

A. I. N° - 931978-6/05
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO BITTENCOURT LEÃO
ORIGEM - IFMT/NORTE
INTERNET - 26.10.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0377-02/05

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIGO EM GRÃOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 114/04, é devido pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação, na entrada no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Reduzido o débito por erro na sua apuração. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. O órgão julgador no âmbito administrativo não tem competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidade da legislação tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 09/05/2005, para exigência do valor de R\$ 6.100,68, em razão da falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, referente a 47.000 kg. de TRIGO EM GRÃOS, adquiridos para comercialização através da Nota Fiscal nº 6276, emitida em 30/04/2005, por Osmar Ferrari (PR), conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 010332 à fl. 03.

Na defesa fiscal às fls. 26 a 31, o autuado representado por advogados legalmente constituídos, se insurge quanto ao cálculo da exigência fiscal com base na pauta fiscal prevista no Anexo I da Instrução Normativa nº 63/04, por entender que o cálculo seria mais benéfico para o contribuinte se fosse efetuado pelo valor constante no Anexo II, privativo para os Estados signatários do Protocolo nº 46/00, qual seja, pelo valor mínimo de R\$ 80,00 por saco de 50 kg., à alíquota de 12% ao invés de 17% sobre a pauta fiscal no valor de R\$ 112,85 conforme procedeu o autuante.

Ressalta que a farinha de trigo de qualquer Estado não signatário, em função da IN nº 63/04, chega ao mercado baiano com tratamento tributário anti-isonômico em relação ao dispensado à farinha de trigo adquirida de Estados signatários do citado Protocolo, e que esse tratamento prejudica o estabelecimento.

Invoca o princípio da não-discriminação tributária previsto no artigo 152 da CF/88, para argumentar que a IN 63/04 não poderia fazer distinção entre mercadoria oriunda de um Estado da Federação em detrimento de outro. Citou lição de renomados tributaristas acerca da limitação constitucional do poder de tributar, notadamente o critério para o agravamento da tributação.

Por conta disso, assevera que a IN nº 63/04 ao tomar 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, violou o princípio federativo da não discriminação tributária.

Por fim, por considerar a autuação injusta e inconstitucional, requer a nulidade do Auto de Infração, a pretexto de cerceamento de defesa, sob o argumento de que a não citação da IN 63/04 limita o seu direito de defesa.

Preposto fiscal estranho ao feito presta informação fiscal às fls. 43 a 44, destacando que não há pauta fiscal fixada para a mercadoria objeto da autuação, e por isso, deve ser aplicada ao valor da operação a MVA de 94,12% prevista no Anexo 88, cujo cálculo é o seguinte: $R\$ 10.340,00 + 94,12\% = R\$ 20.072,00 \times 17\% = R\$ 3.412,24 - R\$ 723,80$ (crédito fiscal destacado na nota fiscal) = $R\$ 2.688,44$, que acrescido da multa proporcional de 60%, resulta no montante a recolher no valor de $R\$ 4.301,50$. Opina pela procedência em parte do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência de imposto, tendo em vista a falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de mercadoria enquadrada no artigo 353, inciso II, Item 11.1, do RICMS/97, mais precisamente TRIGO EM GRÃOS, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00.

No Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 010332 à fl. 03 consta como motivo determinante para a apreensão que “O motorista Jair Mariano residente e domiciliado na rua Riojair nº 602 em Apucarana (Paraná), inscrito no CPF sob nº 449.676.089-49 e Carteira de Habilitação nº 02129077050, conduzindo o veículo trator TNI-5731 e carreta ATW-3993, de forma deliberada, parou e simulou a entrega dos documentos fiscais. Ao sair do pátio do Posto Fiscal Benito Gama foi perseguido e alcançado pela Volante na área do Posto de Combustíveis São Marcos, sendo reconduzido a esta unidade para lavratura do Termo de Apreensão e Auto de Infração. As mercadorias transportadas pelo mesmo (farinha de trigo) estão elencadas na Port. 114/04, sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal do percurso, o que não foi efetuado”. No campo destinado a especificação da mercadoria consta uma observação de que a mercadoria apreendida refere-se a 47.000 kg. de trigo em grão, constante na Nota Fiscal nº 06276, emitida pelo produtor rural.

Na defesa fiscal, o autuado argüiu como preliminar de nulidade o cerceamento de defesa, sob o fundamento de que a autuação é injusta e inconstitucional, e em razão da não citação da IN 63/04. Quanto a alegação de inconstitucionalidade, abstenho-me de fazer qualquer comentário por não se incluir na competência do órgão julgador. No tocante a segunda questão, ou seja, quanto a capitulação legal do fato, o pleito do autuado não deve ser acolhido, pois não há qualquer equívoco nos dispositivos regulamentares citados pelo autuante (art. 506-A c/c inciso VII do art. 125 do RICMS/97), e o fato de não constar qualquer referência ao Protocolo 46/00, não constitui cerceamento de defesa, uma vez que a descrição da infração constatada foi feita de forma satisfatória, tanto que, o autuado cogitou a possibilidade de ser apurada a base de cálculo por meio de pauta fiscal prevista na IN 63/04. Além do mais, como se vê dos comentários a seguir a mercadoria objeto da lide não está incluída na citada instrução normativa.

Ultrapassadas tais preliminares, no mérito, analisando a legislação que trata das operações com farinha de trigo e trigo em grão, observo que consoante o artigo 371 do RICMS/97, 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 parágrafo 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.

O artigo 506-A, § 2º, inciso I, do RICMS/97, prevê que se tratando de recebimento de trigo em grão, farinha de trigo ou mistura 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 94,12%, 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).

Igualmente o artigo 61, inciso II, alínea “a”, item 11, do RICMS/97, também disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária de farinha de trigo e de trigo em grão, remetendo o cálculo com base no valor da operação fixado pelo industrial mais a MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97.

Já a Instrução Normativa nº 23/05, em vigor a partir de 01/05/2005, estabelece que para efeito de determinação da base de cálculo mínima do ICMS referente à antecipação tributária sobre operações com FARINHA DE TRIGO, quando as mercadorias originarem-se do exterior ou de unidade de Federação não-signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

No caso, considerando que a mercadoria objeto da autuação trata-se de TRIGO EM GRÃOS, e tendo em vista que não existe pauta fiscal para esta mercadoria, não se aplica a Instrução Normativa 23/05, devendo o cálculo do imposto por antecipação, nos termos do artigo 61, II, “a”, do RICMS/97, ser calculado tomando por base o valor constante no documento fiscal acrescido da respectiva margem de valor adicionado, conforme demonstrativo abaixo.

ESPECIFICAÇÃO	VALORES
Valor da mercadoria	10.340,00
Margem de valor adicionado (MVA)	94,12%
Base de cálculo	20.072,01
Imposto devido	3.412,24
Crédito destacado na nota fiscal	723,80
ICMS a recolher	2.688,44

Nestas circunstâncias, tendo em vista que o autuado não efetuou a antecipação tributária na entrada das mercadorias no território baiano, é devida a exigência fiscal, subsistindo em parte o valor lançado no Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 931978-6/05, lavrado contra

RC MOREIRA COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.688,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR