

PROCESSO - A. I. Nº 2328930612/06-0
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0121-01/07
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 30/04/2008

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0121-11/08**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. FARINHA DE TRIGO ADQUIRIDA EM OUTROS ESTADOS, ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, POR ESTABELECIMENTO QUE NÃO EXERCE A ATIVIDADE DE INDUSTRIAL MOAGEIRO. É devida a antecipação do ICMS nas entradas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização, por estabelecimento não credenciado. Base de cálculo constituída de acordo com a Liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado pelo sujeito passivo. Representação à autoridade competente para lavratura de Auto de Infração complementar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0121-01/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigráfico, lavrado para imputar ao sujeito passivo recolhimento a menos do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, referente à aquisição de mercadoria sujeita à antecipação tributária - (800) sacos de farinha de trigo industrial tipo II, procedentes de outra unidade da Federação, não signatária do Protocolo ICMS 46/00, conforme Nota Fiscal nº 00341 e CTRC 000271, no valor de R\$3.890,39, acrescido da multa de 60%.

Em Primeira Instância, o julgamento pela Procedência apresentou os seguintes fundamentos, resumidamente:

1. A exigência fiscal decorre do recolhimento a menor do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por ter o contribuinte adquirido farinha de trigo em grãos de Estado não signatário do Protocolo nº 46/00 – Estado do Paraná;
2. Os autuantes utilizaram como base de cálculo o valor da operação constante na Nota Fiscal nº 000341, no total de R\$19.200,00, aplicando sobre este valor a MVA de 76,48% resultando na base de cálculo no valor de R\$44.472,96, obedecendo, portanto, a determinação judicial por não ter sido utilizado como base de cálculo o valor estabelecido na Instrução Normativa nº 23/05, haja vista que a cobrança do imposto foi feita exatamente considerando o teor da Decisão judicial.
3. Que foi considerado para efeito de crédito fiscal o valor do imposto destacado na referida nota fiscal, no valor de R\$3.670,00, que deduzido do valor do ICMS total apurado de R\$7.560,39, resulta no ICMS a recolher no valor de R\$3.890,39.
4. Como no presente caso o imposto foi apurado adotando-se como base de cálculo o valor da operação e não a prevista na Instrução Normativa nº 23/05, significando dizer que o ICMS exigido foi inferior ao valor devido, no intuito de salvaguardar o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário, representa à autoridade competente nos termos do artigo 156 do RPAF/99, a fim de que analise a necessidade de se lavrar Auto de Infração complementar, considerando as normas regulamentares estabelecidas, já que não houve Decisão final na esfera judicial em relação ao valor da base de cálculo prevista na citada Instrução Normativa.

5. No que concerne à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, observou que tais questões não foram objeto do mandado de segurança, cabendo a sua apreciação neste processo. Assim, embora o autuado tenha argüido a inaplicabilidade da multa e dos acréscimos moratórios, por entender que a multa de mora somente é devida em função da inadimplência do contribuinte, e que estando sob a proteção de medida judicial, não pode ser compelido a pagá-la, e que ainda se for cassada a liminar teria prazo para quitar a obrigação tributária sem a incidência da multa, tais argumentos não podem prevalecer.
6. Que efetivamente, no presente caso, não há porque se falar em adimplência, pois a exigência da multa e dos acréscimos moratórios só não ocorrerá se a Decisão judicial for desfavorável ao Estado, assim a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário através de advogado constituído, onde transcreve literalmente a Impugnação apresentada, basicamente alegando ser indevida a aplicação de pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, daí porque informa que a empresa ingressou com Mandado de Segurança, tendo obtido medida liminar que determinou ao Fisco se abster de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pela referida norma, permitindo a impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Conclui que estando acoberta por Decisão judicial que a desobriga de utilizar como base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS os valores constantes da Instrução Normativa nº 23/05, a autuação deve ser afastada.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo pronuncia-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender que a Decisão da JJJ foi acertada, pois o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS utilizando-se como base de cálculo o valor real da operação constante no documento fiscal que acompanhava a mercadoria. Aduz que as alegações recursais são totalmente impertinentes, já que o Fisco agiu em perfeita conformidade com a liminar concedida pelo Poder Judiciário.

VOTO

Do exame das razões recursais apresentadas pelo recorrente entendemos que de logo devemos consignar que as mesmas não merecem acolhida, visto que o presente Recurso Voluntário restringe-se unicamente a se insurgir a recolher a antecipação tributária com base de cálculo por pauta fiscal, ou seja, sem ter que se submeter às exigências do Anexo I da IN 23/05, sob o manto de liminar concedia através de Mandado de Segurança, a qual determina que o sujeito ativo “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”.

No entanto, o lançamento de ofício foi efetivado em obediência à ordem judicial, ou seja, a base de cálculo para exigência da antecipação tributária é o próprio valor das mercadorias consignado no documento fiscal que deu circulação a mercadoria, acrescido do valor do frete constante do CTRC nº 000271, sobre cujo montante incidiu a MVA de 76,48%, prevista no Anexo 88 do RICMS, acarretando na base de cálculo de R\$44.472,96, que com a aplicação da alíquota de 17%, e deduzido o crédito de R\$3.670,00, resultou o ICMS antecipado a recolher de R\$3.890,39, conforme se pode constatar do demonstrativo de débito acostado aos autos e da informação do fiscal autuante.

Por outro lado, devemos observar que a base de cálculo aplicável à operação em tela deve seguir a previsão disposta no inciso II do § 2º do art. 506-A, abaixo transcrito:

“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 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;

§ 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 26/92". Grifos nossos.

Assim, verificamos que a regra em comento determina que somente poderá ser aplicada a base de cálculo através da aplicação da MVA (base de cálculo da autuação) desde que os valores obtidos não sejam inferiores aos valores mínimos da base de cálculo fixada pela Secretaria da Fazenda.

Como destacou a PGE/PROFIS em Auto de Infração semelhante lavrado contra a própria empresa: *Acaso o estado entendesse cobrar 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. É dever do preposto fiscal aplicar a legislação tributária, por outro lado, trata-se de uma 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, deve ocorrer seguindo normas da legislação tributária emanadas do ente tributante com competência constitucional, por ser ato vinculado".*

Do exposto, como na presente autuação os valores obtidos como base de cálculo são inferiores aos que seriam efetivamente devidos, já que se aplicados os valores da Instrução Normativa nº 23/05 a base de cálculo seria maior que a utilizada, concordamos com a JJJ no sentido da exigência de representação à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, visando efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o originado da base de cálculo mínima, prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS, cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 232893.0612/06-0, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente a 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. Representa-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, no estabelecimento do contribuinte, e efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o originado da base de cálculo mínima, prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS, cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CAZALLI - REPR. PGE/PROFIS