

PROCESSO	- A. I. Nº 222468.0026/19-4
RECORRENTE	- CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0093-05/20-VD
ORIGEM	- INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 13/09/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0211-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. FALTA DE PAGAMENTO. MACARRÃO. Aplica-se o art. 490-B do RICMS/BA, na identificação da base de cálculo das massas alimentícias “sêmola”, na substituição ou antecipação tributária. Comprovado pelo contribuinte o recolhimento do tributo de acordo com a legislação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0093-05/20-VD da 5ª JJF deste CONSEF, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração lavrado em 27/12/2019, em razão da(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o pagamento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações comerciais oriundas provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, no período de março de 2016 a outubro de 2019, no valor de R\$29.309,07, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização, no valor de R\$379,55, acrescido da multa de 60%.

Concluída a instrução processual, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Duas irregularidades são exigidas no presente PAF: falta de pagamento de antecipação total, na cifra de R\$29.309,07, afora acréscimos, e recolhimento a menor de antecipação parcial, na cifra de R\$379,55, além dos acréscimos.

Esta última infração teve as alegações defensivas acatadas pelo autuante, de modo que deve ser retirada da presente cobrança. A defendant apresentou memória de cálculo da antecipação parcial à fl. 98 que não encontrou resistência por parte do fisco.

Em relação à primeira infração, a título de sustentar a sua total improcedência, contrapôs o contribuinte os seguintes argumentos: parte das mercadorias afetadas pelo lançamento foram adquiridas para uso e consumo, parte tiveram as operações com imposto retido pelo fornecedor, na esteira da substituição tributária interestadual, parte teve o recolhimento já efetuado via guia nacional de recolhimento de tributos estaduais – GNRES, adotando-se a margem de valor agregado ou o valor pautado, a depender do caso, o que for maior.

E fez juntar planilha na qual presta esclarecimentos em colunas adicionais, indicando qual das situações atrás explanadas a operação mercantil se encaixava, de tal forma que apontou a inexistência de diferença de ICMS a cobrar, basta ver o documento de fls. 41 e 42, replicado na mídia digital de fl. 101. Em síntese, “diferença zero” devida.

A auditoria acolheu a ponderação de parte dos produtos referirem a materiais de uso e consumo, acolheu a ponderação de parte dos produtos ter o ICMS retido pelo fornecedor, substituto tributário, mas acabou por discordar dos recolhimentos corresponderem ao total do imposto devido, em arrazoado que inicia à fl. 107, indo até à fl. 110. Isto porque, segundo a fiscalização, não obstante a autuada alegar que, diante da MVA ou pauta cabível, considerou o índice maior, não é isto que ficou auditado, chegando a dizer que “a metodologia aplicada pelo fisco e pela defendant culmina em resultados diferentes” (fl. 107), tecendo raciocínios detalhados sobre algumas situações específicas.

E fez encartar um novo demonstrativo de débito, fls. 109 e 110, reduzindo a cobrança inicial de R\$29.309,07 para R\$9.567,95, remanescedo diferenças a cobrar.

Vale mencionar que, dentre as notas fiscais de materiais de uso e consumo, não foi consignada textualmente pelo autuante a de nº 8327; dentre as que tiveram o ICMS-ST, não foi textualmente consignada as de nº 83500 e 85130. Mas houve manifesto acolhimento das alegações defensivas nestas questões, conforme declarado à fl. 106, nas quais, entre aspas, as referências aos documentos fiscais foram citadas, consulte-se também a defesa à fl. 28 do PAF.

Cumpre registrar que a matéria remanescente é unicamente de direito, no sentido de saber se para o ponto controvertido aplica-se a MVA ou a pauta fiscal. Como esta questão já foi explorada na defesa, até porque o autuado, em sua planilha de fls. 41 e 42, na coluna denominada “pauta”, aponta ser este o referencial de tributação correto, inexistindo diferenças a cobrar, considera-se o contraditório estabelecido e o PAF em condições de ser apreciado.

Neste sentido, confrontando-se os dois levantamentos, o do autuante e o do autuado, em relação às NFs que envolvem esta parte da discussão, verifica-se que enquanto o primeiro adotou a MVA de 20%, o segundo adotou a pauta no valor de “R\$2,695”.

Oportuno trazer abaixo um comparativo em que são postas as discrepâncias, vale repetir, a acusação fiscal adotando MVA, o contribuinte indicando pauta e recolhendo com base nela, a partir dos levantamentos produzidos pelas partes:

Mercadoria	Mês/Ano	Sujeito ativo	Sujeito passivo
Macarrão	03/16	20%	2,695
Macarrão	06/16	20%	2,695
Macarrão	11/17	20%	2,695
Macarrão	09/18	20%	2,695
Macarrão	01/19	20%	2,695
Macarrão	03/19	20%	2,695
Macarrão	04/19	20%	2,695
Macarrão	06/19	20%	2,695
Macarrão	07/19	20%	2,695

Tais produtos, os macarrões, tiveram origem de fornecedor situado no Estado do Paraná, não signatário do Prot. ICMS 50/05 e 53/17, acordos interestaduais que vigoraram para a tributação interestadual de massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo.

Ao compulsar o Anexo 1 do RICMS-BA, no qual estão as previsões de tributação antecipada para as aquisições interestaduais do produto sob comento, quando o estado de origem não é signatário de Convênio ou protocolo, caso dos autos, verifica-se que, de março de 2016 a outubro de 2019, a MVA a ser considerada é de 20%, considerando a alíquota de 7%. Veja-se, neste sentido, no citado Anexo, os itens 11.16 (2016), 11.17.0 (2017 e 2018) e 11.7 (2019).

Ao contrário do que pensa a impugnante, não se aplica, neste PAF o comando contido no art. 375 regulamentar baiano.

Como reforço, cite-se o precedente deste Conselho, contido no Ac. JJF 0022-02/19, cuja ementa está abaixo transposta, de onde se conclui que o regime de tributação aplicável nas aquisições oriundas de outros entes federados é o da margem de valor agregado:

ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não contestada. 2. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES INTERNAS. Comprovada inclusão indevida de nota fiscal no levantamento fiscal. Ajuste realizado pelo autuante quando da informação fiscal. Excluída operação com canjica de milho que é produto tributado. Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não contestada. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Ajustes na MVA dos produtos macarrão e aguardente realizados pelo autuante reduzem o valor lançado. Infração parcialmente procedente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, é devida a antecipação parcial. Retirada operação com óleo de soja Liza, tendo em vista o fato de ter a Lei Complementar 160, de 07 de agosto de 2017 e o convênio ICMS 190/2017 concedido remissão para débitos de igual natureza deste autuado.

Mantidos os demais produtos. Infração parcialmente mantida. 5. RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES COM ECF. O sujeito passivo não conseguiu carregar aos autos qualquer elemento de prova que desconstituisse a acusação fiscal. Infração mantida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTADAS E NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DE IMPOSTO POR PRESUNÇÃO. A defesa não comprovou o registro dos referidos documentos fiscais na sua escrituração fiscal. Convertida a exigência de imposto em multa por descumprimento de obrigação acessória pela conduta do contribuinte. Incabível a exigência de imposto por presunção no caso em tela. Infração procedente em parte. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Isto posto, é de se considerar procedente em parte a infração 01, no montante de R\$9.567,95, e improcedente a infração 02.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário com o seguinte teor.

Afirma que, diante das conclusões do acórdão, que entendeu pela aplicação do critério de MVA para o cálculo da substituição tributária e não o critério da pauta fiscal, o julgamento se reverte em sentido contrário, de maneira que a recorrente passa a ter crédito frente ao Estado, o que requer em sua peça recursal, por entender que se cobrado o ICMS com base no MVA de 20% o valor que recolheu foi acima do previsto em lei.

Ilustra sua alegação com duas planilhas comparando o ICMS apurado por pauta fiscal e por MVA, as quais reproduzo abaixo:

INFRAÇÃO 01 - PLANILHA DE APURAÇÃO DO ICMS ST COM PAUTA

DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRIÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
1	21/03/16	9134 - MACARRAO PADIM PARAFUSO SEMOLA 500G	PR	35.250,00	35.250,00	2.467,50	2,6950	7,00	7,00	80.850,00	3.192,00
	26/02/16	858264 9092 - MACARRAO JOIA SEMOLA PARAFUSO 500G	PR	11.750,00	11.750,00	822,50	2,6950	7,00	7,00	26.950,00	1.064,00
	26/02/16	858264 9093 - MACARRAO JOIA SEMOLA PADRE NOSSO 500G	PR	8.225,00	8.225,00	575,75	2,6950	7,00	7,00	18.865,00	744,80
	26/02/16	858264 9094 - MACARRAO JOIA SEMOLA PENNE 500G	PR	14.100,00	14.100,00	987,00	2,6950	7,00	7,00	32.340,00	1.276,80
	TOTAL DO PERÍODO				69.325,00	4.852,75				159.005,00	6.277,60
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRIÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
2	17/06/16	908249 9134 - MACARRAO PADIM PARAFUSO SEMOLA 500G	PR	23.500,00	23.500,00	1.645,00	2,6950	7,00	7,00	53.900,00	2.128,00
	TOTAL DO PERÍODO				23.500,00	1.645,00				53.900,00	2.128,00
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRIÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
3	13/11/17	1129092 9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	11.067,90	11.067,90	774,75	2,6950	7,00	7,00	25.171,30	987,24
	13/11/17	1129093 9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	7.062,60	7.062,60	494,38	2,6950	7,00	7,00	16.062,20	629,97
	13/11/17	1129093 9667 - MACARRAO AVE MARIA SEMOLA PADIM 500G	PR	8.318,70	8.318,70	582,31	2,6950	7,00	7,00	18.918,90	742,01
	13/11/17	1129093 9666 - MACARRAO PADRE NOSSO SEMOLA PADIM 500G	PR	8.555,70	8.555,70	598,90	2,6950	7,00	7,00	19.457,90	763,15
	TOTAL DO PERÍODO				35.004,90	2.450,34				79.610,30	3.122,38
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRIÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
4	11/09/18	1253607 9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	25.628,75	25.628,75	1.794,01	2,6950	7,00	7,00	54.708,50	2.035,58
	11/09/18	1253607 9667 - MACARRAO AVE MARIA SEMOLA PADIM 500G	PR	6.312,50	6.312,50	441,88	2,6950	7,00	7,00	13.475,00	501,38
	11/09/18	1253607 9666 - MACARRAO PADRE NOSSO SEMOLA PADIM 500G	PR	10.908,00	10.908,00	763,56	2,6950	7,00	7,00	23.284,80	866,38
	11/09/18	1253607 9665 - MACARRAO PENNE SEMOLA PADIM 500G	PR	8.484,00	8.484,00	593,88	2,6950	7,00	7,00	18.110,40	673,85
	TOTAL DO PERÍODO				51.333,25	3.593,33				109.578,70	4.077,18
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRIÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
5	11/03/19	1327890 9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	25.452,00	25.452,00	1.781,64	2,6950	7,00	7,00	54.331,20	2.021,54
	11/03/19	1327890 9667 - MACARRAO AVE MARIA SEMOLA PADIM	PR	8.837,50	8.837,50	618,63	2,6950	7,00	7,00	18.865,00	701,93

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

		500G										
11/03/19	1327890	9666 - MACARRAO PADRE NOSSO SEMOLA PADIM 500G	PR	12.498,75	12.498,75	874,91	2,6950	7,00	7,00	26.680,50	992,72	
11/03/19	1327890	9665 - MACARRAO PENNE SEMOLA PADIM 500G	PR	8.484,00	8.484,00	593,88	2,6950	7,00	7,00	18.110,40	673,85	
		TOTAL DO PERÍODO			55.272,25	3.869,06				117.987,10	4.390,04	
6	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
25/04/19	1346251	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	32.825,00	32.825,00	2.297,75	2,6950	7,00	7,00	70.070,00	2.607,15	
		TOTAL DO PERÍODO			40.778,75	2.854,51				87.048,50	3.238,88	
7	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
17/06/19	1366500	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	30.502,00	30.502,00	2.135,14	2,6950	7,00	7,00	65.111,20	2.422,64	
		TOTAL DO PERÍODO			38.986,00	2.729,02				83.221,60	3.096,49	
8	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	PAUTA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
15/07/19	1377679	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	39.339,50	39.339,50	2.753,77	2,6950	7,00	7,00	83.976,20	3.124,57	
		TOTAL DO PERÍODO			60.170,75	4.211,95				128.443,70	4.779,11	
		TOTAL GERAL APURADO AO LONGO DOS PERÍODOS			374.370,90	26.205,96				818.794,90	31.109,68	
		INFRAÇÃO 01 - PLANILHA DE APURAÇÃO DO ICMS ST COM MVA										
1	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
21/03/16	868409	9134 - MACARRAO PADIM PARAFUSO SEMOLA 500G	PR	35.250,00	35.250,00	2.467,50	20	7,00	7,00	42.300,00	493,50	
		TOTAL DO PERÍODO			69.325,00	4.852,75				83.190,00	970,55	
2	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
17/06/16	908249	9134 - MACARRAO PADIM PARAFUSO SEMOLA 500G	PR	23.500,00	23.500,00	1.645,00	20	7,00	7,00	28.200,00	329,00	
		TOTAL DO PERÍODO			23.500,00	1.645,00				28.200,00	329,00	
3	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
13/11/17	1129092	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	11.067,90	11.067,90	774,75	20	7,00	7,00	13.281,48	154,95	
		TOTAL DO PERÍODO			35.004,90	2.450,34				42.005,88	490,07	
4	DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
11/09/18	1253607	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	25.628,75	25.628,75	1.794,01	20	7,00	7,00	30.754,50	358,80	
		TOTAL DO PERÍODO			51.333,25	3.593,33				61.599,90	718,67	

ESTADO DA BAHIA
 SECRETARIA DA FAZENDA
 CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
5	1327890	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	25.452,00	25.452,00	1.781,64	20	7,00	7,00	30.542,40	356,33
	1327890	9667 - MACARRAO AVE MARIA SEMOLA PADIM 500G	PR	8.837,50	8.837,50	618,63	20	7,00	7,00	10.605,00	123,73
	1327890	9666 - MACARRAO PADRE NOSSO SEMOLA PADIM 500G	PR	12.498,75	12.498,75	874,91	20	7,00	7,00	14.998,50	174,98
	1327890	9665 - MACARRAO PENNE SEMOLA PADIM 500G	PR	8.484,00	8.484,00	593,88	20	7,00	7,00	10.180,80	118,78
TOTAL DO PERÍODO					55.272,25	3.869,06				66.326,70	773,81
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
6	1346251	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	32.825,00	32.825,00	2.297,75	20	7,00	7,00	39.390,00	459,55
	1346251	9666 - MACARRAO PADRE NOSSO SEMOLA PADIM 500G	PR	7.953,75	7.953,75	556,76	20	7,00	7,00	9.544,50	111,35
	TOTAL DO PERÍODO					40.778,75	2.854,51			48.934,50	570,90
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
7	1366500	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	30.502,00	30.502,00	2.135,14	20	7,00	7,00	36.602,40	427,03
	1366500	9665 - MACARRAO PENNE SEMOLA PADIM 500G	PR	8.484,00	8.484,00	593,88	20	7,00	7,00	10.180,80	118,78
	TOTAL DO PERÍODO					38.986,00	2.729,02			46.783,20	545,80
DT. EMISS.	N. DOC.	CÓD. - DESCRISÇÃO DO PRODUTO	UF	VL. TOT	B. ICMS	VLR. ICMS	MVA	AL. INT.	AL. EXT.	BASE ST.	VLR. ST
8	1377679	9134 - MACARRAO PARAFUSO SEMOLA PADIM 500G	PR	39.339,50	39.339,50	2.753,77	20	7,00	7,00	47.207,40	550,75
	1377679	9667 - MACARRAO AVE MARIA SEMOLA PADIM 500G	PR	10.605,00	10.605,00	742,35	20	7,00	7,00	12.726,00	148,47
	1377679	9666 - MACARRAO PADRE NOSSO SEMOLA PADIM 500G	PR	10.226,25	10.226,25	715,84	20	7,00	7,00	12.271,50	143,17
	TOTAL DO PERÍODO					60.170,75	4.211,95			72.204,90	842,39
TOTAL GERAL APURADO AO LONGO DOS PERÍODOS					374.370,90	26.205,96				449.245,08	5.241,19

Defende, assim, a existência de uma diferença de R\$25.868,49 a título de ICMS pago a maior quando o critério utilizado é o MVA e não a pauta fiscal.

Diz que agiu de modo distinto ao quanto decidido por ter agido seguindo a legislação vigente sobre a matéria, destacando a aplicação do art. 375 do RICMS/BA, o qual transcreve, para destacar que menciona a aplicação de pauta fiscal para o cálculo do ST nas operações com macarrão, o que justificaria sua tese.

Transcreve ainda o art. 490-B do RICMS/BA e o art. 23 da Lei nº 7.014/96, para reforçar que na data da ocorrência do fato gerador, o cálculo deveria considerar o maior valor a pagar entra a pauta fiscal e a margem de valor agregado, o que deveria ser auferido pelo Auditor Fiscal para que se exigisse do contribuinte.

Afirma, no entanto, que a JJF confirmou que a cobrança deve se dar com base no MVA e não na pauta, hipótese que gera direito à restituição do valor de R\$25.868,49 a título de ICMS pago a maior.

Conclui requerendo a revisão da decisão quanto ao montante de tributo a pagar em relação à infração 01, requerendo o direito ao crédito do montante de R\$25.868,49, haja vista que a aplicação do critério do MVA impõe reconhecer o seu pagamento a maior.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação.

VOTO

Inexistindo arguição de questões preliminares e/ou prejudiciais no Recurso Voluntário, assim como não vislumbro hipótese para suscitá-las de ofício, avanço diretamente para o mérito, destacando, contudo, para melhor compreensão da controvérsia, que a pretensão recursal se

limita à tributação de “massas alimentícias sêmola”, apesar das variadas denominações de cada produto.

A recorrente aponta com razão, a meu ver, equívoco da 5ª JJF, ao sugerir que o art. 375 do RICMS/BA não seria aplicável ao caso, sobretudo quando alicerça a afirmação no Acórdão nº 0022-02/19 da 2ª JJF, pois o exame do seu inteiro teor, revela conteúdo bem distinto daquele extraído da sua ementa pelo voto condutor do acórdão recorrido, senão vejamos:

“...

Infração 05 a lide se resume a divergência de entendimento quanto a MVA a ser aplicada aos produtos aguardente e macarrão. Para o primeiro, de NCM 2208400, foi aplicada indevidamente a MVA de 55,56%, quando deveria ser aplicado o percentual de 36,81%, vigente até 09/06/2014, conforme previsto no anexo I do Regulamento do ICMS de 2012, combinado com o Protocolo 15/06, ao passo que para o produto Macarrão, NCM 19021900, foi aplicada indevidamente a MV A de “demais produtos” 45,66%, entretanto, existe MVA específica para o mesmo que é de 20%, além disto, está prevista também a aplicação da pauta (anexo 11).

O autuante, quando da informação fiscal, refez os cálculos, diante do reconhecimento de ter utilizado MVA efetivamente incorreta para a aguardente e o macarrão, produtos invocados pela defesa, reduzindo o débito para o montante de R\$ 17.179,58.

Analisando o Anexo 01 ao RICMS/12, verifico que no item 5.1 havia previsão em 2014 até 30/11/2015 de substituição tributária para aguardentes com CFOP 2207 e 2208 (esta última caso das mercadorias autuadas), com MVA de 36,81% até 09/06/2014, na forma do Protocolo 15/06. Já no item 33.1 se encontra o produto “macarrão”, com NCM 1902.1, cuja MVA prevista para fins de substituição tributária é de 20%, tanto em 2014, como em 2015.

Assim, o argumento defensivo possui a devida pertinência, tendo agido de forma correta o autuante ao fazer os devidos ajustes para o período, no valor de R\$ 17.179,58, quase coincidente com aquele indicado na defesa, que acolho neste momento, até pelo fato de a empresa não mais se insurgir após a informação fiscal contra tal valor, julgando a infração procedente em parte naquele montante.

...” (grifamos)

Com efeito, não há razão para afastar a aplicação do art. 375 do RICMS/BA ao presente caso. Pelo contrário, ao prestar informação fiscal (fls. 105-112), o autuante sugeriu que as planilhas que a contribuinte anexou à sua defesa, revelavam que em alguns produtos, o ICMS foi calculado observando a pauta fiscal, outros o MVA, tendo a recorrente utilizado incorretamente os índices, optando por aquele que melhor atendesse aos seus objetivos, conforme trecho a seguir transcreto:

“...

Quanto a ST. Constata-se que fez constar em sua planilha de fls. 41 e 42 colunas com campos diferentes para a “MVA” e para a “PAUTA” onde fez uso de índices menores. Aplicou índices numéricos que considerou válido ora para MVA ora para pauta fiscal. Embora haja alegado às fls. 28 fim e inicio das fls. 29 “De todo o modo, cumprindo normativa estadual no sentido de que o pagamento do ICMS ST deve ser feito escolhendo-se entra a Pauta ou o MVA, o que for maior, nota-se que alguns produtos tiveram seus cálculos feitos através de pauta fiscal, visto que fora pago pelo fator que ficasse com o maior valor, entre o MVA e a pauta. No ponto, importa saber a pauta vigente para se ter noção do exato valor a ser cobrado”. Usou sempre o menor. Daí a diferença.

O autuante avaliou e ponderou, através da planilha do SIAF, qual índice é o apropriado ao caso no caso sempre o índice maior. Contrariamente a autuada optou sempre pelo índice menor. Considerou na sua planilha de fls. 09, 10, 11 e 12, o índice maior para ‘MVA Pauta’, já que ao considerar o índice maior não há porque separar as colunas.

Ora, a metodologia aplicada pelo fisco e pela defendant culmina em resultado diferentes.

Todavia como usou índice de MVA menor que o devido resultou diferença por pagamento a menor.

Ainda que “... quanto às demais notas fiscais 868409, 858264, 908249, 1129092, 1129093, 1253607, 1310470, 1310471, 1327890, 1346251, 1366500 e 1377679, todas tiveram seus pagamentos de ST feitos através da GNRE, acostando-se aqui todos os detalhamentos e seus comprovantes, de sorte que está indene de dúvidas a insubstância da infração (Doc. 03 – Comprovantes de recolhimento do ICMS)”. Ora, como dito com os cálculos a menor por uso de índices menores que o estipulado.

Quando aduz ao final das fls. 29 e início da fls. 30 “De todo o modo, cumprindo normativa estadual no sentido de que o pagamento do ICMS ST deve ser feito escolhendo-se entre a Pauta ou o MVA, o que for maior, nota-se que alguns produtos tiveram seus cálculos feitos através de pauta fiscal, visto que fora pago pelo fator que ficasse com o maior valor, entre o MVA e a pauta. No ponto, importa saber a pauta vigente para se ter noção do

exato valor a ser cobrado”, constata-se que não fez o uso correto dos índices.

Constata-se nas planilhas de fls. 09 para a ocorrência 2016/03, que o autuante usou MVA de 20,00% e, que a defendente para estes mesmos produtos usou Pauta de 2,6950%. Dese modo diminuiu a índice (20,00 – 2,6950) em 17,305% (dezessete inteiros e dois mil novecentos e cinquenta milésimos) por cento.

Ato contínuo, verifica-se nas planilhas de fls. 09, para a ocorrência 2016/06, que o autuante onde usou MVA de 50,24% que a defendente para estes mesmos produtos usou Pauta de 1,3968%. Dese modo diminuiu a índice (50,24 – 1,3968) em 48,8432% (quarenta e oito inteiros e oito mil, quatrocentos e trinta e dois milésimos) por cento a menor.

Ainda, quando usou a MVA usou inadequadamente. verifica-se nas planilhas de fls. 09, para a ocorrência 2017/11, que o autuante onde usou MVA de 50,24% que a defendente para estes mesmos produtos usou MVA 0,3000%. Desse modo diminuiu da índice (50,24 – 0,3000) em 49,94% (quarenta e nove inteiros e noventa e quatro décimos) por cento a menor.

Assim, a análise minuciosa da planilha acostada pela defesa às fls. 40, 41, e 42, não descaraterizam nem elide o quanto reclamado por uso indevido e menor que a MVA legal.

O uso impróprio, máxima vênia, ora da pauta ora da MVA, ora de 2,6950 e 1,3968, em dado momento e em outro usou a MVA de 0,3000 ora 0,3951 noutro momento sua planilha de fls. 19 20; quando o autuante usou a MVA de 20,00%, 50,24%, 45,00% e, 55,61% fls. 9,010, 11 e 12, conforme previsto no anexo 01 do Dec. 13.720 RICMS/BA. Assim, A st RETIDA A MENOR e os pagamentos efetuados a menor por utilização de pauta ao invés de MVA, conforme GNRE apresentadas, culminou em pagamento a menor daí a reclamação das diferenças. Acaso o eminente tenha melhor entendimento que o correto é a aplicação da pauta eu invés da MVA então a reclamação é injusta quanto a estas ocorrências. O contrário que o certo a aplicação da MVA ao contrário do utilizado pela digna autuada então está correta a reclamação.

...

Todavia, não é o que se depreende dos autos. As planilhas de fls. 19-20 (anteriormente numeradas como 41-42), elaboradas pela recorrente, trazem apenas esclarecimentos aos dados constantes na autuação, indicando as notas fiscais e produtos que se referem a material de uso e consumo, assim como aqueles que tiveram o destaque do ST na nota fiscal e o recolhimento via GNRE, o que motivou, aliás, a revisão do demonstrativo pelo próprio autuante, que acolheu parcialmente as alegações.

Esclarece ainda, que a escolha pelo uso do MVA ou pauta fiscal para fins de apuração da base de cálculo, foi efetivada de acordo com a legislação vigente, adotando-se aquele com maior resultado. Neste ponto, inclusive, equivoca-se o autuante quando afirma que a recorrente diminuiu o índice em 17,305% (20% - 2,6950%), tomando como exemplo as massas de sêmola.

Ora, a apuração da base de cálculo pelo MVA possui metodologia completamente distinta da Pauta Fiscal. O valor “2,6950” indicado na planilha pela recorrente, é, na verdade, o preço em reais estabelecido na pauta fiscal vigente à época, conforme Instrução Normativa nº 04/2009 do Superintendente de Administração Tributária, com as alterações promovidas pela IN nº 28/15, de 23/07/15, efeitos a partir de 01/08/15.

Convém ainda anotar, que a previsão exata contida na pauta fiscal é de R\$ 5,39/kg (cinco reais e trinta e nove centavos por kilograma), de massa alimentícia sêmola. Assim, considerando que os referidos produtos são comercializados em “fardos” de 20 unidades de 500g (conforme se constata nas notas fiscais de fls. 22, 24, 36, 39, 42, 45, 48, 51, 54, 57, 60, 63 e 67 dos autos), se torna justificável a utilização do valor de R\$2,695/500g (R\$5,39 / 2), referência adotada pela recorrente em suas planilhas.

Assim, não há qualquer justificativa para a subtração do percentual do MVA (20%), pelo valor de pauta (R\$2,695), como equivocadamente o autuante sugeriu em sua informação fiscal. Enquanto a Margem de Valor Adicionado (MVA), corresponde a um percentual aplicado sobre o preço de aquisição, incluído o imposto (art. 289, § 1º, inciso II do RICMS/BA vigente à época), a Pauta Fiscal, por sua vez, é uma média ponderada de preços praticados no mercado (Art. 490-A do RICMS/BA vigente à época). O correto, como apontado pela recorrente no Recurso Voluntário, seria verificar qual metodologia resultaria em valor maior para fins de identificação da base de cálculo da substituição ou antecipação tributária, na forma do inciso II do art. 490-B do RICMS/BA vigente à

época.

E, neste ponto, entendo que a recorrente tem razão, pois o confronto entre as planilhas comparativas de cálculo do ICMS entre o MVA e a Pauta Fiscal, revela que esta última hipótese é a que melhor atende ao decreto regulamentar, não havendo dúvidas de que os valores foram recolhidos, conforme comprovantes que constam nos autos, também reconhecidos como idôneos pelo autuante, cujo qual, não fosse o equívoco em que acabou incorrendo, provavelmente teria acatado a improcedência da autuação, como deixou claro no trecho que reproduzimos abaixo de sua manifestação:

“...

Assim, A st RETIDA A MENOR e os pagamentos efetuados a menor por utilização de pauta ao invés de MVA, conforme GNRE apresentadas, culminou em pagamento a menor daí a reclamação das diferenças. Acaso o eminente tenha melhor entendimento que o correto é a aplicação da pauta ao invés da MVA então a reclamação é injusta quanto a estas ocorrências. O contrário que o certo a aplicação da MVA ao contrário do utilizado pela digna autuada então está correta a reclamação.

...”

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para tornar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 222468.0026/19-4, lavrado contra **CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS