

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0908/06-2
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0189-01/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0513-12/07

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 Instrução Normativa 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 à 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 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JF nº 0189-01/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 23/09/07, exige ICMS no valor de R\$4.254,44, 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 112889.0908/06-2 juntado às fls. 5 e 6.

O autuado apresentou defesa, por meio de advogados, legalmente constituídos (fls. 21 a 23), 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 nº 46/00, sem que tenha de submeter-se às exigências da IN 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 desobriga-a a utilizar como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS’ os valores constantes no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05*”, requereu que fosse afastada a autuação em questão.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal afirmou 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\$2.200,00 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.

Ressaltou que, conforme Decisão proferida pelos Acórdãos JJF 0161-01/07 e 0132-01/07, cuja Ementa transcreve, a matéria em discussão não tem pertinência com a liminar referida (pelo autuado), tendo a base de cálculo sido determinada a partir da soma do total da nota fiscal com o valor do CTCR, acrescida da margem de valor agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS/BA. Concluiu afirmando que o Auto de Infração é procedente, 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 0189-01/07, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“No caso em tela, foi exigida a complementação do recolhimento do ICMS relativo à aquisição de farinha de trigo para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, e por não possuir o destinatário regime especial.

Inicialmente, verifico que o autuado ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, para não ter que cumprir as exigências da Instrução Normativa 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00. Constato, também, que foi deferida medida liminar, pelo titular da 9ª Vara, que substituiu o titular da 4ª Vara, para que a autoridade coatora se abstivesse de exigir o ICMS com base nos valores constantes do Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo que o autuado pagasse o imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

A concessão da medida liminar acima mencionada determinaria a extinção do processo se a exigência fiscal se reportasse à aplicação da referida instrução normativa. Observo, entretanto, que no presente caso, a autuação indica como irregularidade o recolhimento a

menos 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, e por não ser possuidor de regime especial, condição que lhe permitiria realizar o pagamento do imposto em momento posterior ao da entrada da mercadoria no Estado da Bahia, conforme previsão contida no artigo 125, inciso VIII, alínea “a” do RICMS/97, abaixo transcrito:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

VIII - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, por ocasião do desembaraço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, ou ainda, nos seguintes prazos:

a) até o 10º dia após o término da quinzena em que se deu a entrada da mercadoria no estabelecimento, tratando-se de contribuinte industrial autorizado por Regime Especial;”

Verifico que o autuante utilizou como base de cálculo o valor da operação constante na Nota Fiscal nº. 1.390 juntamente com o valor relativo ao serviço de transporte, aplicando sobre esse total a MVA constante no anexo 88, item 12.1, do RICMS/97, obedecendo, portanto, a determinação judicial, por não ter utilizado como base de cálculo o valor estabelecido na Instrução Normativa 23/05, haja vista que a cobrança do imposto foi feita exatamente considerando o teor da Decisão judicial. Noto, ainda, que foram observadas, para efeito de crédito fiscal, as parcelas do imposto destacadas na referida nota fiscal e no conhecimento de transporte, bem como o valor espontaneamente recolhido pelo sujeito passivo.

O Protocolo ICMS 46/00 dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo, pelos estados signatários integrantes das Regiões Norte e Nordeste, tendo sido alterado pelo Protocolo ICMS 16/02. Já a Instrução Normativa 23/05, fixa base de cálculo para fins de antecipação do ICMS nas operações com farinha de trigo, estabelecendo base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS nas operações com farinha de trigo.

Também o dispositivo regulamentar, art. 506-A, § 2º, inciso II do RICMS/97, estabelece o seguinte:

“Art. 506-A. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

...

§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

...

II - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.”

Contudo, como na presente situação foi exigido imposto adotando como base de cálculo o valor da operação, para salvaguardar o direito da Fazenda Pública em exigir o tributo devido corretamente calculado, com base no disposto no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que analise quanto à necessidade de se lavrar Auto de Infração

complementar, considerando as normas regulamentares estabelecidas, no tocante ao valor da base de cálculo estabelecida na IN 23/05, já que não houve Decisão final na esfera judicial em relação ao valor da base de cálculo prevista na citada Instrução Normativa.

Não tendo o autuado observado o momento do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, conforme estabelecido no art. 125, inciso II, alínea “b” do RICMS/97, cabível a exigência do tributo mediante a lavratura de Auto de Infração. Assim, mantida a acusação fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do 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 primeiro grau para discordar de sua conclusão, uma vez que entende que o presente Auto de Infração, após ser julgado definitivamente pelo CONSEF 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 23/00, 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 assim cumprir a ordem judicial pela qual está protegido 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 suprimento ao que não foi efetivado pelo contribuinte, devendo ocorrer seguindo normas da legislação tributária emanadas do ente tributante com competência constitucional, sendo ato vinculado. Argúi 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.

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 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.

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.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 **112889.0908/06-2**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.254,44**, 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, 19 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. PGE/PROFIS