

A. I. Nº - 441452.0422/14-4
AUTUADA - DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA. - ME
AUTUANTE - TATIANA SIMÕES MIDDLEJ SILVA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 11.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-05/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ENTRADA DOS PRODUTOS NO TERRITÓRIO BAIANO. Trânsito de mercadorias. Aquisições de toucinho barriga e comum. Correção parcial da base de cálculo do imposto. Pauta fiscal e valor da operação acrescido de MVA (margem e valor agregado). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, em 08/04/2014, no qual se exige ICMS, no valor de R\$14.020,74, acrescido de multa de 60%, com a seguinte imputação:

“Falta de recolhimento de ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme 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.”

O contribuinte ingressou com defesa administrativa em 15/07/2014, subscrita por advogado, após ter sido regularmente intimado.

Ao expor os fatos, discorreu a defesa que a Empresa/Impugnante possui sua atividade empresarial voltada exclusivamente para a produção e comercialização de gêneros alimentícios – conforme se infere da análise de Contrato Social (**Doc. 01 – fl. 35 a 44**).

Na consecução de seu objeto social, a empresa se deparou com autuação, sob a justificativa de que estaria deixando de promover *o 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 do regime especial deferido*.

Esclareceu que tal conduta da fiscalização fazendária se pauta na premissa de que cometia 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.

Que ao realizar o cálculo do Imposto (ICMS) incidente na operação, o Agente Tributário utilizou-se de uma base de cálculo muito superior a qual deveria. Logo, a defesa administrativa visou buscar demonstrar o equívoco cometido pela Autoridade Fazendária.

Ao tratar dos fundamentos jurídicos da impugnação, passou a discorrer acerca do princípio da verdade material, que encontra albergue na redação do art. 2º, *in fine*, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, bem como no art. 2º do RPAF, aprovado pelo Decreto de nº 7.529/99.

Ressaltou que esse princípio predomina no processo administrativo fiscal, no sentido de que, nele, busca-se descobrir se realmente ocorreu ou não, o fato gerador do tributo. Para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Este Conselho de Fazenda, diga-se de passagem, por meio dos membros que compõem suas Juntas e Câmaras, tem mostrado o (bom) hábito de converter processos em diligência (ou perícia) fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito.

Na busca da verdade material, destacou que se tem como regra basilar, o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco. A ele cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressa da norma legal nesse sentido.

Passou em seguida a tratar da base de cálculo do Auto de Infração, no valor de R\$98.299,25 (noventa e oito mil duzentos e noventa e nove reais e vinte e cinco centavos), montante este superior ao que se deveria, o que ocasionou um débito de ICMS no montante R\$16.710,87 (dezesseis mil setecentos e dez reais e oitenta e sete centavos), fora a multa.

Observou, contudo, que existe Contudo um flagrante equívoco na mensuração da referida base cálculo. De acordo com a nota fiscal que acompanhou a mercadoria, o valor devido a título de ICMS corresponderia ao valor de R\$2.690,13 (dois mil, seiscentos e noventa reais e treze centavos), referente a uma base de cálculo de R\$38.430,39 (trinta e oito mil, quatrocentos e trinta reais e trinta e nove centavos), a qual deveria ser utilizada na confecção do Auto de Infração. Com esse aumento da base de cálculo o valor do tributo devido foi exasperado de maneira absurda.

Pontuou que o valor atribuído, pelo agente tributário, ao Kg do Toucinho não corresponde aos valores praticados no mercado, conforme nota fiscal anexa (**Doc. 03 – fl. 50**), nem ao valor estipulado na pauta fiscal.

Registrou que na nota fiscal em comento, a operação foi realizada com dois tipos de Toucinho, os quais possuem valores distintos. O toucinho de barriga suína congelada foi comercializado no valor de R\$6,70 (seis reais e setenta centavos) por Kg, enquanto que o toucinho comum suíno congelado teve um custo de R\$2,40 (dois reais e quarenta centavos) por Kg.

Assim, as mercadorias descritas, na nota fiscal nº 211.288, como toucinho barriga e toucinho comum, foram consideradas como se tratasse de uma única espécie, qual seja, toucinho comum, cujo valor determinado na Instrução Normativa nº 43/12 é de R\$10,90 (dez reais e noventa centavos). Ou seja, o agente fiscal teria ignorado que na própria Instrução Normativa consta o toucinho barriga, no valor de R\$4,50 (quatro reais e cinquenta centavos) para uniformizá-los.

Esclareceu, por fim, que são produtos diferentes, inclusive, com códigos distintos nºs 015019 e 015020, não podendo a fiscalização considerá-los iguais, conforme **Doc. 05 e 06 - fls. 47 a 49**).

Ao concluir a peça impugnatória formulou os seguintes pedidos:

1. Seja o Auto de Infração nº 441452.0422/14-4 reformado, de maneira que demonstre o real valor a ser pago a título de imposto (ICMS), utilizando-se como base de cálculo do imposto e da multa o valor efetivamente pago pela mercadoria, conforme descritas na Nota Fiscal nº 211.288, quer seja R\$38.430,39 (trinta e oito mil, quatrocentos e trinta reais e trinta e nove centavos), em consonância com o princípio da verdade material.
2. Caso ultrapassado o pedido anterior, requer que a base de cálculo seja reformada de acordo com a pauta fiscal vigente, no entanto, levando-se em consideração que se trata de produtos específicos, quer seja toucinho barriga e toucinho comum, cujos valores de pauta são distintos e que na presente autuação foram consideradas como se fossem de uma única espécie, qual seja toucinho comum, cujo valor determinado na Instrução Normativa nº 43/12 é de R\$10,90, enquanto que o toucinho barriga é de R\$4,50;
3. Requereu, 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.

Impugnando o auto, a autuada não contesta o motivo da autuação, se limitando a peça defensiva a questionar o valor adotado como base de cálculo.

Não se sustentam as alegações defensivas.

Foi prestada a informação fiscal às fls. 53 a 56 do PAF. Foi ressaltado nesta peça que o motivo para a lavratura do Auto de Infração foi a aquisição de mercadorias para comercialização por contribuinte descredenciado, sem o recolhimento prévio do ICMS devido por antecipação tributária, que no presente caso, se transmuda para antecipação total em virtude da mercadoria adquirida.

Aduziu que o Dec. 14.812/13 alterou o art. 332 § 2º do RICMS que regula a sistemática de recolhimento do ICMS para produtos comestíveis resultantes do abate de gado suíno, determinando que este seja feito antes da entrada da mercadoria no território baiano. Transcreveu na peça informativa a citada norma:

Assim, ao adquirir mercadorias alcançadas pela legislação novel, surge para o contribuinte a obrigação de efetuar o recolhimento do ICMS devido antes da entrada da mercadoria no estado da Bahia, independentemente de estar com a sua inscrição descredenciada, obrigação não cumprida pela autuada, dando azo à lavratura e procedência do presente auto de infração.

Fez observar mais a frente que a defesa não contestou o cometimento da infração nem a obrigação do recolhimento do ICMS devido, se opondo, tão somente, com a composição da base de cálculo, através da aplicação da pauta fiscal de toucinho.

Transcreveu a disposição da Lei nº 7.014/96, em seu art. 19 §3º, com o seguinte conteúdo:

Art. 19. ...

§ 3º A pauta será fixada mediante ato do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda.

Que o mesmo diploma, em seu art. 23 § 6º especifica a seguinte regra:

Art. 23. *Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:*

§ 6º Nas situações de que cuida o § 4º do art. 8º, a base de cálculo do imposto a ser pago por antecipação será determinada:

I - de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documento fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver;

II - ...

III - revogado

Em decorrência dos dispositivos retro mencionados, dispôs o RICMS, em seu art. 490-B, o seguinte comando:

Art. 490-B. *A média ponderada de preços praticados no mercado, fixada em pauta fiscal específica deverá ser utilizada como base de cálculo da substituição ou antecipação tributária:*

I – nas hipóteses previstas no § 11 do art. 289 deste regulamento;

II - quando o seu valor for superior ao obtido pelo somatório do valor da operação própria realizada pelo substituto tributário adicionado do valor do seguro, frete, IPI, outros encargos transferíveis ao destinatário e da margem de valor adicionado relativa às operações subsequentes, conforme estabelecido no § 6º do art. 23 da Lei 7.014/96.

Disse ser essa a regra legal a ser aplicada à matéria posta em discussão nestes Autos.

Afirmou, em seguida, ser equivocada a alegação da defesa de que seria aplicável o valor referente a “barriga” constante da Instrução Normativa nº 28/13. A pretensão é obstada pela Instrução Normativa nº 43/12, que descreve à perfeição as mercadorias descritas no DANFE, qual seja, “toucinho”, não havendo qualquer erro na adoção da base de cálculo.

Declarou ser evidente 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 Instrução Normativa nº 43/12 não faz esse tipo de distinção.

Para desfazer qualquer equívoco sobre o tema, observou que o próprio DANFE de fls. 13 estabelece a mesma NCM/SH (0203.22.00) para ambos os produtos, já que ambos são toucinhos, portanto, sujeitas à mesma pauta fiscal, no caso, de toucinho.

Finalizou a peça informativa pedindo pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em lide.

VOTO

A discussão posta neste Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias, versa sobre a base de cálculo utilizada pelo agente fiscal no lançamento de ofício.

Postula o contribuinte que prevaleça a base de cálculo correspondente ao valor da operação constante da nota fiscal ou que a base imponible seja alterada para a pauta fiscal vigente, levando-se em consideração que se tratam de produtos específicos, quer seja toucinho barriga e toucinho comum, cujos valores de pauta são distintos e que na presente autuação foram consideradas como se fossem de uma única espécie, qual seja toucinho comum, cujo valor determinado na Instrução Normativa nº 43/12 é de R\$10,90, enquanto que o toucinho barriga é de R\$4,50.

Observe, por sua vez, que o lançamento fiscal em exame trata de exigência de imposto por antecipação total (substituição tributária), com recolhimento do imposto exigível por ocasião da entrada das mercadorias no território baiano, fato não contestado pelo contribuinte.

No que pertine à base de cálculo observe que prevalece, para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, o valor da operação constante de documento fiscal, acrescido da margem de agregação (MVA), desde que o valor resultante não seja inferior a preço de pauta, se houver. É o que determina 23, § 6º, inc. I, da Lei nº 7.014/96.

No caso específico há que ser confrontado o valor da operação acrescido da MVA com o valor da pauta, fixada em Instrução Normativa, para se verificar qual o de maior grandeza, não prevalecendo, portanto, o primeiro pedido do contribuinte, para que seja adotado o valor da operação consignado no documento fiscal, com a desconsideração da pauta.

Quanto os produtos objeto da autuação, verifico que de fato, a Instrução Normativa nº 42/2012, especifica, em relação aos cortes de suínos, dois produtos: **barriga** e **toucinho**. Ambos os produtos são resultantes do abate do suíno, situação em que a interpretação, diante da dubiedade dos termos empregados na norma, deve ser aquela que considere se tratar de dois produtos distintos, assistindo, razão, neste caso, ao sujeito passivo.

Para o toucinho barriga a pauta foi fixada no valor de R\$4,50/kg e para o toucinho comum, no valor de R\$10,90/kg. Já o documento fiscal com acobertou a operação, correspondente à NFe/DANFE nº 211288, especifica que os valores, por kg, para o toucinho barriga e o toucinho comum, são, respectivamente, R\$6,70 e R\$2,40. Assim, considerando que a margem de valor agregado para os produtos, constante do Anexo I, do RICMS/12, é de 10%, nas operações internas, temos que:

- a) **toucinho barriga**: vl. da operação $R\$6,70 + 10\% = R\$7,37$. Pauta: R\$4,50. Prevalece o valor da operação acrescido de MVA;
- b) **toucinho comum**: vl. da operação $R\$2,40 + 10\% = R\$2,64$; Pauta: R\$10,90. Prevalece, para este produto, o valor da pauta fiscal.

Com isso, o demonstrativo de débito da infração, constante da fl. 8 do PAF, deve ser alterado da seguinte forma:

PRODUTOS	VL DA OPERAÇÃO	PAUTA	QUANTIDADE KG	B. DE CÁLCULO	ICMS (17%)
Toucinho Barriga	6,70	4,50	3.903,84	26.155,73	4.446,47
Toucinho Comum	2,40	10,90	5.114,44	55.747,40	9.477,06

Assim, o valor de débito do ICMS totalizou a cifra de R\$13.923,53, que com a dedução do crédito destacado no documento fiscal, de R\$2.690,13, resulta no imposto a recolher no montante de R\$11.233,40.

Considero, portanto, ser desnecessária a realização de diligência no feito para sanar as correções de quantificação da exigência fiscal, considerando que a metodologia de cálculo e os valores são expressamente definidos na legislação.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **441452.0422/14-4**, lavrado contra **DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.233,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR