

PROCESSO - A. I. Nº 281394.1105/06-0
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0170-02/07
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08/01/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0409-1/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. É devida a antecipação do ICMS nas entradas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização, por estabelecimento não credenciado. Base de cálculo constituída de acordo com a Liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pelo sujeito passivo. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0170-02/07), que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em comento, que foi lavrado em 11/12/2006, para exigir o pagamento da quantia de R\$6.596,00, relativo ao ICMS devido, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada, à época da autuação, a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na primeira repartição fiscal do percurso, referente à farinha de trigo procedente do Estado do Paraná, (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00) conforme Nota Fiscal nº 0001858, emitida por Consolata Alimentos Ltda., não sendo o adquirente destinatário possuidor de regime especial.

O autuado apresenta às fls. 22 a 24, impugnação tempestiva por seus advogados legalmente constituídos, alegando a existência de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, por ela interposto, perante a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador Ba. Determinando que a autoridade fiscal “*se abstinha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”.

A informação fiscal foi prestada por auditor fiscal estranho ao feito (fls.34 a 36), o qual, salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito à utilização da pauta fiscal, salienta que as razões de defesa não têm pertinência com a autuação e esclarece que a base de cálculo foi apurada, com a aplicação da MVA constante no Anexo 88, Item 12.1, do RICMS/97, sobre a Nota Fiscal nº 1858 e CTRC 121, tendo o sujeito passivo ajuizado mandado de segurança e obtido liminar deferida para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05.

Conclui opinando, que tendo o contribuinte optado pela via judicial, importa em renúncia ao poder de recorrer na instância administrativa, nos termos do art. 117, ficando prejudicada a defesa e extinto o processo conforme disposto no art. 112, tudo do RPAF/BA.

A Decisão recorrida fundamenta-se, basicamente, nos seguintes pontos:

1. A exigência fiscal decorre da falta de pagamento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por ter o contribuinte adquirido farinha de trigo de Estado não

signatário do Protocolo ICMS 46/00. Não existe, na autuação, nenhuma referência à utilização da Instrução Normativa nº 23/05, quando da aferição da Base de Cálculo do imposto devido, portanto a defesa não tem pertinência com a medida liminar relacionada com a presente autuação;

2. A Base de cálculo respeitou a Decisão proferida no Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, levando em consideração o valor da operação constante da nota fiscal, acrescido de MVA, consoante determina o art. 506-A, do RICMS/BA, mas entende que somente seria aplicável a regra geral da substituição tributária prevista nesse artigo, se a base de cálculo correspondente ao valor da operação mais a MVA fosse igual ou superior à base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.
3. A análise do quadro demonstrativo, fl. 40, onde se verifica que o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição em confronto com o cálculo pela base mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, recomenda, a autoridade fazendária, a instauração de novo procedimento fiscal visando efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o valor decorrente da base de cálculo mínima, prevista na citada Instrução Normativa.

Dentro do prazo legal, o sujeito passivo interpõe o Recurso Voluntário, ratificando as alegações da impugnação inicial, insurgindo-se, apenas e tão-somente, com relação à base de cálculo supostamente apurada por meio de pauta fiscal. Alegou, ainda, o recorrente, ter impetrado Mandado de Segurança perante a 4^a Vara da Fazenda Pública, tendo-lhe sido deferida liminar, no sentido de que o Fisco se abstivesse de exigir o ICMS na forma da Instrução Normativa nº 23/05, “*permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre preço real das mercadorias*”.

Remetidos os autos à douta Procuradora Sílvia Amoêdo, esta se pronunciou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, com a lavratura de Auto de Infração complementar, tendo em vista que a base de cálculo do imposto tem de ser calculada com base nas normas da Instrução Normativa nº 23/05, pois a cobrança do imposto em valor inferior importa renúncia fiscal, o que não é competência dos agentes fiscais, muito menos pode ocorrer no lançamento de ofício. Nestes termos, aduz que este Auto de Infração complementar deverá ser remetido para a PGE/PROFIS, onde será inscrito em dúvida.

VOTO

O presente Auto de Infração visa à cobrança de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida pelo recorrente, oriunda do Estado do Paraná.

As razões apresentadas no presente Recurso Voluntário, pelo sujeito passivo, que o autuante utilizou a pauta fiscal contida na Instrução Normativa nº 23/05, não merecem amparo, justamente porque, ao aferir a base de cálculo do imposto cobrado, o preposto fiscal não fez uso da citada Pauta Fiscal, considerando, apenas, o valor da mercadoria e a MVA legalmente prevista (76,48%), consoante dispõe o art. 506-A, do RICMS/BA.

Não pode, desta forma, prosperar o pleito de afastamento da autuação, formulado pelo recorrente, em seu Recurso Voluntário, à medida que o contribuinte não questiona a exigência do imposto por antecipação, insurgindo-se, apenas, com relação à pauta fiscal. Correta, portanto, a aplicação do art. 506-A, do RICMS/97, confirmando a subsistência do Auto de Infração.

Entendo, entretanto, que o lançamento de ofício deveria ter sido promovido de acordo com o valor da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, já que a base de cálculo para a operação objeto desse Auto de Infração é a prevista no art. 506-A §2º, do RICMS/97, cujo texto traz a ressalva de que em caso de valor encontrado for menor do que o constante no anexo da Instrução Normativa deve ser utilizado o valor justamente constante desta pauta fiscal. Observo

também, que a Decisão liminar proferida no mandado de segurança impetrado pelo recorrente não tem o poder de obstar a constituição do crédito tributário de acordo com as normas legais e regulamentares vigentes, como bem asseverou a PGE/PROFIS.

Finalmente acato o opinativo da PGE/PROFIS, porquanto, nos termos dos artigos 28 e 156 do RPAF/99, é possível que o órgão julgador represente à autoridade competente para lavratura de Auto de Infração complementar, o que faço nesta oportunidade, esclarecendo que o novo Auto de Infração, com base no que dispõe o art. 177 do RPAF/99, deve junto com o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para as providências necessárias ao crédito tributário oriundo desta nova autuação, que deverá ficar com sua exigibilidade suspensa, até que o Mandado de Segurança venha a ser definitivamente julgado.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 281394.1105/06-0, lavrado contra RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.596,00, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a autoridade competente autorizar a instauração de novo procedimento fiscal para lavratura de Auto de Infração complementar.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2007.

DENISE MARA DE ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ALINE SOLANO CAZALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS