

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0620/09-3
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 421-02/09
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 08/10/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0340-12/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio e/ou Protocolo que determine a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente o pagamento da antecipação tributária na primeira repartição fiscal do percurso. O imposto deve ser exigido com base no artigo 506-A, § 2º, do RICMS. Rejeitada a arguição de preliminar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, através do Acórdão JJF Nº. 0421-02/09, lavrado em virtude da constatação da seguinte irregularidade: Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira, ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, sem a constatação de regime especial para recolhimento, no valor de R\$ 9.467,45, além da multa de 60%, ocorrência verificada no trânsito de mercadorias.

O julgamento levado a efeito considerou o Auto de Infração procedente, através do Acórdão JJF Nº. 0421-02/09 (fls. 40 a 42). Assim se baseou o relator, para firmar o entendimento constante do referido Acórdão:

“O contribuinte invocando o § 1º, da Lei 7.014/96, suscitou nulidade do Auto de Infração com a alegação de que foi lançado ICMS, acrescido de multa de 60%, quando no seu entendimento só caberia a aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, “sob pena de incorrer-se em ‘bis in idem’, com cobrança dúplice do ICMS, afirmando que a mencionada lei dispensa o lançamento do tributo, determinando apenas a aplicação da multa por infração.” Analisando os termos da lei, verifica-se tal previsão, mas, desde que se comprove o recolhimento do imposto na operação ou operações de saídas posteriores. Observo nos autos, que há grave equívoco na pretensão da defesa, o sujeito passivo não comprovou o pagamento do imposto na saída subsequente da mercadoria, provavelmente, pela impossibilidade fática de fazê-lo, visto que na situação presente, o lançamento ocorreu antes da entrada no estabelecimento do contribuinte, quando a mercadoria ainda se encontrava em trânsito, adentrando no Estado da Bahia, não havendo a possibilidade nesse caso de se discutir a operação posterior, posto que a mercadoria se quer entrou no estabelecimento do destinatário, consoante bem observado pelo autuante, não há, portanto, neste caso específico, como se caracterizar a “incorrência do bis in idem”, com cobrança dúplice do ICMS em face do mesmo fato gerador conforme pretendeu o sujeito passivo. Por essas razões não acolho o pedido de nulidade suscitado pelo contribuinte.

No mérito, o Auto de Infração foi 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, especificamente, 840 sacos de FARINHA DE TRIGO, SC. 50 KG., procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, acobertada pelas Notas Fiscais nº 1535, 1536, e 1536, emitidas pela empresa Norte Grãos – Comercial Agrícola Ltda., situada no município de Campo Mourão - PR, e CTRE nº 2294, 2295 e 2296, às fls. 06 a 11, uma vez que, conforme informado na descrição dos fatos e no documento às fls. 12, o sujeito passivo se encontrava descredenciado e não possuía regime especial para recolher o imposto em outro momento específico, de acordo com a Portaria nº 114/04.

Conforme demonstrado acima, a mercadoria, objeto dessa lide é oriunda do Protocolo 46/00, sendo, desta forma, de responsabilidade do sujeito passivo saída subsequente. O artigo 506-A, § 2º do RICMS/97, prevê que se tratando

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 a mesma não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, condição esta, plenamente observada no procedimento fiscal.

Do mesmo modo, o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, também disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária, observando o cálculo com base no valor da operação fixado pelo industrial mais a MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97.

Ressalto que os cálculos do demonstrativo de débito não foram contestados pelo contribuinte, estando os seus valores fundamentados nos documentos fiscais referidos anteriormente e na legislação mencionada acima. Portanto, não tendo o autuado efetuado o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, conforme estabelecido no art. 125, inciso II, alínea “b” do RICMS/97, restou demonstrado o acerto da autuação, fica mantido o lançamento tributário, contextualizado no presente Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Cientificado da Decisão (fls. 48 e 49) e inconformado com a mesma, o sujeito passivo através de seu advogado ingressou com Recurso Voluntário, (fls. 52 a 55), no qual, suscita a nulidade da Decisão recorrida, pelo fato da mesma imputar ao sujeito passivo o recolhimento do imposto por antecipação total na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sendo que nada impede que o sujeito passivo efetue o recolhimento do ICMS na operação seguinte, tanto que a própria legislação desse imposto contém dispositivo que dispensa o lançamento do tributo, determinando apenas a aplicação de multa por infração.

Entende, que somente seria cabível o lançamento do imposto, caso o contribuinte não recolhesse o valor do mesmo a título de antecipação na operação seguinte. Ainda que fosse caso de recolhimento a destempo, caberia apenas a imposição da penalidade contida no artigo 42, inciso II, alínea “d”, § 1º da Lei nº. 7.014/96 a qual transcreve sob pena de “*bis in idem*”.

Que ao desconhecer o eventual recolhimento posterior e efetivar lançamento tributário, o Fisco não deveria adotar tal procedimento, vez que não se trata de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, ou de estabelecimento destinatário inexistente, hipóteses que no seu entendimento comportariam a cobrança do imposto cumulativamente com a multa, entendimento não acolhido pela Junta de Julgamento Fiscal, o qual não pode, em sua opinião, prosperar, uma vez que o artigo 125, VII do RICMS não exclui a disposição do artigo 42, inciso II, alínea “d”, § 1º da Lei nº. 7.014/96, diante da possibilidade de recolhimento em operação posterior e que a mercadoria circule pelo estabelecimento da empresa recorrente.

Aduz que o órgão de primeira instância utilizou-se de presunção inexistente como base para o julgamento realizado (que a mercadoria não entraria no estabelecimento do recorrente, por estar em trânsito), e que tal presunção não consta no rol do artigo 4º da Lei 7.014/96, o que torna a Decisão recorrida improcedente, vez tratar-se de uma presunção não razoável.

Afirma que o fato da mercadoria estar ainda adentrando no território do Estado não autoriza a ilação de que a mesma não adentrará no estabelecimento da destinatária, e terá o imposto devido recolhido no momento previsto pela legislação.

Por tais razões, entende que o Auto de Infração é nulo e que esta nulidade deverá ser objeto da apreciação do Recurso Voluntário interposto.

A PGE/PROFIS através de Parecer exarado às fls. 62 a 64, se posiciona pela não aceitação de tal argumentação, afirmando que a peça recursal nada mais é do que mera cópia da defesa anteriormente apresentada, o Auto de Infração lavrado atende aos requisitos contidos no artigo 39 do RPAF e a Decisão certifica a legalidade do procedimento fiscal quando da apuração da base de cálculo.

Continua, afirmando que o sujeito passivo não comprova o recolhimento do imposto na saída subsequente, vez que o lançamento ocorreu em momento anterior a este, razão pela qual não se pode cogitar a aplicação do dispositivo inserido no artigo 42, inciso II, alínea “d” § 1º da Lei nº 7.014/96, nem a cobrança em duplicidade.

Conclui que em virtude do atendimento dos preceitos estatuídos no art. 125, inciso II, alínea “b” do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, pelo não provimento do Recurso

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão da primeira instância que manteve o lançamento tributário tal como originalmente realizado, julgando o Auto de Infração procedente. As argumentações do recorrente não encontraram respaldo no Parecer da PGE/PROFIS supramencionado.

Analisando-se a arguição de nulidade levantada pelo recorrente, verifico que a autuação deu-se no trânsito de mercadorias, por ocasião da entrada no território do Estado da Bahia, de oitocentos e quarenta sacos de farinha de trigo, acobertados pelas Notas Fiscais nºs 1.535, 1.536 e 1.537 (fls. 7, 9 e 11), provenientes do Estado do Paraná, emitidas pela empresa Norte Grãos – Comercial Agrícola Ltda., situada no município de Campo Mourão, e destinadas ao recorrente.

Pelo fato da empresa não estar credenciada para a dilação de prazo de recolhimento do imposto devido, e não ter realizado o recolhimento do mesmo através de GNRE quando da saída das mercadorias do Estado do Paraná, o fisco entendeu de realizar a cobrança no momento da entrada no Estado da Bahia. Em momento algum, contrariamente ao afirmado pelo recorrente, houve a assertiva de que ela não entraria no estabelecimento da empresa destinatária.

Tais argumentos se prestam à análise da questão material. Quanto ao aspecto formal do lançamento, igualmente não vislumbro qualquer elemento que possa macular o Auto de Infração, vez que na lavratura do mesmo foram obedecidos todos os requisitos legais e formais, inclusive com a lavratura prévia do Termo de Apreensão e Ocorrências. Por tais razões, entendo que não há de se falar em nulidade da ação fiscal nem do Auto de Infração dela resultante.

Quanto ao mérito, verifico que o RICMS/BA estabelece no artigo 506-A a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária de farinha de trigo nos prazos previstos no artigo 125, inciso VIII. Dessa forma, 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**, ou ainda, até o 10º dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, desde que o contribuinte esteja autorizado mediante regime especial e, tratando-se de operação interestadual, tenha sido realizada com a transmissão eletrônica dos dados referentes a respectiva nota fiscal, nos termos do artigo 228-C.

O recorrente não questiona a obrigação de recolher o imposto, apenas insurgindo-se contra o momento do recolhimento. A este respeito, é elucidativo o documento de fl. 15, denominado “Termo de Ocorrência”, onde o autuante descreve que: *“...o motorista do veículo de placa ALE-9856 PR, de propriedade de AMÉRICO COLAUTO FILHO, CPF 442.068.959-53, foi interceptado após esta unidade fiscal, na altura do posto de combustível São Marcos, pelo preposto Sérgio da Silva Santana, cad. 152.830-9, quando apresentou à fiscalização os documentos fiscais referentes à carga que transportava, sem nenhum carimbo de passagem pelo Posto Fiscal Benito Gama, caracterizando-se, desta forma, o intuito de burlar o fisco da Bahia. Uma vez que a mercadoria transportada (840 sacos de farinha de trigo) destinava-se a RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. ME, I.E. 62.561.535, contumaz reincidente neste tipo de fraude, além de encontrar-se na condição de DESCREDENCIADA e sem nenhum regime especial do fisco da Bahia, deixou de apresentar os documentos fiscais com o devido imposto por substituição tributária a ser recolhido na primeira repartição fiscal do percurso baiano, conforme legislação em vigor.”*

Por tal documento, o qual foi assinado pelo autuante, bem como o motorista do veículo que conduzia a carga transportada, vê-se pela descrição dos fatos que, em nenhum momento denota-se o ânimo do recorrente em efetivar o recolhimento do imposto a que estava obrigado, por força de determinação legal, muito ao contrário, procurou evadir-se da fiscalização, burlando a parada obrigatória, e o consequente recolhimento do tributo, vez que se encontrava na condição de descredenciada, fato que, igualmente, o recorrente não contesta.

Logo, fica desmontada a argumentação do recorrente de que o imposto não deveria ser recolhido no momento da entrada no estabelecimento comercial. Houvesse, como afirma o recorrente, a exigência fiscal, tal fato (a evasão da fiscalização) não ocorreria, ali

Pública qualquer certeza e segurança de que as notas fiscais e/ou as mercadorias transitariam pelos demais postos fiscais ou usando de artifícios burlariam a passagem e parada obrigatória para exibição dos documentos fiscais, conferência da carga, e verificação da regularidade da operação..

Dessa forma, entendo que cabe sim, a cobrança do imposto, bem como a imposição de multa, como lançado originalmente no Auto de Infração.

Já a base de cálculo aplicada para a apuração do imposto foi a prevista no § 2º, inciso II, do artigo 506-A do RICMS/BA, qual seja, tratando-se de recebimento de farinha de trigo, o 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) de 76,48% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), condição esta, plenamente observada no lançamento.

Do mesmo modo, como bem observado no Acórdão atacado pelo recorrente, o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, igualmente disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária, observando o cálculo com base no valor da operação fixado pelo industrial acrescido da MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97, item 12, muito embora o recorrente não questione tal aspecto.

Não consigo, igualmente, vislumbrar a presença do alegado “*bis in idem*”, vez que ao se realizar a cobrança do imposto devido por antecipação tributária na primeira unidade fiscal quando da entrada no Estado da Bahia, a obrigação ficaria devidamente adimplida, não podendo o tributo ser novamente exigido em outro momento, como de fato ocorreu. Não se verifica nos autos qualquer outra cobrança relativa aos documentos fiscais constantes do processo, sequer indicados pelo fisco, ou trazidos pelo recorrente.

Não vislumbro, também, como lógico o pleito do recorrente da possibilidade apenas da aplicação da penalidade estatuída no artigo 42, inciso II da Lei nº 7.014/96, primeiro, porque, por determinação legal o fato gerador do imposto para seu recolhimento é a entrada no território baiano da mercadoria, para os contribuintes, como o recorrente, descredenciados para a dilação de prazo, conforme visto anteriormente. Segundo, por que se, como deseja o recorrente, o imposto fosse pago na entrada no estabelecimento não haveria infração, logo, não seria possível a cobrança de qualquer valor a título de penalidade.

Diante de tais fatos, verificado que o Auto de Infração não contém qualquer vício capaz de justificar sua nulidade, razão pela qual não acolho a preliminar suscitada pelo recorrente, bem como a Decisão recorrida encontra-se amparada nos fatos e na legislação, motivo pelo qual não merece qualquer reparo, alinho-me ao Parecer da PGE/PROFIS, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para confirmar a cobrança imposta ao contribuinte no lançamento inicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 112889.0620/09-3, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.467,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉR