

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0816/06-6
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ºJJF nº 0150-04/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 20/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0420-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 114/04, é devido pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “sub judice”, por força de liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no sentido de que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, eis que a base de cálculo neste processo foi determinada a partir da soma do valor da Nota Fiscal com o valor do Conhecimento de Transporte, mais a margem de valor agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS, calculando-se sobre o montante o imposto devido (débito) e abatendo-se os tributos destacados na Nota Fiscal e no Conhecimento de Transporte (crédito), apurando-se assim o imposto a ser lançado. 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 0150-04/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2006, exige ICMS no valor de R\$4.194,44, 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 2691330816/06-6, juntado à fl. 5.

O autuado apresentou defesa às fls. 23 a 25, por meio dos seus advogados, legalmente constituídos, (fl. 26) e esclareceu 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 IN 23/05, tendo em vista que tem como origem, unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

Salientou 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 nº 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 IN 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 desobriga-a 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 Silvio Chiarot Souza apresentou informação fiscal (fls. 33 a 35), com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, inicialmente discorrendo 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 e que o autuado considera os valores altos e fora da realidade do mercado, 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 foi apurado tomando como base de cálculo, conforme valor previsto na pauta fiscal, em desconformidade com a citada liminar, mas que o contribuinte recolheu o imposto segundo o procedimento da antecipação parcial, quando a antecipação sobre farinha de trigo é sempre total. Dessa forma, o próprio contribuinte deixou de cumprir a Decisão judicial que lhe é favorável e recusou-se a recolher a diferença.

Ressaltou 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. 112, tudo do RPAF/BA.

Através do Acórdão JJF n.º 0150-04/07, decidiu a 4.ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“... 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, que no seu § único, II diz 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, diz 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).

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.

Portanto, na presente autuação, o determinado pela medida liminar concedida no Mandado de Segurança que determinou ao fisco que se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da IN Nº 23/05, foi seguido à risca pela fiscalização, que calculou o imposto sobre o preço de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado neste Estado.

Quanto ao documento de arrecadação juntado à fl. 10, se comprovado o recolhimento de parte do débito, o valor já recolhido deve ser considerado quando da homologação do presente Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado 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 por uma de suas Câmaras, deve ser devolvido à INFAZ 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 23/05, 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 assim 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. Argüiu 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 Inspeção 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, ressaltando 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 **269133.0816/06-6**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.194,44**, 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, 31 de outubro de 2007.

TOLSTÓI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS