

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0617/09-2
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0013-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0465-11/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIA (FARINHA DE TRIGO) ADQUIRIDA EM ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DO PROTOCOLO N. 46/00, ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ESTABELECIMENTO NÃO POSSUIDOR DE REGIME ESPECIAL. 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 feito no posto fiscal de fronteira, salvo se o contribuinte estiver autorizado por regime especial ou credenciado, para efetuar o pagamento quando da entrada no estabelecimento. No presente caso, o autuado estava obrigado a efetuar o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso, por não dispor de regime especial e estar descredenciado. Infração subsistente. Rejeitada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JF – através do Acórdão nº 0013-01/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso neste Estado, sobre farinha de trigo, adquirida para comercialização de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, por contribuinte não possuidor de regime especial. Consta no campo “Descrição dos Fatos” que o veículo com mercadorias tributadas não parou e não recolheu o ICMS na primeira unidade fiscal do percurso da Bahia sobre 900 sacos de farinha de trigo adquiridas em Estado da Federação não signatário do Protocolo ICMS 46/00 e destinadas à comercialização por contribuinte sem regime especial e descredenciado, conforme Notas Fiscais nºs 1531, 1532 e 1533.

Em Primeira Instância, o Relator da Decisão recorrida em preliminar afastou a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob o argumento de que nada impede que o recolhimento do imposto possa ser efetuado na operação seguinte, conforme previsto no próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia que determina apenas a aplicação da multa por infração, ressaltando que a autuação se refere à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por ter o contribuinte adquirido farinha de trigo no Paraná, Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, e, por não ser possuidor de regime especial, condição que lhe permitiria realizar o pagamento do imposto em momento posterior à entrada no Estado da Bahia, conforme previsão contida no artigo 125, inciso VIII, do RICMS/97. Assim, concluiu que, no presente caso, a exigência diz respeito à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso, significando dizer que a mercadoria ainda não foi paga quando da ação fiscal, e que, se a mercadoria ainda não adentrara o Estado da Bahia, não há como prosperar a alegação defensiva de que deveria ser

recolhimento posterior, para aplicação apenas da multa por infração, na forma prevista no art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/06, pois esta operação posterior nem sequer ocorrera, sendo impossível para o Fisco vislumbrar no momento da ação fiscal um recolhimento futuro, para impor, exclusivamente, a multa.

No mérito, ressaltou o Relator que na composição da base de cálculo o autuante utilizou os valores constantes nas Notas Fiscais nºs 1531,1532 e 1533, e CTRCs n.s 2291,2292 e 2293, relativos à aquisição da farinha de trigo no valor de R\$ 44.100,00, aplicando sobre este a MVA de 76,48%, conforme previsto no art. 506-A, §2º, II, do RICMS/BA, resultando no valor de R\$77.827,68, e do imposto apurado no valor de R\$ 13.230,70, deduziu, a título de crédito fiscal, as parcelas do ICMS destacado nas notas fiscais e CTRCs referidos, no total de R\$ 3.087,00, resultando no ICMS a recolher no valor de R\$ 10.143,70. Assim, conclui que restou comprovado o cometimento da infração por parte do autuado, sendo a autuação integralmente subsistente.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, às fls. 49 a 55, onde requer a reforma da Decisão proferida pela JJF para que seja decretada a nulidade do presente lançamento de ofício, apresentando os seguintes argumentos, também apresentados em sede defensiva:

- I. que a Fiscalização entendeu como devido o ICMS incidente sobre operações de circulação efetuadas antes da entrada da mercadoria no território do Estado da Bahia, sem se tratar de hipótese de substituição tributária denominada para frente;
 - II. que o lançamento refere-se à incidência do imposto sobre operações com farinha de trigo e trigo em grãos adquiridas do Paraná, estado-membro não signatário do Protocolo CONFAZ ICMS 46/00, sendo tais mercadorias regidas, atualmente, pelo art. 506-A e seguintes do RICMS, pelo qual se 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 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;
 - III. que a Fiscalização efetuou o lançamento tomando por base de cálculo o valor de operações realizadas fora do Estado da Bahia e antes de qualquer ingresso destas no território deste Estado, atribuindo à Impugnante a qualificação de substituta tributária dos fatos geradores anteriores à aquisição da farinha de trigo, operações estas efetuadas por terceiros e, conforme a clara disposição do art. 506-A, sua responsabilidade limita-se à antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subsequentes com as mercadorias;
 - IV. que ao inserir no lançamento o ICMS “devido” pelo trigo em grão, operou-se a modificação da situação jurídica do sujeito passivo de substituto tributário parcial – no caso da antecipação – para substituto tributário total, em sua modalidade para frente, sendo que são institutos e situações jurídicas distintas, ignorando que a antecipação é pela mercadoria que adentra no âmbito territorial do Estado da Bahia, no caso a farinha de trigo, e não o trigo em grão.
 - V. que não obstante lhe é imputada a falta de recolhimento de ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou percurso, sendo que nada impede que o sujeito passivo efetue o recolhimento do valor do imposto na operação seguinte, tanto que a própria lei regulamentadora do ICMS no Estado da Bahia traz dispositivo legal que dispensa o lançamento do tributo, determinando apenas a aplicação da multa por infração;
 - VI. que, por estar a mercadoria em comento submetida ao regime de antecipação tributária, conclui-se que somente poderia ser lançado o valor do imposto, caso o sujeito passivo não recolhesse o valor da antecipação na operação seguinte, posterior do tributo, mesmo que a destempo, somente c
- prevista no art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, sob pena de incorrer em cobrança duplicada do ICMS em face do mesmo e único fato gerador.

- VII. que, contudo, o eventual recolhimento posterior do tributo foi completamente ignorado pela Fiscalização, que optou por efetuar o lançamento do tributo cumulado com a aplicação da multa por infração, quando não deveria ter adotado esta rotina fiscal, uma vez que o presente caso não é relativo à mercadoria desacompanhada de documentário fiscal ou de estabelecimento destinatário inexistente, razão pela qual somente poderia ser aplicada a multa por infração, isoladamente, sem o lançamento do imposto;
- VIII. que não se pode argumentar que o art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96 não se aplica ao caso em tela, pois o lançamento ocorreria antes da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, quando esta ainda se encontrava em trânsito, adentrando no Estado da Bahia, não havendo possibilidade, nesse caso, de se discutir a operação posterior, posto que a mercadoria sequer entrou no estabelecimento do destinatário;
- IX. que tal entendimento não pode prosperar, uma vez que, ainda que o art. 125, inciso VII, do RICMS disponha que o imposto será recolhido por antecipação, quando se tratar 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, estipulando desta forma o aspecto temporal da hipótese de incidência, não exclui a disposição do art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, haja vista a possibilidade do recolhimento em operação posterior e que a mercadoria circule pelo estabelecimento do recorrente;
- X. que, em verdade, entender-se desta forma é utilizar-se de presunção inexistente para fundamentar a autuação, qual seja que a mercadoria não entraria no estabelecimento da Impugnante pelo simples fato de estar em trânsito, sendo que tal presunção não consta no rol taxativo previsto no art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Em seu Parecer opinativo – às fl. 65 - a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, asseverando que a premissa utilizada pelo recorrente está equivocada, uma vez que a mercadoria objeto da autuação é farinha de trigo, e não trigo em grãos, como quer fazer crer o recorrente, aduzindo que acompanha o entendimento da JJF, no sentido da regularidade da exigência do ICMS antecipação na aquisição de farinha de trigo.

VOTO

De logo devemos consignar que a Decisão recorrida não merece reparos, comungando com o opinativo exarado pela douta PGE/PROFIS, visto que o julgamento pela manutenção da exigência fiscal baseou-se na legislação pertinente, não se desincumbindo o sujeito passivo de elidir a infração que lhe foi imputada.

Não há qualquer mácula que inquene de nulidade o presente lançamento de ofício, como bem registrou o acórdão recorrido, desde quando lavrado em perfeita consonância com os dispositivos legais e regulamentares pertinentes.

Em verdade os argumentos apresentados pelo recorrente referem-se ao mérito da exigência fiscal, e não a aspectos formais ou matérias passíveis de nulidade. Contudo, da análise do mérito da exigência fiscal, melhor sorte não socorre ao recorrente, já que seus argumentos são incapazes de elidir a infração que lhe foi imputada, conforme bem ressaltou a JJF ao apreciá-los, visto que repisados na peça recursal.

E, de fato, as alegações recursais não merecem a mínima guarida. A regra de antecipação do recolhimento do imposto na entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pela legislação interna – *in casu* farinha de trigo, mercadoria constante das notas fiscais objeto da autuação – encontra previsão legal e regulamentar, nos artigos 8º, §4º, I, “a” da Lei nº 7.014/96 e no art. 125, VIII do RICMS/BA, respectivamente, abaixo transcritos:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei: **I** - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de: **a)** mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;”

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

VIII - 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 [art. 228-C](#).”

Assim, especificamente quanto ao dispositivo regulamentar acima transcrito, tendo o recorrente sido flagrado no transporte da referida mercadoria após a passagem na primeira repartição de entrada no Estado da Bahia – vide Termo de Apreensão de fls. 4 e 5 e Termo de Ocorrência de fl. 15 - sem o devido pagamento do ICMS devido por antecipação, por não ser credenciado mediante regime especial, correta a autuação para exigir-lhe o imposto respectivo.

Por sua vez, a base de cálculo utilizada guarda previsão expressa no art. 506-A, §2º, II, do RICMS, também abaixo transcrito, aplicando-se ao produto objeto da autuação, farinha de trigo, conforme demonstrativo de débito de fl. 02. Não houve circulação de trigo em grãos, portanto não há que se aplicar o tratamento tributário dispensado a este pela nossa legislação, como quer fazer crer o recorrente.

“Art. 506-A. Fica atribuída 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:

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

II - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura 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).”

Registre-se, ainda, que é inaplicável ao caso a regra do art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96 – que dispensa a exigência de imposto não recolhido por antecipação e comina apenas multa formal – visto que a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação foi detectada no trânsito de mercadorias, neste momento ficando caracterizada a infração, nos termos do art. 125, VII, acima transcrito, não havendo que se falar em aplicação apenas de multa formal, mas sim de exigência do imposto não pago quando da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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. 112889.0617/09-2, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.143,70**, 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, 16 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA