

A. I. N° - 931513/06-0
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA
AUTUANTE - ROQUE ANTONIO CAMPODONIO ELOY
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 26/08/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N°0281-03/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, ENQUADRADAS NA PORTARIA 114/04 POR ESTABELECIMENTO QUE NÃO POSSUI REGIME ESPECIAL [FARINHA DE TRIGO]. 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. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/11/2004, 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 Port. 114/04, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 102335 juntado à fl. 06.

A Inspetoria Fazendária, conforme documento juntado à fl. 13, expediu intimação em 03/01/05, para que o autuado efetuasse o pagamento do ICMS exigido na autuação ou apresentasse defesa.

O autuado, através do seu representante legalmente constituído, apresentou uma petição (fls. 17 e 18), afirmando que estava impossibilitado de apresentar defesa do Auto de Infração, tendo em vista que não recebeu cópia do mesmo. Solicitou, ainda, que fosse reaberto o prazo de defesa depois que lhe fosse entregue cópia do Auto de Infração.

O processo foi encaminhado para a Auditora Rossana Araripe Lindote, para produzir a informação fiscal (fl. 24) com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, tendo a mesma informado que conforme disposto nos artigos 46 e 108 do RPAF/99, deveria ter sido feito o encaminhamento da cópia do Auto de Infração ao autuado, por AR ou pessoalmente, conforme disposto no art. 108, I e II do citado Regulamento, com reabertura do prazo de defesa.

A Inspetoria Fazendária, conforme documento juntado à fl. 25, expediu nova intimação em 02/05/05, para que o autuado efetuasse o pagamento do ICMS exigido na autuação, reabrindo novo prazo para apresentação de defesa.

O autuado apresentou defesa às fls. 32 a 36, por meio do seu representante legalmente constituído (fl. 37). Esclarece que a mercadoria objeto da autuação (Farinha de Trigo) é procedente do Estado do Paraná, que não é signatário do Protocolo ICMS 46/00.

Diz que, não tendo sido pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, o autuante apurou o imposto com base no valor de pauta fiscal de R\$112,85 para cada saco de 50 Kg

de Farinha de Trigo especial, previsto no Anexo I da IN 63/04, com origem de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

Alega que se o cálculo fosse feito com base no valor de R\$80,00 por saco de Farinha de Trigo, previsto no Anexo II da citada IN, seria "muito mais benéfica para a autuada", inclusive com a aplicação da alíquota de 12% e não de 17% prevista para as mercadorias originárias de Estado não signatário do citado Protocolo.

Afirma que o procedimento para cálculo do imposto previsto na IN 63/04 é "anti-isonômico, em relação ao dispensado à farinha de trigo adquirida de Estados signatários, o que no seu entendimento prejudica o mercado consumidor, inclusive ele, "que não tem competitividade para revender a farinha de trigo que adquiriu".

Assevera que a regra de tratamento tributário diferenciado estabelecida na IN 63/04, ao fazer distinção entre mercadoria oriunda de Estado signatário ou não signatário do Protocolo 46/00, fere o princípio constitucional da não discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino, previsto no art. 152 da Carta Magna, que transcreveu à fl. 33.

Transcreveu às fls. 33 e 34, diversos trechos publicados pelos professores Misabel Derzi, Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar e disse que "a IN nº 36/04 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 46/00".

Diz que a tentativa de desestimular a compra de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo 46/00, estabelecendo como critério a origem do bem é não só absurda como inconstitucional.

E por fim, diz que sendo a autuação injusta, discriminatória e inconstitucional, requer que a autuação seja declarada nula, inclusive porque a citada IN 63/04, somente foi citada no processo, não fazendo parte do Auto de Infração, o que no seu entendimento, limita o seu direito de defesa.

A Auditora Fiscal Rossana Araripe Lindote, apresentou informação fiscal (fl. 41) com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, inicialmente discorreu sobre as alegações defensivas e disse que de tudo que foi dito na defesa apresentada pelo autuado, a discussão sobre a matéria não é "oportuna na esfera administrativa, cabível apenas no âmbito judicial".

Afirma que o ICMS exigido na autuação foi calculado com base no valor fixado em pauta fiscal e que foi deduzido o crédito fiscal destacado na nota fiscal de origem.

Diz que, tendo o autuado sido flagrado adquirindo mercadorias sujeitas à antecipação tributária e não tendo recolhido o ICMS no prazo estabelecido, fica obrigado a recolher de imediato o imposto, conforme disposto nos artigos 506-A e 125, VIII do RICMS/97, acrescido da multa prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96.

Finaliza dizendo que não tendo ao autuado apresentado prova capaz de elidir o ilícito fiscal, pede pela procedência da autuação.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob argumento de que a IN 63/04 só foi citada no processo, não tendo sido indicada na autuação, o que limitou o seu direito de defesa.

Quanto a esse pedido de nulidade suscitado pelo defendente, observo que no Auto de Infração foram indicados como dispositivos infringidos os artigos 125, II, c/c o 371 do RICMS/BA e Port.

114/04. O citado artigo 125 e Portaria 114/04 tratam do prazo de recolhimento do imposto por antecipação tributária que não foi questionado pelo autuado.

Rejeito o pedido de nulidade formulado, considerando que não se encontra os motivos indicados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, o Auto de Infração 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.

O autuado na defesa apresentada reconheceu que o ICMS por antecipação não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, no entanto alegou que a utilização do valor unitário de R\$112,85 por saco de Farinha de Trigo e alíquota de 17% em vez de 12%, previsto na IN 63/04 para cálculo do ICMS por antecipação, é inconstitucional, tendo em vista que é fixado este valor em função da origem do bem (Protocolo ICMS 46/00).

Verifico 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, não havendo 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.

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 26/92 e 46/00).

Pelo acima exposto, 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 IN 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).

Ademais, o autuado na sua defesa questionou a inconstitucionalidade do Protocolo 46/00, no que tange a alíquota e base de cálculo, indicando, inclusive o valor da pauta fiscal de R\$112,85 para cada saco de Farinha de Trigo da IN 63/04, o que demonstra ter conhecimento da mesma e pode exercer plenamente o seu direito de defesa.

Tal alegação, não pode ser acolhida, tendo em vista que as regras estabelecidas na IN 63/04 têm como base o Protocolo ICMS 46/00. Observo que a discussão sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária não é oportuna nesta fase processual administrativa, haja vista que nos termos do art. 167 do RPAF/BA, não compete a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **931513/06-0**, lavrado contra **RC COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **RS\$10.460,70** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2005.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA