

PROCESSO - A. I. Nº 019144.0707/04-8
RECORRENTE - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.
RECORIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0416-04/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 24/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0020-12/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Em relação às mercadorias objeto desta autuação, não há convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. A Portaria nº 114/04 manda que se cobre o tributo por antecipação no posto de fronteira. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 5.880,10, acrescido da multa de 60%, em virtude da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado apresenta impugnação alegando que: (I) a autuação exigiu ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado do Rio de Janeiro, unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00, que não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, e que utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 63/02, como método de cálculo no lançamento, que prevê em seu Anexo I o valor de R\$115, 76 para o saco de 50kgs; (II) não concorda com este entendimento, pois se o cálculo fosse feito pelo Anexo II, privativo para os Estados signatários do referido protocolo, resultaria em situação mais benéfica para a empresa, porque o valor mínimo do saco de farinha de trigo de 50kgs é R\$82, 00; (III) a alíquota considerada foi de 17%, e que se a compra tivesse sido feita em Estado signatário do Protocolo nº 46/00, a alíquota seria de 12%, caracterizando-se, portanto, discriminação; (IV) a farinha de trigo que provenha de qualquer Estado não signatário do referido protocolo recebe tratamento tributário anti-isonômico, prejudicando o mercado consumidor baiano, e a empresa, que não tem competitividade para revender a farinha adquirida; a distinção feita pela Instrução Normativa nº 63/02 fere o princípio federativo que se revela no princípio da não-discriminação tributária em razão da Procedência ou do destino dos bens, consagrada no artigo 152 da CF/88, que transcreve, citando doutrina a respeito das limitações constitucionais ao poder de tributar; (V) a Instrução Normativa nº 63/02 tomou como critério de agravamento da tributação a origem da farinha de trigo, estipulando base de cálculo mínima e alíquota mais elevada para a farinha de trigo oriunda de Estado da Federação não signatário do Protocolo nº 46/00, desestimulando a compra deste produto dos Estados não signatários.

Requer seja o Auto de Infração julgado Nulo.

A auditora que prestou a informação fiscal (fls. 33 a 34), diz que da leitura dos autos, verificou que o autuado, na defesa, admite que o imposto não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria e concentra a sua defesa em questionar a constitucionalidade da Instrução Normativa nº 63/02; considera que a discussão da matéria no âmbito administrativo-fiscal é inoportuna, só podendo o assunto ser abordado na esfera judicial, e que a autuação está de acordo com as normas tributárias vigentes, verifica-se que a defesa constitui Recurso meramente protelatório do feito.

O julgador de Primeira Instância ao emitir o seu voto argumenta que o autuado limita-se em sua defesa a alegar que a farinha de trigo, que provém de qualquer Estado não signatário do referido protocolo, recebe tratamento tributário anti-isonômico, já que é adotada como base de cálculo o preço da pauta fiscal, com alíquota de 17%, e que se a compra tivesse sido feita em Estado signatário do Protocolo nº 46/00, a alíquota seria de 12%, utilizando como base de cálculo o valor mínimo do saco de 50kgs (R\$ 82,00) prevista em seu Anexo II, prejudicando o mercado consumidor baiano, e a empresa, que não tem competitividade para revender a farinha adquirida; todavia, de acordo com o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual; portanto, não cabe ao CONSEF questionar a constitucionalidade da Instrução Normativa nº 63/02, que estabelece as condições para o cálculo do imposto devido, na situação em exame, sendo que o próprio sujeito passivo admitiu em sua peça defensiva que o ICMS em questão não foi recolhido na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria. Vota pela Procedência do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera os argumentos expendidos na defesa, insurgindo-se contra o critério utilizado pela fiscalização para compor a base de cálculo do tributo reclamado, pois esta “omissão” causou limitação ao seu direito de defesa. Destaca que, amparado em informações complementares (quando da informação fiscal) do ilustre autuante, vem o acórdão recorrido e entende como correto o método de cálculo adotado no lançamento, que utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 63/02. Diz que, contra esta conclusão é que o autuado vem recorrer, uma vez que é flagrante a discriminação imposta à farinha de trigo comprada, pelo simples fato de ter sido adquirida de uma empresa localizada no Estado do Rio de Janeiro, que não assinou o Protocolo nº 46/00. Protesta contra o que considera tratamento tributário anti-isonômico, ferindo o princípio da não discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens, consagrado no art. 152 da CF/88. Requer a reforma da Decisão recorrida, posto que flagrantemente injusta, discriminatória e inconstitucional, para julgá-la nula, inclusive porque a tal Instrução Normativa nº 63/02 somente agora foi citada no processo, não fazendo parte do Auto de Infração, o que limitou sensivelmente o direito de defesa do autuado. Finalmente, afirma que “isto é uma conclusão que causada pela OMISSÃO da autuação, uma vez que no lançamento não se demonstrou “com segurança”, quais foram os critérios para “encontrar” a base de cálculo, e isto somente foi feito DEPOIS, pelo atuante, que enfim explicou que o cálculo levou em conta a malsinada Instrução Normativa nº 63/02. A ação fiscal é NULA, SIM!”

A PGE/PROFIS nega Provimento ao Recurso Voluntário por entender que as alegações do recorrente já foram analisadas pela JJF, e a ausência de fundamentação fática e jurídica inviabiliza a reapreciação da matéria.

VOTO

Como alegado no voto do ilustre relator de primeira instância e reiterado pela douta procuradoria fiscal, não cabe a este Conselho de Fazenda apreciar alegação de inconstitucionalidade da legislação estadual. Com referência à Instrução Normativa nº 63/02, de que a mesma não faz

parte do processo, não procedem às alegações do recorrente, vez que, consta no corpo do Auto de Infração a declaração de “*reincidência por diversas vezes*” da autuação, não contestada, e ainda, já em sua peça de defesa o autuado se contrapõe expressamente à sua aplicação ao caso em exame. Por todas essas razões, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

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 **019144.0707/04-8**, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.880,10**, 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, 26 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFISb