

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0628/06-3
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0025-04/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 08/05/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-11/08

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. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0025-04/08, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, referente a 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, não sendo o contribuinte credenciado, conforme Nota Fiscal nº 005456, com imposto exigido no valor de R\$2.496,30, acrescido da multa de 60%.

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

- I. que do exame dos documentos juntados ao processo, verifica-se que no demonstrativo de débito juntado à fl. 04, foi utilizado na apuração do imposto o valor real da mercadoria constante da nota fiscal de número 005456 (fl. 07) e como a mercadoria é enquadrada no regime de substituição tributária, foi adicionada ao seu valor a MVA de 76,48% prevista no RICMS/BA (art. 371, 506-A e Anexo 88), na apuração do ICMS substituto, que corresponde ao imposto que deveria ser pago na operação de comercialização subsequente da mercadoria, deduzindo do imposto apurado de R\$5.760,30, o ICMS destacado na mencionada nota fiscal à fl. 07, no valor de R\$1.344,00, bem como a importância de R\$1.920,00, paga através do DAE 601256173, à fl. 08, totalizando R\$ 3.264,00;
- II. que na autuação o imposto foi apurado como determinado na Ação de Mandado de Segurança, ou seja, tomando como base de cálculo “o valor da operação”, adicionado a MVA como previsto na legislação do ICMS, em conformidade com a segurança jurídica que lhe foi concedida, tendo sido obedecida a determinação judicial.

- III. como o crédito tributário deve ser constituído de acordo com as normas legais e regulamentares vigentes e tendo o sujeito passivo se insurgido contra a apuração do imposto na forma prevista na legislação tributária, escolhendo a via judicial, nos termos do art. 156, do RPAF/BA, representa-se à autoridade competente para adotar providências no sentido de lavrar Auto de Infração complementar, para exigir a diferença do valor do ICMS apurado com base na IN 23/05 e o exigido neste lançamento, observando que o crédito tributário oriundo desta nova autuação deverá ficar com sua exigibilidade suspensa nos termos dos artigos 117 e 122, IV, do RPAF/99, até que ocorra Decisão definitiva da lide pelo Poder Judiciário.

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, ressalta inicialmente que embora tenham sido descritos corretamente os fatos pelo autuante, há impropriedade na descrição da infração quando diz que houve falta de recolhimento do ICMS, mas que se trata de mero erro formal, o qual não macula a perfeição do Auto de Infração, restando caracterizada a infração cometida. No mérito, pronuncia-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, mantendo-se a Decisão recorrida, observando que, com base na ressalva final do inciso II do §2º do art. 506-A do RICMS/BA, como no caso em apreço o valor encontrado foi menor que o constante no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/00, deve ser lavrado outro Auto de Infração complementar para cobrar o valor remanescente devido pela aplicação da pauta fiscal, nos termos do art. 28 do RPAF/99. Consigna, ainda, que após a lavratura do Auto de Infração complementar, ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido a PGE/PROFIS para que se proceda a sua inscrição em dívida ativa, pois que, neste momento, utilizando-se 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, nos termos do art. 117, §1º, II do RPAF.

VOTO

De início, como relevado pela procuradora que subscreveu o opinativo da douda PGE/PROFIS, comungamos com o seu entendimento no sentido de que o mero erro de fato cometido pelo autuante ao descrever a infração não maculou o presente lançamento de ofício de nulidade, posto que devidamente caracterizada nos autos a infração ocorrida – recolhimento a menor do ICMS na aquisição de farinha de trigo de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00 - bem como o seu montante.

No mérito, 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 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 Instrução Normativa nº 23/05, sob o manto de liminar concedida 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 1 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 a 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 – Nota Fiscal nº 005456 - sobre cujo montante incidiu a MVA de 76,48%, prevista no Anexo 88 do RICMS, acarretando na base de cálculo de R\$33.884,16, que com a aplicação da alíquota de 17%, e deduzido o crédito de R\$3.264,00, resultou no ICMS antecipado a recolher de R\$2.496,30, 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 nº 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 nº 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 IN 23/05 a base de cálculo seria maior que a utilizada, concordamos com a JJF e com o opinativo da PGE/PROFIS no sentido da exigência de representação à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal 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, abaixo transcrito:

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:

IV - com a desistência da defesa ou do Recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a Decisão administrativa;

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 **232893.0628/06-3**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.496,30**, 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 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, 22 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS