

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0802/06-5
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0224-03/07
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 23/04/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-11/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPACÃO TRIBUTARIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DE ENTRADA NESTE ESTADO. FARINHA DE TRIGO RECEBIDA APÓS INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA DE TRIGO EM GRÃOS ADQUIRIDO EM ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DO PROTOCOLO ICMS Nº 46/00. Descabe a exigência do imposto pela Fiscalização de trânsito, já que a mercadoria apreendida foi farinha de trigo, e não trigo em grãos, cujo imposto deve ser exigido nos termos do art. 506-A, combinado com o art. 125, VII do RICMS-BA, e cujo pagamento por antecipação alcança as operações subsequentes com o produto farinha de trigo, acrescido de margem de valor agregado de 94,12%. Decretada de ofício a nulidade do lançamento de ofício, com representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0224-03/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigráfico, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre farinha de trigo e trigo em grãos adquiridos para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00. Consta da descrição dos fatos o recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação tributária, na entrada no Estado de farinha de trigo e trigo em grãos, adquiridos por contribuinte descredenciado, conforme Notas Fiscais nºs 967, 968, 969, 12991 e CTRC nº 389, com as observações de que: (1) o frete da farinha de trigo foi calculado proporcionalmente ao peso de 19.000 Kg, resultando em R\$2.755,00; (2) o frete do trigo em grãos para industrialização equivale a 21.000 Kg da Nota Fiscal nº 969, resultando em um frete proporcional de R\$3.045,00; e (3) foi acrescentado como crédito o valor de R\$2.040,00, pago através de DAE na rede bancária. ICMS lançado no valor de R\$4.381,79, acrescido da multa de 60%. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 269133.0802/06-5, acostado às fls. 05/06.

Em Primeira Instância, o julgamento pela Procedência apresentou os seguintes fundamentos, resumidamente:

- I. que quanto à aplicação da liminar à fl. 33, referente a farinha de trigo, a ação fiscal não a contraria, posto que a mesma apenas veda a cobrança de ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo ao autuado o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, e este foi o procedimento adotado pelos auditores fiscais, cobrando o imposto da mercadoria, sob regime de substituição tributária, acrescido da MVA de 76,48%, constante no item 12.1 do

Anexo 88 do RICMS/BA, e não pela pauta fiscal., sendo que a liminar não se aplica a trigo em grãos;

- II. que embora no Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 05/06) constem os produtos trigo em grãos, mistura de farinha de trigo e farinha de trigo, o lançamento de ofício, conforme o demonstrativo de débito à fl. 03, reclama ICMS sobre dois produtos, farinha de trigo e trigo em grãos, tendo sido o produto trigo em grãos adquirido através da Nota Fiscal nº 12.991, em 14/02/2006 (fl. 14), junto à empresa Moinho Xanxerê Indústria e Comércio LTDA, localizada no Estado do Paraná;
- III. A mercadoria objeto desta parte da autuação (trigo em grãos) foi enviada pela Moinho Xanxerê Indústria e Comércio LTDA para industrialização na empresa Consolata Alimentos LTDA, situada no mesmo Estado do fornecedor, conforme dados constantes no corpo do citado documento fiscal. Após a industrialização, o produto, já transformado em farinha de trigo foi enviado em retorno pela empresa Consolata Alimentos LTDA ao autuado, acompanhado das Notas Fiscais nºs 000967, 000969, e 000968, de 08/08/2006, por Costa & Bezerra Transportes LTDA (Ágape Transportes), com o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas - CTRC nº 000389 (fl. 10), que cita o produto farinha de trigo, e as três notas fiscais retro-mencionadas, com o total de peso de 40.000 Kg, e o valor total monetário de R\$20.400,00, sobre o qual foi calculado o frete a pagar.
- IV. o fulcro da autuação é a antecipação tributária do ICMS devido nas aquisições de farinha de trigo e de trigo em grão procedentes de unidade da federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, cuja base de cálculo está prevista no § 2º, do artigo 506-A do RICMS-BA, e prazo para recolhimento no artigo 125, incisos VII, “b”, e VIII;
- V. o produto transportado e apreendido, conforme CTRC nº 000389 (fl. 10), é apenas farinha de trigo, e não trigo em grãos, inclusive consoante afirmado textualmente pelo autuado na impugnação ao lançamento fiscal (fl. 28), por outro lado o demonstrativo de débito acostado aos autos (fl. 03), indica que os cálculos para apuração do débito lançado incluem trigo em grãos, farinha de trigo industrial tipo II, despesas com industrialização e custo de transporte, citando o Conhecimento de Transporte - CTRC, que informa que a mercadoria de fato transportada, e apreendida, era apenas “farinha de trigo”, e estava acobertada pelas Notas Fiscais nºs 967, 968 e 969, no valor total de R\$20.400,00 e peso total de 40.000 Kg.
- VI. Diante deste fato, não há que se falar em exigência do imposto por antecipação tributária de trigo em grãos, que já estava transformado em farinha de trigo no momento da ação fiscal, e o Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 05/06, base do Auto de Infração em estudo, não espelha a realidade da totalidade do objeto da ação fiscal, sendo indevida a presente cobrança pela entrada de trigo em grãos, por falta de antecipação de ICMS, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, porque este produto de fato não transitava no momento da apreensão da mercadoria.
- VII. quanto à cobrança de diferença de ICMS pelo recolhimento a menos de imposto relativo à aquisição de farinha de trigo, em verdade transportada e apreendida, oriunda de Estado não-signatário do Protocolo ICMS 46/00, é devido o imposto, aplicando-se a regra geral da substituição tributária prevista no artigo 506-A, § 2º, do RICMS/97, em obediência à liminar concedida ao autuado para a não aplicação do valor previsto no Anexo 2 da Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.
- VIII. em relação à base de cálculo para a cobrança da farinha de trigo, produto submetido ao regime da substituição tributária, conforme CTRC à fl. 10 e Notas Fiscais nºs 000967, 000969 e 000968, deve ser considerado o valor de R\$20.400,00, constante no citado CTRC, por ser este o valor da mercadoria transportada e efetivamente apreendida, somado ao valor de R\$6.000,00 (frete), acrescendo, a este resultado, a MVA de 76,48% prevista no artigo 506-A, §

2º, II, do RICMS/BA. Do débito apurado, deve ser deduzido o valor pago conforme DAE de fl. 16, no montante do ICMS de R\$2.040,00, resultando no ICMS devido de R\$4.697,42, porém, como ocorreria agravamento do valor originariamente lançado, deverá ser cobrado o imposto no montante de R\$4.381,79, lançado pelo autuante, e o valor remanescente de R\$315,63 poderá ser alvo de novo procedimento fiscal, para recolhimento complementar do débito tributário.

- IX. que, assim, mantém-se o valor que foi lançado no presente Auto de Infração, considerando que a mercadoria farinha de trigo, também objeto da lide, estava sujeita ao pagamento do imposto por antecipação na entrada neste Estado, sendo que como o valor exigido no lançamento em foco é inferior ao previsto na Instrução Normativa nº 23/05, deve ser realizado novo procedimento fiscal para cobrar o valor remanescente, caso não seja mantido o teor da medida liminar deferida, ao final da ação judicial interposta pelo autuado.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário através de advogado constituído, onde transcreve literalmente a Impugnação apresentada, não se reportando em nenhum momento à Decisão de Primeira Instância, basicamente alegando ser indevida a aplicação de pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, daí porque informa que a empresa ingressou com Mandado de Segurança, tendo obtido medida liminar que determinou ao Fisco se abster de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pela referida norma, permitindo a impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Conclui que estando acoberta por Decisão judicial que a desobriga de utilizar como base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS os valores constantes da Instrução Normativa nº 23/05, a autuação deve ser afastada.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo – fls. 63 a 67 - pronuncia-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ao tempo que consigna que a Decisão da JJF está eivada de equívoco, pontuando o que se segue, resumidamente:

- I. a descrição dos fatos nos autos é recolhimento a menor do ICMS sobre os produtos trigo em grãos e farinha de trigo, especificados nas notas fiscais anexas aos autos. O autuado, por sua vez, efetua recolhimento espontâneo, embora não se possa identificar qual critério usado para tal recolhimento, desobedecendo Decisão liminar que ela mesma pleiteou; sendo que tal valor pago é considerado pelo autuante, abatido como crédito no cálculo do imposto lançado;
- II. na informação fiscal prestada por fiscal estranho ao feito todo o cálculo do imposto é desconsiderado, é feita alteração do demonstrativo de débito sem ser dado vistas ao autuado, o que por si só é causa de nulidade do julgamento, já que deveria ter sido reaberto o prazo de defesa, muito embora o recorrente tenha apresentado Recurso Voluntário totalmente alheio ao que ocorre no processo;
- III. a Decisão recorrida contém incorreções, pois desconsidera a mercadoria trigo em grãos indicada no CTRC, devendo assim ser julgado nulo o Auto de Infração da forma como foi lavrado, porque desconhece parte das mercadorias que constam do CTRC e que estão devidamente acobertadas das notas fiscais anexas aos autos, calculando-se erradamente o imposto, já que considerou o valor do trigo em grãos como mais um valor agregado contido na nota fiscal;
- IV. também é incorreta a Decisão, devendo ser declarada a nulidade do Auto de Infração, pois o imposto foi calculado indevidamente tanto pelo autuante, pelo fiscal revisor, como pela própria Decisão;
- V. entende que a base de cálculo utilizada pelo autuante não corresponde ao que determina a legislação em seu § 2º do art. 506-A, o qual determina a utilização da base de cálculo previsita em pauta fiscal quando os valores obtidos sejam inferiores;

- VI. que, assim, o Auto de Infração deve ser considerado nulo, devendo ser refeito, nos termos do art. 28 do RPAF, utilizando-se dos elementos que compõem o presente PAF: Termo de Apreensão, notas fiscais que acompanhavam a mercadoria efetivamente aprendida e os devidos CTRCs, recomendando, ainda, que esta nova ação fiscal deva ser feita através de auditoria ampla no estabelecimento da empresa autuada;
- VII. recomenda, ainda, que, com base no que dispõe o art. 117 e seguintes do RPAF/99, ante a existência de liminar concedida, deve o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para que proceda a sua inscrição em Dívida Ativa, pois, nesse momento, utilizando da base de cálculo corretamente prevista na legislação tributária, o contribuinte provocou resistência ao optar pela discussão na via judicial, significando que renunciou ao seu direito de defesa administrativa, ressalvando que na intimação ao contribuinte desse Auto de Infração complementar deve haver essas informações.

VOTO

Da análise dos autos e da legislação aplicável à matéria, entendemos que não há como prosperar o presente lançamento de ofício da forma como se encontra constituído. Comungo, assim, com o entendimento da douta procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de decretação de ofício da nulidade da autuação, conquanto com outra fundamentação, que abaixo expomos:

Inicialmente torna-se imperioso descrever o quanto determina o art. 506-A e seus parágrafos do RICMS-BA:

“Art. 506-A. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, fariinha 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:

I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;

§ 1º-A. A antecipação tributária das mercadorias de que trata o caput alcança, inclusive, as operações internas subsequentes com as massas alimentícias indicadas no item 11.4.1 do inciso II do art. 353, pães, pães de especiarias e torradas em fatias ou raladas, desde que produzidas neste Estado.

§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

I - tratando-se de recebimento de trigo em grão, ao valor total de aquisição ou de recebimento das mercadorias, adicionado dos impostos federais quando incidentes e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário até o momento do ingresso em seu estabelecimento, acrescido da margem de valor adicionado de 94,12% (noventa e quatro inteiros e doze centésimos por cento);

.....
§ 5º O imposto relativo à antecipação tributária será recolhido nos prazos previstos nos incisos VII e VIII do art. 125.”

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

VII - tratando-se do recebimento de trigo em grãos:

b) por ocasião do desembarque aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, nos demais casos;”. Grifos nossos.

Extrai-se da leitura das normas acima transcritas que o contribuinte que receber trigo em grãos, a qualquer título, aí incluído o recebimento simbólico, caso dos autos, será o responsável pelo pagamento do imposto devido, por antecipação, antecipação esta que alcançará as operações subsequentes com a mesma mercadoria e com a dela resultante, sendo que a base de cálculo será, para o trigo em grãos, o valor da sua aquisição ou do seu recebimento, acrescido dos impostos federais, despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, acrescido da margem de valor adicionado de 94,12%, e o imposto devido será pago na passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado.

Assim, como comprova o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC – emitido pela empresa Ágape Transportes, acostado às fls. 10 dos autos, a mercadoria que estava sendo transportada e objeto da apreensão não foi trigo em grãos, mas farinha de trigo, resultante da industrialização do trigo pela empresa Consolata Alimentos Ltda, estabelecida em São Paulo, por conta e ordem da empresa autuada, trigo esse adquirido pela RC Moreira ao Moinho Xanxerê Ind. e Com. Ltda, conforme notas fiscais acostadas aos autos às fls.11 a 14 dos autos.

Nesse sentido, descabe a cobrança do imposto sobre o produto farinha de trigo, sendo devido o imposto sobre a aquisição do trigo em grãos, com a aplicação da base de cálculo disposta no §2º, inciso I do art. 506-A acima transcrita, cabendo à Fiscalização do comércio, e não do trânsito, a cobrança do imposto sobre o trigo em grãos – já que não foi este o produto que estava circulando no Estado e objeto da apreensão - que alcançará o produto resultante da industrialização, farinha de trigo, produto que foi objeto da apreensão em tela.

Do exposto, consideramos PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretamos a NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe, ao tempo que representamos à autoridade competente para a renovação do lançamento pela fiscalização de estabelecimento, nos termos acima expostos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar NULO o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração nº 269133.0802/06-5, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Recomenda-se à autoridade competente a renovação da ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS