

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0505/06-4
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0205-02/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0506-12/07

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), bem como o imposto pago pelo autuado, conforme seu entendimento, 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 interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração para exigência do imposto no valor de R\$3.830,39, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária através da Portaria nº 114/04, referente a 800 sacos de Farinha de Trigo, adquiridos para comercialização em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, através da Nota Fiscal nº 000129, emitida em 09/05/2006, por Consolata Alimentos (PR), no valor de R\$22.000,00 conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 23893.0818/06-7, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro.

Na defesa fiscal às fls. 40 a 42, o autuado representado por advogados legalmente constituídos, confirma que a autuação exige ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00), que não foi pago o imposto 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 Instrução Normativa nº 23/05.

Informa 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, 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”*.

O defendente juntou aos autos Ação de Medida Liminar objeto do Mandado de Segurança nº 745334-8/2005.

Por fim, pede que a autuação seja afastada em face da Decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

A informação fiscal foi prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 50 a 52), o qual, salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito a utilização da pauta fiscal, 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.

Esclareceu que a peça defensiva está em total desacordo com a ação fiscal realizada, uma vez que o imposto foi reclamado com a base de cálculo formada pela aplicação do MVA, do anexo 88, do RICMS, sobre o valor da operação.

Informa que a base de cálculo foi apurada sobre a Nota Fiscal nº 129 e CTRE nº 255. Demonstrou que o imposto reclamado foi de R\$3.830,39, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96 e que o imposto recolhido pelo autuado foi R\$1.920,00, não correspondendo ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista no anexo 88 do RICMS/BA.

Ressalta que, conforme Decisão proferida pelo Acórdão JJF Nº 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, devendo ser remetido para inscrição na dívida ativa como determina o parágrafo 1º do mesmo artigo. Assim, ficando prejudicada a defesa e extinto o processo conforme disposto no art. 112 do RPAF.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência de imposto, tendo em vista a falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de mercadoria enquadrada no artigo 353, inciso II, Item 11.1, do RICMS/97, mais precisamente FARINHA DE TRIGO INDUSTRIAL TIPO II, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, acobertada pela Nota Fiscal nº 129, emitida pela empresa Consolata Alimentos Ltda, município de Cafelândia (PR), conforme documentos às fls. 07 e 09.

Apesar de constar no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 088444.0506/06-0 (fl. 05 e 06), que o contribuinte recolheu a menos a antecipação tributária do ICMS, por força de liminar em Mandado de Segurança conforme Processo nº 745334-4/2005 da 4ª Vara da

Fazenda Pública Estadual, e que o referido Termo foi lavrado para caracterizar o ilícito fiscal e assegurar o direito da Fazenda Pública Estadual, observo que na realidade a exigência está caracterizada pelo recolhimento a menos do ICMS sobre a operação em questão, haja vista que conforme DAE à fl. 08, o autuado recolheu o imposto no valor de R\$1.920,00.

Sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança citado.

Na defesa o autuado alega 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 nº 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 IN 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.

Pelo que se vê, 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 IN nº 23/05, como veremos adiante.

O artigo 506-A, § 2º do RICMS, 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, 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).

Igualmente 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 o cálculo com base no valor da operação fixado pelo industrial mais a 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 se originarem do exterior ou de unidade de Federação não-signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabe ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

No caso, no quadro abaixo poderá ser examinado como foi determinada a base de cálculo pelo autuado, pelo autuante através da regra geral da substituição tributária e a base de cálculo mínima estabelecida na IN nº 23/05.

ESPECIFICAÇÃO	CÁLCULO DO AUTUADO	CÁLCULO DO AUTUANTE PELO ART. 506-A, § 2º, RICMS/97	CÁLCULO PELA PAUTA FISCAL INST.NORM.Nº 23/05
QUANTIDADE EM KG.	40.000	40.000	40.000
QUANT.EM SCS.50 KG.	800	800	800
P.UNITÁRIO POR SACO	24,00	24,00	76,76
VALOR DA MERCADORIA	19.200,00	19.200,00	61.408,00
FRETE	-	5.800,00	5.800,00
SOMA	19.200,00	25.000,00	67.200,00
M.DE VALOR ADICIONADO (%)	-	76,48	-
BASE DE CÁLCULO	19.200,00	44.120,00	67.200,00
ALÍQUOTA	17,00	17,00	17,00
ICMS A 17%	3.264,00	7.500,39	11.425,36
CRÉDITO FISCAL DESTACADO NA NF	1.344,00	1.344,00	1.344,00
CRÉDITO FISCAL DESTACADO CTCR	0,00	406,00	406,00
VR.RECº CONF DAE FL.09	1.920,00	1.920,00	1.920,00
ICMS DEVIDO	0,00	3.830,39	7.755,36

Portanto, no caso da nota fiscal objeto da autuação, tratando-se de farinha de trigo oriunda

de Estado não-signatário do Protocolo nº 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 mais a MVA fosse igual ou superior a base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.

Examinando-se o quadro acima se verifica que o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição, ao invés de ter adotado a base de cálculo mínima estabelecida na IN nº 23/05, conforme objeto da liminar. Desta forma, mantenho o valor que foi lançado no Auto de Infração por não contrariar a liminar do mandado de segurança, e represento a autoridade fazendária para verificar a possibilidade de instaurar 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 IN Nº 23/05.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente reitera os argumentos expendidos na defesa, pugnando, ao final, pela improcedência da ação fiscal.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que não existe correlação entre o Mandado de Segurança impetrado e o lançamento em epígrafe, pois a base de cálculo não foi apurada pela pauta fiscal, mas sim em conformidade com o disposto no art. 506-A do RICMS/BA. Recomendada, todavia, a lavratura de Auto de Infração para complementar o valor, acaso remanescente, depois de aplicada a pauta fiscal.

VOTO

O recorrente insurge-se contra a autuação por entender que a mesma encontra-se amparada na pauta fiscal, contrariando, dessa forma, a determinação judicial no sentido de que o fisco estadual se abstenha de exigir o imposto com base na nos valores arbitrados no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05. Ocorre que, diferentemente do alegado, a apuração tomou como fundamento o disposto no art. 506-A do ICMS/BA, não havendo, portanto, qualquer afronta ao *decisum* do Mandado de Segurança.

Sendo, no entanto, o valor fixado pelo RICMS para a mercadoria objeto da ação fiscal superior ao apurado pelo autuante, deverá a repartição fazendária providenciar a lavratura de Auto de Infração complementar para cobrar o valor remanescente.

Pelo exposto acima, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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 **088444.0505/06-4**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.830,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deverá a repartição fazendária providenciar a lavratura de Auto de Infração complementar para exigir o valor remanescente.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE-REPR. DA PGE/PROFIS