

PROCESSO - A. I. Nº 232895.0313/07-6
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0213-04/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 20/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0412-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio ou Protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente o pagamento da antecipação tributária na primeira repartição fiscal do percurso. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “sub judice”, no sentido de que o Fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da IN nº 23/05. A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, tendo em vista que a base de cálculo neste processo foi determinada a partir da soma do valor da operação (mercadoria + frete), acrescido da margem de valor agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS. Mantido o lançamento, haja vista que os fatos não foram negados, não foram apontados vícios formais do procedimento, e os fundamentos jurídicos aduzidos dizem respeito a situação alheia a este caso. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0213-04/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 14/03/07, exige ICMS no valor de R\$4.736,49, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do 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 46/00, sendo que o destinatário não possui regime especial, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 232895.0313/07-6 juntado às fls. 5 e 6.

O autuado apresentou defesa, por meio de advogados, legalmente constituídos (fls. 16 a 18), inicialmente esclarecendo que a mercadoria objeto da autuação (farinha de trigo), é procedente do Estado do Paraná, que não é signatário do Protocolo ICMS 46/00.

Disse que, não tendo sido pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, os autuantes apuraram o imposto com base no valor de pauta fiscal, prevista na Instrução Normativa

nº 23/05, tendo em vista que tem como origem unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

Salienta que é justamente contra esta “base de cálculo mínima”, mais conhecida como Pauta Fiscal que ele se insurge. Disse que, com o objetivo de adquirir Farinha de Trigo de Estados não signatário do Protocolo ICMS 46/00, sem que tenha de submeter-se às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, ajuizou Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública Estadual, o qual foi deferido pelo Juiz Eduardo Carvalho, titular da 4ª Vara da Fazenda Pública, para determinar que *“se abstenha 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”*.

Por fim, disse que *“em face de restar-se acobertada por Decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que a desobriga a utilizar como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS os valores constantes no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05”*, requereu que fosse afastada a autuação em questão.

O Auditor Fiscal Sílvio Chiarot Souza, na informação fiscal prestada, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99 (fls. 27 a 29), inicialmente discorreu sobre as alegações defensivas e disse que o autuado insurge-se contra a utilização do valor da pauta fiscal na apuração do ICMS por antecipação, cujos valores são previstos na Instrução Normativa nº 23/05, obtendo, para tanto, liminar no Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, o qual foi deferido em seu pleito.

Afirmou que o ICMS exigido na autuação tomou como base de cálculo o valor da operação, acrescido da MVA prevista para farinha de trigo (art. 61, II do RICMS/BA) e que o valor recolhido espontaneamente não corresponde ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista de 76,48%, do Anexo 88, do RICMS/BA, mas sim com base no instituto da antecipação parcial.

Ponderou que, o valor recolhido de R\$2.440,00 não corresponde ao que deveria ser pago na apuração da substituição tributária total e que o imposto recolhido não corresponde ao teor da liminar que lhe foi concedida.

Ressalto que, conforme Decisão proferida pelo Acórdão JJF 0416-01/05, 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. 122, tudo do RPAF/BA.

Através do Acórdão JJF nº 0213-04/07, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) *“Apesar de o autuado encontrar-se protegido em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, para que “o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais de operações”, ressalto que o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, 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. Já o Parágrafo único, inciso II do citado dispositivo e diploma legal, estabelece que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G. Por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, prevê que se tratando de recebimento de farinha de trigo, a base de cálculo é 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 26/92 e 46/00)”;

- b) *“Efetivamente, no presente processo o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição, em vez de adotar a base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, conforme determinado na liminar, como pode ser constatado no demonstrativo de débito de fl. 03”;*
- c) *“Portanto, na presente autuação, ao contrário do que foi alegado na defesa, a fiscalização procedeu de acordo com o que foi determinado pelo Poder Judiciário, ou seja, apurou a base de cálculo do ICMS, tomando como referência o valor da operação e acrescentou a margem de valor agregado (MVA) de 76,48%, sobre o valor dos produtos, não havendo, portanto, nenhuma ofensa à liminar concedida em mandado de segurança impetrado pelo autuado, que determinava que a autoridade fazendária se absteresse de utilizar o valor de pauta fiscal indicado na Instrução Normativa nº 23/05. Sendo assim, verifico que não há nenhuma identidade entre o mandado de segurança interposto pelo recorrente e o presente Auto de Infração, tendo em vista que a fiscalização absteve-se de cobrar o imposto com base na pauta fiscal prevista na IN 23/05”;*
- d) *“Quanto ao documento de arrecadação juntado à fl. 10, verifico que o valor já recolhido foi considerado na apuração do imposto, conforme demonstrativo de débito à fl. 03, ou seja do valor apurado de R\$9.060,49, foram deduzidos os valores do crédito consignado na nota fiscal, do destacado no Conhecimento de Transporte e dos valores pagos (R\$1.708,00; R\$476,00 e R\$2.240,00), totalizando R\$4.624,00, conforme documento juntados às fls. 7, 8 e 10”;*
- e) *“Ressalto que o Conselho de Fazenda vem se pronunciando no sentido de manter as autuações contra o impugnante, em matéria idêntica, conforme decisões prolatadas pelas Câmaras, nos julgamentos em 2ª instância, mediante Acórdãos nºs: CJP 0001-11/07, CJP 0034-11/07, CJP 0039-11/07, CJP 0065-12/07, CJP 0066-12/07 e CJP 0090-12/07”.*

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância o autuado interpõe o Recurso Voluntário, através do qual repisa todos os argumentos expendidos em sua peça impugnatória, pugnando, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo, através do qual, inicialmente, tece esboço histórico do presente PAF, aduzindo, em seguida, que o voto proferido em primeira instância é extremamente bem fundamentado, analisando todos os pontos da autuação, os argumentos da defesa e a legislação aplicada ao caso. Prossegue salientando que pede vênias ao julgador de primo grau para discordar de sua conclusão, uma vez que entende que o presente Auto de Infração, após ser julgado definitivamente pelo Conselho de Fazenda Estadual por uma de suas Câmaras de Julgamento Fiscal, deve ser devolvido à Inspetoria Fazendária de origem para que seja lavrado novo Auto de Infração, complementar a este, conforme determina a legislação vigente. Ressalta que a base de cálculo utilizada pelo autuante para a operação não corresponde ao que determina a legislação tributária estadual – art. 506-A, § 2.º – que consigna a necessidade de utilização da base de cálculo prevista em pauta fiscal quando os valores aqui obtidos forem inferiores, como ocorrido na presente autuação. Informa que o julgamento realizado pela Junta de Julgamento Fiscal também traz essa ressalva, inclusive sustentando claramente que o autuante não cobrou o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05 e utilizou a regra geral do art. 506-A, do RICMS/97, cujo teor transcreve. Assevera que a base de cálculo para a operação objeto desse Auto de Infração é a prevista no art. 506-A, § 2.º, do RICMS/97 e é exatamente nesse artigo que existe a ressalva final de que em caso do valor encontrado resultar menor do que os constantes no anexo I da Instrução Normativa nº 23/00, deve ser utilizado o valor, justamente, constante desta pauta fiscal. Assim, deve ser lavrado Auto de Infração complementar a este para lançar a totalidade do imposto devido na operação. Argumenta que, acaso o Estado entendesse cobrar o imposto desprezando a sua legislação, e então cumprir a

ordem judicial pela qual está protegida o autuado, isto importaria em renúncia fiscal, o que não é competência dos agentes fiscais e muito menos via lançamento de ofício. Assinala que é dever do preposto fiscal aplicar a legislação tributária, por outro lado, trata-se ainda de Decisão liminar que tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição, e o lançamento tributário, mormente o de ofício em suprimimento ao que não foi efetivado pelo contribuinte, devendo ocorrer seguindo normas da legislação tributária emanadas do ente tributante com competência constitucional, sendo ato vinculado. Argüi que o elemento material do fato gerador é constituído exatamente pela base de cálculo que, juntamente, com a alíquota aplicável determinam o *quantum debeatur*, logo, deve ser precisa, exata e ser aplicada a legislação correta para cada operação, sem que haja insegurança em sua determinação, e que assim o lançamento tributário apresente certeza e liquidez e seja assegurada sua cobrança administrativa ou judicial com sucesso. Conclui, aduzindo que, o seu entendimento é o de que não foi utilizada a base de cálculo prevista para a operação objeto da autuação, o que houve em decorrência ao cumprimento da ordem judicial já citada, devendo ser lavrado pela Inspetoria Auto de Infração para complementar o valor acaso remanescente depois de aplicada a pauta fiscal e como autoriza a legislação tributária, art. 28, do RPAF/99. Finalmente, prossegue, após a lavratura desse novo Auto de Infração, com base no que dispõe o RPAF/99, art. 117 e seguintes, ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, cópia anexada às fls. 13 e 14, deve o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para que se proceda a sua Inscrição em Dívida Ativa, pois que nesse momento, utilizando da base de cálculo, corretamente, prevista na legislação tributária, provocou resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, significando que renunciou ao seu direito de defesa administrativa, ressalvando que na intimação ao contribuinte desse Auto de Infração complementar, deve haver essas informações citadas. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão de Primeira Instância.

Isso porque a liminar concedida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, invocada pelo recorrente para justificar a nulidade da autuação, prescreve que o fisco estadual deve se abster de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no anexo I, da Instrução Normativa nº 23/05.

Ocorre que, como corretamente decidiu o *a quo*, a base de cálculo utilizada no presente Auto de Infração tomou por base a soma do valor da Nota Fiscal, do valor do Conhecimento de Transporte e da margem de valor agregado (MVA) prevista no anexo 88 do RICMS/97, calculando-se sobre o montante o imposto devido e abatendo-se o ICMS destacado na Nota Fiscal, no Conhecimento de Transporte e o ICMS recolhido.

Assim, agiu a fiscalização em consonância com a legislação estadual, em especial o que determina o § 2º, inciso II, do art. 506-A, cumprindo, inclusive, o teor da Decisão liminar proferida judicialmente.

Ora concordo com a sra. procuradora no sentido de que o julgamento realizado pela JJF traz a ressalva e inclusive sustenta claramente que o autuante não cobrou o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05 e sim utilizando-se da regra geral do art. 506-A, do RICMS. No mesmo diapasão ratifico que a base de cálculo para a operação objeto desse lançamento é aquela prevista no citado artigo e é exatamente nele que existe a ressalva final de que em caso do valor encontrado resultar menor do que os constantes no anexo I da Instrução Normativa nº 23/00, deve ser utilizado o valor justamente constante desta pauta fiscal, assim deve ser lavrado Auto de Infração Complementar a este, para lançar a totalidade do imposto devido na operação.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos e recomendo a lavratura do Auto de Infração Complementar, de acordo com o caput do art. 40, do RPAF.

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 **232895.0313/07-6**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.736,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a lavratura de Auto de Infração complementar para lançar a totalidade do imposto devido na operação, de acordo com o caput do art. 40, do RPAF.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS