

PROCESSO - A.I. Nº 08430985/03
RECORRENTE - MARIA NILZA CAPINAM OLIVEIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0076-03/04
ORIGEM - IFMT - DAT/ NORTE
INTERNET - 15.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-12/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Infração caracterizada. Este órgão não tem competência para declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de que julgou Procedente o Auto de Infração em lide lavrado, em 26/11/03, no trânsito de mercadorias, para exigir o ICMS no valor de R\$5.250,09, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária referente à aquisição de mercadoria (farinha de trigo) proveniente do Estado da São Paulo, acobertada pela Nota Fiscal nº 0906 anexa.

O autuado apresentou defesa (fls. 19 a 25), inicialmente relatando que adquiriu, junto à empresa Moinho de Trigo Santo André S/A, localizada em São Paulo, 300 sacos de 50 Kg de farinha de trigo, através da Nota Fiscal nº 000.906, emitida em 24/11/03. Acrescenta que, no dia 26/11/03, encontrando-se ainda em trânsito, a mercadoria foi apreendida na cidade de Santo Estevão – Bahia, por meio do Termo de Apreensão nº 170.816, por estar acompanhada de documento fiscal sem o carimbo dos postos fiscais do Estado da Bahia e por não ter sido efetuado o recolhimento antecipado do ICMS.

Em seguida, suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de seu direito de defesa, pelo fato de “não demonstrar a origem do valor da base de cálculo indicada” e “não apontar claramente os dispositivos aplicados na determinação desta base de cálculo”, acorde o artigo 18, do RPAF/99.

Antes de adentrar o mérito, o autuado argumenta que o regime da substituição tributária é inconstitucional, porque exige o imposto antes da ocorrência do fato gerador, e, além disso,

sobrecarrega de maneira excessiva as empresas, mormente as microempresas (como está enquadrado), que não dispõem de recursos para fazer face ao pagamento do tributo antes mesmo de a mercadoria entrar no estabelecimento do contribuinte. Aduz que tal exigência atenta contra os princípios constitucionais tributários e gerais, pois não respeita a capacidade econômica do contribuinte, tem natureza confiscatória, fere o princípio da tipicidade tributária, subvertendo a seqüência lógica dos acontecimentos prevista legalmente e ofende os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.

No mérito, alega que é totalmente inadequada a utilização de Instrução Normativa para determinação da base de cálculo do ICMS, como efetuado neste lançamento, porque somente a lei, em sentido estrito, poderá “fornecer parâmetros para fixação deste valor”, de acordo com o artigo 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional (CTN).

Por fim, pede a Nulidade ou a Improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 34), esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em razão de o contribuinte ter adquirido, no Estado de São Paulo, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e inclusa na Portaria nº 270/93, tendo adentrado o território baiano sem o pagamento do ICMS por antecipação.

Quanto aos argumentos defensivos, alega que a Constituição Federal (artigo 146, inciso III, alínea “a”) remeteu à Lei Complementar a competência para definir, dentre outras atribuições, bases de cálculo e contribuintes, o que foi realizado, no caso do ICMS, pela Lei Complementar nº 87/96, em seus artigos 6º a 9º, os quais definem o instituto da substituição tributária.

Assegura que não houve cerceamento do direito de defesa do autuado, tendo em vista que foi anexada, à fl. 7, a planilha que demonstra como foi apurada a base de cálculo do ICMS.

Quanto à aplicação da Instrução Normativa nº 63/02, para definição da base de cálculo do tributo, afirma que encontra amparo no artigo 506-A, § 1º, inciso I e § 2º, inciso II, do RICMS/97 e, relativamente ao momento em que o imposto deve ser pago em operações dessa natureza, aduz que está previsto no artigo 125, inciso VIII, c/c o artigo 506-A, § 5º, do RICMS/97.

Finaliza pedindo a Procedência do Auto de Infração, uma vez que o autuado adquiriu mercadoria, enquadrada na substituição tributária, a contribuinte situado em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, e deixou de recolher o ICMS devido na entrada no Estado da Bahia.

