

A. I. Nº - 293873.2203/10-0
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NÉRI
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR, COM SEGURANÇA, A INFRAÇÃO E O VALOR DA OPERAÇÃO. 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. Caberia à fiscalização ter realizado uma nova auditoria no estabelecimento, utilizando os dados dos documentos e livros fisco-contábeis da empresa. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor das operações. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/03/2010 para exigir ICMS no valor de R\$35.083,32, acrescido da multa de 60%, em razão de duas imputações.

Infração 01. 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. Demonstrativo à fl. 07. ICMS no valor de R\$4.514,40.

Infração 02. 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 - mês de outubro; exercício de 2006 - meses de janeiro a março, maio e junho. Demonstrativos às fls. 07 a 10. ICMS no valor de R\$30.568,92.

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. 06 a 11, o Fisco acosta planilhas com resumo de dados dos Autos de Infração refeitos. Às fls. 12 a 333, cópias dos Processos Administrativos Fiscais – PAFs relativos a estes Autos de Infração. Às fls. 334 e 335, Intimação e Aviso de Recebimento – AR expedido pelos correios, indicando que toda a documentação relativa ao Auto de Infração em ora lide foi entregue ao sujeito passivo.

Às fls. 337 a 341 o sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 342, 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.

Argüi a nulidade do Auto de Infração expondo 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”.

Que trata-se de lançamento referente 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 nº 46/00, sendo tais mercadorias 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 nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subsequentes com tais mercadorias, sendo a base de cálculo da antecipação tributária correspondente, tratando-se de recebimento de trigo em grão, ao 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 nº 26/92.

O contribuinte prossegue expondo 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 a 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 aduz inferir que o Fisco lançou o ICMS como se a mercadoria fosse farinha de trigo especial, sem a necessária demonstração desta característica. Que não é possível aferir-se a real qualidade da farinha de trigo, mas que a base de cálculo foi tomada como se esta fosse farinha de trigo especial, com valor sabidamente maior pela pauta fiscal, e que o Fisco não fez referência a este fato, o que enfraquece o lançamento efetuado.

Conclui requerendo o julgamento pela nulidade da autuação, por inexistirem elementos que determinassem, com segurança, a infração à legislação tributária.

Às fls. 348 a 350 a autuante presta Informação Fiscal inicialmente resumindo os termos defensivos e, em seguida, aduzindo que, com relação às imputações 01 e 02, 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 nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do imposto.

Que a base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida o mencionado artigo 506-A corresponderá, 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%; 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 nº 26/92.

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

A representante do Fisco afirma que, com relação à alegação de que foi utilizado o valor da farinha de trigo especial, vale ressaltar que foi considerado o valor da farinha de trigo comum, conforme tabela constante na Instrução Normativa nº 23/05, vigente no período relativo às notas fiscais constantes neste Auto de Infração, que anexa ao PAF.

A autuante conclui pedindo pela procedência do Auto de Infração.

Às fls. 357 e 358, considerando, dentre outros pontos, que consta na descrição dos fatos que foi procedido o refazimento de dez Autos de Infração julgados nulos por este CONSEF; que às fls. 07 a 11 o Fisco acosta planilhas com resumo de dados dos Autos de Infração refeitos, e às fls. 13 a 333, cópias dos Processos Administrativos Fiscais – PAFs relativos a estes Autos de Infração. Considerando que não constava, nos autos deste processo, comprovante do recebimento, pelo contribuinte, dos documentos de fls. 07 a 11, e de fls. 13 a 333, esta 3ª Junta deliberou, em pauta suplementar, pela conversão do processo em diligência à INFAZ de origem para que esta fornecesse ao autuado cópia dos documentos de fls. 07 a 11, e de fls. 13 a 333; da informação fiscal de fls. 348 a 350, e daquela Diligência, reabrindo o prazo de impugnação ao lançamento fiscal.

À fl. 360 fica comprovado que a diligência fora cumprida, porém o contribuinte não se manifestou, conforme despacho administrativo de fls. 362, encaminhando o processo para julgamento.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigência de ICMS não recolhido, e recolhido a menos, pelo autuado, na qualidade de contribuinte substituto, referente a trigo em grãos, e a farinha de trigo, mercadoria sujeita ao regime da antecipação tributária, adquirida em outra Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

Da análise das peças processuais, inclusive do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, às fls. 06 a 11 dos autos, verifico 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. 12 a 333, 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.

Assim, 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 desta 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.

Assinalo 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. Caberia à fiscalização ter realizado uma nova auditoria no estabelecimento, utilizando os dados dos documentos e livros fisco-contábeis da empresa.

Assinalo que este entendimento vem sendo seguidamente esposado pela segunda instância de julgamento deste Conselho de Fazenda, a exemplo do teor dos Acordãos CJF nº 0111-11/08, 0114-11/08, 0115-11/08, 0121-12/08, 0124-11/08, 0129-12/08, 0163-11/08, 0182-12/08, 0216-11/08, 0217-11/08, dentre outros.

Conforme disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Por todos os motivos elencados, inexistindo, nos autos, elementos que determinem, com clareza, o cometimento imputado ao sujeito passivo do lançamento fiscal, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e represento à autoridade competente para que seja instaurado novo procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, para verificação da regularidade do recolhimento de ICMS referente às operações objeto do presente Auto de Infração, a salvo de incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **293873.2203/10-0**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**.

Representa-se à autoridade competente para que seja instaurado novo procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, para verificação da regularidade do recolhimento de ICMS referente às operações objeto do presente Auto de Infração, a salvo de incorreções.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR