

PROCESSO	- A. I. Nº 441452.0422/14-4
RECORRENTE	- DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA. (DISCARNE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS) - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 008-05/14
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 06/02/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-12/15

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). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo objetivando o reexame da Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/04/2011, exigindo o ICMS no valor histórico de R\$14.020,74, acrescido de multa de 60%, sob a acusação do cometimento da seguinte infração fiscal:

Infração: Falta de recolhimento de 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. Valor total do débito: R\$ 22.433,18.

Tempestivamente o autuado ingressou com defesa administrativa em 15/07/2014 informando 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. Isto por que, 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.

Ainda segundo o autuado, a divergência dos valores da base de cálculo decorreu em face de na nota fiscal em comento ter havido a comercialização de dois tipos de Toucinho, os quais possuem valores distintos de pauta e de mercado.

Concluída a instrução do feito, a 5ª JJF entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, mediante o Acórdão de fls. 60/64, nos seguintes termos:

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. O contribuinte postula que prevaleça a base de cálculo correspondente ao valor da operação constante na nota fiscal ou que a base imponível 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 o toucinho barriga é de R\$4,50.

Observo, 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, observo 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, inciso 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, pra que seja adotado o valor da operação consignado no documento fiscal, com a desconsideração da pauta.

Quanto aos 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 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 que 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, constantes no 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, 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	VALOR DA OPERAÇÃO	PAUTA	QUANTIDADE KG	BASE 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

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.”

Inconformado com a Decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, invocando, após breve apanhado dos fatos, as seguintes preliminares:

- 1) Obediência ao princípio da verdade material.

Segundo expõe, o art. 2º do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99 recomenda que na busca de descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador do tributo, deve o julgador mandar realizar diligências e perícias, ressaltando que na busca da verdade material, o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco.

- 2) Obediência ao princípio da inquisitoriedade.

Alega que as autoridades devem sempre atentar-se para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, no tocante a ir em busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias, bem como a resposta de quesitos feitos pelo sujeito passivo, que visem esclarecer os fatos conectados com o lançamento do crédito tributário.

- 3) Inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213/12.

Prossegue seu Recurso reproduzindo os fundamentos do art. 155, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, que alega ter sido ofendido no caso em tela, bem como atenta para a inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213/12, já que as alíquotas aplicáveis nas operações internas são fixadas pelos Governos Estaduais, tendo em vista a competência constitucional e seria, portanto, absolutamente defeso ao Poder Executivo do estado destinatário, por meio de simples decreto, desconsiderar unilateralmente a alíquota aplicada

no estado de origem e exigir, relativamente a certos produtos, nas operações interestaduais, o pagamento do valor quase que integral, quando do ingresso dos produtos em seu território. Argui, desta forma, que foi este o ocorrido no caso em análise, já que o estado remetente resolveu, dentro dos limites de suas competências constitucionais, reduzir a alíquota das operações interestaduais para determinadas empresas e mercadorias e por sua vez, o estado destinatário (Bahia), através de simples decreto, determinou a desconsideração da citada redução de alíquota, vedando assim o crédito fiscal e cobrando antecipação parcial da suposta diferença, além de alíquota interna. Cita nesta oportunidade, para embasar seus fundamentos, o julgado RMS 31714 MT 2010/0044507-3 da Segunda Turma do STJ, o qual teve como Relator o Ministro Castro Meira, julgado em 03/05/2011 e publicado no DJe no dia 19/09/2011.

4) Direito constitucional ao Crédito.

Destaca ainda, que a Carta Magna ao determinar que o ICMS seja não-cumulativo permite concluir que o direito a crédito não pode constituir mera faculdade conferida ao contribuinte, bem como não deve ficar ao talante do Poder Público, sendo uma garantia constitucional de eficácia plena.

5) Multa confiscatória no percentual de 60%.

O autuado argumenta que o percentual lançado revela-se abusivo e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade e aduz ainda, que no presente caso não houve o descumprimento da obrigação tributária, o que configuraria a cobrança de 60% do valor do tributo verdadeiro confisco ao patrimônio do mesmo, devendo, portanto, ser cancelada tendo em vista seu nítido caráter confiscatório.

Por fim, requer a declaração de nulidade da Decisão administrativa de primeira instância, retornando os autos à instância inferior para que sejam apreciadas as questões omitidas quando do julgamento, esgotando-se a busca pela verdade material, e caso entenda que não existem nos autos elementos suficientes ao reconhecimento de sua nulidade, que seja declarada a ilegalidade do lançamento tributário impugnado, determinando a imediata extinção do processo administrativo fiscal, e na hipótese de entender pela procedência do Auto de Infração, que seja desconsiderada a multa aplicada no percentual de 60% por revelar-se abusiva e violadora aos princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não houve qualquer alegação quanto ao mérito do lançamento realizado.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Limita-se o presente Recurso às alegações de diversas preliminares para ao final requerer a nulidade do Auto de Infração em comento.

Em referência à suscitada nulidade requerida, vejo que não assiste razão ao Recorrente, senão seja-se:

1) Obediência ao princípio da verdade material e da inquisitoriedade.

O Auto de Infração refere-se à cobrança do ICMS não recolhido por antecipação tributária, relacionado a uma única Nota Fiscal de n.º 211288, emitida em 06/04/2014, pelo Frigorífico Industrial Del Rey Ltda., localizado em Contagem/MG, em favor do recorrente.

Constam dos autos com clareza todos os elementos necessários à composição da base de cálculo do imposto exigido no lançamento fiscal. O Auto de Infração foi adequadamente instruído, sendo portanto, desnecessária a realização de cálculos e ou diligências adicionais.

2) Inconstitucionalidade do Decreto nº 14.213/12 e Direito constitucional ao crédito.

Parece-me que o Recorrente equivocou-se quando da elaboração de seu Recurso, incluindo alegações que em nada coincidem com a autuação em epígrafe.

O Decreto nº 14.213/2012, trata acerca da vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/75, MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NO PRESENTE PAF.

Registre-se que, em seu Recurso o autuado afirma que é inconstitucional o não reconhecimento do crédito oriundo do Espírito Santo, quando em realidade: 1) o ICMS destacado no documento fiscal foi devidamente considerado na apuração do imposto a recolher; 2) a mercadoria teve origem em Minas Gerais, com destino a Bahia, não existindo, portanto, qualquer relação com o Estado do Espírito Santo.

No que se refere à multa exigida, entendo que descabe a alegação de que a multa de 60% sobre o valor do ICMS é excessiva e abusiva, pois é a legalmente prevista para a infração apurada, não cabendo a este Conselho de Fazenda a declaração de sua inconstitucionalidade.

Nessa senda, considerando que o Recorrente não trouxe em sua peça recursal quaisquer argumentos de fato ou fundamentos de direito que já não tenham sido exaustivamente apreciados pela 5ª JJF, mantenho a Decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Ante ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a Decisão proferida pela 5ª JJF, para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 EM PARTE o Auto de Infração nº 441452.0422/14-4, lavrado contra **DISCARNE DISTRIBUIDORA DE CARNES E ALIMENTOS LTDA. (DISCARNE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.233,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EVANY CÂNDIDA VIEIRA DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS