

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0518/06-9
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0349-03/06
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 13/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0065-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A defesa administrativa não impugnou o mérito da autuação, por entender que a questão é objeto de discussão no âmbito do Poder Judiciário. O lançamento do crédito tributário foi feito em conformidade com o que determina o Mandado de Segurança interposto. Mantido o lançamento do crédito tributário. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 45/49 interposto contra Decisão que condenou a Apelante ao pagamento do ICMS no valor de R\$ 3.831,31 acrescido dos acessórios previstos na legislação.

A acusação, versa sobre não recolhimento de ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, sendo que o destinatário não possui regime especial, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 088444.0519/06-5, juntado à fl. 05.

Em sua impugnação, ratifica o autuado a acusação, aduzindo ainda que o exator se valeu da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 que obriga as empresas adquirentes de farinha de trigo em outros Estados, não-signatários do Protocolo ICMS nº 46/00, a efetuar o pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, utilizando como base de cálculo mínima os valores constantes no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05.

Assenta que foi deferida em seu favor liminar em ação de segurança, às fl. 22, para que a Administração Tributária *“se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN Nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”*.

Ante os termos da medida liminar, pugna pela Improcedência da demanda fiscal.

Na réplica fiscal às fls. 29/31, sustenta que a autuação não tomou como referência a pauta fiscal, assegurando o exator que o autuado recolheu com insuficiência o ICMS pelo regime da antecipação. Confirma o recolhimento espontâneo de R\$ 1.920,00.

Alude à medida liminar deferida em ação de segurança, afirmando, contudo, que a autuação não colide com os termos do provimento judicial, pois para a definição da base de cálculo apurada na autuação foi considerada a MVA prevista no Anexo 88 sobre o valor da operação, que é prevista no art. 61, II, do RICMS/BA. Portanto, o ICMS recolhido não corresponde ao imposto calculado do ICMS-ST e sim o do ICMS antecipação parcial.

Entende, ademais, que o autuado teria renunciado à instância administrativa ao instaurar a instância judicial.

A JJF refuta a alegação de utilização da pauta fiscal na liquidação do ICMS devido, sustentando que o crédito tributário decorre do regime da antecipação tributária aplicável à farinha de trigo comercializada com Estado Federado não signatário do Protocolo nº 46/00, tomando-se como referência de apuração da base impositiva o valor real da mercadoria e do serviço de transporte constantes da nota fiscal de número 282 e CTRC número 265 às fls. 7/8.

Esclarece “que foi adicionado ao valor real das mercadorias, a MVA de 76,48% prevista no RICMS/BA (art. 371, 506-A e Anexo 88), na apuração do ICMS substituto, que corresponde ao imposto que deveria ser pago na operação de comercialização subsequente da mercadoria, deduzindo do imposto apurado o valor do ICMS destacado na nota fiscal, do CTRC e o que foi recolhido pelo impugnante conforme cópia do DAE juntado à fl. 9.”

Certifica que o exator cumpriu os termos da liminar, pois adotou como base impositiva o valor real das mercadorias, em consonância com a regra geral da substituição. Conclui, assim, que o próprio autuado descumprira os termos da autuação.

Entende, ainda, autorizada a exigência ora em voga, eis que o art. 371 do RICMS/BA estabelece “que não havendo Convênio ou Protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento, que no seu § único, II diz que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situados neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G.”

Respalda sua inteligência também no artigo 506-A, § 2º do RICMS/BA/97, o qual define a base de cálculo para operações com farinha de trigo como sendo “o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores de seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se a MVA de 76,48%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolo nºs 26/92 e 46/00)”.

Adiante, faz abordagem sobre os fatos, observando que “nos documentos acostados às fls. 7 e 8, o estabelecimento autuado adquiriu 800 sacos de Farinha de Trigo, conforme Nota Fiscal nº 282 ao preço unitário de R\$24,00 cada saco. Com a adição da MVA de 76,48% prevista no item 12 do Anexo 88 do RICMS, ao custo indicado nos documentos fiscais de R\$24,00 por saco de Farinha de Trigo, resulta em valor de R\$42,35 que é menor do que o fixado na pauta fiscal da IN 23/05 de R\$71,00 (Anexo I, código 27.01), devendo prevalecer no cálculo do ICMS por antecipação. Portanto, a base de cálculo do ICMS exigido por antecipação de acordo com os dispositivos indicados na autuação (art. 371, 355, 506-A do RICMS/97), em consonância com o Protocolo nº 46/00, no que tange a alíquota e base de cálculo, deve ser:

Base de Cálculo: 800 Sacos de Farinha de Trigo x R\$ 71,00.....	R\$56.800,00
ICMS devido: R\$ 56.800,00 x 17% (item 2.1 da IN 23/05).....	R\$9.656,00
Crédito Fiscal: R\$ 1.344,00 (NF fl. 7) + R\$ 406,28 (CTRC fl. 8)	(R\$1.750,28)
Valor apurado (2 – 3)	R\$7.905,72
Valor já recolhido (fl. 9)	(R\$1.920,00)
Valor devido (2 – 3)	R\$5.985,72”

Saliento que os artigos 1º e 2º do RPAF/BA, prevêem que o procedimento administrativo, através do qual se realizam a atividade e os fins da administração tributária, visando à aplicação ou à interpretação da legislação tributária estadual, está vinculada a leis complementares, convênios e outros atos normativos oriundos da administração tributária estadual, devendo na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo, atender aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva. Logo, o lançamento do crédito tributário, deve ser feito de acordo com o que prevê a legislação tributária do ICMS (princípio da legalidade objetiva).

Ao final, mantendo a autuação, recomenda a renovação da ação fiscal com vistas ao lançamento da diferença decorrente da insuficiência do recolhimento do ICMS de R\$ 2.154,41.

Irresignado com o teor da Decisão primária, avia o autuado o Recurso Voluntário de fls. 45/49, devolvendo as mesmas questões suscitadas na defesa, acrescidas da impugnação à cobrança de multa.

Retoma a alegação de utilização da pauta fiscal prevista na IN Nº 23/05, o que, segundo a perspectiva empresarial, estaria desautorizada pela liminar deferida em ação mandamental.

Invectiva contra a exigência de multa e acessórios, pois a conduta empresarial estaria amparada por provimento liminar concedido em mandado de segurança, obstaculizando, assim, a constituição em mora.

Pugna pela improcedência da autuação.

A d. Procuradoria, dignamente representada pela Dra. Paula Matos, opina às fls. 52/54, pelo Desprovemento do Recurso Voluntário.

Certifica que o lançamento adotou à guisa de base de cálculo o preço real das mercadorias, em consonância com o art. 506-A, do RICMS/97. Entende, assim, esvaziado este tópico da irresignação recursal.

No que toca à imposição dos acessórios em face de provimento liminar vigente, entende consumada a infração, pois teria o recorrente, ao recolher de forma insuficiente o ICMS, descumprida a legislação tributária, especialmente o artigo regulamentar 506-A, o qual se mantém em plena sintonia com o provimento liminar.

VOTO

A controvérsia gravita derredor da utilização ou não da pauta fiscal no lançamento do tributo, na vigência de provimento judicial liminar que impôs o valor real das mercadorias à guisa de base de cálculo. Em outra vertente ataca a injuridicidade da imposição de encargos moratórios na vigência de provimento liminar.

Ressumbra dos autos que a autuação liquidou o montante do crédito tributário a partir de base de cálculo prevista pela legislação, atendendo, portanto, à ordem liminar.

Assim sendo, o lançamento adotou como base imponible o valor real das mercadorias em consonância com a regra geral do regime da substituição tributária, gerando o esvaziamento do objeto da ação de segurança.

Entendo, assim, que restou caracterizado o tipo infracional, pelo que subsistente a autuação em todos os seus termos.

Mantenho a Decisão hostilizada, neste capítulo.

No que concerne ao capítulo da Decisão primária que manteve a condenação ao pagamento da multa, sustenta o recorrente sua oposição ao fundamento de que inexistente fato gerador para a aplicação da penalidade moratória, posto que ausente a mora em razão da conduta empresarial manter-se estritamente afinada com os termos da Decisão liminar exarada pela MM 4ª Vara da Fazenda Pública.

Controverte, desta forma, o direito da Administração lançar multa e consectários, ainda que no desiderato da prevenção da decadência, quando vigente liminar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

A JJF, ao arrostar esta vertente recursal, objetou que a multa encontra previsão na Lei nº 7014/96, em seu art. 42, não detendo competência para elidi-la ou reduzi-la. Mantém, assim, indene a autuação.

Entendo, também neste particular, que as razões recursais estão desvestidas de amparo das fontes jurídicas, '*data maxima venia*'.

Identificado o ato infracional, a Administração tem o poder-dever de proceder ao lançamento, sob pena de caracterização de falta funcional. Impede, desta forma, a consumação da decadência em desfavor do Estado.

Releva notar, ademais, que a improcedência do lançamento realizado para precatar-se dos efeitos da decadência, somente deve ser decretada na inequívoca hipótese da Decisão judicial, exarada em favor da tese empresarial, revestir-se das garantais da coisa julgada.

A Decisão liminar que embasa a tese empresarial é de natureza precária, sujeita à cassação e reforma, por isso deve a Administração proceder ao lançamento, inclusive, da multa e consectários. ‘In casu’, não se há de cogitar de suspensão da exigibilidade do crédito, eis que, como dito anteriormente, a atuação manteve-se dentro das estreitas balizas impostas pela ordem liminar.

A doutrina especializada não tergiversa no reconhecimento do poder-dever da Administração no lançamento do crédito tributário, inclusive multa, mesmo em face da suspensão da exigibilidade do crédito, conforme escólio de ALBERTO XAVIER, ‘in’ Do Lançamento Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, ed. Forense, 2ª edição, p. 428, ‘*verbis*’:

“...Nem o depósito, nem a liminar em Mandado de Segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.” (grifos adotados)

Nesta ordem de intelecção pontifica EDUARDO ARRUDA ALVIN, ‘in’ Mandado de Segurança no Direito Tributário, ‘*verbis*’:

“De outro lado, ocorrido o fato imponível, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento. Nem pelo fato de antes de se proceder ao lançamento, vir a obter o contribuinte do Judiciário proteção liminar em mandado de segurança, ou mesmo suspender por outro fundamento a exigibilidade do crédito tributário, isto inibe a autoridade administrativa de proceder ao lançamento.

(...)

O lançamento, em caso de tributos federais, não incluirá multa de ofício (art. 63 da Lei nº 9.460/96).”

Na jurisprudência, ‘*verbis*’:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL – DISCUSSÃO SIMULTÂNEA – INADMISSIBILIDADE – REALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO APÓS PROPOSITURA DA AÇÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE

*Processo Administrativo Fiscal – Opção pela via judicial – Possibilidade de discussão simultânea – Lançamento para prevenir efeitos decadenciais: A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento das autoridades administrativas sobre o mérito da tributação em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à Decisão definitiva do processo judicial. **Em tal caso, porém, a Fazenda não está inibida de proceder ao lançamento visando prevenir eventuais efeitos decadenciais. Recurso Especial de divergência do contribuinte conhecido e não provido.**”* (Ac. da 1ª T da CSRF – mv nº 01-03.560 – Rel. Cons. José Carlos Passuelo – j. 05/11/01 – DOU 1 16.06.03, p. 18 – ementa oficial -) (grifos adotados)

Repertório de Jurisprudência IOB - Verbete 18701 - 1ª quinzena de Setembro/2003, p. 589”

Repise-se que, excepcionalmente, é defeso o lançamento do crédito acrescido da multa na vigência de liminar suspensiva de exigibilidade para os tributos e contribuições federais, ‘*ex vi*’ do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

No caso do Estado da Bahia, não há legislação excepcionando o lançamento da multa, valendo, portanto, a regra geral do lançamento do tributo e consectários, mesmo na vigência de liminar

suspensiva da exigibilidade, não sendo este o caso da espécie presente, visto que totalmente esvaziada a ordem liminar deferida em sede de ação de segurança.

Não vislumbro, ademais, ‘*in casu*’, prejuízos ao contribuinte no lançamento da multa, visto que, se vitoriosa a demanda judicial, descaberá a sua exigência. Caso contrário, dispõe o contribuinte do prazo que lhe sobejava para recolher a exação, sem qualquer acréscimo pelo decurso do tempo (exceto correção monetária, que não tem natureza de penalidade), já que retorna à situação do momento da impetração. Se, ao tempo da impetração, o contribuinte já estava em mora, responderá pelas suas consequências sem agravamento pelo decurso do tempo de vigência da liminar.

Por estas razões, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão afrontada, ao tempo em que recomendo o sobrestamento do feito até Decisão final judicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **088444.0518/06-9**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.831,31**, 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, 12 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS