

PROCESSO - A. I. Nº 299164.0412/07-8
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0353-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 20/05/2008

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0116-12/08**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, 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. Foi alegado pela defesa que a matéria se encontraria “sub judice”, por força de Liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador. Entretanto, a matéria em discussão neste caso não tem pertinência com a referida Liminar: a ordem do MM. Juiz é para 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, sendo que, no presente Auto, a base de cálculo foi determinada a partir do valor da Nota Fiscal e do valor do Conhecimento de Transporte, mais a margem de valor adicionado (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. Por conseguinte, se o cálculo do imposto não foi feito pelo critério da Instrução Normativa nº 23/05, a questão não está “sub judice”. 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 de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a R. Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0353-02/07, que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/4/07, diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos relativamente a farinha de trigo proveniente de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, destinada a contribuinte descredenciado junto à SEFAZ [sic]. Imposto lançado: R\$4.552,48. Multa: 60%.

O contribuinte apresentou defesa manifestando sua discordância quanto à pretensão do fisco estadual de cobrar o tributo antecipadamente, na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, com base de cálculo mínima, em se tratando de farinha de trigo adquirida de outros

Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, em função dos valores constantes no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Disse que se insurgiu contra essa base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal, e, nesse sentido, conforme documentação anexa, com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00 sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, mais especificamente no que concerne ao seu Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida Medida Liminar para determinar que o fisco estadual se abstinha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante efetuar o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Pediu que, por estar acobertado por Decisão judicial que o desobriga de utilizar como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no Anexo 1 da referida instrução, fossem afastados da autuação em apreço.

O fiscal designado para prestar a informação observou que a única contestação ao lançamento efetuado é contra a utilização da pauta fiscal, tendo o contribuinte, inclusive, ajuizado Mandado de Segurança para que não fosse aplicada a pauta fiscal na determinação do tributo devido, ou seja, para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05. Considerou que a defesa foi apresentada em total descompasso com a ação fiscal, haja vista que o imposto foi calculado com a base de cálculo formada pela aplicação de MVA [margem de valor adicionado] do anexo 88 do RICMS aplicada sobre o valor da operação. Observou que o imposto recolhido espontaneamente pelo contribuinte não corresponde ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação de MVA do anexo 88 do RICMS, mas como se tratasse de “antecipação parcial”, que não é prevista para a mercadoria em questão, e, por conseguinte, o autuado não recolheu o tributo pelo critério que argumenta ser o correto e para o qual obteve Liminar. Reportou-se a dois acórdãos da 1ª Junta de Julgamento Fiscal em casos que consideram semelhantes. Opinou pela procedência do lançamento.

Através do Acórdão JJF nº 0353-02.07, decidiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, sob o entendimento de que:

“O lançamento em discussão diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos sobre farinha de trigo proveniente de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

Cumpre, preliminarmente, fixar a matéria que efetivamente é objeto deste Auto de Infração, haja vista o desencontro existente entre o teor da imputação e os fundamentos da defesa.

Em casos anteriores, essa empresa foi autuada por recolher o ICMS de forma diversa da prevista na Instrução Normativa nº 23/05. Para evitar o pagamento do imposto na forma estabelecida por aquela instrução, o contribuinte ajuizou Mandado de Segurança no Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - Autos nº 745334-8/2005 -, tendo o MM. Juiz de Direito concedido Liminar determinando que o fisco estadual “se abstinha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo I da IN 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações” (fl. 24).

Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, é devido pelo adquirente da mercadoria o pagamento do tributo por antecipação na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. A autuação ocorreu no primeiro posto fiscal deste Estado na fronteira sul, pela rodovia BR-116. Resta, então, determinar qual o critério a ser adotado no cálculo do imposto a ser antecipado, respeitada a ordem judicial em comento.

Foi alegado pela defesa que o critério de determinação do valor a ser pago neste caso se encontraria 'sub judice', por força de Liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

Nota, contudo, que a Liminar a que alude a defesa é no sentido de que o fisco estadual não lance o imposto com base no critério fixado no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Não sei o que levou a defesa a supor que o imposto lançado teria sido calculado de acordo com a aludida instrução. Tendo em vista que juntamente com o Auto de Infração foi entregue ao contribuinte cópia do demonstrativo de débito (fl. 3), está patente que o imposto foi calculado assim: os fiscais tomaram o valor da Nota Fiscal e o valor do Conhecimento de Transporte, aplicaram a MVA (margem de valor adicionado) prevista no anexo 88 do RICMS, calcularam o imposto (débito) e abateram os tributos destacados na Nota Fiscal e no Conhecimento de Transporte (crédito), apurando assim o imposto a ser lançado. Por conseguinte, o cálculo do imposto não foi feito pelo critério da Instrução Normativa nº 23/05.

Se estou certo nestas conjecturas, concluo que este caso nada tem a ver com a Liminar a que alude a defesa. O contribuinte optou pela via judicial foi em relação a outra situação: quando o fisco apurar o imposto adotando a pauta fixada pela Instrução Normativa nº 23/05. Assim, a “contrario sensu”, se a situação é outra, a questão não está “sub judice”.

Mantenho 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.

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 escorço 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 vênia 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 INFRAZ 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 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. Argüi 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 Inspetoria 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, 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 art. 506-A, cumprindo, inclusive, o teor da Decisão liminar proferida judicialmente.

Desse modo, deve ser lavrado Auto de Infração Complementar, para cobrar o valor remanescente devido pela aplicação da pauta suplementar, conforme dito na Decisão recorrida. Salienta que após a lavratura do Auto de Infração Complementar, ante a existência de mandado de segurança, deverá o processo ser remetido à PGE/PROFIS para que se proceda a sua inscrição em Dívida Ativa.

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 299164.0412/07-8, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.552,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Deve ser lavrado Auto de Infração Complementar, para reclamar o valor remanescente devido pela aplicação da pauta suplementar, ante a existência de mandado de segurança.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTÔNIO DAIHA FILHO – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS