

PROCESSO - A. I. Nº 295308.0820/07-6
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0007-02/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 06/05/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0098-12/08

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 recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

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

O lançamento de ofício foi lavrado em 05/08/2007, para exigência do valor de R\$4.656,49 acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento a menor 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 em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, através da Nota Fiscal nº 04873 da Consolata Alimentos Ltda e CTCR nº 000487 da Transportadora Silveira Alves Ltda, conforme Termo de Apreensão de

Mercadorias e Documentos, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro (docs.fls.04 a 12).

Em sua Decisão o Sr. julgador de 1ª Instância inicialmente diz que *“apesar de constar no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 295308.0824/07-1 (fls.04 e 05), que o contribuinte deixou de efetuar o pagamento da antecipação tributária do ICMS, por força de liminar em Mandado de Segurança conforme Processo nº 745334-8/2005 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 o débito totaliza a cifra de R\$4.656,49, e conforme DAE às fls. 11/12, o autuado recolheu apurou o imposto no valor de R\$2.520,00 (recolhido em 05/08/2007).”*

Em relação ao aspecto formal entende que 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.

Observa que 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.

Relembra o artigo 506-A, § 2º do RICMS/97, onde está previsto que em 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). Lembra também o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, que 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. Pela mesma forma, lembra o Sr. relator, 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 de Federação não-signatária do Protocolo ICMS 46/00, devem ser utilizados os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

Apresenta em seu voto um quadro onde podemos verificar 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 e observa: *“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.”*

Conclui afirmando que de acordo com o quadro apresentado verifica-se 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”*. Mantém o valor que foi lançado no Auto de Infração por não contrariar a liminar do mandado de segurança, e representa 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 Instrução Normativa nº 23/05.

Ante o exposto, votou, no que foi acompanhado pelas demais membros da JJF pela Procedência do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 48/51) o contribuinte repete o que já houvera posto quando da impugnação. Ou seja, insiste no entendimento de 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”*.

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 emite Parecer opinativo relatando anteriormente todo o ocorrido até analisando algumas questões que a Srª. procuradora entendeu serem “no mínimo estranhas”. Afirma 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. Elogia a Decisão da JJF e seus fundamentos. Cita e transcreve o artigo 506-A ressaltando o fato *“de que o mesmo deve prescrever que em caso do valor encontrado resultar menor de que os constantes no anexo I da Instrução Normativa nº 23/00 deve ser utilizado valor justamente constante desta pauta fiscal, assim determina o julgador que seja lavrado Auto de Infração complementar para cobrar o remanescente”*.

Conclui seu opinativo afirmando 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 INFAZ Auto de Infração para complementar o valor acaso remanescente depois de aplicada a pauta fiscal”* utilizando-se os documentos que serviram de base à autuação. Por fim complementa sugerindo que *“após a lavratura do Auto de Infração complementar, com base no que dispõe o RPAF/99, artigo 117 e segs. Ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido a PGE para que 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”* Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, este é mais um PAF movido contra a empresa epigrafada que tem chegado com certa abundância ao nosso CONSEF. A exemplo de outros versa sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS antecipado, referente à aquisição de mercadoria sujeita à antecipação tributária - 800 sacos de farinha de trigo-, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, no caso, o Estado do Paraná.

A abordagem da questão realizada pela JJF atacou seus vários aspectos. Corroborando com a Decisão *“a quo”* a Srª. procuradora reconhece que efetivamente a Liminar concedida não teve o condão de impedir a autuação que inclusive com ela não pertine.

O Recurso Voluntário repete o que já houvera posto quando da impugnação e merece o mesmo desiderato: não há como considerá-lo capaz de modificar a Decisão adotada pela JJF.

Concluo, portanto no sentido de que não tendo sido utilizada inteiramente a base de cálculo prevista para a operação objeto da autuação, deve ser o Auto de Infração julgado Procedente e ratificada a necessidade de lavratura do Auto de Infração complementar, com base no que dispõe o RPAF/99, artigo 117 e segs. Deve ser considerado também o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que tendo sido concedida uma liminar em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para que 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.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **295308.0820/07-6**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.656,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser instaurado procedimento fiscal complementar, para que seja reclamada a parcela do crédito tributário exigida a menos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR DA PGE/PROFIS