

PROCESSO - A. I. Nº 232893.1102/06-5
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0166-02/07
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0489-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO A MENOS. 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 abstinha 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 à situação alheia a este caso. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que considerou Procedente o Auto de Infração em lide o autuado ingressa com o propósito de modificar tal Decisão.

O lançamento de ofício foi lavrado em 01/11/2006, para exigência de ICMS no valor de R\$4.566,48, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de 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 46/00. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte efetuou o pagamento a menor referente a aquisição interestadual de mercadoria do Protocolo ICMS 46/00 em Unidade da Federação não signatária, conforme Nota Fiscal nº 1777. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232893.1102/06-5, às fls. 5 e 6.

Em seu voto a Sra. Julgadora na JJF assim se manifesta “*Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência de imposto, tendo em vista o recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de mercadoria enquadrada no artigo 353, inciso II, Item 11.2, do RICMS/97, mais precisamente farinha de trigo industrial tipo II, procedente de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, acobertada pela Nota Fiscal nº 001810, emitida pela empresa Consolata Alimentos Ltda, município de Cafelândia (PR), conforme documentos à fl. 10. Na defesa, o autuado afirmou que a fiscalização utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 para o cálculo da antecipação tributária da farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo ICMS 46/00, e que por ter se insurgido contra a autuação, ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal “se abstenha de exigir 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”. Os fundamentos jurídicos aduzidos pelo autuado dizem respeito a situação alheia ao presente caso, ou seja, a matéria discutida nos autos não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a fiscalização, em momento algum, adotou para o cálculo da exigência fiscal a regra prevista na Instrução Normativa nº 23/05. O artigo 506-A, § 2º, do RICMS/97, prevê que, tratando-se 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). O artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, também disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária, remetendo ao cálculo com base no valor da operação fixado pelo estabelecimento industrial, acrescido da MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97. Já a Instrução Normativa nº 23/05, em vigor a partir de 01/05/2005, estabelece que, para efeito de determinação da base de cálculo mínima do ICMS referente à antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo, quando as mercadorias originarem-se do exterior, ou de unidade da Federação não-signatária do Protocolo ICMS 46/00, deve-se observar os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto. Portanto, no caso da nota fiscal objeto da autuação, tratando-se de farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo ICMS 46/00, entendo que somente seria aplicável a regra geral da substituição tributária prevista no artigo 506-A, § 2º, do RICMS/97, conforme adotado pela fiscalização, se a base de cálculo correspondente ao valor da operação, acrescido da MVA, fosse igual ou superior à base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005. Examinando o demonstrativo de fl. 04, verifico que a autuante calculou o débito utilizando como base de cálculo os valores da Nota Fiscal nº 1810 e CTRC nº 115, aplicando aos mesmos a margem de valor Agregado – MVA de 76,48%, prevista no item 2.2 do anexo 88 do RICMS/BA, deduzindo do resultado o total do crédito constante no CTRC de fl. 09, na Nota fiscal de fl. 10, e tendo computado o ICMS pago através do Documento de Arrecadação Estadual – DAE de fl. 07, dessa totalização resultando o ICMS exigido no Auto de Infração. Desta forma, mantenho o valor que foi lançado no Auto de Infração, por não contrariar a liminar do mandado de segurança. Considerando que a mercadoria objeto da lide estava sujeita ao pagamento do imposto antecipado na entrada neste Estado, no posto fiscal de fronteira, com base na Instrução Normativa nº 23/05, e o ICMS foi recolhido a menos pelo autuado, mantenho o lançamento fiscal, salientando que o valor exigido no lançamento em foco é inferior ao previsto na Instrução Normativa nº 23/05, podendo ser realizado novo procedimento fiscal para cobrar o valor remanescente. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Em seu Recurso Voluntário (fls. 42/44) o autuado, representado por advogados legalmente constituídos, procuração à fl. 20, apresenta uma síntese do Processo onde confirma que a autuação exige ICMS relativo à farinha de trigo procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, que não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Destaca que o autuante utilizou a 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 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 IN 23/05.

Salienta que, por ter se insurgido contra o cálculo com base em pauta fiscal, ou seja, não se submeter às exigências contidas na Instrução Normativa nº 23/05, em particular o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança na 4ª Vara da Fazenda Pública, e que, através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, foi deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal “*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, pede que a autuação seja afastada, em face da Decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

A PGE/PROFIS através da Sra. Sylvia Amoêdo, emite Parecer opinativo no sentido de que não há similitude entre a pretensão veiculada no Mandado de Segurança em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública e o mérito do lançamento de ofício em epígrafe, em vista da latente possibilidade de aplicação do art. 117 do RPAF, pois a mensuração da base de cálculo do imposto ora arrostando não foi realizada tomando como base Pauta Fiscal, mas, isto sim, arrimada nos critérios firmados no art. 506-A do RICMS/97-BA. Traz a colação a redação do art. 506-A. Conclui “*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, assim deve 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; utilizando-se dos elementos que compõem o presente PAF: Termo de apreensão, que se presta para materializar a infração que ocorreu no trânsito de mercadorias, a nota fiscal que acompanhava a mercadoria apreendida, CTRG e documentos seguintes*”.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, a discussão no presente PAF cinge-se a questões vinculadas à base de cálculo nas operações com farinha de trigo, ou seja, o que o contribuinte se insurge é contra a base de cálculo, conhecida como “Pauta Fiscal” indo inclusive às barras dos Tribunais onde ajuizou Mandado de Segurança e teve deferido o seu pedido de liminar.

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 o constante no anexo 1 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.

Concordo também com a Sra. procuradora que o cumprimento da ordem judicial não pode implicar em abandono da legislação tributária, por parte do preposto fiscal, pois, como disse, a Decisão liminar não tem o condão de suspender a constituição do crédito, e sim, a sua exigibilidade.

Concluo, portanto, votando no sentido de que o Recurso Voluntário seja pelo NÃO PROVIMENTO.

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 232893.1102/06-5, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.566,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser lavrado Auto de Infração complementar a este para lançar a totalidade do imposto devido na operação.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS