

PROCESSO - A. I. Nº 217688.0027/14-0
RECORRENTE - DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA. ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0183-2ª/14
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 01.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0359-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária (produtos resultantes do abate de gado suíno) a obrigação do recolhimento do imposto é devida na entrada do território baiano. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Consta dos autos Recurso Voluntário interposto em face do acórdão epígrafado que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 11/03/2014 para exigir ICMS de R\$13.462,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, sob a acusação fiscal de “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou ausência de regime especial deferido”.

A descrição fática ali constante apresenta o seguinte teor:

O contribuinte acima qualificado, deixou de efetuar voluntariamente o pagamento do ICMS referente à aquisição interestadual de mercadorias (produtos resultantes do abate de gado suíno), sujeitas à antecipação tributária por força do Decreto nº 14.812/13, que alterou o artigo 332, § 2º do RICMS/BA, oriundas do Estado de Minas Gerais e destinadas à comercialização no Estado da Bahia, como se infere dos DANFES nºs 207365 e 207366, emitidos em 09/03/2014, colacionadas. OBS.: AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO COM FUNDAMENTO NO TOF Nº 217688.0027/14-0.

O autuado defendeu-se às fls. 40 a 49, constando às fls. 74 a 76 a informação fiscal prestada pelo autuante.

Adiante, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu o contencioso com base no voto condutor proferido nestes termos :

“O Auto de Infração foi lavrado na fiscalização de trânsito de mercadorias e exige o ICMS de R\$ 13.462,54, em virtude de o adquirente, ora autuado, ter deixado de efetuar voluntariamente o pagamento do ICMS referente à aquisição em Minas Gerais de toucinho, produto resultante do abate de gado suíno, sujeito à antecipação tributária por força do Decreto nº 14.812/13, que alterou o art. 332, § 2º, do RICMS/BA, conforme DANFE nº 207365 e 207366, Termo de Ocorrência e demais documentos às fls. 8 a 37 dos autos.

Inicialmente, há de se registrar que tanto o Termo de Apreensão quanto o Termo de Ocorrência Fiscal são instrumentos próprios ao caso concreto, pois, conforme previsto no art. 28, incisos IV e IV-A, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso, dentre outros, Termo de Apreensão para documentar a apreensão de mercadorias, bens ou documentos que constituam prova material de infração, ou Termo de Ocorrência Fiscal para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos.

No caso em análise, em que pese constar à fl. 8 dos autos o título “TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL”, na verdade trata-se de TERMO DE APREENSÃO, pois se encontra em distoância com o conteúdo do texto que consigna “... tais mercadorias foram apreendidas, juntamente com os documentos fiscais citados, como prova

material da infração nos termos do RICMS/BA.”, como também com o Termo de Liberação, à fl. 19 dos autos.

Contudo, em tal fato não vislumbro existir qualquer prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, o qual foi plenamente exercido pelo sujeito passivo, inclusive adentrando ao mérito e apresentado documento de arrecadação, numa prova irrefutável do entendimento da acusação fiscal, cujo teor no “Termo de Ocorrência Fiscal” é idêntico ao consignado no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração. Também, por existir previsão legal no RPAF para a aplicação dos citados Termos, deixo de acolher a nulidade do Termo de Ocorrência arguida pelo defendente.

No mérito, o autuado alega que as mercadorias descritas, nas notas fiscais nº 207365 e 207366, como toucinho barriga e toucinho comum, foram consideradas de uma única espécie, qual seja toucinho comum, cujo valor determinado na Instrução Normativa nº 43/12 é de R\$ 10,90, ou seja, o fiscal ignorou a Instrução Normativa nº 28/13, onde consta o “toucinho barriga”, no valor de R\$4,00 para uniformizá-los. Esclarece que são produtos diferentes, inclusive, com códigos distintos 015019 e 015020, não podendo a fiscalização considerá-los iguais. Observa que, por essa falsa percepção, o autuante glosou a diferença entre o devidamente pago e o valor constante da IN nº 43/12, cujo item especificado restringe-se à Toucinho Comum, alcançando o valor de R\$15.885,81.

Contudo, razão descabe ao defendente, visto que se trata de único produto, no caso “toucinho”, sob NCM/SH 0203.22.00. Registre-se que a identificação de um determinado produto ocorre da conjunção da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e da descrição do nome do produto.

Portanto, por consignar nos DANFE “Toucinho Comum” e “Toucinho Barriga”, ambos os produtos são espécies do gênero “toucinho”, cabendo-lhes a aplicação da IN 43/2012, ou seja, o valor de R\$10,90 por kg de “TOUCINHO” (fl. 77) e não a aplicação do valor relativo à “barriga”, que é diferente de “toucinho barriga”, como equivocadamente alega o autuado que consta da IN 28/13 (fl. 60).

Também não tem pertinência a alegação do autuado de que o autuante glosou a diferença entre o devidamente pago e o valor constante da IN nº 43/12.

Na verdade, o valor de R\$ 4.108,17, relativo ao DANFE nº 207366 (fls. 21/22), foi recolhido em 11/03/2014, às 19 h, 40 m e 26 s. Já o valor de R\$ 807,04, referente ao DANFE nº 207365 (fls. 26/27), foi recolhido em 11/03/2014, às 20 h, 10 m e 25 s., como comprovado às fls. 79 e 80 dos autos. Por sua vez, a ação fiscal iniciou-se em 11/03/2014, às 15 h e 56 m, como provado à fl. 8 dos autos. Tal fato é corroborado na descrição dos fatos constante do “Termo de Ocorrência Fiscal”, no qual consta que o contribuinte “deixou de efetuar voluntariamente o pagamento do ICMS referente...”, assertiva esta subscrita pelo detentor das mercadorias, consoante documento à fl. 8 dos autos.

Logo, tais recolhimentos ocorreram após o início da ação fiscal, inexistindo a espontaneidade do contribuinte, devendo ser considerados para efeito de homologação e dedução do débito tributário existente no Auto de Infração.

Assim, restou comprovada a infração, nos termos vigentes do art. 332, § 2º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, o qual determina que:

§ 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:

Nota: A redação atual do § 2º do art. 332 foi dada 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 a partir de 01/01/14.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos após o início da ação fiscal.

Em oposição à Decisão “a quo”, o sujeito passivo recorre nestes termos :

- 1- Faz menção à sua atividade empresarial que diz ser voltada exclusivamente para a produção e comercialização de gêneros alimentícios – conforme se infere da análise de seu Contrato Social;
- 2- Alega que a apreensão de suas mercadorias, de maneira arbitrária, o foi sob a justificativa de que estaria deixando de promover voluntariamente o pagamento do ICMS referente à aquisição interestadual de mercadorias (produtos resultantes do abate de gado suíno), sujeitas à antecipação tributária por força do Decreto nº 14.812/13 , que alterou o art. 332, §2 do RICMS/BA;
- 3- Elucida que lhe foi imputada a falta de recolhimento do imposto por antecipação, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento;

- 4- Expõe que os atos administrativos fiscais que não atendem os princípios basilares do Estado Democrático de Direito se configuram abuso de poder, sendo passível de correção pelo Poder Judiciário, que pode declará-los nulos.
- 5- Invoca nulidade baseado na melhor doutrina e jurisprudência, como diz que foi demonstrado à 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que apesar disto proferiu acórdão pela procedência do malsinado Auto de Infração.
- 6- Diz que a nulidade consiste em vício insanável em sua constituição. Cita o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88, e aborda o princípio do contraditório e da ampla Defesa;
- 7- Assevera que a essência da autuação tem que indicar sucintamente a origem e natureza do crédito tributário, o enquadramento e a descrição completa dos fatos para viabilizar que o sujeito passivo conheça plenamente a imputação fiscal;
- 8- Alega que o Fisco descreveu a infração como não tendo sido efetuado o recolhimento do imposto por antecipação, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, enquadrando no art.332,§ 2º, do RICMS-BA;
- 9- Entende que não houve a descrição exata do fato, por ter constado no AI apenas que *“não efetuou o recolhimento do ICMS correspondente a aquisição interestadual de produtos resultantes do abate de gado suíno, sujeitas à antecipação tributária.”*
- 10-Pondera que, considerando que procedeu ao pagamento do ICMS devido conforme a regra de antecipação parcial, e que junta o DAE correspondente, a ensejar a conclusão de que não houve violação alguma à legislação tributária.
- 11-Supõe, como pontua, que o Agente Fiscal referia-se justamente a um fictício recolhimento a menor do ICMS, através da utilização de valores retirados da pauta fiscal, com base na planilha da Base de Cálculo e do ICMS, e em razão do Termo de Ocorrência não ter sido claro o suficiente, motivo pelo qual alega que sua defesa foi prejudicada;
- 12-Sucessivamente, destaca que há uma série de equívocos incorridos pelo autuante, eis que as mercadorias descritas nas Notas Fiscais nºs 207365 e 207366, como toucinho barriga e toucinho comum, foram consideradas como uma única espécie, qual seja toucinho comum, cujo valor determinado na Instrução Normativa nº 43/12 é de R\$ 10.90, tendo sido ignorada a Instrução Normativa nº 28/13, onde consta o toucinho barriga, no valor de R\$ 4,00. Afirma que são produtos diferentes, inclusive, com códigos distintos 015019 e 015020, motivo pelo qual a fiscalização considerá-los iguais;
- 13-Enfatiza que, devido a essa falsa percepção, o preposto fiscal glosou a diferença entre o que foi devidamente pago e o valor constante da Instrução Normativa nº 43/12, cujo item especificado restringe-se à Toucinho Comum, alcançando o valor de R\$ 15.885,81 (quinze mil oitocentos e oitenta e cinco reais e oitenta e um centavos) como sendo o débito;
- 14-Arremata que, mesmo que demonstrada similitude das mercadorias, o dispositivo legal incongruente aplicado - art. 332, §2 do RICMS/BA - que reproduziu -, diz que corresponde ao regime de diferimento no qual há procrastinação do lançamento e do recolhimento do imposto para momento posterior, o que não se trata de violação de qualquer espécie à norma tributária;
- 15-Cita Decisão da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais;
- 16-Insiste na alegação de falta de clareza do Auto de Infração cujo teor considera insuficiente para demonstrar a ausência de recolhimento do ICMS, na sistemática de Antecipação Tributária. Junta o DAE correlato;
- 17-Prossegue arguindo e degredando acerca do princípio da não-cumulatividade lastreado no art.155, parágrafo 2º, da CF que transcreve . Cita doutrina de Vittorio Cassone;
- 18-Entende que o caráter não-cumulativo do ICMS proporciona a observância dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da livre iniciativa, vez que impõe ao legislador infraconstitucional a instituição de imposto uniforme e compatível com a capacidade

econômica de todos os que se encontrem na mesma situação, o que concretiza-se com a compensação entre créditos apurados, tendo-se em vista o imposto devido na operação anterior, e débitos, apurados tendo-se em consideração o ICMS devido na operação atual;

- 19-Cita doutrina de Roque Antonio Carrazza e afirma que o direito ao crédito é uma garantia constitucional, com eficácia plena, isto é, não depende de regulamentação pelo legislador infraconstitucional;
- 20- Pontua que o Decreto nº 14.213/12 não reconhece o direito integral do crédito fiscal (12%) das remessas interestaduais das mercadorias procedentes do Estado do Espírito Santo, que afirma ser inconstitucional, por afrontar uma diretriz imperativa.
- 21- Alude ao art. 28, IV-A, do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto Nº 7.629 De 09 De Julho De 1999), e afirma que só é possível a lavratura do termo de ocorrência fiscal, em caso de desnecessidade de apreensão, e que a lavratura do Termo não obedeceu as formalidades exigidas pelo regulamento tendo em vista, a apreensão das mercadorias, conforme termo de apreensão (doc.08) ;
- 22-Considera que o Termo de Ocorrência Fiscal é nulo de pleno direito sem aptidão para produzir seus legais efeitos.
- 23-Requer, por derradeiro: a NULIDADE do Termo de Ocorrência nº 2176880027/14-0 e, sucessivamente, a improcedência do AI, citando a súmula 323 do STF; pedeo arquivamento do AI e a produção dos meios legais probantes.

A PGE/PROFIS, em face do valor controvertido estar abaixo do piso mínimo legal, não foi instada a proferir Parecer.

VOTO

O contribuinte provoca esta CJF para o reexame da matéria arguindo, inclusive, preliminar de nulidade. Opõe-se, assim, ao julgamento pela instância de base que por unanimidade deliberou pela procedência do Auto de Infração, que lhe exige ICMS pela aquisição de produto - abate de gado suíno – oriundo do Estado de Minas Gerais, pela falta de recolhimento do imposto por antecipação,

A JJF, por seu turno, como se infere do relato supra, enfrentou com percuciência e amplitude todos os pontos controvertidos, esposando fundamentos rejeitar a nulidade arguida e justificar a procedência da autuação.

Compulsado o PAF, de início, não vislumbro a configuração de nulidade por considerar que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa foram preservados na íntegra, pois do AI bem se infere a origem e natureza do crédito tributário, o seu enquadramento, bem como descrição completa dos fatos, tanto que foi apresentada impugnação com plena ciência do que está sendo imputado.

E como pontuaram os julgadores “*a quo*”, que, muito embora à fl. 8 conste documento denominado como sendo um “TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL”, este consiste em um TERMO DE APREENSÃO, sendo aquele para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão, e este quando para apreensão de mercadorias, o que se sucedeu no caso presente, tendo os produtos sido liberados mediante o Termo de Liberação de fl. 19. Inexiste portanto, vício que inquene o AI. Sem razão o Recorrente.

Por outro lado, rejeito, também, a alegação de que foram maculados os princípios da não-cumulatividade, da capacidade contributiva e o da livre iniciativa até porque foram alegados genericamente.

No mérito, melhor sorte não lhe reserva. A discussão se trava se o produto se trata de toucinho barriga ou de toucinho comum, e se deve ou não ser considerado como de uma única espécie - qual seja toucinho comum – e assim for que seu valor corresponda àquele baseado na Instrução Normativa nº 43/12, ou seja, de R\$ 10,90, e não naquele constante da Instrução Normativa nº 28/13 (que trata de barriga), que é de R\$4,00.

Indaga-se, então, se é devida essa diferença. Como acertadamente foi esposado pelo i. Relator da instância de origem, se trata de único produto do gênero o “toucinho”, tanto o toucinho barriga como o comum, enquadrados na NCM/SH 0203.22.00, tendo, por consequência, o autuante agido corretamente ao aplicar o valor constante da Instrução Normativa nº 43/2012 – de R\$10,90 por kg de toucinho e não aquele previsto na Instrução Normativa nº 28/13, havendo, destarte, a diferença apontada no AI em tela.

Depreende-se que, sucessivamente, alegou o recorrente, se demonstrada similitude desses produtos, que se considerasse descabida a aplicação do art. 332, §2 do RICMS/BA por corresponder ao regime de diferimento, no qual há procrastinação do lançamento e do recolhimento do imposto para momento posterior, o que não se trata de violação de qualquer espécie à norma tributária.

Como visto, primeiramente, cabe destacar não fruir o Recorrente de regime especial de diferimento, além do que os recolhimentos efetuados foram após o início da ação fiscal, o que obsta a espontaneidade, mas que devem ser homologados e deduzidos do montante exigido na autuação sob foco.

Com efeito, o art. 332, § 2º, do RICMS/BA, que abaixo reproduzo, dispõe que:

*§ 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.”*
(grifos não originais).

Da leitura desse dispositivo legal não subsiste dúvida que ao adquirir o produto oriundo do abate de gado suíno, remetido de Minas Gerais para contribuinte estabelecido neste Estado, caberia ao sujeito passivo ter efetuado o recolhimento do ICMS, por antecipação na entrada do produto, o que, todavia, não ocorreu e ensejou a lavratura do AI, que não apresenta vício que o inquene, sendo procedente.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo, contudo, serem considerados, dedutivamente, os pagamentos realizados nos valores de R\$807,04 e R\$4.108,17, sob o código de receita 1145-ICMS antecipação tributária, ocorridas em 11/03/2014, fls. 79 e 80, por si referirem aos DANFes nºs 207365 e 207366 objeto da autuação..

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217688.0027/14-0**, lavrado contra **DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA. ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.462,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, considerando, dedutivamente, os valores já recolhidos na forma mencionada no voto.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2014.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS