

A. I. Nº - 298924.0204/06-9
AUTUADO - VERMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO e GERVA NI DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 28/06/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-05/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Infração não elidida. Não acolhidas as arguições de nulidade apresentadas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 9/2/2006, exige ICMS no valor de R\$9.955,44 acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fiscal, sobre pré-mistura de farinha de trigo para fabricação de pão francês para comercialização, adquirida por contribuinte sem Regime Especial e em outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00.

O autuado (fls. 19/31), por representante legal, argüiu a nulidade da ação fiscal pelo fato do Auto de Infração conter inúmeros vícios, que passou a identificá-los.

Com o título de “Da Autuação”, disse que a descrição dos fatos constante no auto colidia com a descrição da infração propriamente dita. Explicou: se o fato diz respeito à falta de pagamento da antecipação tributária relativa à mercadoria constante da Nota Fiscal nº 001145, não se poderia falar (infração) em falta de recolhimento do imposto no desembaraço aduaneiro, pois o documento fiscal se tratou de transferência de mercadorias. Também sem pertinência o recolhimento do imposto na primeira Repartição Fiscal, pois ele já havia sido recolhido na fonte. E, por fim não se poderia falar em “falta de recolhimento do ICMS no percurso”, a entendendo como uma “idiossincrasia deontológica/tributária” que afrontava o art. 113 e art. 114, do CTN, já que não existiu fato gerador do imposto, pois a operação realizada foi de transferência de mercadoria da matriz para sua filial. Neste sentido, apresentou todo o seu entendimento sobre a matéria discutida.

Apresentando o título de “Descrição dos Fatos”, que transcreveu, disse que os autuantes ao lavrarem o Auto de Infração nº 001145 fizeram referência à falta de pagamento do tributo por antecipação tributária e jamais na falta de recolhimento deste no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fiscal da fronteira ou do percurso. Neste sentido afirmou ser dúbia a acusação imputada, afrontando a Constituição Federal e o CTN. Expôs, neste item, seu entendimento sobre a natureza do tributo.

Informou, em seguida, que a Confederação Nacional do Comércio – CNC havia apresentado ao STF a Adin nº 3.380/2005, com pedido de liminar, objetivando suspender o decreto do Governo Estadual deste Estado sobre a antecipação parcial do ICMS, onde aponta, nele, três inconstitucionalidades, que citou. Além do mais, voltou a insistir que a operação não foi de compra e sim de transferência.

Prosseguindo com sua argumentação discorreu sobre o que chamou de “Das Pretensas Antielisão e Antievasão Fiscal”. Observou que as medidas para combater a elisão fiscal devem ser aplicadas com muito cuidado para que não se cometa a dupla tributação e excesso de exação. Nesta sua

tese, afirmou que tudo indicava que o fisco estadual tinha por objetivo impedir que empresas de pequeno porte não tenham condições de competir com as maiores. Especificou que este caso estava acontecendo na cidade de Santo Antonio de Jesus.

Após estas colocações, voltou a insistir que como a operação foi de transferência não existiu fato gerador do imposto e que o fisco deve obediência às determinações do art. 142 e art. 194, do CTN. Observou que o ICMS incide sobre a circulação econômica da mercadoria (jurídica) e não sobre sua circulação física, caso específico das transferências, onde não existe a transferência de propriedade da mercadoria. Ressaltou que se o RICMS determina o recolhimento do tributo por antecipação tributária sem a circulação jurídica da mercadoria ele é inconstitucional.

Discorrendo sobre o imperativo dever da autoridade administrativa fiscal em observar todas as regras estabelecidas na legislação tributária, não lhe competindo a atividade interpretativa, entendeu que o Auto de Infração era plenamente nulo.

Narrando as dificuldades que passam as pequenas empresas decorrentes de planos governamentais que trouxeram grave queda do poder aquisitivo da população brasileira, a exemplo do Plano Real, com a queda do dólar face ao real, requereu a nulidade do lançamento fiscal.

Auditor fiscal chamado para contra arrazoar os argumentos de defesa (fls. 47/48) transcreveu o fato gerador do ICMS inserto no art. 1º, I, da Lei nº 7.014/96, bem como o seu § 1º, I, para discordar do defendente de que a lei não contempla a natureza econômica ou jurídica da operação, mas, simplesmente a circulação da mercadoria.

Ressaltou que o art. 506-A, do RICMS/97 atribui ao contribuinte que receber, a qualquer título, mistura de farinha de trigo de Estado não-signatário do Protocolo ICMS 46/00 o recolhimento antecipado do imposto, no prazo estabelecido no art. 125, VII e VIII (§ 5º). A única exceção está determinada no art. 355, I do referido Regulamento e se refere à transferência para filial atacadista de indústria. No caso em tela a matriz não é unidade fabril e sim atacadista.

Discordou, a seguir, da posição do impugnante quanto à forma como foi lavrado o Auto de Infração, considerando de que embora o texto da infração esteja sucinto, a descrição dos fatos descreveu perfeitamente o a acusação.

Observando que a este foro administrativo é vedada a discussão de inconstitucionalidade da norma tributária, disse que a defesa restava prejudicada, pois houve ingresso em juízo de ação contra a matéria em lide.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta do seu recolhimento, por antecipação tributária, no recebimento, por transferência, de mistura de farinha de trigo para fabricação de pão francês (800 bolsas) através da Nota Fiscal nº 001145 emitida pela matriz da empresa autuada situada no Estado do Paraná.

Primeiramente observo que embora o impugnante tenha informado a existência da Adin nº 3.380/2005, ele mesmo adiantou a matéria nela discutida. Se refere a contestação, pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, da cobrança do ICMS por antecipação parcial. Em sendo assim, são situações diversas, não existindo conexão entre o regime da substituição tributária, cujo pagamento do imposto deve ser recolhido antecipadamente com fase de tributação encerrada (art. 352, II e art. 353, II, 11, do RICMS/97) e a antecipação parcial que cuida o art. 352-A, do RICMS/97, inclusive não sendo aplicado sobre as entradas de mercadorias no referido regime enquadradas.

Em vista da situação, a instância administrativa não foi esgotada. A lide deve seguir nesta instância, o que ora faço.

A defesa argüi nulidade da ação fiscal, apontando, nela, vícios insanáveis.

Entendeu que como a descrição da infração se refere a “falta de recolhimento do ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso” não poderia saber qual a real situação apresentada nos autos. Inclusive o imposto já havia sido recolhido pelo remetente e mais ainda, a operação de tratou de uma transferência entre estabelecimentos com a mesma titularidade (matriz e filial). Inicialmente ressalto que a partir do momento em que o lançamento fiscal passou a ser elaborado via sistema informatizado, a descrição das infrações restou indicada de maneira genérica, embora toda baseada na norma legal. Cabe ao autuante discriminá-la com maior precisão. Assim, embora entenda que o autuante pudesse ser mais explícito para que não houvesse questionamento desta natureza, o impugnante entendeu perfeitamente o lançamento fiscal. Tanto que se defendeu plenamente, indicando expressamente qual a operação comercial sobre a qual o imposto estava sendo exigido. Diante das determinações do art. 18, § 1º, do RPAF/99, este não é motivo para a nulidade do Auto de Infração. Quanto ao dito recolhimento do imposto e sobre a natureza da operação que gerou o lançamento fiscal, abordo adiante.

Disse que a descrição dos fatos versava sobre uma matéria (falta de pagamento da antecipação tributária) e a acusação sobre a falta de pagamento do tributo no momento do desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fiscal de fronteira ou do percurso, havendo dubiedade no lançamento fiscal. Não posso concordar com este argumento de defesa. A acusação diz respeito à falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, sobre mercadorias entradas neste Estado, cujo recolhimento deve ser feito no primeiro posto de fronteira ou do percurso em que transita a mercadoria. Não existe qualquer incongruência entre a descrição do fato e a infração apontada, pois ambas decorrentes da norma legal e sobre o mesmo fato gerador do imposto, “definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência” (art. 142, do CTN).

O defendente ainda trouxe aos autos sua insubordinação contra a cobrança do imposto exigido antecipadamente e determinado por Decreto, entendendo ter havido afronta à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional - CTN. Observo que existe equívoco da defesa, pois o imposto aqui exigido é aquele sobre mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, determinada em lei e não por decreto. Como este argumento se misturou com a informação da inconstitucionalidade apresentada pela CNC, acredito que a referência da defesa é sobre o Decreto nº 8.969/04, que, como já explanei, não tem pertinência à matéria em lide e, portanto, aqui não comentado. No mais, o RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97), apenas regulamenta a Lei nº 7.014/97, conforme ordenamento jurídico do País.

Quanto ao entendimento exposto pelo impugnante sobre as medidas tomadas pelo fisco para combater a elisão fiscal, é posição pessoal do mesmo que não tem pertinência com a matéria legal ora em combate.

Concordo com a defesa de que a atividade fiscal está plenamente vinculada à lei e a ela deve ser ater, sob pena de responsabilidade funcional. Trouxe a defesa esta situação para afirmar que o autuante não tem competência para interpretar a lei, mas tão somente de aplicá-la. Desta forma, o auto era plenamente nulo, não se podendo exigir imposto por antecipação tributária, uma vez que:

1. a natureza do ICMS não recai sobre a circulação física da mercadoria, mas sim, sobre a circulação econômica/jurídica. Neste sentido em uma transferência de mercadoria, objeto da lide, não existe fato gerador do imposto;
2. em uma transferência não existe, de igual forma, transferência de propriedade, ou seja, mudança de titularidade para que se possa identificar o fato gerador do tributo em lide.

Nesta linha de raciocínio, afirmou que se o RICMS/97 assim se posiciona ele era inconstitucional.

O Auto de Infração foi lavrado dentro das determinações legais e o autuante não interpretou a norma tributária vigente. Apenas a aplicou.

Embora não seja de competência deste Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade, ou não, da legislação tributária vigente neste Estado, nada obsta que neste momento faça a seguinte colocação.

A Constituição Federal reservou à legislação infraconstitucional as regras para a cobrança do ICMS (art. 155, § 2º, XII). Neste sentido determina a Lei Complementar 87/96 no seu art. 1º que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS, seguindo as diretrizes que estabelece. A Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia seguindo o que dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, determina no seu art. 2º, § 1º, I: *São irrelevantes para caracterização do fato gerador: a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo.* E no seu § 2º: *Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes, energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento.*

E a pergunta, após esta colocação é: a operação foi “suscetível de circulação econômica”? A resposta para mim é clara e afirmativa. Houve uma transferência de mercadoria que foram internalizadas neste Estado com o fim específico de posterior comercialização. Por isto que o art. 4º, I da lei do ICMS deste Estado determina: *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*

Assim, não houve apenas uma circulação física das mercadorias, mas, também uma circulação econômica, com o fato gerador do imposto claramente expresso na norma legal.

O autuado ainda alegou que pelo fato da operação ser uma transferência não houve mudança de titularidade das mercadorias. A Lei nº 7.014/96 determina no seu art. 14, para efeito legal, que são autônomo cada estabelecimento do mesmo titular (§ 2º). Assim, ao transferir de sua matriz situada no Estado do Paraná para a filial autuada, situada neste Estado, mercadorias para serem comercializadas, houve transferência de titularidade das mesmas, de um para outro estabelecimento comercial.

Por toda esta norma legal citada é que a empresa matriz, na operação em combate, consignou o destaque o imposto na nota fiscal 001145 e autuada, pois operação com a incidência do fato gerador do imposto.

Após tais colocações, me volto para a mercadoria autuada: mistura de farinha de trigo para fabricação de pão francês. É mercadoria, neste Estado, enquadrada no regime da substituição tributária. O art. 506-A, I, do RICMS/97 atribui ao contribuinte *que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou 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 as mercadorias supramencionadas.* E no seu § 5º indica os prazos para recolhimento do imposto, ou seja, aqueles previstos no art. 125, VII e VIII. No caso específico do impugnante é aquele do art. 125, VIII: *O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, por ocasião do desembarço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado.* Este inciso indica outros prazos que não são pertinentes ao impugnante já que não é contribuinte industrial autorizado por Regime Especial nem fabricante dos produtos de que trata o item 11.4 do inciso II do art. 353, autorizado por regime especial.

Ressalto que a única excepcionalidade para a não cobrança do imposto na forma que foi lançada está contida no art. 355, I, do RICMS/97, que, ao tratar das hipóteses em que não deve ser feita a antecipação do ICMS nas operações internas e nas aquisições fora do Estado, textualmente, determina:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no § 2º do artigo seguinte;

O autuado é estabelecimento filial atacadista de outro atacadista e não de industrial, conforme consta nos registros da Secretaria do Estado do Paraná. Desta forma esta exceção não pode aqui ser aventada.

Por fim, o defendente não trouxe aos autos o imposto que disse ter recolhido, nem, tampouco, impugnou os valores autuados.

Pelo exposto voto pela procedência da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298924.0204/06-9**, lavrado contra **VERMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.955,44**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR