

A. I. Nº - 298579.0011/08-2
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/04/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0073-03/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIGO EM GRÃOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 114/04, é devido, pelo adquirente da mercadoria neste Estado, o pagamento do imposto por antecipação, conforme artigo 506-A, inciso I, §2º, inciso I, do RICMS/BA. Respeitados os termos da medida judicial liminar em vigor à data da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/03/2008 para exigir ICMS no valor de R\$80.340,86, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadoria (trigo em grãos) provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte trabalha com farinha de trigo, mercadoria sujeita à substituição tributária, e compra trigo em grãos em Estado não signatário, possuindo 182 Processos Administrativos Fiscais – PAFs no período fiscalizado de 2003 a 2006. Que durante a fiscalização, por se tratar de mercadoria tributada na entrada do estabelecimento, seria necessário verificar as notas fiscais de todos os PAFs para evitar a cobrança de imposto em duplicidade. Que, conforme recomendação de renovação de procedimento de 16 PAFs oriundos de Autos de Infração julgados nulos, foi procedido o refazimento dos mesmos, tendo sido apurado que o contribuinte realiza operação triangular em que o sujeito passivo adquire trigo em grãos de empresa do Estado do Paraná, e remete para outra empresa também no Paraná, para que o trigo seja industrializado, ou seja, transformado em farinha de trigo. Que então esta farinha de trigo é remetida, pela empresa que a industrializa, para o sujeito passivo, conforme documento intitulado “Demonstrativo das Empresas Envolvidas na Operação Triangular”, à fl. 10. O autuante transcreve o teor do artigo 506-A, inciso I, §2º, inciso I, do RICMS/BA.

Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 09. Exercício de 2005 – meses de abril, julho, outubro e novembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a março, maio, junho, agosto e setembro.

Autos de Infração com renovação do procedimento fiscal neste processo:

1 - à fl. 14, cópia do Auto de Infração nº 931978-05, referente à Nota Fiscal nº 6276 à fl. 16 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão CJF nº 0178-11/06, às fls. 87 a 89;

2 - à fl. 101, cópia do Auto de Infração nº 128984.0705/05-0, referente (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0169-05/05, às fls.

3 - à fl. 157, cópia do Auto de Infração nº 269130.1005/05-5, referente à Nota Fiscal nº 0032 à fl. 167 (trigo), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0118-02/07, às fls. 252 a 255;

4 - à fl. 267, cópia do Auto de Infração nº 088502.1030/05-7, referente à operação com as Notas Fiscais nºs 2573, à fl. 273, e 60, à fl. 276 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0197-01/07, às fls. 329 a 331;

5 - à fl. 343, cópia do Auto de Infração nº 269130.0128/06-4, referente à operação com a Nota Fiscal nº 2484, e 2488, à fl. 352 (volume II, trigo em grãos), entre outras, julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0202-01/06, às fls. 387 e 388;

6- à fl. 398, cópia do Auto de Infração nº 299164.0413/06-6, referente à Nota Fiscal nº 012975, à fl. 405 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0293-02/06, às fls. 437 a 439;

7 - à fl. 449, cópia do Auto de Infração nº 232893.0733/06-1, referente à Nota Fiscal nº 12979 à fl. 458 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0175-02/07, às fls. 481 e 482;

8 - à fl. 494, cópia do Auto de Infração nº 269130.0309/06-9, referente à Nota Fiscal nº 14 à fl. 500 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão CJF nº 0053-11/07, às fls. 571 a 574;

9 - à fl. 583, cópia do Auto de Infração nº 232893.0521/06-4, referente à Nota Fiscal nº 471 à fl. 595 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0315-03/06, às fls. 642 a 644;

10 - à fl. 657, cópia do Auto de Infração nº 299164.0517/06-6, referente à Nota Fiscal nº 469 à fl. 669 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0328-05/06, às fls. 714 e 715 (volume III);

11- à fl. 727, cópia do Auto de Infração nº 299164.0606/06-9, referente às Notas Fiscais nºs 596356 e 596354, respectivamente às fls. 736 e 737 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão CJF nº 0091-11/07, às fls. 786 a 788;

12 - à fl. 797, cópia do Auto de Infração nº 232893.0627/06-7, referente à Nota Fiscal nº 493 à fl. 805 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão CJF nº 0053-11/07, às fls. 848 a 851;

13 - à fl. 869, cópia do Auto de Infração nº 232893.0739/06-0, referente à Nota Fiscal nº 498 à fl. 880 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0196-03/07, às fls. 892 a 895;

14 - à fl. 905, cópia do Auto de Infração nº 298924.0808/05-3, referente à Nota Fiscal nº 001 à fl. 913 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0003-02/08, às fls. 945 a 947;

15 - à fl. 956, cópia do Auto de Infração nº 269133.0819/06-5, referente às Notas Fiscais nºs 1121, 1088 e 1093, respectivamente às fls. 968, 973 e 978 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0152-02/07, às fls. 1.010 a 1.012;

16 - à fl. 1.021, cópia do Auto de Infração nº 298924.0919/06-8, referente à Nota Fiscal nº 1207 e 1122, respectivamente às fls. 1.032 e 1.035 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0183-03/07, às fls. 1.064 a 1.067 (volume IV).

17- à fl. 1.178, cópia do Auto de Infração nº 232893.0907/06-0, referente à Nota Fiscal nº 8508 à fl. 1.185 (trigo em grãos), julgado nulo pelo Acórdão JJF nº 0176-01/07, às fls. 1.208 a 1.210 (volume IV).

Às fls. 1148 a 1150 (volume IV) o sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 1551, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Alega que a autuação em comento exige ICMS na operação de entrada, neste Estado, de farinha de trigo procedente de Unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00, uma vez que o imposto não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria. Diz que a referida autuação utilizou como método de cálculo a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 22/05. A firma que esta INTI obriga as empresas que comprarem farinha de trigo de outros 1 Protocolo ICMS 46/00) a pagarem antecipadamente o ICMS (na entrada neste Estado), e que utilizem "como base de cálculo mínim

ICMS", os valores constantes no anexo I da IN 23/05. O contribuinte se insurge contra esta base de cálculo mínima, identificada como pauta fiscal. O contribuinte alega que, com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de Estados não-signatários do Protocolo 46/00, sem ter que se submeter às exigências da IN nº 23/05, mais especificamente ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, e que substituía o titular da 4ª Vara, deferiu medida liminar (anexada à fl. 1153) para determinar que o Estado da Bahia "se abstinha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias". Conclui pedindo pela improcedência da autuação, aduzindo estar acobertado por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública.

Às fls. 1157 e 1158 o autuante presta Informação Fiscal. Inicialmente discorre acerca da autuação e das alegações trazidas pelo contribuinte em sua defesa. Em seguida, alega que a única contestação ao lançamento é a utilização da pauta fiscal, para efeito de cálculo sobre Farinha de Trigo, tendo sido inclusive ajuizado Mandado de Segurança para que não fossem aplicados, na determinação da base de cálculo, os valores definidos na Instrução Normativa 23/05. Diz que a defesa apresentada pelo contribuinte está em descompasso com a ação fiscal realizada, pois o imposto foi reclamado sobre trigo em grãos, e foi utilizada base de cálculo formada com a aplicação da Margem de Valor Adicionado - MVA, prevista no Anexo 88 do RICMS/BA, conforme Demonstrativo de Antecipação Tributária (fl. 09). Conclui pedindo pela procedência do Auto de Infração.

À fl. 1162, diante da necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, e tendo em vista que não havia sido juntado aos autos o recibo do autuado comprovando que o mesmo recebera cópia dos demonstrativos de fls. 09 e 10, nem dos processos em que se baseou a autuação, acostados às fls. 11 a 1073, esta 3ª JJF converteu, em pauta suplementar, o PAF em diligência para que a INFRAZ intimasse o autuado para fornecer-lhe cópia das fls. 11 a 1073 e daquela diligência, bem como fosse reaberto o prazo de trinta dias, a contar da data do recebimento daqueles documentos, para que o autuado apresentasse nova impugnação ao lançamento fiscal.

À fl. 1163 está acostada intimação do contribuinte com sua respectiva ciência.

À fl. 1166, considerando o não cumprimento da totalidade do quanto determinado na Diligência de fl. 1162, e da necessidade de garantir o direito da ampla defesa do sujeito passivo; tendo em vista, ainda, que não fora juntado aos autos o recibo do autuado comprovando que o mesmo recebera cópia dos demonstrativos de fls. 09 e 10, nem dos processos em que se baseou a autuação, acostados às fls. 11 a 1073, esta 3ª JJF converteu novamente o PAF em diligência, para que a INFRAZ de origem também fornecesse ao contribuinte cópia das fls. 09 a 1073.

À fl. 1172 fica comprovado que a diligência fora cumprida, porém o contribuinte não se manifestou.

Às fls. 1174 a 1176, considerando que não constava, nestes autos, documento relativo ao mencionado Auto de Infração nº 232893.0907/06-0, a Nota Fiscal relacionada, nem o processo que lhe deu origem, na busca da verdade material e para garantir o direito de ampla defesa do contribuinte, esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, por converter o PAF em diligência, para que o autuante anexasse a este processo cópia do Auto de Infração nº 232893.0907/06-0, do PAF correspondente e da Nota Fiscal nº 8508, emitida em 24/08/2006, relativa a trigo em grãos, com diferença de ICMS a recolher mencionada de R\$5.093,69. E que, se caso não fosse possível proceder a esta anexação, o autuante elaborasse novo demonstrativo com a exclusão do montante de imposto relativo à operação que Fiscal nº 8508. E para que a INFRAZ de origem fornecesse ao autuado

a este processo, com comprovação da relação jurídica do signatário com o autuado, cópia daquela Diligência e dos novos documentos anexados pelo autuante em seu atendimento, bem como reabrisse o prazo de defesa de trinta dias, a contar da data do recebimento destes documentos.

À fl. 1177 o autuante informa que juntou aos autos os documentos solicitados na diligência às fls. 1178 a 1217.

Cumprida a Diligência pela INFRAZ de origem, tendo sido reaberto o prazo de defesa do contribuinte ao lhe ser entregue a documentação conforme solicitado por esta 3^a JJF, o sujeito passivo manteve-se silente, consoante documentos de fls. 1.218 a 1.221.

VOTO

Preliminarmente, verifico estarem presentes neste processo os seus pressupostos de validade, tendo o contribuinte recebido os demonstrativos atinentes à imputação e sido reaberto, por duas vezes, por determinação desta 3^a JJF, o prazo para apresentação de impugnação.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigência da diferença do ICMS recolhido a menos pelo autuado, na qualidade de contribuinte substituto, referente a trigo em grãos, mercadoria sujeita ao regime da antecipação tributária, adquirida em outra Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

A descrição dos fatos à fl. 01 do Auto de Infração cita que a presente autuação é o refazimento de dezesseis ações fiscais que resultaram em decisões por sua nulidade, tendo sido recomendado novo procedimento fiscal. As cópias dos processos relativos aos dezesseis Autos de Infração mencionados no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração encontram-se neste processo, conforme discriminado no Relatório que antecede este voto, e foram entregues ao autuado.

Inicialmente observo que, quanto à aplicação da liminar mencionada pelo sujeito passivo, referente a farinha de trigo, a ação fiscal não a contraria, posto que aquela liminar apenas vedava a cobrança de ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo ao contribuinte o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, e tal liminar foi respeitada pelo agente fiscal, consoante levantamento à fl. 09, no qual demonstrado que está sendo exigido o imposto pela aquisição da mercadoria trigo em grãos, sob regime de substituição tributária, utilizando-se o valor da mercadoria constante em cada documento fiscal de aquisição, acrescido de Margem de Valor Adicionado – MVA no percentual de 94,12%, percentual este previsto no artigo 506-A, § 2º, inciso I, do RICMS/BA, e no item 12.1 do Anexo 88 do mesmo Regulamento.

Assim, na determinação da base de cálculo do presente lançamento de ofício não foi utilizado valor previsto em pauta fiscal para a mercadoria farinha de trigo, que sequer é a mercadoria objeto das operações que ensejaram a presente ação fiscal.

Assinalo inclusive, por oportunidade, que a mencionada liminar, embora ainda em vigor à data da autuação, foi suspensa pelo Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia, consoante decisão publicada às páginas 08 e 09 do caderno 01 do Diário Oficial do Estado da Bahia, de 04/06/2008.

A multa indicada pelo Fisco está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e nos termos do artigo 125, incisos I e III, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, estão excluídas da apreciação deste Conselho a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de dispositivo normativo em vigor.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho

unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298579.0011/08-2**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.340,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR