

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0714/06-2
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0164-02/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0005-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre as unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias será efetuado por antecipação. Apesar de ter sido deferida liminar em Mandado de Segurança determinando que o fisco se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores definidos pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, na situação em comento o imposto foi exigido com a base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista no Anexo 88 do RICMS-BA. Portanto, o referido Mandado diz respeito à situação alheia a que se encontra em lide. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$3.986,41, em razão do recolhimento a menos do imposto, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, relativamente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (farinha de trigo), adquirida para comercialização em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00 e destinada a contribuinte sem regime especial.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator, inicialmente, teceu considerações acerca da infração que foi imputada ao autuado. Em seguida, explicou que a liminar citada na defesa determinava que o fisco estadual se abstivesse de exigir o imposto com base no critério fixado no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, portanto, a limiar citada na impugnação nada tinha a ver com o caso em tela. Ao finalizar, o ilustre relator votou pela procedência do Auto de Infração, tendo sido acompanhado pelos demais membros da 2ª JJF.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, insurgindo-se contra a apuração da base de cálculo do imposto segundo pauta fiscal. Explicou que ajuizou mandado de segurança, tendo o juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública deferido medida liminar, a qual determina que o fisco “*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.” Ao finalizar, o recorrente solicita que o CONSEF afaste a autuação.

A representante da PGE/PROFIS, em o Parecer de fls. 50 a 53, afirma que a alegação recursal não tem pertinência com a autuação, pois o ICMS foi cobrado pela regra geral da substituição tributária. Todavia, sustenta que a base de cálculo utilizada pelo autuante não corresponde ao que determina o previsto no art. 506-A, § 2º, do RICMS-BA. Explica que nesse dispositivo regulamentar é ressalvado que, caso o valor encontrado seja menor que o constante no anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, deverá ser utilizado o valor da pauta fiscal. Diz que, dessa forma, a base de cálculo é uma só e, assim, não pode o imposto ser lançado pela aplicação da regra geral e, em seguida, ser complementado pela aplicação da regra especial.

Sustenta a ilustre parecerista que é dever do preposto fiscal aplicar a legislação tributária vigente. Aduz que a liminar em mandado de segurança apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário. Ressalta que a base de cálculo tem que ser precisa e tem que haver segurança na sua determinação, garantindo, assim, a certeza e a liquidez necessárias à cobrança administrativa ou judicial com sucesso.

Ao concluir, a Parecerista diz que o lançamento em tela é Nulo e, portanto, deverá ser feito com base nos elementos já existentes no processo. Ressalta que após a lavratura do novo Auto de Infração, tendo em vista a existência de liminar, deverá o processo ser remetido à PGE/PROFIS para que se proceda a inscrição do débito em dívida ativa, uma vez que ao utilizar a base de cálculo correta, terá sido provocada a resistência do contribuinte e sua opção pela via judicial significa a renúncia ao direito de defesa na esfera administrativa.

O Parecer acima foi ratificado pelo doutor José Augusto Martins Júnior, procurador do Estado, assistente da PGE/PROFIS.

VOTO

No Recurso Voluntário, o recorrente se insurge contra a utilização de pauta fiscal na apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária, alegando que está amparado em medida liminar que determina ao fisco estadual que *se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05.*

As peças processuais mostram que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a referida ordem judicial, ou seja, a base de cálculo foi apurada de acordo com o valor das mercadorias consignado no documento fiscal, não tendo sido utilizados os valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Dessa forma, a matéria discutida na esfera judicial não apresenta identidade jurídica com a lide administrativa e, portanto, a argumentação do recorrente não procede no presente caso, já que a ação em trâmite na esfera judicial não alcança esta lide.

Todavia, observo que a forma utilizada pelo autuante na apuração da base de cálculo do imposto está em desconformidade com a legislação tributária estadual pertinente, mais especificamente com o disposto no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS-BA, que prevê que:

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.

Por ser o valor fixado pela Secretaria da Fazenda para a mercadoria em questão superior ao apurado pelo autuante, deverá a repartição fazendária competente providenciar a lavratura de Auto de Infração Complementar, para cobrar o valor acaso remanescente que não tenha sido alcançado no presente lançamento.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo a repartição fazendária competente providenciar a lavratura de Auto de Infração Complementar.

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 **088444.0714/06-2**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.986,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deve a repartição fazendária competente providenciar a lavratura de Auto de Infração Complementar.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. PGE/PROFIS