

A. I. Nº - 217688.0027/14-0
AUTUADO - DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA ME
AUTUANTE - PAULO ROBERTO BRANDÃO ARGOLO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 24.09.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-02/14

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/03/2014, exige 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*”.

Consta, ainda, o seguinte texto no campo “Descrição dos Fatos”:

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.

Em sua defesa, às fls. 40 a 49 dos autos, o sujeito passivo aduz que a acusação se pauta na premissa de que o autuado cometeu a infração por não ter efetuado o recolhimento do imposto por antecipação, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme art. 332, § 2º, do RICMS/BA, do que diz que demonstrará a ilegalidade do procedimento fiscalizatório.

Salienta que, no presente caso, nos termos do art. 28, IV-A, do RPAF/BA, se torna incongruente a utilização do instrumento denominado Termo de Ocorrência Fiscal quando a própria autoridade fiscal promove a apreensão de mercadorias em trânsito, em flagrante afronta as normas que regulam o processo administrativo fiscal no Estado da Bahia.

Tece considerações sobre os princípios da verdade material e da inquisitorialidade para, em seguida, destacar a nulidade do Termo de Ocorrência Fiscal, devido à existência de vício insanável em sua constituição, tendo em vista que o autuante nem descreve com exatidão o fato típico nem demonstra o seu correto enquadramento legal, prejudicando o direito do contraditório e da ampla defesa. Sustenta que o sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do Auto de Infração, pois a descrição exata do fato típico e seu correto enquadramento legal é condição *sine qua non* para a validade do ato.

Em relação à descrição exata do fato, o defendente diz que o agente fiscal se limita a declarar que o impugnante *não efetuou o recolhimento do ICMS correspondente a aquisição interestadual de produtos resultantes do abate de gado suíno, sujeitas à antecipação tributária*. Contudo, aduz o contribuinte que realizou o pagamento do ICMS devido, respeitando à regra de antecipação parcial, conforme DAE (fls. 63/64), logo, não há qualquer tipo de violação neste aspecto. Defende que, face à contradição presente no termo, pressupõe que o que o autuante referia-se era justamente a um fictício recolhimento a menor do ICMS, através da utilização de valores retirados da pauta fiscal.

Reitera que este seu entendimento trata-se de mera suposição, em razão do termo não ter sido claro o suficiente o que evidentemente impossibilita a defesa.

Assim, ultrapassada esta questão, aduz o autuado verificar uma série de equívocos na fiscalização vez 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.

Por fim, pede que:

1. Seja decretada a NULIDADE do Termo de Ocorrência, em face da falta de clareza em relação à descrição da infração e ao enquadramento legal, com base no princípio constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório bem como inobservância das formalidades previstas no RPAF;
2. Seja o Termo de Ocorrência julgado improcedente ou insubsistente, visto 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;
3. Seja ainda determinado o arquivamento do presente Auto de Infração dando-se baixa no respectivo Processo Administrativo, após todas as formalidades legais necessárias;
4. Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 74 a 76, inicialmente aduz que o Auto de Infração foi lavrado em virtude da aquisição de mercadoria para comercialização, e, operação interestadual, de mercadoria enquadrada no regime de antecipação tributária sem o recolhimento do ICMS.

Em seguida, destaca que a alegação da inobservância da exigência contida no art. 28 do RPAF cai por terra com a simples verificação do Termo de Ocorrência Fiscal acostado às fls. 8 e 9, onde se verifica que jamais houve ofensa ao dispositivo legal apontado.

Com relação à alegação de cerceamento de defesa, sustenta o preposto fiscal que também não deve prevalecer tendo em vista que a descrição dos fatos é bastante clara, não deixando dúvidas acerca do motivo ensejador da exigência fiscal com sua simples leitura para perceber que se trata de exigência de antecipação tributária incidente sobre a aquisição de produtos comestíveis resultantes do abate de gado suíno, como determina o art. 332, § 2º, do RICMS, alterado pelo Decreto nº 14.812/13, determinando que o recolhimento do ICMS seja feito antes da entrada da mercadoria no território baiano, o que não ocorreu no presente caso. Assim, o autuante enfatiza que a descrição dos fatos, bem como a legislação apontada, corroborada com todas as peças que compõem o presente PAF, não deixa qualquer dúvida que é este o imposto que está sendo exigido.

O preposto fiscal salienta que a “confusão” do defendente se dá pelo motivo de que, às fls. 46, quando cita o disposto no art. 332 do RICMS, ele o faz de uma legislação desatualizada, que vigorou até 14/11/2013, sendo posteriormente modificada pelas alterações 19 e 20 do RICMS. Assim, caso o defendente tenha se equivocado, não foi por algum tipo de falha ou omissão na lavratura do Auto de Infração, mas sim por uma desatualização da sua informação acerca da legislação que rege a sua atividade.

O autuante diz que as mercadorias estão sujeitas à antecipação tributária total e não parcial, como equivocadamente crê a defendente, não tendo um eventual pagamento do ICMS sem encerramento da fase de tributação o condão de afastar a exigência tributária contida no Auto de Infração.

Ressalta que a ação fiscal se iniciou em 11/03/2014 às 15h e 56 min, conforme fl. 8, sendo o recolhimento dos valores informados na peça de defesa processados às 19:40 e 20:10 horas do mesmo dia, ou seja, após a ação fiscal.

Quanto à alegação de que a aplicação da pauta de toucinho na adoção da base de cálculo seria o valor referente à “barriga” constante da Instrução Normativa nº 28/13, o autuante diz que a pretensão é obstada pela Instrução Normativa nº 43/12, que descreve a perfeição das mercadorias contidas no DANFE, qual seja, “toucinho”, não havendo qualquer erro na adoção da base de cálculo, visto que barriga e toucinho de barriga são mercadorias distintas, devendo se aplicar ao caso concreto a pauta que determina o produto, no caso, toucinho, e não a que parte do suíno foi utilizada na sua produção, barriga, já que a Instrução Normativa nº 43/12 não faz esse tipo de distinção. Concluiu que não houve qualquer erro na adoção da pauta fiscal constante na IN 43/12 para se aferir a base de cálculo. Pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

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 destoância 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217688.0027/14-0**, lavrado contra **DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.462,54**, acrescido da multa de 60%

prevista no artigo 42, incisos II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos, após o início da ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR