

PROCESSO - A. I. Nº 09315136/04
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0281-03/05
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 06/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0425-11/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, [FARINHA DE TRIGO] ENQUADRADAS NA PORTARIA Nº 114/04. ESTABELECIMENTO NÃO POSSUI REGIME ESPECIAL PARA PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. 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 feito no posto fiscal de fronteira. Medida liminar em Mandado de Segurança, obtido pelo sujeito passivo, foi posterior a lavratura do Auto de Infração não tendo poderes para deconstituir o crédito tributário. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário de autoria do sujeito passivo, interposto para combater o Auto de Infração, lavrado em 29/11/2004, que exige ICMS no valor de R\$10.460,70, acrescido da multa de 60%, relativo a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas na Portaria nº 114/04, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 102335 juntado à fl. 06.

Ao responder intimação da Inspetoria Fazendária para a realização do pagamento, o autuado alegou que não tendo recebido cópia do Auto de Infração, não poderia formular seu instrumento de defesa, com o que concordou a INFAZ, mandando abrir novo prazo para a defesa, após o fornecimento do documento reclamado.

O autuado ao se defender disse que a mercadoria apreendida tratava-se de farinha de trigo, procedente do Estado do Paraná, não signatário do Protocolo nº 46/00, tendo, portanto, o imposto calculado pelo valor da Pauta Fiscal de R\$112,85 por saco de 50 kg, e que seria mais benéfico para o autuado se o cálculo se pautasse no anexo II da Instrução Normativa nº 63/04, ou seja R\$80,00/saco de 50kg, inclusive com a alíquota de 12% ao invés de 17%, alíquota prevista para ser aplicada para os produtos originários de Unidades da Federação não signatários do Protocolo citado.

Aduz que o tratamento dispensado pela fiscalização é “anti-isonômico”, ferindo princípio constitucional da não discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino, art. 152 da Constituição Federal.

Conclui por afirmar que a autuação é injusta, discriminatória e anticonstitucional, e pede a declaração de nulidade, inclusive por ter sido apenas citada a IN Nº 63/04, sem fazê-la anexar ao processo, limitando desta feita o direito de defesa.

A Auditora Fiscal designada para produzir a informação fiscal mantém os termos do Auto de Infração em sua integralidade.

A JJF manifesta-se afastando o pedido de nulidade suscitado, por inexistirem os motivos constantes nos incisos I e IV do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, observa a correção do Auto de Infração, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, que não foi paga na primeira repartição da fronteira do Estado.

Diz adiante, que o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, e que a não existência de convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento, que no seu § único, II diz que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G do RICMS/97.

Por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, diz que se tratando de recebimento de farinha de trigo a base de cálculo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores de seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se a 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 (Protocolo nºs 26/92 e 46/00).

Portanto, diz a JJF, como o preço da unidade de cada saco de Farinha de Trigo indicado na Nota Fiscal de nº 12 (fl.10) foi de R\$25,00, com a adição da MVA de 76,48% resulta em valor menor que o fixado na Pauta Fiscal da Instrução Normativa nº 63/04 de R\$112,85 que prevalece no cálculo do ICMS por antecipação. Portanto, a base de cálculo do ICMS exigido por antecipação foi apurada de acordo com os dispositivos indicados na autuação (art. 371, 355, 506-A do RICMS/97).

Conclui estar evidente que o autuado, está inteiramente a par do conteúdo do Protocolo nº 46/00, descabendo o alegado cerceamento de direito de defesa, pois em sua peça defensiva demonstrou conhecer o teor do Protocolo citado no que tange a alíquota e base de cálculo, quando indicou inclusive o valor da Pauta Fiscal para cada saco de farinha de trigo da Instrução Normativa nº 63/04.

No mais, não compete ao CONSEF em quaisquer de suas instâncias declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, art. 167 do RPAF/BA, votando pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão recorrida, o autuado ora recorrente, após repetir argumentos usados em sua impugnação, apenas acrescenta que ajuizou Mandado de Segurança que através do titular da 9ª vara que *“em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (doc. Anexo) para determinar que se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo a impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”*.

E conclui dizendo que espera, em face de Decisão exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, *“que desobriga-a a utilizar como base de cálculo mínimo, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes do Anexo I da Instrução Normativa que esta Eg. Conselho afastará a autuação com a que ora se aprecia”*.

A representante da PGE/PROFIS manifesta-se afirmando que a concessão da Medida Liminar foi posterior a lavratura do Auto de Infração, e ainda que não fosse, tal Decisão não impede a constituição do crédito tributário, por ser de natureza pública, obrigatória, indispensável e privativa do Poder Executivo, e que a citada medida liminar será objeto de análise pela PROFIS-JUDICIAL, para então se concluir se a exigibilidade do crédito tributário está suspenso, em razão da expedição da liminar ter ocorrido após a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao pedido de exclusão da autuação entende a ilustre procuradora não assistir razão o recorrente, pois a medida liminar em Mandado de Segurança, posterior a lavratura do Auto de Infração, não tem o poder de evitar a constituição do crédito tributário.

Conclui que o Recurso Voluntário não de ser Provido.

VOTO

Para atender alegação do contribuinte, de que da intimação não fazia parte cópia do Auto de Infração, e isto teria prejudicado sua peça defensiva, a INFAZ providenciou a entrega do documento alegado e abriu novo prazo para que o autuante, ora recorrente apresentasse sua defesa, agora livre da acusação de cerceamento ao direito de ampla defesa.

Tem-se como verdade que as mercadorias adquiridas são oriundas de Estado não signatário do Protocolo nº 46/00, e por isto sujeitam-se ao enquadramento da Instrução Normativa nº 63/02, em seu anexo I, que prevê o valor de R\$112,85, para cada saco de trigo de 50 kg. Descabe a pretensão do recorrente, que deseja enquadrar-se no anexo II da mesma instrução normativa, privilegio daqueles signatários do referido protocolo.

Quanto à argumentação a respeito da inconstitucionalidade pela violação ao princípio federativo e o da não discriminação tributária, não cabe a este Conselho de Fazenda tratar do assunto, conforme preceitua o art. 167 do RPAF/BA.

Com referencia a medida liminar, concordo com a eminente Procuradora representante da PGE/PROFIS, que afirma ser atribuição da PROFIS/JUDICIAL sua análise para que se conclua se a exigibilidade do crédito tributário está ou não suspensa, uma vez que a medida judicial foi expedida após a lavratura do Auto de Infração.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **09315136/04**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.460,70** 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, 22 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

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