

PROCESSO - A. I. Nº 293873.1012/09-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0339-03/10
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0185-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Deve ser declarada nula a Decisão recorrida, tendo em vista que não ocorreram, no presente PAF, as nulidades apontadas pela JJF. O lançamento de ofício foi efetuado pela fiscalização de estabelecimentos em decorrência de refazimento de lançamentos de ofício anteriormente julgados nulos por este CONSEF. A Decisão recorrida foi motivada por uma falta de compreensão e melhor análise das provas dos autos. Modificada a Decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância para nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, em razão de ter julgado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir o ICMS em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Mês de julho/2005. ICMS no valor de R\$11.155,96

INFRAÇÃO 2 - Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Exercício de 2005 – meses de junho, julho e outubro. ICMS no valor de R\$18.748,48

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 aproximadamente 480 Processos Administrativos Fiscais – PAFs para o período fiscalizado de 2004 a 2009. Que no presente Auto de Infração estão sendo refeitos os Autos de Infração ali enumerados. Que foi 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, no presente Auto de Infração, o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação, ou efetuou a menos o recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referentemente às aquisições de trigo em grãos e de farinha de trigo.

Às fls. 08 a 11, o Fisco acosta planilhas com resumo de dados dos Autos de Infração refeitos. Às fls. 14 a 333, cópias dos Processos Administrativos Fiscais – PAFs relativos a estes Autos de Infração.

O sujeito passivo impugnou o lançamento de ofício, suscitando a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a Fiscalização entendeu como devido o ICMS incidente sobre operações de aquisição de farinha de trigo e de trigo em grãos de estabelecimentos situados no Paraná, Estado-membro não signatário do Protocolo CONFAZ ICMS 46/00, sendo tais operações regidas, atualmente, pelo artigo 506-A e seguintes do RICMS/BA, 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 tais mercadorias. Prossegue dizendo que, nesses casos, a base de cálculo da antecipação tributária, tratando-se de recebimento de trigo em grão, deve ser o 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%, ou, 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%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos de base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS 26/92.

O contribuinte aduziu que o Fisco 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 a ele, impugnante, a qualificação de substituto tributária dos fatos geradores anteriores à aquisição da farinha de trigo, operações estas efetuadas por terceiros. Que, conforme disposto no artigo 506-A do RICMS/BA, sua responsabilidade limita-se à antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subsequentes com as mercadorias. 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.

O sujeito passivo alegou, ainda, que o Fisco lançou o ICMS como se a mercadoria fosse farinha de trigo especial, sem a necessária demonstração desta característica, com valor sabidamente maior pela pauta fiscal, e que o Fisco não fez referência a este fato, o que enfraquece o lançamento efetuado.

A autuante prestou a sua Informação Fiscal, inicialmente resumindo os termos defensivos e, em seguida, aduzindo que, conforme artigo 506-A do RICMS/BA, 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 46/00, a responsabilidade pela antecipação do imposto.

Disse que a base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida o mencionado artigo 506-A corresponderá:

- a) tratando-se de recebimento de trigo em grão, ao valor da aquisição ou de recebimento de 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%;
- b) tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, ao valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescidos 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%, desde

que 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 26/92.

Prosseguiu alegando que o contribuinte efetua operação triangular em que adquire trigo em grãos em outra Unidade da Federação, remete para industrialização no moinho situado em outro Estado e o produto obtido desta industrialização, posteriormente, é enviado ao Estado da Bahia, na forma de farinha de trigo ou mistura para farinha de trigo.

Ressaltou que a justificativa do autuado, de que a substituição só ocorreria na entrada do produto industrializado no Estado da Bahia, não procede, uma vez que este produto sequer poderia entrar no Estado, visto que a venda do produto industrializado poderia ocorrer em qualquer momento, inclusive sem a circulação física no Estado da Bahia. Ressalta que, conforme artigo 2º, inciso VI, do RICMS/BA, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS: *“como tendo entrado e saído do estabelecimento do contribuinte que transmitir a propriedade de mercadoria ou bem adquiridos do País ou de título que os represente, nas vendas à ordem, quando a mercadoria ou bem não transitar pelo estabelecimento do transmitente. Logo, foi considerada a operação no momento da venda para o contribuinte e a remessa por conta e ordem para o estabelecimento industrializador”*.

Por fim, afirmou que, diferentemente do alegado pelo contribuinte, foram considerados todos os pagamentos vinculados à nota fiscal de compra do trigo em grãos. Concluiu pedindo a procedência do Auto de Infração.

Considerando que os papéis de trabalho, que serviram para exigência fiscal, não estavam assinados pelo representante do Fisco, e também não constava, nos autos deste processo, comprovante do recebimento, pelo contribuinte, dos documentos acostados ao PAF, a 3ª JF converteu o processo em diligência à INFAZ de origem para que a autuante assinasse todos os demonstrativos e fornecesse ao autuado cópia dos documentos de fls. 08 a 11 e de fls. 14 a 363; da informação fiscal de fls. 380 a 382, e daquela diligência, reabrindo o prazo de impugnação ao lançamento fiscal. À fl. 391 restou comprovado que a diligência foi cumprida, porém o contribuinte não se manifestou, conforme despacho administrativo de fls. 393.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade do lançamento de ofício inicialmente salientando que *“o lançamento de ofício baseia-se na documentação que lastreou os Autos de Infração cujas cópias dos processos administrativos fiscais estão acostadas às fls. 14 a 3633, e cujas apurações de débitos originam-se do ICMS reclamado sobre a soma do valor agregado decorrente de industrialização de trigo, já transformado em farinha de trigo, com o valor do produto trigo, em retorno simbólico após sua industrialização, e despesas.”*

Prosseguiu a Primeira Instância aludindo que *“não está sendo exigido neste PAF apenas imposto sobre operações de aquisição de farinha de trigo para comercialização, sobre cujo valor poderia ser exigido o imposto sobre antecipação, base da imputação. Aos autos deste processo estão anexadas notas fiscais referentes a operação triangular, que descrevem retorno simbólico de trigo em grãos e valor agregado ao mesmo a partir de seu processo de industrialização, cujo produto resultante é farinha de trigo. Em relação ao trigo em grãos, adquirido em momento anterior ao da presente ação fiscal, a fiscalização dever-se-ia dar no estabelecimento do adquirente, uma vez que, no momento da ação fiscal, o mesmo já estava transformado em farinha de trigo. Portanto, os documentos constantes no processo não demonstram, de forma clara, sobre que produto, e valor de operação, deveria incidir a exigência de imposto, no momento da ação fiscal em foco.”*

Finalmente, concluiu que *“os documentos fiscais relativos às operações de retorno de mercadorias remetidas para industrialização, com suspensão do imposto, e demais documentos já utilizados para a lavratura dos Autos de Infração julgados nulos, são insuficientes para fundamentar as acusações fiscais, sem que haja uma análise da totalidade das operações*

envolvendo as mercadorias objeto das imputações” e que “caberia à fiscalização ter realizado uma nova auditoria no estabelecimento, utilizando os dados dos documentos e livros fisco-contábeis da empresa”.

Mencionou o número de diversos acórdãos exarados por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal e, entendendo que não havia certeza quanto ao cometimento imputado ao contribuinte, deveria ser julgado nulo o presente Auto de Infração, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, representando à autoridade competente para que fosse instaurado novo procedimento fiscal a salvo de incorreções.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Às fls.408, foi acostada uma petição da autuante solicitando a reforma da Decisão da 1ª Instância, argumentando que houve um equívoco no entendimento dos julgadores de que a empresa teria sido autuada no trânsito de mercadorias, quando, em verdade, houve uma fiscalização no estabelecimento do contribuinte, conforme os documentos que juntou aos autos.

VOTO

De logo, considero que merece reforma a Decisão recorrida, que, acredito, foi exarada por não terem sido devidamente analisados os documentos que compõem o presente lançamento de ofício, consoante se verá a seguir.

Como mencionado na Descrição dos fatos, inserido no Auto de Infração, este Auto de Infração foi lavrado no estabelecimento do contribuinte, em cumprimento à O.S. nº 513275/09, fl. 06, em razão de terem sido anulados, anteriormente, outros lançamentos de ofício que haviam sido feitos no trânsito de mercadorias. Para isso, a autuante anexou ao PAF fotocópias dos autos de infração, os documentos fiscais, dos Pareceres da PGE/PROFIS e dos acórdãos exarados pelo Conselho de Fazenda Estadual (consoante os documentos de fls. 15 a 363 dos autos).

Às fls. 08 a 11, a agente fiscal elaborou diversos demonstrativos (um para cada Auto de Infração julgado nulo), relacionando as notas fiscais, o tipo de mercadoria vendida ao autuado e entrada em seu estabelecimento (farinha de trigo ou trigo em grãos), a quantidade, o preço unitário, o valor do frete (quando foi localizado o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC), a MVA correspondente à mercadoria ou a pauta fiscal (a depender se foi trigo em grãos ou farinha de trigo), a base de cálculo da antecipação tributária e o ICMS correspondente, à alíquota de 17%. Do valor encontrado, deduziu o valor destacado na nota fiscal e no CTRC (como crédito) e o valor do ICMS recolhido pela empresa (de acordo com o DAE), apurando, finalmente, o débito a recolher.

Para formar meu convencimento, examinei todos os elementos apresentados nos autos, chegando à conclusão de que os documentos fiscais de simples remessa e de remessa para industrialização somente foram acostados pela autuante para melhor esclarecimento dos fatos, porém, em nenhum momento, foram usados para calcular o imposto lançado neste Auto de Infração.

Para melhor entendimento do trabalho fiscal, convém trazer os cálculos relativos ao Auto de Infração nº 269130.1004/05-9 (fls. 08 e 80 a 131), que foi refeito por ter sido julgado nulo:

Verifiquei que foi cobrado, na presente autuação, o ICMS no montante de R\$2.125,97, no mês de outubro de 2005, concernente à nota fiscal de produtor estabelecido no Paraná, nº 45306, emitida em 07/10/2005 (fl. 85), e destinada (por **venda**) ao contribuinte autuado. Consta, na referida nota fiscal, que foram vendidos ao recorrido 42.860 quilos de trigo em grãos ao preço total de R\$13.286,60, tendo sido destacado o imposto no valor de R\$930,06.

A autuante, então, acresceu ao valor da nota fiscal a MVA de 94,12% (relativa a trigo em grãos, segundo o artigo 506-A do RICMS/97), perfazendo uma base de cálculo de R\$25.791,95. Calculou o

ICMS (17%) no montante de R\$4.384,63 e deduziu o crédito de R\$930,06 (imposto destacado na nota fiscal) e o ICMS recolhido no valor de R\$1.328,60. No final, apurou um valor a recolher de R\$2.125,97, que foi lançado na infração 2 do Auto de Infração (fato gerador de 31/10/05).

Assim, pode-se perceber que o trabalho fiscal encontra-se perfeitamente demonstrado e o imposto foi apurado de acordo com a legislação vigente, não havendo que se falar em nulidade “por incerteza” na autuação.

A alegação trazida pelo recorrido na impugnação, de que a fiscalização está exigindo o tributo antes da entrada em seu estabelecimento é impertinente, uma vez que a ação fiscal foi levada a efeito pela fiscalização de estabelecimentos, após a expedição de Ordem de Serviço para tal mister e a falha processual detectada pela Junta de Julgamento Fiscal – falta de assinatura dos papéis de trabalho e não entrega dos demonstrativos e documentos ao contribuinte foi devidamente saneada por meio de diligência, reabrindo-se o prazo de defesa do qual não se utilizou o contribuinte para se manifestar (fls. 391 a 393).

Por tudo quanto foi exposto, meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para declarar NULA a Decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para que seja proferido novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 293873.1012/09-2, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS