

A. I. Nº - 019144.0507/06-5
AUTUADO - RBLJ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - RAFAEL ALCÂNTARA DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 21.11.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0351-02/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO (MISTURA PARA FABRICAÇÃO DE PÃES). FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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 efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade, e não apreciada a alegação de constitucionalidade da legislação tributária estadual por não ser de competência do órgão julgador na esfera administrativa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/05/2006, exige ICMS no valor de R\$ 9.954,03, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/97, adquiridas para comercialização, procedente de outras unidades da Federação, por contribuinte descredenciado conforme Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 04 a 05. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte transportava sem a devida antecipação tributária, 800 sacos de mistura para elaboração de pão francês oriundos do Estado do Paraná, interceptado na cidade de Jequié, após 160 kms. da primeira repartição do percurso da mercadoria.

O autuado às folhas 28 a 37, por intermédio de advogado legalmente constituído, impugnou o lançamento tributário, contestou o procedimento da fiscalização dizendo que a mercadoria se fazia acompanhar da Nota Fiscal nº 1484, emitida em 25/05/2006, no valor de R\$ 21.835,00, com ICMS destacado no valor de R\$ 1.528,45, e argüiu a nulidade da autuação argumentando que:

- a) Os artigos 125, 911 e 913, do RICMS/97, dados como infringidos, não possuem estrutura legal.
- b) Foi lavrado o auto de infração modelo 4, sem a devida ordem de serviço expedida pela autoridade competente, determinando o prazo de sessenta (60) dias para a necessária fiscalização no seu estabelecimento.
- c) Houve excesso de exação na apreensão das mercadorias em plena pista de arrolamento, e que este procedimento de impedir o trânsito da mercadoria até o seu estabelecimento fere cláusula pétreia da CF.
- d) O caminhão foi detido pela Polícia Federal em seu posto de serviços situado na proximidade da cidade de Jequié, e não na Inspetoria Fiscal, no centro da cidade, conforme registrado no Termo de Apreensão.

e) Consta no Termo de Apreensão que o fiel depositário se compromete a conservar a mercadoria, porém, por se tratar de mercadoria perecível (farinha de trigo), decorridos trinta dias da apreensão, a mercadoria já apresenta larvas de “corculio onis”, sendo o Estado da Bahia o responsável pelo prejuízo.

Em seguida, teceu comentários sobre a filosofia tributária do ICMS, destacando, o princípio da não-cumulatividade, seletividade, fato gerador na circulação de mercadorias, substituição tributária, jurisprudência dos Tribunais Superiores referente a decisões no sentido de que não constituem fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

No caso, diz que quando a fiscalização desconsiderou o pagamento anterior do ICMS impôs uma modalidade de arrecadação contrária à Constituição Federal, ao princípio administrativo da razoabilidade e à tipicidade das figuras tributárias.

Comentou sobre a constituição do crédito tributário à luz do art. 142, do CTN, inclusive na visão de renomados tributaristas.

Com esses argumentos, finaliza requerendo o cancelamento do Auto de Infração, e a imediata liberação da mercadoria (pré-mistura para pão francês) apreendida.

O autuante ao prestar a informação fiscal, folhas 50 a 57, diz que dos cinco pontos elencados como defeitos do auto de infração, apenas dois delas merecem alguma consideração, os quais foram rebatidos com base no artigo 127, I, do COTEB, 26, do RPAF/99, dizendo que a exigência ou dispensa da lavratura dos termos de início e encerramento de fiscalização nas ações fiscais levadas a efeito no trânsito de mercadorias, não enseja a sua nulidade, pois a sua omissão não pode provocar a anulação do lançamento, a teor do que dispõe os artigos 18 e 31 do RPAF/99.

Quanto ao questionamento dos artigos 125, 911 e 913 do RICMS/97, e a contestação do autuado no tocante ao fato gerador do ICMS normal e da substituição tributária (itens 4.3 a 5.3), o autuante diz que provavelmente o texto foi inserido na defesa por equívoco, e rebateu tais argumentos dizendo que:

- a) os dados consignados no documento fiscal demonstram que é descabida a tese de não incidência do imposto a pretexto de que houve simples movimentação física das mercadorias;
- b) ficou reforçada a motivação para a autuação, quando o contribuinte mencionou a circulação jurídica defendida pelo Supremo Tribunal Federal que pressupõe a transferência da propriedade ou posse dos bens, conforme foi formalizado no documento fiscal que acoberta a operação;
- c) não impôs ônus excessivo ao autuado, desconsiderando o pagamento anterior do ICMS, uma vez que não foi apresentada GNRE ou o DAE que comprovasse o respectivo pagamento.

Discordou da alegação defensiva de que a lei não autoriza a apreensão de mercadoria acompanhada de nota fiscal, esclarecendo que a ação fiscal no trânsito de mercadorias requer procedimentos simples para a sua formalização mediante a lavratura do Termo de Apreensão e Ocorrências, de modo a identificar os elementos constitutivos do fato gerador da obrigação tributária, tais como, o sujeito passivo e os aspectos temporal, espacial e territorial, bem como a materialidade, o enquadramento legal e o *quantum debeatur*.

Ressalta que o veículo transportador foi interceptado na cidade de Jequié por uma equipe de volante fiscal que constatou de imediato a irregularidade, pois o autuado optou em desviar-se dos postos fiscais de fronteira para não cumprir com a obrigação tributária.

Salienta que o contribuinte é reincidente na prática desta operação, sendo flagrado em outra ação fiscal, nas mesmas circunstâncias, que ensejou a cobrança do imposto por antecipação tributária que foi julgada procedente pelo CONSEF.

Sustenta que a farinha de trigo e seus derivados estão sujeitos a antecipação tributária do ICMS, nas condições previstas em acordos interestaduais mediante protocolos celebrados por diversas unidades federativas, e que quando são realizadas operações com tais mercadorias entre

contribuintes localizados em Estados não signatários é exigido o pagamento antecipado na entrada do Estado da Bahia, exceção ao contribuinte que possuam regime especial para pagamento na entrada no estabelecimento, o que não é o caso do estabelecimento autuado.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido, por antecipação, no primeiro posto fiscal situado no território baiano, referente à aquisição de mercadoria (mistura para fabricação de pão – derivado de farinha de trigo) proveniente do Estado do Paraná, unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00.

Deixo de apreciar a alegação de constitucionalidade da legislação estadual, por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativa, a teor do inciso I do artigo 167 do RPAF/99.

Quanto as questões formais suscitadas na defesa, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado atendendo às formalidades previstas na legislação, visto que os dispositivos dados como infringidos estão em conformidade com a acusação fiscal; a fiscalização ocorreu no trânsito de mercadorias e foi lavrado competente Termo de Apreensão de Mercadorias, não havendo qualquer impedimento para a utilização do auto de infração modelo 4. Tratando-se de fiscalização de trânsito de mercadorias não existe qualquer impedimento para que o veículo transportador das mercadorias seja abordado fora da Inspetoria Fiscal. Quanto a alegação de que a mercadoria é perecível, não vejo como prosperar esta alegação, pois a guarda da mercadoria ficou sob a responsabilidade do fiel depositário, cabendo-lhe adotar as providências para evitar a ocorrência da fato alegado.

Portanto, não existindo nenhum erro de forma na autuação que possa ocasionar a sua nulidade, a teor do artigo 18, do RPAF/99, ficam rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas.

No mérito, constato que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido, por antecipação, no primeiro posto fiscal situado no território baiano, referente à aquisição de farinha de trigo proveniente do Estado do Paraná, unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00.

Segundo o artigo 506-A, do RICMS/97, aplicável nesta situação, fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, farinha de trigo e seu derivados, de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subsequentes com a mercadoria supramencionada.

O § 2º do acima citado artigo do mesmo diploma legal prevê que a base de cálculo referente à antecipação tributária, no caso de recebimento de farinha de trigo, corresponderá ao valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA), desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.

O Protocolo ICMS nº 26/92, por sua vez, estabelece que “a base de cálculo para efeito de cobrança da substituição tributária do ICMS, incidente nas operações com farinha de trigo, será obtida com base nos preços de venda do produto, indicados através da Associação de Moinhos de Trigo do Norte e Nordeste do Brasil, sediada em Recife-Pernambuco, aplicando-se sobre eles o percentual de agregação definido pela legislação de cada unidade Federada”.

De acordo o artigo 357, do RICMS/BA, o imposto a ser retido ou antecipado será calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas (17%) sobre a base de cálculo, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do

remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Por outro lado, está previsto no artigo 125, inciso VIII, do multicitado RICMS/97 que, tratando-se de recebimento de farinha de trigo, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, por ocasião da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado ou ainda: a) até o 10º dia após o término da quinzena em que se deu a entrada da mercadoria no estabelecimento, tratando-se de contribuinte industrial autorizado por Regime Especial; b) até o 10º dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, tratando-se de fabricante dos produtos de que trata o item 11.4 do inciso II do artigo 353 (preparações à base de farinha de trigo), autorizado pelo regime especial de que cuida o artigo 506-E, do RICMS/BA.

Na apuração do débito foi deduzido o crédito fiscal destacado no documento fiscal que acompanhava a mercadoria, e o autuado não apresentou qualquer comprovação de que houvesse recolhido o imposto na operação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, pois o contribuinte deixou de recolher o imposto no prazo previsto no RICMS/97.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019144.0507/06-5**, lavrado contra **RBLJ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.954,03**, 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 outubro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR