

**A. I. Nº** - 2810770003/18-3  
**AUTUADA** - O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA  
**AUTUANTE** - ANDREA FALCÃO PEIXOTO  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 21/01/2019

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0178-03/18**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOLHIMENTO DENTRO DO PRAZO E COM OBSERVÂNCIA DE BENEFÍCIOS FISCAIS. Após exame das provas e da metodologia de cálculo adotada pelo contribuinte no tocante ao pagamento da antecipação parcial, inclusive levando em consideração os incentivos fiscais dos quais é beneficiário, ficou demonstrado que descabe a multa aplicada pelo descumprimento do prazo regulamentar para atendimento da obrigação tributária principal. Irregularidade elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO.**

Vale de começo salientar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2018, exige crédito tributário no valor de R\$315.606,50, referente a multa percentual de 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Meses de março a dezembro de 2014.

Contém o lançamento sob exame a descrição abaixo:

**Infração 01 – 07.15.05** - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Demonstrativo: ICMS Antecipado a menor com Saída Posterior Tributada – Antecipação Parcial - Multa.

Enquadrou-se a conduta no art. 12-A da Lei 7014/96 e proposição da multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei atrás mencionada.

Dão suporte à exigência a cientificação de início da ação fiscal (fl. 04), intimação para apresentação de livros e documentos (fl. 05), resumo mensal da multa aplicada (fls. 06/07), mídia digital com arquivos dos levantamentos e recibo (fls. 08/09), termo de início de fiscalização e respectiva ciência à empresa programada (fls. 05/06), Demonstrativos Mensais e detalhados do cometimento do ilícito (fls. 07/11 – em excertos) e arquivos eletrônicos gravados em CD com a totalidade dos levantamentos (fl. 14).

Cientificado da lavratura do lançamento em 03.4.2018, a impugnação (fls. 13/18) foi protocolada em 24.5.2018, conforme registro presente nos autos (fl. 12).

Inicialmente, afirmou a autuada ter oferecido a defesa dentro do lapso regulamentar.

Depois sustentou que possui Termo de Acordo com o Estado, obtido com base no Parecer 6545, de 23.3.2014, para, respeitante à antecipação parcial, operar na forma estabelecida no Dec.

7799/2000, vale dizer, reduzir a base de cálculo do imposto em 41,176%, para as saídas das mercadorias do seu estabelecimento.

Nestes moldes, em vez de adotar a base de cálculo “cheia”, como fez a autuante para achar o valor da antecipação, dever-se-ia considerar apenas 3%, para as mercadorias oriundas dos entes federativos situados no Sul e Sudeste (exceto Espírito Santo), e não calcular valor nenhum para as provenientes do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, vez que a carga tributária ficava em 10%, conforme estatuído no art. 6º do dec. 7799/2000.

Trouxe a empresa alguns exemplos numéricos (fls. 17/18) para demonstrar a metodologia de cálculo empregada pela auditoria e aquela que entende como correta, fazendo anexar os demonstrativos correspondentes.

Pedi, por fim, a insubsistência da autuação.

Entre outros documentos, juntou procuração (fl. 19), resumo revisado de demonstrativo (fl. 27), demonstrativo analítico revisado (fls. 28/38), parecer final exarado pela Sefaz autorizando celebração do termo de acordo (fl. 39) e o termo de acordo propriamente dito (fls. 40/41).

Em sua resposta (fls. 45/46), a i. auditora fiscal ponderou que o citado termo avençado foi celebrado para valer a partir de 24.3.2014, de sorte que antes deste dia o cálculo da multa está certo; por outro lado, informou ainda que o benefício da redução da base de cálculo nas saídas internas não se aplica quando a alíquota incidente na operação é inferior ou superior a 17%; e reconhece o equívoco para as aquisições provenientes do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, mantendo-se a cobrança para as demais regiões, agora considerando a carga tributária nas entradas, prevista no Dec. 7799/2000.

Admitindo-se a retificação, produziu a auditora fiscal um novo demonstrativo (fls. 47/48), apontando ainda um saldo a cobrar de penalidade para os meses de março (até o dia 23), agosto, setembro e novembro de 2014, totalizando R\$14.808,36.

Devidamente intimada (fl. 51) do informativo fiscal e dos novos levantamentos, ingressou o contribuinte com manifestação (fls. 54/57), aduzindo, em síntese, o seguinte:

No que toca ao mês de março de 2014, a diferença que persiste se refere às NFs 61601 e 57005, emitidas em 20 e 22.3.2014, respectivamente, época em que, pela redação vigente do §2º do art. 332 do RICMS-BA, a antecipação parcial era calculada tomando por base a entrada da mercadoria, que em ambos os casos ocorreu em 26.3.2014, quando já surtia efeitos jurídicos o multicitado Termo de Acordo.

No que toca aos meses de agosto (NFs 60955, 61010, 61123, 9248, 61388, 61548, 61665 e 9395), setembro (NFs 62094, 62115, 62451, 62565 e 9649) e novembro (NFs 63454, 63458, 63552, 9987, 63906, 63907, 63918 e 10101) de 2014, a diferença que persiste diz respeito ao fato dos documentos fiscais se referirem a compra de charque, que, no ver da fiscalização, possui a alíquota de 12%; entretanto, a alíquota correta para a mercadoria é 17%, tendo redução da base imponible para uma carga tributária de 12%; desta forma - prossegue a manifestante -, “a empresa pode aplicar a redução de base de cálculo do termo de acordo para esse produto por ser mais benéfica que a redução do produto” (sic; fl. 56).

Distribuído o processo para esta Junta, fui incumbido de apreciá-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

#### **VOTO.**

Mister apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

O Auto de Infração cumpre com os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A defesa foi ofertada dentro do prazo regulamentar, antes do último dia do prazo, não se identificando aqui anormalidades temporais.

Inexistem defeitos de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória possui poderes conferidos pela autuada com o fito de funcionar neste PAF (fls. 19/26).

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Originariamente no montante de R\$315.606,50, é de se consignar desde logo que o presente auto de infração conta agora com o valor controvertido de R\$14.808,36.

Exige-se a multa de 60% do valor do imposto quando o contribuinte não faz o recolhimento na data aprazada para a antecipação parcial, embora as saídas subsequentes tivessem sido normalmente tributadas.

Em sua impugnação, a empresa retruca que desfruta do benefício fiscal de redução da base de cálculo previsto no Dec. Estadual 7799/2000, equivalente a um percentual de 41,176%, pelo que os créditos aproveitáveis na entrada ficam limitados a 10%, nos termos do art. 6º do mencionado diploma normativo.

Neste diapasão, é de se reconhecer que para as mercadorias oriundas das regiões geo-econômicas do Norte, Nordeste e Centro-Oeste, cuja alíquota aplicável para as operações interestaduais destinadas para a Bahia é de 12%, não há que se falar em antecipação parcial, visto que o crédito fiscal utilizável (10%) é menor do que o correspondente à operação (12%).

Já quando os produtos provêm das regiões geo-econômicas do Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, a antecipação parcial é devida à razão de 3%, considerando o valor máximo permitido para crédito fiscal (10%) e a alíquota interestadual correspondente (7%).

Tais argumentos são pertinentes. Tanto assim é que a i. auditora fiscal admite refazer os cálculos e aponta um saldo remanescente de R\$14.808,36.

Ainda inconformado com a cobrança residual, o contribuinte sustenta que para os fatos geradores ocorridos em março de 2014, as duas notas fiscais remanescentes (NFs 61601 e 57005), apesar de expedidas antes da celebração do acordo, à vista da redação do §2º do art. 332 que vigorava na época, deveriam ter a antecipação calculada com base na entrada da mercadoria, isto é, 26.3.2014, dia em que o mencionado acordo já produzia efeitos jurídicos.

Neste particular, assiste razão ao sujeito passivo. Quando venceu a obrigação para recolher o imposto devido por antecipação parcial, vale dizer, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, já contava a autuada com as benesses previstas no Dec. 7799/2000, sendo cabível fazer a redução da base impositiva.

Tal raciocínio coaduna-se com a regra do §2º, do art. 332 do RICMS-BA, com a dicção vigorante à época dos fatos geradores:

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

§ 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 do *caput* deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as 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;

**I** - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

**II** - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

**III** - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

**IV** - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

Redação anterior dada ao “§ 2º” do art. 332 pela Alteração nº 20, Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13, mantida a redação dos seus incisos, efeitos de 01/01/14 a 30/11/14: “§ 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 entrada da mercadoria no estabelecimento, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino*” (negritos da transcrição).

De outra sorte, a autuada pondera que as operações remanescentes dizem respeito a compras de charque, produto que embora seja tributado à 17%, conta com redução da base de cálculo prevista no inciso LI, do art. 268 do RICMS-BA, de forma que a carga total resulte em 12%.

Assim, diante de desfrutar de dois incentivos fiscais oferecidos pelo legislador, optou o contribuinte por aquele mais benéfico, usando da prerrogativa estabelecida no art. 5º do multicitado Dec. 7799/2000.

Efetivamente, a legislação acolhe esta alternativa, até porque as operações com charque se sujeitam à alíquota de 17%, com redução da base para que a carga tributária fique em 12%. E se verifica que ao optar pelo estímulo fiscal do decreto baiano referido, nenhuma diferença a título de antecipação parcial deveria ter sido paga antes da saída subsequente. E se nada é devido a pretexto do ICMS antecipado, improcede a multa aplicada.

A autuante, em seus demonstrativos revisados, considerou as operações com charque à razão da alíquota de 12%, sem fazer a diminuição da base de cálculo prevista no Dec. 7799/2000.

Portanto, o saldo remanescente da cobrança alude ao fato da fiscalização sustentar que a carga de saída é de 12%, ao passo que o sujeito passivo defende ser de 10%. Daí a diferença.

A autuada, por sua vez, em face das operações com charque, haja vista a possibilidade de aproveitar-se da redução da base de cálculo prevista no inciso LI, do art. 268 do RICMS-BA (carga de 12%), ou aproveitar-se da redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/2000, acabou optando por esta última, por ser a mais benéfica, conforme oportuniza a legislação.

Cabível, portanto, trazer a lume as regras aplicáveis na espécie:

RICMS-BA:

*“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:*

*(...)*

*LI - nas operações internas com charque e jerked beef, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento).*

*Nota: A redação atual do inciso LI do caput do art. 268 foi dada pela Alteração nº 26, Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/12/14.*

*Redação anterior dada ao inciso LI, tendo sido acrescentado ao caput do art. 268 pela Alteração nº 23 (Decreto nº 15.221, de 03/07/14, DOE de 04/07/14), efeitos de 10/07/14 a 30/11/14:*

*“LI - nas operações internas com charque, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12 % (doze por cento).”*

Dec. 7799/2000:

*“Art. 4º- A redução de base de cálculo prevista nos artigos 1º e 2º não se aplica às operações:*

*I - com mercadorias enquadradas na substituição tributária;*

*II - já contempladas com redução de base de cálculo do ICMS ou concessão de crédito presumido, ou que, por qualquer outro mecanismo ou incentivo, tenham sua carga tributária reduzida.*

*§ 1º - Na hipótese do inciso II, admitir-se-á o tratamento previsto neste Decreto quando for mais favorável ao contribuinte, ficando vedada a cumulação com outro benefício.*

*Art.5º - A redução de base de cálculo prevista no art. 1º não se aplicará às saídas internas de mercadorias cuja alíquota incidente na operação seja inferior ou superior a 17% (dezessete por cento).*

*Art. 6º - Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D, 3º-E e 3º -F, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias”*

Procedem, portanto, as alegações empresariais.

Do exposto, entendo como plausíveis os motivos agitados pelo contribuinte, não havendo penalidade pecuniária a aplicar, vez que o contribuinte cumpriu com a sua obrigação de pagar a antecipação no prazo e no montante corretos, haja vista considerar, para as operações com charque, os benefícios do Dec. 7799/2000, em vez da redução da base prevista no inciso LI, do art. 268 do RICMS-BA, usando da faculdade que lhe é concedida pelo art. 4º, §1º do primeiro diploma legal citado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281077.0003/18-3** lavrado contra **O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 e outubro de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAUO - JULGADORA