

PROCESSO - A. I. Nº 299164.1212/06-4
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0315-03/07
ORIGEM - IFMT - DAT SUL
INTERNET - 21/05/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0121-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. BASE DE CÁLCULO APURADA DE FORMA NÃO PREVISTA EM LEI. O lançamento de ofício deve conter todos os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Identificado inequivocamente erro na descrição em um dos elementos essenciais da obrigação tributária, a **NULIDADE** deve ser declarada de ofício. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da JJF que considerou Procedente o Auto de Infração em lide.

O lançamento de ofício lavrado em 10/12/2006, refere-se à falta de recolhimento de 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, desde que não possua Regime Especial, no valor de R\$4.888,56 com multa aplicada de 60%. Consta na descrição dos fatos: *“Termo de Apreensão em substituição ao termo de apreensão 2991640518/06-2 de 19/05/2006 e Auto de Infração 2991640517/06-6 a fim de corrigir erro formal. Lavrado, portanto este em pela falta de pagamento de ICMS, sobre o momento da entrada de farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo de unidade não signatária do prot ICMS 46/00, já que a operação anterior com trigo em grãos estava amparada por suspensão”*.

Em seu voto o Sr. relator analisa inicialmente o fato do autuado encontrar-se *“protegido em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, para que “o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais de operações”, conforme documento juntado com a defesa à fl. 23. Verificou que o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento, que no seu § único, II diz que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G. Por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA diz que 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)”.

Observou, “conforme documentos acostados à folha 11, que o estabelecimento autuado adquiriu 40 toneladas de Farinha de Trigo, conforme nota fiscal nº 3052, ao preço unitário de R\$0,325 por quilo de Farinha de Trigo, sendo o valor total das mercadorias transportadas conforme CTCR de nº 00023 da Ágape Transportes (fl. 06), de R\$16.000,00.”

Verificou, entretanto, “que os autuantes deduziram indevidamente na base de cálculo deste Auto de Infração o valor de R\$1.147,50, a título de crédito fiscal, correspondente à nota fiscal de nº 469 (folha 07), contendo trigo em grão, que não foi objeto da apreensão da mercadoria que resultou na lavratura deste Auto de Infração. Portanto, represento à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal, no sentido de exigir a diferença de imposto que não foi objeto desta autuação. Apresenta um demonstrativo onde consta o valor das mercadorias, frete, mercadoria + frete, MVA e 76,48, Imposto, crédito fiscal e ICMS a Recolher”.

Observa ainda que: “a matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, eis que a base de cálculo deste processo foi determinada a partir da soma do valor da nota fiscal com o valor do Conhecimento de Transporte, acrescido da margem de valor adicionado (MVA), prevista no Anexo 88 do RICMS-BA, calculando-se sobre o montante o imposto devido, deduzindo-se os tributos destacados a título de crédito fiscal, como também o montante recolhido pelo autuado (fl. 03).”

Quanto à arguição defensiva do autuado, de que não foi obedecida a liminar concedida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, não acatou, “tendo em vista que para a lavratura deste Auto de Infração o autuante não utilizou a base de cálculo prevista na Instrução Normativa 23/05, aplicando MVA sobre o valor da operação para apurar o montante devido, conforme determina a medida judicial juntada aos autos. Todavia, pode a autoridade fazendária determinar o início de novo procedimento fiscal para apurar a diferença entre a pauta fiscal prevista na referida instrução normativa e a base de cálculo aplicada nesta autuação”.

Vota, no que foi acompanhado pelo demais membros da JJF pela Procedência do Auto de Infração.

Como colocamos acima, o autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresenta este Recurso Voluntário (fls. 48 a 50), voltando a destacar, o teor da autuação - compra de farinha de trigo oriunda de Estados não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências contidas no Anexo 01 da Instrução Normativa nº 23/05

Volta a salientar que é exatamente contra esta base de cálculo mínima que se insurgiu, ajuizando Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, e que em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (fl. 23), para determinar que a impetrada “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”.

Concluiu, dizendo que espera e confia, em face de estar acobertado por Decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que seja afastada a autuação.

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 art 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 1 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, art. 117 e segs. Ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido a 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*”. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Este é mais um PAF movido contra a empresa epigrafada que tem chegado com certa abundância a este Órgão Julgador. 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.

Observo inicialmente que a nota fiscal referida como base para o lançamento, relaciona não somente a farinha de trigo, mas também dois outros itens que dizem respeito a “*industrialização efetivada por terceiros*” e “*farelo de trigo*”. O total, R\$16.000,00, porém é considerado exclusivamente como “*farinha de trigo*” e levado ao demonstrativo de débito juntamente com os R\$6.000,00 referente às “*despesas com frete*” (fls. 3, 5, 6). Há também a cópia de uma outra Nota Fiscal nº 469 e que se refere a Trigo em grãos, no valor de R\$16.250,00”.

O Sr. Auditor autuante diz em sua informação que usou como base de cálculo os valores constantes da nota fiscal e na CTCR anteriormente referidas e sobre ela aplicou uma MVA de 76,48%, previsto no item 12.2 do anexo 88, tendo também concedido o crédito de R\$1.711,78 resultando no imposto a pagar de R\$4.888,56.

De pronto, observa-se que há um descompasso entre o que está posto nos autos e o que foi colocado pelo Sr. Auditor. A nota fiscal referida diz respeito a três objetos distintos, quais sejam: farinha de trigo, industrialização e farelo de trigo, embora tenham provavelmente decorrido de uma só ocorrência, no caso a moagem do trigo em grão. Ocorre que a fiscalização tomou este valor como valor único ao qual adicionou o valor do frete e sobre toda esta base agregou o MVA.

A Decisão da JJF acompanhou em parte o raciocínio do autuante e ressaltou apenas quanto ao uso do crédito que entendeu não válido, já que se originou na Nota Fiscal nº 469 que não “participou” da apreensão.

Entendo que há uma série de equívocos no presente lançamento entre os quais destaco: inicialmente a base de cálculo apurada não se encontra devidamente demonstrada ou em outras palavras, a ela foram acrescidos dados que embora pudessem integrá-la indiretamente, teriam uma tributação diferenciada. A concessão do crédito, como coloca a Decisão da JJF, também é indevida, pois oriunda de operação que não integrou o atual lançamento. Creio que a existência destas irregularidades me leva a votar do sentido de que o Auto de Infração seja considerado Nulo. Não deixo de reconhecer que independente desta nulidade, a liminar concedida não teve o condão de impedir a autuação que inclusive com ela não pertine. Não é demais, portanto, anotar o que já conhecemos: o lançamento de ofício deve conter todos os elementos suficientes para se

determinar com segurança a infração e o infrator. Identificado inequivocamente erro na descrição da base de cálculo, elemento essencial da obrigação tributária, a nulidade deve ser declarada de ofício.

Voto pela NULIDADE do procedimento e, conseqüentemente, considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário, recomendando que seja renovada ação fiscal a salvo de erros.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº 299164.1212/06-4, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Recomendo que seja renovada ação fiscal a salvo de erros.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. PGE/PROFIS