

PROCESSO - A. I. Nº 298924.0704/06-1
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0364-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 06/05/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0103-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 114/04, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. O lançamento do crédito foi feito em conformidade com o que determina o Mandado de Segurança interposto pelo sujeito passivo. A liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, determina 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. No caso em lide, a matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a base de cálculo 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/97, calculando-se sobre o montante o imposto devido, deduzindo-se os ICMS destacados na Nota Fiscal e no Conhecimento de Transporte, bem como o ICMS Recolhido. 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 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0364-02/07, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/07/2006, exige imposto no valor de R\$3.890,39, em decorrência do recolhimento a menos 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 e destinada a contribuinte sem regime especial.

O autuado apresentou defesa, fls. 25 a 27, esclarecendo que adquiriu farinha de trigo do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00). Aduziu que a fiscalização entende como correto o método de cálculo adotado no lançamento, tendo utilizado a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, ou seja, o Estado da Bahia obriga as empresas que comprarem farinha de trigo de outros estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, a pagarem antecipadamente o imposto utilizando como base de cálculo mínima, os valores constantes do

anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. É exatamente contra esta base de cálculo mínima, conhecida como pauta fiscal, que se insurgiu.

Salientou que ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, tendo obtido medida liminar, determinando que o Estado da Bahia se abstinhasse de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Ao finalizar, disse que espera e confia no afastamento da autuação, em face de restar-se acobertada por Decisão judicial, exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública que a desobriga de utilizar como base de cálculo, os valores constantes do anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Na informação fiscal, folhas 41 a 43, o auditor designado argumentou que o único da contestação é contra a utilização da pauta fiscal, inclusive tendo o autuado Mandado de Segurança contra a aplicação da Instrução Normativa 23/05. No entanto, a peça defensiva está em total descompasso com a ação fiscal realizada, posto que o imposto foi reclamado com a base de cálculo apurada pela aplicação do MVA, prevista no Anexo 88 do RICMS/97, sobre o valor da operação.

Asseverou que no lançamento efetuado, a base de cálculo foi apurada sobre Nota Fiscal nº 600 E CTRC Nº 327, relativo a farinha de trigo, segundo o artigo 61, Inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, sendo reclamada a diferença sobre o valor recolhido, acrescido da multa de 60%, tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96. Portanto, o autuado não recolheu o imposto pelo critério que argumentou ser o correto e que para tanto obteve liminar. Assim, o próprio contribuinte se recusou a cumprir a Decisão judicial que lhe é provisoriamente favorável, quando entende que o imposto devido equivale a aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação, pois ao agregar um percentual sobre este valor, ainda assim, a base de cálculo é formada a partir do valor da operação.

Ao finalizar, opinou pela manutenção da autuação.

Através do Acórdão JJE nº 0364-02/07, decidiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

“O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (farinha de trigo) provenientes de outra unidade da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

A antecipação tributária farinha de trigo encontra-se regulamentada no artigo 506-A do RICMS/97, o qual atribui 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 às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas e às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

Ressalto que a liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, determina 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. No caso em lide, a matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a base de cálculo foi determinada a partir da soma do valor da Nota Fiscal nº 000600, do valor do Conhecimento de Transporte nº 000327, mais a 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, no caso em lide, a base de cálculo foi apurada em conformidade com o que determina o § 2º, inciso II, do artigo 506-A, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Artigo 506-A [...]

§ 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;.”

Neste sentido, o Conselho de Fazenda vem se pronunciando no sentido de manter as autuações contra o impugnante, em matéria idêntica, conforme decisões prolatadas pelas Câmaras, nos julgamentos em 2ª instância, mediante Acórdãos N°s: CJF N° 0001-11/07, CJF N° 0034-11/07, CJF N° 0039-11/07, CJF N° 0065-12/07, CJF N° 0066-12/07 e CJF N° 0090-12/07.

Diante do exposto, 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 primo 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 de Julgamento Fiscal, 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 – artigo 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 artigo 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 artigo 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 protegida 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 debeat, 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 Inspetoria Auto de Infração para complementar o valor acaso remanescente depois de aplicada a pauta fiscal e como autoriza a legislação tributária, artigo 28, do RPAF/99. Finalmente, prossegue, após a lavratura desse novo Auto de Infração, com base no que dispõe o RPAF/99, artigo 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, ressalvando 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 artigo 506-A, cumprindo, inclusive, o teor da Decisão liminar proferida judicialmente.

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.

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 **298924.0704/06-1**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.890,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo 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.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTÔNIO DAIHA FILHO - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. PGE/PROFIS