Tendo em vista que foram anexados novos elementos pelo autuante, em sua informação fiscal, o autuado foi intimado mas não se manifestou.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, ressalto que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Deixo, ainda, de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades previstas na legislação, não existindo nenhum erro de forma que possa ocasionar a sua nulidade, a teor do artigo 18, do RPAF/99. Ademais, o lançamento encontra-se embasado no demonstrativo da base de cálculo e do imposto elaborado pelo autuante (fl. 7), no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 170816, no Termo de Conferência de Veículos lavrados, bem como na Nota Fiscal nº 000.906, todos acostados ao PAF (fls. 2, 4 e 8). Ressalte-se, ainda, que

as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação a todos os fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório.

No mérito, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido, por antecipação, no primeiro posto fiscal situado no território baiano, referente à aquisição de farinha de trigo especial proveniente do Estado de São Paulo, unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00.

Segundo o artigo 506-A, do RICMS/97, aplicável nesta situação, fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, farinha de trigo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subseqüentes com a mercadoria supramencionada.

O § 2º do acima citado artigo do mesmo diploma legal prevê que a base de cálculo referente à antecipação tributária, no caso de recebimento de farinha de trigo, corresponderá ao valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.

O Protocolo ICMS nº 26/92, por sua vez, estabelece que “a base de cálculo para efeito de cobrança da substituição tributária do ICMS, incidente nas operações com farinha de trigo, será obtida com base nos preços de venda do produto, indicados através da Associação de Moinhos de Trigo do Norte e Nordeste do Brasil, sediada em Recife-Pernambuco, aplicando-se sobre eles o percentual de agregação definido pela legislação de cada unidade Federada”.

No Estado da Bahia, os valores da farinha de trigo, por unidade de medida, são definidos através de Instruções Normativas exaradas pelo Superintendente de Administração Tributária, estando atualmente vigente a Instrução Normativa nº 63/02, que estabelece, em seu Anexo 1, o valor de R\$118,59 para o saco de 50 Kg de farinha de trigo especial, consoante está discriminado na Nota Fiscal nº 000.906, objeto desta autuação.

Acorde o artigo 357, do RICMS/BA, o imposto a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas (17%) sobre a base de cálculo, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Por outro lado, está previsto no artigo 125, inciso VIII, do multicitado RICMS/97 que, tratando-se de recebimento de farinha de trigo, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, por ocasião da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado ou ainda: a) até o 10º dia após o término da quinzena em que se deu a entrada da mercadoria no estabelecimento, tratando-se de contribuinte industrial autorizado por Regime Especial; b) até o 10º dia do mês subseqüente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, tratando-se de fabricante dos produtos de que trata o item 11.4 do inciso II do artigo 353 (preparações à base de farinha de trigo), autorizado pelo regime especial de que cuida o artigo 506-E, do RICMS/BA.

Analisando os elementos constantes dos autos, verifica-se que o autuado é uma microempresa, enquadrada no SimBahia, como “MERCEARIAS E ARMAZENS VAREJISTAS –

5213202” e não possui Regime Especial para pagamento do ICMS em data posterior ao momento da entrada da mercadoria no território baiano.

Saliente-se que, apesar de ser inscrito como microempresa, o contribuinte está obrigado a efetuar o recolhimento do imposto, por antecipação tributária, conforme determinado pelo artigo 391-A, do RICMS/97.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que o valor de débito ora exigido, além de não ter sido especificamente impugnado pelo autuado, foi calculado de acordo com a legislação em vigor, devendo, portanto, ser acatado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

O recorrente em seu Recurso Voluntário, repete os mesmos argumentos expendidos em sua defesa, nada acrescenta para descaracterizar a autuação.

A Douta Procuradoria opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender que os argumentos apresentados foram os mesmos expendidos na defesa, já devidamente analisados e rebatidos pelo julgador de Primeira Instância, tentando negar o cometimento da infração, mas nada sustentam de concreto que possa elidi-la.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado realmente não inova os argumentos da defesa. Contesta a base de cálculo baseado na pauta do Estado que entende muito alta, e a multa altíssima de 60%, que causarão grande transtorno à empresa. Como os valores apurados estão fundamentados corretamente na legislação do ICMS, a alegada inconstitucionalidade ou inadequação escapa à competência deste Conselho de Fazenda. Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida pela PROCEDÊNCIA do 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** o Auto de Infração nº **08430985/03** lavrado contra **MARIA NILZA CAPINAM OLIVEIRA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.250,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS