

A. I. N °. - 279804.0011/09-3
AUTUADO - F. GARCIA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO JORGE LIMA MOREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 21. 06. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0154-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA (FARINHA DE TRIGO) ENQUADRADA NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte tem regime especial, mantido mediante decisão judicial, para somente pagar o imposto após a entrada da mercadoria no estabelecimento, o que não foi comprovado pelo autuado. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 25/08/2009, foi atribuído ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento, no mês de fevereiro de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$43.999,70, acrescido de multa de 60%. Consta que a ação fiscal teve como base as seguintes Declarações de Importação sem comprovação do recolhimento do ICMS: 09/0134163-5, 09/0147673-5 e 09/0152979-0, em relação às quais o contribuinte não recolheu o ICMS após as mercadorias (farinha de trigo) entrarem no seu estabelecimento.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 71 a 76, solicitando, inicialmente, que, sob pena de nulidade, as intimações relativas ao feito sejam encaminhadas ao subscritor, com escritório na Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, salas 411 a 414, Caminho das Árvores, CEP 41.820-768, Salvador – Bahia. Utiliza-se da decisão concernente ao processo n°. 897.085, do STJ – Superior Tribunal de Justiça, para afirmar que havendo pedido expresso, a intimação somente poderá ser feita em nome do advogado mencionado.

Suscita como preliminar de nulidade, que o Auto de Infração, decorrente de fiscalização em estabelecimento, foi lavrado sem o Termo de Início de Fiscalização, que sequer foi submetido ao profissional que subscreve a defesa. Aduz que de acordo com o art. 28, inciso I do RPAF/BA, a ação fiscal deve ser precedida do citado termo de início, que, a teor do seu § 1º, tem a validade de 90 dias, não se enquadrando nas hipóteses de exceção estabelecidas para sua dispensa, aludidas no art. 29 do mesmo diploma regulamentar. Nesse sentido, transcreve as ementas emanadas do CONSEF/BA, relativas aos Acórdãos JJF n°. 0219-01/03 e 0026-04/09.

Quanto ao mérito, alega ter impetrado mandado de segurança perante a 10ª Vara da Fazenda Pública Estadual, contra ato do Diretor da DITRI/SEFAZ-BA, acerca de acusação fiscal, quando demonstrou que essa autoridade ordenara pedido de enquadramento no regime especial de recolhimento

farinha de trigo, estabelecido no art. 3º do Decreto Estadual nº. 7.909/01. Realça que a decisão lhe foi favorável, tendo sido determinada a reintegração do impugnante no regime especial de dilação do prazo de pagamento do imposto, posição que foi mantida em segunda instância (fls. 33 e 34).

Assim, repete os argumentos já acolhidos pelo Judiciário, sustentando que as leis em geral, principalmente as leis tributárias, não devem atingir fatos pretéritos, somente podendo retroagir quando forem expressamente interpretativas e não resultarem na aplicação de penalidade. Insurge-se contra a aplicação do Decreto nº 7.947/2001 de forma retroativa, realçando que não haveria segurança para aqueles que travassem relações tributárias com o Estado, uma vez que a qualquer momento poderia advir um decreto novo, mudando as regras de pagamento dos impostos. Salienta que o enquadramento no regime especial de recolhimento não é um ato discricionário da Administração Pública.

Protesta contra a base de cálculo utilizada no levantamento fiscal, frisando que não foi seguida a diretriz contida no transcrito art. 506-A, § 2º, inciso II do RICMS/BA, o qual foi citado no demonstrativo sintético, porém não prevê que o ICMS seja agregado na apuração, procedimento adotado pelo autuante.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 80 a 82, salientando que as alegações de nulidade arguidas pelo autuado não procedem, em primeiro lugar porque o impugnante não observou que às fls. 06 e 07 constam o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Intimação Fiscal, este assinado pelo contador do contribuinte. Quanto ao método de apuração do imposto, realça que está de acordo com o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA.

Quanto à argumentação de que a SEFAZ/BA não pode negar ao contribuinte o direito concernente ao regime especial, aduz que a autuação decorreu da entrada de mercadorias no estabelecimento conforme guias de liberação de mercadorias sem o pagamento do ICMS e notas fiscais anexadas aos autos. Para tanto, se encontram acostadas, também, cópias dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, além da relação de pagamentos do contribuinte no ano de 2009 (fl. 60), que comprovam que o impugnante não recolheu o tributo sobre tais mercadorias, após a entrada em seu estabelecimento, conforme determina o Mandado de Segurança que possui. Assevera que as alegações defensivas são infundadas, visando protelar o processo.

Mantém a ação fiscal e sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Tratarei, inicialmente, a respeito da questão preliminar suscitada pelo impugnante, que correspondeu à alegação que o Auto de Infração seria nulo porque tendo sido lavrado em decorrência de fiscalização de estabelecimento, se apresentava sem o indispensável Termo de Início da Fiscalização. Rejeito essa pretensão, haja vista que além do fato desse termo não ser indispensável, pois de acordo com o inciso II do art. 28 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, a emissão do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais dispensa a sua lavratura, esses dois termos se fazem presentes às fls. 06 e 06-A, constando nesse último, inclusive, a ciência de preposto do contribuinte, que declarou em 24/07/2009 ter recebido cópia desse documento.

No que se refere às decisões deste CONSEF mencionadas pela defesa, observo que se reportam a situações nas quais efetivamente não foram emitidos os competentes termos, o que não se verifica no presente caso.

Além disso, constato que o lançamento de ofício se encontra reve nele estando determinados o contribuinte, o autuado, o montante de

da infração apurada, tendo sido concedidas ao contribuinte as condições necessárias para que ele exercesse plenamente o contraditório e fizesse uso do seu direito de ampla defesa. Portanto, não estando presentes os motivos elencados na legislação, inclusive nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, afasto as preliminares de nulidade requeridas.

No mérito, verifico que por meio do Auto de Infração foi exigido ICMS em razão de o contribuinte ter deixado de recolher o imposto devido pelas importações tributáveis, após a entrada das mercadorias (farinha de trigo) em seu estabelecimento.

Ao se insurgiu contra a exigência tributária, o autuado reprisou alegações já anteriormente utilizadas em relação a diversos lançamentos de ofício que exigiam ICMS por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro, de mercadorias importadas do exterior, relativamente à mercadoria em questão, cujo importador se encontra estabelecido no Estado da Bahia. Em tais casos, as decisões do CONSEF foram pela nulidade, tendo em vista a existência de decisão judicial liminar obtida pelo contribuinte no Mandado de Segurança de nº 8481071/01, contra a Secretaria Estadual da Fazenda, para que o contribuinte pudesse recolher o tributo decorrente da importação, conforme estabelecido no art. 3º do Decreto nº. 7.909/01, decisão mantida na segunda instância do Tribunal de Justiça, que chancelou a decisão favorável ao impugnante, para que fosse mantido o prazo especial para recolhimento do ICMS na importação. Realço que atualmente a questão está sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, através de Recurso Extraordinário impetrado pela Fazenda Pública Estadual.

Acontece que a questão em lide não tem relação com a situação acima descrita e aventada pelo contribuinte. Saliento que, de forma contrária, trata-se exatamente da constatação pelo fisco de que o autuado deixou de recolher o imposto devido pelas importações no momento por ele pleiteado e deferido pelo Poder Judiciário, ou seja, de recolher o ICMS decorrente das importações não no momento do desembaraço aduaneiro, como pretendia a Fazenda Pública, mas no prazo previsto no art. 3º do Decreto Estadual nº. 7.909/2001, isto é até o décimo dia após o encerramento de cada quinzena do mês em que ocorreu a entrada da mercadoria.

E foi por esta razão que por meio do presente lançamento se exigiu o ICMS devido nas importações efetuadas pelo contribuinte sem o recolhimento no imposto devido após o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento, conforme se encontra plenamente demonstrado nos autos.

Quanto à alegação defensiva de que no demonstrativo sintético elaborado pela fiscalização teria sido utilizado método inadequado, uma vez que o ICMS foi agregado na apuração da base de cálculo, ressalto que no mencionado demonstrativo (fl. 08) é citado o art. 506-A, § 2º, inciso II do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, que determina a forma de apuração do tributo. Ressalto que esse dispositivo, que reproduzo abaixo, prevê a apuração do imposto mediante aplicação de MVA (margem de valor adicionado), desde que não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, definida com base no Protocolo ICMS nº. 26/92. Neste caso, o demonstrativo elaborado pelo autuante comprova o acerto na apuração do tributo exigido.

“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

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), 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.”

Conforme definido nesse dispositivo legal, para a cobrança do imposto sobre a farinha de trigo, deve ser efetuada a apuração da base de cálculo utilizando-se a MVA de 76,48% sobre o valor da operação própria, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, 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. Deste modo, o ICMS foi apurado com base na utilização da MVA, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, seguindo a determinação regulamentar.

Após tais colocações, visando destacar que o posicionamento contrário à incorporação do valor do ICMS à base de cálculo não tem sustentação, faz-se necessário salientar as determinações da legislação tributária vigente. A Constituição Federal não desce ao detalhe quanto à forma de cálculo do ICMS, reservando este procedimento à legislação infraconstitucional.

Neste sentido determina a Lei Complementar 87/96:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é

.....

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;”

Sob a orientação da Lei Complementar, a Bahia editou a Lei nº. 7.014/96. A base de cálculo do ICMS, sobre a matéria em questão, está regulamentada em seu art. 17, § 1º, que determina expressamente a inclusão do ICMS na formação de sua própria base de cálculo. Por sua vez, esse ditame se encontra delineado no art. 52 do RICMS/BA.

Por meio dessa análise, resta claro que o ICMS é um imposto “por dentro”, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, ao contrário do IPI, sendo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Em vista deste comentário, constata-se que na base de cálculo do ICMS, imposto indireto, deve ser acrescido o seu próprio montante para apuração do seu valor. Portanto, concluo pela subsistência da autuação fiscal.

Quanto ao pedido do autuado para que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas em nome de seu representante legal, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda em unanidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2798/GARÇIA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCI

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.999,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR