

N. F. Nº - 232188.0182/21-3
AUTUADO - TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO RICARDO SOUSA ALVES
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/02/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO 0007-02/25NF-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Dicotomia apresentada entre “Descrição dos Fatos”, Tipificação e Enquadramento legal. Produtos da Antecipação Tributária Total -ST, tipificados e enquadrados como produtos do Regime de Antecipação Parcial. A Súmula do CONSEF de nº 01 estabelece que é nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. No entanto, por ser favorável ao contribuinte e como dispõe no art. 155, § único do RPAF/BA, considero a Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 24/02/2021, no Posto Fiscal Honorato Viana, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 15.132,02, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração **01 54.05.08** - Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Multa prevista no art.42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Consta anexado ao processo: I) Memória de Cálculo (fl.3); II) cópia do DANFE 380774 (fl.4); III) cópia do DACTE nº 245 (fl.7); IV) Cópia do DAMDFE nº 207 (fl. 6).

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de antecipação do ICMS sobre a aquisição de produto(s) resultante(s) do abate de animais e de embutidos, conforme DANFE nº 380774 -chave 52210237020260000139550010003807741341387985 contrariando, assim, o disposto no inciso III e do art.322 do RICMS c/c o Convênio 89/2005”

A Notificada apresenta peça defensiva através de advogado com anexos, às fls. 16/81, falando inicialmente da tempestividade da defesa.

Preliminarmente aponta a nulidade da Notificação, na medida em que a descrição dos fatos cita DANFE cujas mercadorias descritas sujeitam-se à “antecipação tributária total”, mas refere-se a “embutidos”, e, na descrição da infração ao código 54.05.08, que versa sobre “antecipação tributária parcial”, maculando de incerteza e insegurança o lançamento e comprometendo, por conseguinte, o contraditório e a ampla defesa da Notificada.

Diz que restando ultrapassada esta preliminar, e entendendo-se tratar-se de antecipação tributária total, pelo tipo de mercadoria comercializada, cumpre esclarecer que a Notificada, ora

Defendente, efetuou o pagamento de todo o imposto devido antes da entrada das mercadorias no Estado da Bahia, conforme DAE anexo.

Diz que, como será demonstrado a seguir a Defendente faz jus ao crédito integral de 12% destacado na Nota Fiscal como lhe assegura a Resolução n. 22/89 do Senado Federal, bem assim o preceito constitucional que atribui o aspecto não-cumulativo do ICMS. Não há portanto, como ter o seu crédito limitado a 7%, sob o estapafúrdio argumento de que assim determina o Convênio n. 89/05.

No tópico “III-DO DIREITO” esclarece que a Impugnante impetrou Mandado de Segurança n. 8017754-71.2018.8.05.0000 visando afastar a aplicação do Convênio n.89/05 para assegurar o direito líquido e certo da utilização do seu crédito fiscal de ICMS de 12% nas aquisições interestaduais e o direito de não ser autuada por esse motivo. Não bastasse a ordem judicial sob comento, cumpre registrar que a Notificada vem efetuando mensalmente depósitos judiciais, nos autos do referido Mandado de Segurança, correspondentes à diferença de imposto que seria apurado caso fosse considerado o crédito de 7%, como entende o fisco estadual, de modo que a notificação fiscal jamais poderia ter sido lavrada. O depósito do montante integral, assim como a medida liminar concedida configuram causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art.151, II e IV, do CTN.

Observa que ao lavrar a Notificação Fiscal só reconhecendo o crédito fiscal de 7%, considerando as regras do Convênio ICMS 89/05, o Agente de Tributos equivocou-se dando uma interpretação totalmente distinta. A cláusula Primeira do Convênio 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 o Convênio estabelece uma norma que repercute na carga tributária a ser suportada. Além disso, a redução da base de cálculo em questão ocorre na saída e não na entrada da mercadoria, nesse caso a Defendente não foi notificada por vender para outros Estados, mas sim por comprar de outros Estados. E, na entrada de mercadorias no Estado da Bahia, não há que se notificar o adquirente com base no Convênio n. 89/05, pois este nada diz acerca da entrada.

Lembra que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a não cumulatividade é uma mera técnica de tributação que consiste na compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou Distrito Federal.

Diz que o regime de substituição tributária caracteriza-se pelo fato do contribuinte substituto responsabilizar-se, antecipadamente, pelo cálculo e pagamento do montante do tributo da operação própria e das sucessivas, desobrigando os contribuintes subsequentes do seu recolhimento. Através do regime de substituição tributária, o tributo devido em cada operação é apurado de forma individualizada, operação a operação, seguindo rigorosamente o sistema compensatório entre débito e crédito. Constata-se, então, que não há qualquer afronta ao princípio da não cumulatividade, posto que o cálculo do ICMS Substituição Tributária prevê o abatimento do ICMS normal. A não cumulatividade é uma garantia constitucional, se o Estado reduz o crédito de 12% para 7% torna o ICMS cumulativo em 5%, obrigando o contribuinte a repassar este custo para o preço final, por se tratar de imposto indireto onerando o consumidor e comprometendo a competitividade da empresa, não foi essa a intenção do legislador.

Ante o exposto, requer seja declarada a nulidade da notificação, haja vista as inconsistências da infração descrita. Caso assim não entenda, requer seja cancelada a notificação, posto que desobedece à ordem judicial exarada nos autos do Mandado de Segurança, que impede o Fisco Estadual de notificar/autuar a Impugnante pelo motivo objeto da Notificação, além de restar suspensa a exigibilidade de sua pretensão, em função do depósito judicial efetuado pela Notificada no aludido processo.

Restando ultrapassada a questão prejudicial, requer adentre-se no mérito, para julgar totalmente improcedente a Notificação Fiscal ora combatida, eis que restou comprovado o recolhimento de todo o ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada da mercadoria no território deste

Estado.

Protesta, outrossim, por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a realização de diligência, juntada posterior de documentos, e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se provar a veracidade de tudo o que foi alegado, a fim de que fique, completamente, provada a improcedência da presente Notificação.

Requer especial atenção para que seja a Impugnante intimada a responder ou se manifestar sobre todas as diligências e manifestações nestes autos, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Não consta Informação Fiscal no processo.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado com o objetivo de cobrar o ICMS da antecipação Parcial das mercadorias constante no DANFE 380774, no valor histórico de R\$ 15.132,02, e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

O notificante em sua peça, acusa a Notificada tipificando-a na infração de falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de antecipação parcial, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal, e para tal se alicerça do enquadramento da: Alínea “b” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c Art. 12-A, inciso III do art.23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96, o qual se endereça às mercadorias enquadradas no regime de antecipação parcial, e na condição da Autuada de ser contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito ou sem destinatário certo, nestes casos seja qual for a mercadoria, na alínea “b”.

Na “Descrição dos Fatos” o Notificante estabelece que o presente lançamento se refere a falta de recolhimento da antecipação do ICMS sobre a aquisição de produtos resultantes do abate de animais por contribuinte não detentor do benefício de regime especial para postergar prazo de recolhimento até o mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e e vinculado ao DANFE, conforme art. 332, parágrafo 2º do RICMS/BA.

No entanto, a planilha de cálculo do ICMS anexado ao processo (fl.3), aplica os procedimentos inerentes ao cálculo do ICMS-ST com a inclusão do MVA da mercadoria.

É sabido que os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando o produto constante na Nota Fiscal (Filé de peito cong. NCM 02071400) com este Anexo vigente para o ano de 2021, tem-se que esse produto consta nesta relação, portanto, está apto para o regime da Substituição Tributária e não deve ser cobrado o ICMS da Antecipação Parcial.

O presente Conselho da Fazenda Estadual (CONSEF) tem estabelecido no seu conteúdo jurídico direcionador, em seus precedentes, sendo predominante e pacífica o entendimento exarado na Súmula CONSEF de nº 01 de que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

SÚMULA CONSEF Nº 01 ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO, CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Nesse caso específico, embora o Notificante tenha tipificado a infração como falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Parcial, a planilha foi elaborada como se fosse cobrar a

Antecipação Tributária Total, com o implemento do MVA.

Observe, portanto, que a capitulação legal constante da infração não é condizente com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta no campo do “Enquadramento”, ferindo o princípio da legalidade e devido processo legal causando insegurança jurídica para a determinação da infração, portanto passível de nulidade conforme previsto no art.18. IV, “a” do RPAF/99:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

No entanto, tendo em vista o artigo 155, parágrafo único do RPAF/99, onde a decisão do mérito é favorável ao contribuinte, considerando que a mercadoria objeto da autuação não se sujeita a antecipação tributária parcial, supera-se a nulidade e voto pela improcedência:

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Julgo, portanto, a Notificação Fiscal IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **232188.0182/21-3**, lavrada contra **TMC DISTRIBUIDOR E ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA