

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0817/07-9
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0011-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21/05/2008

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0149-11/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 114/04, 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. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no sentido de 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. A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, eis que a base de cálculo neste processo 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, 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. 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 recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF pertinente ao Acórdão nº 0011-02/08 que julgou Procedente o Auto de Infração, em lide, lavrado em 09/08/2007, para exigência do valor de R\$4.144,42 acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária através da Portaria nº 114/04, referente a 800 sacos de Farinha de Trigo, adquirido em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, através da Nota Fiscal nº 0384 da Trigonorte Moinho de Trigo Ltda e CTRC nº 000488 da Transportadora Silveira Alves Ltda., conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro (docs. fls. 04 a 12).

Na defesa fiscal às fls. 20 a 22, o autuado representado por advogados legalmente constituídos, confirma que a autuação exige ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00), que não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Destaca que o autuante utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas adquirentes de farinha de trigo em outros Estados, não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, a efetuar o pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, utilizando como base de cálculo mínima os valores constantes no Anexo 1 da IN 23/05.

Informa que por ter se insurgido contra o cálculo com base em pauta fiscal, ou seja, não se submeter às exigências contidas na Instrução Normativa nº 23/05, em particular o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança nº 745334-8/2005 (fl. 29) na 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, foi deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal *“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”*.

Por fim, pede que a autuação seja afastada em face da Decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

A informação fiscal foi prestada por auditor fiscal estranho ao feito (fls. 35 a 37), o qual, salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito a utilização da pauta fiscal, tendo o sujeito passivo ajuizado mandado de segurança e obtido liminar deferida para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05.

Esclareceu que a base de cálculo foi apurada sobre a Nota Fiscal nº 384 e CTCR 488, segundo o artigo 61, II, do RICMS/97, sendo reclamado o valor de R\$4.144,42, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, enquanto que o imposto recolhido espontaneamente pelo contribuinte não corresponde com o imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação da MVA constante no Anexo 88, Item 12.1, do RICMS/97, tendo o autuado recolhido incorretamente o imposto segundo o procedimento da antecipação parcial, descumprindo a Decisão judicial no que lhe era favorável.

Ressalta que, conforme decisões proferidas pelos Acórdãos JJF 0161-01/07 e 0132-01/07, ambos da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, salientando que tais decisões foram por unanimidade com base no seguinte entendimento: *“...A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, eis que a base de cálculo neste processo 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, calculando-se sobre o montante o imposto devido e abatendo-se os tributos destacados e apurando-se assim o imposto a ser lançado....”*. Ao final, opinou pela Procedência do Auto de Infração.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal proferiu o seguinte voto:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência de imposto, tendo em vista falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de mercadoria enquadrada no artigo 353, inciso II, Item 11.1, do RICMS/97, mais precisamente FARINHA DE TRIGO COMUM, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, acobertada pela Nota Fiscal nº 0384, emitida pela empresa Trigonorte – Moinho de Trigo Ltda, município de Maringá (PR), e CTCR nº 000455 da Transportadora Silveira Alves Ltda, conforme documentos às fls. 04 a 12.

Apesar de constar no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 232893.817-07-9 (fls.06 e 07), que o contribuinte deixou de efetuar o pagamento da antecipação tributária do

ICMS, por força de liminar em Mandado de Segurança conforme Processo nº 745334-8/2005 da 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, e que o referido Termo foi lavrado para caracterizar o ilícito fiscal e assegurar o direito da Fazenda Pública Estadual, observo que na realidade a exigência está caracterizada pelo recolhimento a menos do ICMS sobre a operação em questão, haja vista que o débito totaliza a cifra de R\$4.144,42, e conforme DAE à fl. 10, o autuado recolheu apurou o imposto no valor de R\$2.080,00 (recolhido em 09/08/2007).

Sobre o aspecto formal o PAF está revestido de todas as formalidades legais, haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança citado.

Na defesa o autuado disse que a fiscalização utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 para o cálculo da antecipação tributária da farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo nº 46/00, e que por ter se insurgido contra a autuação, ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal “se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.

Pelo que se vê, os fundamentos jurídicos aduzidos pelo autuado dizem respeito a situação alheia ao presente caso, ou seja, a matéria discutida nos autos não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a fiscalização, em momento algum, adotou para o cálculo da exigência fiscal a regra prevista na IN nº 23/05, como veremos adiante.

O artigo 506-A, § 2º do RICMS/97, prevê 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).

Igualmente o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, também disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária, remetendo o cálculo com base no valor da operação fixado pelo industrial mais a MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97.

Já a Instrução Normativa nº 23/05, em vigor a partir de 01/05/2005, estabelece que para efeito de determinação da base de cálculo mínima do ICMS referente à antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo, quando as mercadorias originarem-se do exterior ou de unidade de Federação não-signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

No caso, no quadro abaixo poderá ser examinado como foi determinada a base de cálculo pelo autuado, pelo autuante através da regra geral da substituição tributária e a base de cálculo mínima estabelecida na IN nº 23/05.

ESPECIFICAÇÃO	CÁLCULO DO AUTUADO	CÁLCULO DO AUTUANTE PELO ART. 506-A, § 2º, RICMS/97	CÁLCULO PELA PAUTA FISCAL INST.NORM.Nº 23/05
QUANTIDADE EM KG.	40.000	40.000	40.000
QUANT.EM SCS.50 KG.	800	800	800
VALOR DA MERCADORIA	20.800,00	20.800,00	61.408,00 (800 x R\$76,76)
FRETE	-	6.000,00	6.000,00
SOMA	20.800,00	26.800,00	67.408,00
M.DE VALOR ADICIONADO (%)	-	76,48	-
BASE DE CÁLCULO	20.800,00	47.649,60	67.408,00
ALÍQUOTA	17,00	17,00	17,00
ICMS A 17%	3.560,00	8.100,42	11.493,36
CRÉDITO FISCAL DESTACADO NA NF	1.456,00	1.456,00	1.456,00

CRÉDITO FISCAL DESTACADO CTRC	0,00	420,00	420,00
VR.RECº CONF DAE FL.10	2.080,00	2.080,00	2.080,00
ICMS DEVIDO	0,00	4.144,42	7.537,36

Portanto, no caso da nota fiscal objeto da autuação, tratando-se de farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo nº 46/00, entendo que somente seria aplicável a regra geral da substituição tributária prevista no artigo 506-A, § 2º, do RICMS/97, conforme adotado pela fiscalização, se a base de cálculo correspondente ao valor da operação mais a MVA fosse igual ou superior a base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.

Examinando-se o quadro acima se verifica que o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição, ao invés de ter adotado a base de cálculo mínima estabelecida na IN nº 23/05, conforme objeto da liminar. Desta forma, mantenho o valor que foi lançado no Auto de Infração por não contrariar a liminar do mandado de segurança, e represento a autoridade fazendária para verificar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal visando efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o valor decorrente da base de cálculo mínima, prevista na IN Nº 23/05. Desta forma, mantenho o valor que foi lançado no Auto de Infração por não contrariar a liminar do mandado de segurança, e represento a autoridade fazendária para verificar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal visando efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o valor decorrente da base de cálculo mínima, prevista na IN Nº 23/05.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente traz iguais manifestações de irresignação apreciadas nas iniciais, não aduzindo aos autos nenhum fato novo ou prova capaz a modificar os fatos em análise.

O fulcro do seu Recurso Voluntário e da sua conclusão residem na alusão ao fato de restar a recorrente acobertada por liminar de Mandado de Segurança, ajuizado por decisão judicial exarada pelo MM juízo da 4ª Vara da Fazenda Publica, e que em decorrência a autuação será afastada.

Opinativo elaborado pela ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoedo recapitula as fases apreciadas no presente PAF, destacando que:

- há impropriedade na descrição da infração quando alude que houve falta de recolhimento do ICMS, entretanto mero erro formal não macula o presente lançamento dado que foi caracterizada a infração cometida e se apresentou o valor real do imposto que falta ser recolhido;
- apesar da correta análise efetuada por fiscal estranho ao feito, ressalta equivocada no que tange ao valor cobrado por não atendida a pauta fiscal em contrário senso à legislação pertinente;
- concorda a ilustre procuradora com o relatório da 1ª Instancia, e com sua determinação de remessa à Inspetoria para lavratura de Auto de Infração complementar, de conformidade à Instrução Normativa nº 23/00 e após devolvido à INFAZ de origem conforme previsão legal;

Cita a ilustre procuradora a aplicação do art. 506-A, § 2º, do RICMS/BA “...a base de calculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá; II...o valor da operação própria realizada pelo fornecedor, acrescida 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%, desde que não seja inferior aos valores mínimos da base de calculo fixados pela SEFAZ por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS 26/92.”.

Como o valor encontrado resultou menor que o previsto na Instrução Normativa nº 23/05, de conformidade ao explicitado pelo ilustre julgador, compete ao preposto fiscal aplicar a legislação tributária.

Comenta a ilustre procuradora que a decisão liminar tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não o da sua constituição, e é ato vinculado o lançamento de ofício suprimindo o valor do imposto não efetivado pelo contribuinte devendo ocorrer segundo normas emanadas da legislação tributária, tendo o ente tributante competência constitucional.

Finaliza a ilustre procuradora apontando que após lavratura do Auto de Infração Complementar (art.117 e ss RPAF/99), ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para registro em Dívida Ativa. A resistência da recorrente, frente ao correto lançamento previsto na legislação tributária, e a sua opção em discussão na esfera judicial, significa sua renúncia ao seu direito de defesa na esfera administrativa.

Encerra o Parecer, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No PAF em análise, observam-se cumpridas todas as formalidades legais, tendo a autuação sido precedida de Termo de Apreensão de Mercadorias, as quais não foram retidas tendo em vista liminar de Mandado de Segurança relativo ao Processo nº 745334-8/2005 da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

A exigência fiscal originou-se do recolhimento do imposto a menos, na entrada de mercadorias providas de outras unidades da Federação, de cujo total de R\$8.100,42 o autuado somente recolheu, conforme DAE às fls. 09 dos autos, R\$2.080,00.

Vejo que os argumentos sustentados pela recorrente não dizem respeito à autuação presente, dado que a discussão nos autos não tem pertinência com a referida liminar, considerando que a fiscalização não praticou a regra prevista na Instrução Normativa nº 23/05.

Referida Instrução Normativa nº 23/05, vigorando desde 01/05/2005, estabelece que na determinação da base de cálculo do ICMS incidente na antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo vinda do exterior, ou de outras unidades da Federação não signatárias do Protocolo ICMS 46/00, se considerarão os valores constantes do Anexo I da mencionada Instrução Normativa, competindo ao destinatário o pagamento do imposto.

O art. 506-A, § 2º do RICMS/BA prevê que a base de cálculo para aplicação na espécie em análise, é o valor da operação própria, realizada pelo remetente ou fornecedor, adicionado dos demais valores absorvidos pelo adquirente (seguros, fretes, IPI, outros encargos), em cujo montante é adicionado a MVA de 76,48% para obtenção de valor resultante se este não for menor ou inferior aos valores mínimos fixados pela SEFAZ por unidade de medida (Protocolo nºs 26/92 e 46/00).

No caso em apreço, o autuante diferentemente da citada liminar, calculou o imposto com base no valor real das mercadorias, tomando por base a regra geral da substituição tributária.

Tendo em vista que nenhum documento ou fato novo foi adicionado aos autos, mantenho o lançamento de ofício em seu valor original, NÃO DANDO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

De ofício represento à autoridade Fazendária (fiscalização de Estabelecimentos) para que renove a ação fiscal, visando o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o originado da base de cálculo mínima, prevista no art. 506-A, § 2º, do RICMS, para complementar o valor acaso remanescente, cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99.

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 **232893.0817/07-9**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.144,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. PGE/PROFIS