

N. F. Nº - 128984.0056/23-0

NOTIFICADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.

NOTIFICANTE - RUI ALVES DE AMORIM

ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.07.2024

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0135-05/24NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. CRÉDITO LIMITADO. Falta de recolhimento do ICMS Antecipação Tributária Parcial antes da entrada de mercadorias no Estado da Bahia. Contribuinte celebrante do Termo de Acordo de Atacadistas, Decreto 7.799/00. Base de cálculo do ICMS reduzida em 41,176%. Há reparos a fazer no lançamento. Valor da autuação reduzido. Infração subsistente. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime. Vencido o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação lavrada em ação de trânsito de mercadorias em 08.01.2023, para lançamento de crédito tributário no valor de R\$ 23.360,40, acrescido da multa de 60%, decorrente da seguinte infração:

INFRAÇÃO 054.005.008 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial antes da entrada em território deste Estado da Bahia de mercadoria procedente de outra Unidade da Federação por contribuinte que não preencha os requisitos da legislação fiscal.

DESCRIÇÃO DOS FATOS - Aquisição interestadual de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, para comercialização, por contribuinte na situação DESCREDENCIADO e não efetuou o recolhimento do ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, conforme DANFE nº 923.

Às fls. 29/30, a empresa notificada apresentou impugnação, a seguir transcrita de forma resumida.

Alega que a empresa é usuária do Termo de Acordo Atacadista previsto no Dec. 7.799, de 2000. Que não é devida a antecipação parcial se a carga tributária na entrada da operação interestadual é superior à carga tributária efetiva na operação interna.

Ressalta que não é devida a antecipação parcial em relação ao DANFE 923, de 04. 01.2023, objeto da autuação. Que o emitente do DANFE é domiciliado no DF, tratando-se de linguiça calabresa.

Acaso fosse apurado o pagamento da antecipação parcial, o montante apurado estaria errado, pois apurou base de cálculo errada, sabendo-se que o autuado é usuário do Termo de Acordo Atacadista, com base de cálculo reduzida em 41,176%.

VOTO

Constatando de início, que a notificação aponta que realmente o contribuinte tem credenciamento do Decreto 7799/00, na situação DEFERIDO, efeitos a partir de 01.01.2023 até 31.10.2024.

A infração consta como sendo referente à antecipação parcial, embora na descrição dos fatos, aponte-se pela antecipação tributária e no termo de ocorrência fiscal conste de forma clara, que se trata de ANTECIPAÇÃO TOTAL NOS TERMOS DO ART. 289 DO RICMS/BA, tendo inclusive sendo anexado ao PAF, cópia do supracitado artigo, no capítulo XII, inclusive do parágrafo 17, com MVA de 50% no caso de gêneros alimentícios.

Tal fato, implica clara contradição entre o disposto no artigo em que se baseou a infração (antecipação parcial), e as informações adicionais no campo de descrição dos fatos, e também no termo de ocorrência, de que se está cobrando imposto por antecipação total.

Não estamos a tratar de uma descrição incompatível com o enquadramento legal, em que se prevalece a descrição. Trata-se de dupla descrição, uma por antecipação parcial no que diz respeito à descrição do sistema SEAI, e outras duas contraditórias, uma no espaço destinado à descrição dos fatos na própria notificação fiscal e confirmado no termo de ocorrência fiscal, o que implica vício insanável, implicando não só em cerceamento de defesa, mas erro formal também insanável por dupla descrição acerca do mesmo fato gerador.

Acrescento ainda, que o fato do contribuinte ter se defendido da infração não sobrepõe o erro cometido pela fiscalização, que além de na descrição pormenorizada descrever como sendo ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA (TOTAL), de modo incontestável confirma a mudança do fulcro do lançamento, até mesmo acrescentando os artigos infringidos, revelando vício material insanável.

A notificação fiscal é precedida do termo de ocorrência, e, portanto, deve se reportar ao que ali consta (antecipação total) e não é possível aferir que uma notificação esteja certa pelo caminho errado (lavratura em divergência com a própria fonte da ocorrência e descrição do fato gerador), resultando em falta de certeza e segurança jurídica.

Assim, por se tratar de violação de norma cogente de interesse público, de ofício, declaro a nulidade do lançamento, ficando prejudicada a apreciação de mérito.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

VOTO VENCEDOR

A Notificação Fiscal de nº. 298942.0080/23-6, **Trânsito de Mercadorias**, lavrada em 08/01/2023, exige da Notificada ICMS no valor **histórico de R\$ 23.360,40**, mais multa de 60%, equivalente a R\$ 14.016,24, perfazendo um total de R\$ 37.376,64, em decorrência do cometimento da **Infração tipificada na peça acusatória (54.05.08) da falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada do território deste Estado**, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, **por contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal.**

O **enquadramento legal seguiu a Infração tipificada** referenciando à alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, Decreto de nº. 13.780/12, que trata da comercialização relativamente à antecipação parcial do ICMS, c/c art. 12-A; inciso III do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº. 7.014/96, que tratam, também, do cálculo da antecipação parcial e a Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei de nº 7.014/96.

Decreto de nº 13.780/12

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:

(...)

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Lei de nº 7.014/96.

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Neste sentido encontra-se à folha 02 o Demonstrativo de Débito, e à folha 03 a memória de cálculo efetuada pelo Notificante utilizando-se das premissas do art. 12-A relativo à Antecipação Parcial, e com as indicações da redução da multa relativo ao momento do pagamento do débito.

Averiguo que os produtos adquiridos pela Notificada, na Nota Fiscal de nº. 923 (fl. 09), **NCM de nº. 1601.00.00**, (Linguiça Calabresa Perdigão – Embutidos) não têm base de cálculo do imposto acrescido de MVA, por inexistir previsão em Convênio, Protocolo, assim como no RICMS-BA/12, particularmente no seu Anexo I para o ano de 2023, razão pela qual **não pode ser considerado produto sujeito ao Regime de Substituição Tributária**, mas tão somente à **Antecipação Parcial** do ICMS.

Assim, no que diz respeito aos aspectos formais, constato que nos autos está descrita a infração cometida, apontando a conduta praticada pela Notificada, 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.

Ademais, verifico que na descrição dos fatos, o enquadramento legal e o demonstrativo de débito **tratam da falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Parcial**, na entrada do Estado da Bahia sobre mercadorias destinadas a Contribuinte que não preenche os requisitos na legislação fiscal, observando que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração da defesa da Notificada lhe foram apresentados **e pelo teor de sua peça de impugnação**, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que a Notificada **entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu**, desta forma concluo que à Notificada foi garantida a ampla defesa, tendo operado livremente o exercício do contraditório, inexistindo na Notificação Fiscal qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99 que ensejasse sua nulidade.

Na síntese de sua defesa a Notificada consignou ser signatária do Termo de Acordo Atacadista previsto no Decreto de nº. 7.799/00, e que em consulta ao item 20 da “Legislação – Perguntas e Respostas” referente à **Antecipação Parcial** tem-se como resposta que não há o que se recolher a título de antecipação parcial quando a alíquota interestadual é 12%, sem nenhuma dedução, e, que, portanto superior à carga tributária efetiva dos atacadista que é de 10,588%, conforme termo de acordo celebrado, portanto, não sendo devida a antecipação parcial em relação ao DANFE de nº. 923, de 04/01/2023 objeto da notificação.

Ressaltou que acaso fosse devido o montante apurado pelo Notificante encontra-se errado por não ter reduzido a base de cálculo em 41,176% que trata o decreto dos atacadistas.

Tem-se que a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Autoridade Fiscal do Posto Fiscal Benito Gama (fl. 01), relacionado à cópia do DANFE de nº. 923 (fl. 08), emitido pela Empresa Big Works Atacado de Alimentos e Bebidas Ltda na data de **04/01/2023**, Venda Interestadual, procedente do **Distrito Federal**, carreando a mercadoria de **NCM de nº. 1601.00.00 (Linguiça Calabresa Curada Perdigão)**.

Com relação ao prazo de recolhimento do imposto, o qual previsto no art. 332, inciso I, do RICMS/BA/12, estabelece de forma geral até o dia 9 do mês subsequente, e de forma específica, em seu inciso III, alínea “b” que deva ser recolhido o importo relativo às mercadorias não enquadradas no Regime de Substituição Tributária e destinada à comercialização, relativamente à Antecipação Parcial do ICMS, **antes da entrada das mercadorias**, no território deste Estado, **estabelecendo algumas condições**, para permitir que o Contribuinte regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ e sem nenhuma restrição, recolha o ICMS no **dia 25 do mês seguinte ao da data da emissão do MDF-e** vinculado ao documento fiscal. Estas condições estão regulamentadas no art. 332, § 2º do RICMS/BA/12. A despeito disto, o referido § 2º **excetua do recolhimento postergado** em relação às mercadorias adquiridas pela Notificada:

“...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..."

Neste sentido, em consulta ao Sistema de Controle de Pareceres Tributários - CPT da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia verifica-se não haver pedido de credenciamento para recolhimento do imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente, no entanto, reconhece-se ser a Notificada, quando da instantaneidade da ação fiscal na data de 05/01/2023 (fl. 04) celebrante de termo de acordo dos atacadistas (Parecer de nº. 5.371/2022, efeitos de 01/01/2023 a 31/10/2024.

Número do Processo:	24379720220	Data de Cadastramento:	17/11/2022
Parecer:	5371/2022	Situação:	DEFERIDO
Tipo:	Credenciamento - Decreto 7799/00 - Art. 1º e 2º		Data de Ciência: 02/01/2023
Ementa:	Prorrogação de benefício Fiscal. Credenciamento Decreto 7799/00 - (Parecer 636/2021) art. 1º e 2º redução na base de cálculo nas saídas internas e crédito presumido nas saídas interestaduais - PELO DEFERIMENTO. Efeitos de 01/01/2023 a 31/10/2024.		

Assim sendo, a Notificada celebrante de termo de acordo dos atacadistas, tem a seu favor a opção de adotar o tratamento tributário estampado nos artigos. 1º, 2º e 6º do Decreto de nº 7.799/00, atentando-se ao fato de que a Lei de nº 13.461/15 deu nova redação ao inciso I do art. 15 da Lei de nº. 7.014/96, alterando a alíquota interna de ICMS de 17% para 18%, a partir do dia 10/03/2016, o que fez com que restasse igualmente alterado o tratamento final dado no âmbito do Decreto de nº 7.799/00, resultando duas possibilidades:

- a) Para os fatos geradores de ICMS até 09/03/2016, aplica-se uma redução na base de cálculo de 41,176% e sobre esta base reduzida incidirá 17% da alíquota interna até então vigente, a constituir uma carga efetiva de ICMS de 10%, pelo que nas operações interestaduais com alíquota superior a este percentual, não resultaria ICMS a recolher, já que o crédito fiscal ainda que limitado a 10% (art. 6º do Decreto de nº. 7.799/00), os seus percentuais se anulariam, zerando o valor a recolher;
- b) Para os fatos geradores de ICMS ocorrido a partir do dia 10/03/2016, também se aplica uma redução na base de cálculo de 41,176% e sobre esta base reduzida incidirá a nova alíquota de ICMS de 18%, a constituir uma carga efetiva de ICMS de 10,58832%, pelo que nas operações interestaduais com alíquota superior a 10% terá ICMS a recolher, já que o art. 6º do Decreto de nº 7.799/00 (dos atacadistas), limita gozo ao crédito fiscal em 10%, originando valor a recolher correspondente a 0,58832%.

Compulsando-se os autos constato que na Memória de Cálculo aposta pelo Notificante à folha 03, a mecânica estabelecida para a obtenção dos valores arguidos na presente notificação não contemplou a redução da base de cálculo do ICMS de 41,176%, em favor dos signatários celebrantes de termo de acordo dos atacadistas tal qual a Notificada.

Entendo, portanto, do deslindado, em síntese, que a base de cálculo do ICMS Antecipação Parcial, que a Notificada dever-se-ia ter feito recolher antecipadamente, se faz, nesta presente Notificação Fiscal, utilizando-se o valor da operação constante na NF-e de nº. 923 (art. 23, inciso III da Lei de nº. 7.014/96), realizando em seguida redução em 41,176% (art. 1º do Decreto de nº 7.799/00), e da base reduzida encontrada apurar-se o ICMS bruto, aplicando a alíquota interna de 18% (arts. 12-A e 15, inciso I da Lei de nº 7.014/96), e do valor encontrado será reduzido o crédito fiscal de máximo 10% sobre a base de cálculo (limite fixado no art. 6º do Decreto de nº 7.799/00), a resultar o ICMS apurado e devido a título de antecipação parcial, conforme exposto na planilha a seguir:

BASE DE CÁLCULO	B.C. REDUZIDA EM 41,176%	ICMS BRUTO (18%)	CRÉDITO DE ICMS 12% INTERESTADUAL LIMITADO 10%	SALDO ICMS A PAGAR CRÉDITO
R\$ 389.340,00	R\$ 229.025,40	R\$ 41.224,57	R\$ 38.934,00	R\$ 2.290,56
Carga Efetiva de ICMS a 10,58832%. – R\$ 389.340,00 x 10,58832 % = R\$ 41.224,57				

Vistos e analisados os elementos que compõem os autos, e à vista da consistência dos fatos, tendo-se estabelecido os cálculos corretos, **reduzindo-se o valor de débito de R\$ 23.360,40 para R\$ 2.290,56** conforme exposto anteriormente, acrescido de multa e de seus consectários resolvo, nestes termos julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a Notificação Fiscal em demanda.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº 128984.0056/23-0, lavrada contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GILMAR LTDA.**, devendo ser intimada a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.290,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei de nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR/VOTO VENCEDOR