pelo Convênio ICMS 89/2005 para as operações interestaduais. Instância única. Notificação Fiscal. **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 16.05.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 22.596,66, mais multa de 60%, no valor de R\$ 13.558,00, totalizando o montante de R\$ 36.154,66 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

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 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:

“Recolhimento de antecipação tributária a menor, de produtos resultante do abate (corte) de gado bovino, em virtude do descumprimento do que preceitua o Convênio ICMS de nº 89/2005, com base em entendimento da DITRI. Aproveitamento de crédito recolhido através do DAE de nº 1902943715, NF-e de nº 154486 de 13.05.2019 – Chave de Acesso de no. 1519050291626501411055001000154861293413130”

Anexo aos autos encontra-se: o Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE de nº 280 (fl. 07); cópia do DANFE da Nota fiscal eletrônica (NF-e) de nº 154486, procedente do Estado do Pará (fl. 05) correspondentes às mercadorias NCM 02013000 (CARNE BOVINO), motivo da autuação, emitida em 13.05.2019, acompanhado do DAE de nº 1902943715 (fl. 08), pago em 14.05.2019, no valor de R\$ 40.539,15; o CT-E de nº 3785 (fl. 05), indicando o frete no valor de R\$1.586,77 (alíquota de 12%) a ser pago pelo emitente; Termo de Apreensão de no. 2220761000/19-2 e Termo de Depósito (fls. 3 e 3v.)

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 04).

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 21), e documentação comprobatória às folhas 22 a 57, protocolizada no CONSEF/PROTOCOLO na data de 10.09.2019 (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 89/2005, motivo pela qual glossou 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 (fls. 71 a 74) 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 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 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 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.

Finaliza, ante tudo exposto, a Impugnante requer que: (i) Seja declarada a Nulidade conforme preliminares suscitadas, (ii) seja declarada a Improcedência da Notificação Fiscal pois demonstrada a correta utilização da alíquota interestadual de 12% na operação em concreto, bem como inviável a cobrança de ICMS antecipado.

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\$22.596,66 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$ 13.558,00, que perfaz o montante histórico de R\$ 36.154,66.

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 FERNANDO PRESIDIO, através da abordagem de veículo da TRANSPORTADORA E COMÉRCIO LUNARDI LTDA (fl. 06), que transportava, segundo o Notificante, as mercadorias derivadas do ABATE BOVINO contido na NF-e de nº 154486, 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 de nº 1902943715 (fl. 08), pago em 14.05.2018, no valor de R\$ 40.539,15 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 clausula 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 nº 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.”

Neste sentido, na ação fiscal ocorrida o Notificante na análise do DANFE nº 154486 (fl.05) , referentes à aquisição de cortes de carne de bovinos, proveniente do Estado do Pará, e do comprovante do documento de arrecadação – DAE de nº 1902943715 verifiquei que o Notificado visualizou o recolhimento a menor do ICMS da Antecipação Total e calculou a diferença a cobrar do ICMS, de acordo com o descrito no corpo de sua peça acusatória, na descrição dos fatos, na folha 01, em consonância com a legislação fiscal vigente para esse tipo de mercadoria nas operações interestaduais, conforme o cálculo exposto por este em sua memória de cálculo à folha 02 e explicitado na planilha a seguir.

NF-e	VL. TOTAL NF.	ICMS PRÓPRIO FORNEC. ALIQ. 7% (A)	BASE CAL. ALIQ. 7% - MVA 41,77 %	VALOR TOTAL ICMS ST ALIQ INTERNA 18% (B)	APURAÇÃO ICMS ST - ANTECP. (B – A)
154486	R\$ 354.646,59	R\$ 24.825,26	R\$ 502.782,47	R\$ 90.500,84	R\$ 65.675,58
Diferença ICMS a menor calculado pelo Notificante – R\$ 65.675,58– R\$ 43.078,92 (DAE) = R\$ 22.596,66					

Em sua peça de defesa a Notificada; solicitou 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. 32, 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.71 a 74, 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, 16/05/2019, 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 de 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 do 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.”

É certo que no mandado de segurança, através de decisão de carga precipuamente mandamental, almeja-se a proteção in natura de prerrogativas tributárias do cidadão. Então, na medida liminar concedida no bojo de mandado de segurança com fulcro no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, antecipa-se temporalmente os efeitos práticos dessa qualidade mandamental da decisão assecuratória de direitos e garantias individuais (art. 5º, LIV, da CF/1988).

De qualquer forma, sendo concedida mediante cognição sumária, a liminar requer fundamentação, como de regra deve ser toda a decisão judicial. Comentando o assunto, Humberto Theodoro Jr. assim se expressa: *“Qualquer que seja, no entanto, a liminar, somente poderá ser deferida por meio de decisão devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF/1988).* Deve-se ter em conta que a concessão da medida implica momentâneo afastamento da garantia do devido processo legal (em especial nos casos em que a concessão se dá sem o contraditório).

O magistrado não tem poder de concedê-la por puro juízo pessoal de conveniência, nem por razões de ordem simplesmente subjetivas”. Assim também não pode o juiz deixar de conceder a cautela sem deduzir apropriadamente as razões pelas quais a medida não pode ser deferida no

caso concreto. A decisão que julga o pedido, seja para conceder, negar, modificar ou revogar, deve ser fundamentada, exigindo a lei que o juiz indique de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (art. 298 do CPC/2015).

Neste sentido, o magistrado ao proferir sua sentença no Mandado de Segurança de nº 0554833-63.2018.8.05.0001, conforme Anexo 05, fls.71 a 74, publicada no Diário Oficial da Justiça 01/10/2018, o fez fundamentando nos seguintes termos transcritos *ipsis literis*:

“Posto isso, com base no art. 7º, inciso II da Lei n. 12.016/2009, concedido a segurança liminar para determinar à autoridade indigitada coatora, ou que suas vezes fizer, que se abstenha de sujeitar o impetrante às limitações impostas pelo Decreto n. 14.213/2012, quanto à utilização e aproveitamento de créditos fiscais de ICMS, abstendo-se, por conseguinte, de realizar auto de infração por violação ao aludido Decreto. “

Ocorre que o referido Decreto de nº 14.213/2013, no qual o Magistrado fundamentou a sua decisão, publicado no Diário Oficial da Bahia em 23.11. 2012, que dispunha “*sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975*”, referidas no seu Anexo Único, aos Entes Federativos do Estado de Goiás, Minas Gerais, Paraíba, Espírito Santo e Pernambuco”, foi inteiramente revogado pelo Decreto de nº 18.219 de 26.01.2018 em 26 de janeiro de 2018, antes da decisão liminar proferida pelo Magistrado. Ressalto que mesmo em vigência o supramencionado decreto fazia alusão à vedação de créditos fiscais, somente, referente aos Estados de Goiás, Minas Gerais, Paraíba, Espírito Santo e Pernambuco, não abarcando o Estado do Pará de onde se fez vir as mercadorias da NF-e de nº 77623.

Nessa esteira, percebe-se a *prima facie* que a Decisão Judicial, referida acima, oposta ao presente lançamento de crédito tributário não alcança o fulcro da acusação fiscal, que está calcada no Convênio 89/2005. Portanto, nenhum efeito legal tem a Decisão Judicial nº 0554833-63.2018.8.05.0001 para suspender a presente exigência tributária.

Diante do exposto, voto pela Procedência da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **222076.0029/19-7**, lavrado contra **JBS S/A**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.596,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2020.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR