

PROCESSO - A. I. Nº 088444.0603/07-4
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0001-03/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 09/07/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0211-11/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. FARINHA DE TRIGO RECEBIDA APÓS INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA DE TRIGO EM GRÃOS ADQUIRIDO EM ESTADO NÃO SIGNATÁRIO PELO CONTRIBUINTE. Descabe a exigência do imposto pela Fiscalização de trânsito, já que a mercadoria apreendida foi farinha de trigo, e não trigo em grãos, resultante do processamento do referido trigo, adquirido em operação anterior pelo sujeito passivo, cujo imposto deve ser exigido nos termos do art. 506-A, combinado com o art. 125, VII do RICMS-BA, e cujo pagamento por antecipação alcança as operações subsequente com o produto farinha de trigo. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do lançamento de ofício, com representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF pertinente ao Acórdão nº 0001-03/08 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 13/06/2007, o qual exige de R\$7.554,55 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do imposto por antecipação, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, desde que não possua regime especial. De acordo com a descrição dos fatos, foi constatado recolhimento a menos do ICMS, referente 37 sacos de farinha de trigo de 50 Kg. industrial tipo 2, conforme Nota Fiscal nº 4141; trigo, Nota Fiscal nº 4140, prestação de serviço, Nota Fiscal nº 4142 e CTCR nº 408.

O recorrente conforme procuração à fl. 22, impugna o lançamento (fls. 19 a 21), salientando que a autuação decorre da entrada de farinha de trigo vinda de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, e de que foi utilizada a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05. Insurge-se contra a “base de cálculo mínima”, conhecida como “Pauta Fiscal”; Informa que para a aquisição de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem submissão às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, especificamente o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, o qual foi distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, tendo sido deferida a medida liminar (fl. 24), determinando que “a impetrada se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, possibilitando o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.

A informação fiscal é prestada às fls. 30 a 32, pelo Auditor Silvio Chiarot Souza, nos termos previstos no art. 127, § 2º do RPAF/99.

Indica que o autuado através do DAE à fl. 10, recolheu o valor de R\$1.844,86, inferior ao devido pela antecipação parcial do ICMS incidente sobre as notas fiscais objeto da autuação; não incluiu

o frete, cujo valor foi deduzido juntamente ao crédito fiscal na nota, tendo se recusado a complementar a diferença, cujo débito está sendo cobrado através do presente Auto de Infração. Depreende que o autuado contestou somente a utilização da pauta fiscal, inclusive ajuizando Mandado de Segurança, para não aplicação dos valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05. Salienta ter aplicado na autuação a base de cálculo preceituada pelo art. 61, II, do RICMS-BA, exigindo a diferença do valor recolhido pelo autuado, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, considerando o recolhimento a menor, ou seja, o autuado não recolheu o imposto pelo critério que argumenta ser o correto, e que para tanto, obteve liminar. Alude existir total desacordo entre a ação fiscal e os argumentos de defesa, pois conforme o Termo de Apreensão e Ocorrências foram apreendidos trigo em grãos e farinha de trigo, quando a única mercadoria existente no momento da autuação é farinha de trigo, sendo vinculado o trigo em grãos apenas simbolicamente.

Considera que a base de cálculo deveria considerar a utilização da MVA de 76,48% sobre a farinha de trigo. E que na formação da base de cálculo da farinha de trigo industrializada por encomenda, deveria ser incluído o frete pertinente, o valor do trigo em grãos utilizado no processo industrial, conforme Nota Fiscal nº 4140, e o valor agregado no processo pela Nota Fiscal nº 4142, acrescido do percentual de 76,48%, previsto no anexo 88 e não, 94,12%, como foi utilizado na ação fiscal. Conclui sua informação, afirmando que a base de cálculo seria encontrada apenas pelo valor total como discriminado no CTRC 379, mais o valor do serviço de frete acrescido do percentual de 76,48%, conforme planilha que elaborou na fl. 32, apurando o imposto a recolher no valor de R\$6.884,52.

A ilustre JJF aponta as Notas Fiscais de números 4140, 4141 e 4142 sobre as quais foi o presente Auto de Infração lavrado, exigindo ICMS recolhido a menor, devido por antecipação parcial do ICMS na primeira repartição do percurso na Bahia, referente à aquisição de farinha trigo, proveniente do Estado do Paraná, unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

Destacam alegação do contribuinte, que se insurge contra a base de cálculo, conhecida como “Pauta Fiscal”, de que a empresa adquire farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, e para não ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, especificamente o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, e obteve deferimento de liminar.

Referida medida cautelar, à fl. 24 do presente processo, contém os seguintes termos: *“concedo a liminar requerida para determinar que a impetrante 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, conforme notas fiscais das operações”*.

Verificam os ilustre julgadores que a Liminar em tela determina que a base de cálculo do imposto seja apurada sem a aplicação da Instrução Normativa nº 23/05, e que no presente processo, ao contrário do alegado pelo defendente, a base de cálculo apurada pelos autuantes à fl. 03, utilizou margem de valor agregado (MVA) de 76,48% sobre a farinha de trigo. Não houve, portanto, qualquer desobediência à decisão proferida na citada liminar, concedida em mandado de segurança impetrado pelo autuado.

E, em se tratando de recebimento de farinha de trigo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, a antecipação do ICMS é prevista no art. 506-A, do RICMS/97:

“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 subseqüentes com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou

mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

(...)

§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

I - tratando-se de recebimento de trigo em grão, ao valor total de aquisição ou de recebimento das mercadorias, adicionado dos impostos federais quando incidentes e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário até o momento do ingresso em seu estabelecimento, acrescido da margem de valor adicionado de 94,12% (noventa e quatro inteiros e doze centésimos por cento);

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.

No Termo de Apreensão e Ocorrências à fl. 05, constam as mercadorias apreendidas (farinha de trigo, trigo em grãos e mistura de farinha de trigo), sendo formadoras da base de cálculo, como também o valor da Nota Fiscal de industrialização e do CTRC.

Observam que o trigo em grãos foi enviado para industrialização, e após esse beneficiamento, o produto já transformado em farinha de trigo foi enviado ao defendente, constando no CTRC, todas as notas fiscais envolvidas na operação, que citam o produto farinha de trigo, com o total de peso transportado. Restou, portanto, comprovado pelo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) à fl. 11, que estava sendo transportada a citada mercadoria, depreendendo-se que a mesma ingressou no Estado da Bahia acobertada pelas Notas Fiscais emitidas pela Consolata Alimentos Ltda., referentes a 800 sacos de 50 kg do produto, no valor total de R\$25.151,28.

Observam ainda, equívocos, no cálculo do imposto, por ter sido aplicada a MVA de 94,12% sobre o trigo em grãos (mercadoria materialmente não objeto da autuação), e também no crédito fiscal, haja vista que devem ser considerados os valores destacados na Nota Fiscal e no CTRC acostado aos autos e deduzido o imposto já recolhido pelo autuado.

Retificam o imposto devido, com base no valor da mercadoria transportada constante do CTRC, aplicando-se a MVA de 76,48%, de acordo à seguinte demonstração:

(A) VALOR MERCADORIA	(B) FRETE/PEDAGIO CTRC 408	(D = A+B) VALOR TOTAL MERCADORIA	(E) M. V. A %	(F = D x E) B. C. ANTECIPAÇÃO	(G = F x 0,17) IMPOSTO 17%	(H) CRED NF CTRC VALOR REC	(I = G - H) IMPOSTO DEVIDO
25.151,28	6.200,00	31.351,28	76,48%	55.328,74	9.405,89	2.461,36	6.944,53

Apontam pela Procedência em Parte da exigência do imposto no presente Auto de Infração, conforme o cálculo acima efetuado, alterando-se o valor exigido para R\$6.944,53.

E nos termos do art. 156, do RPAF/99, representam à autoridade competente para que em novo procedimento fiscal seja reclamada a diferença remanescente entre o valor exigido neste PAF e o calculado com base na IN 23/05 (pauta fiscal), destacando que, o crédito tributário oriundo desta nova autuação, deve ficar com sua exigibilidade suspensa até a decisão judicial definitiva.

Julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração em comento.

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 ao recorrente acobertado por liminar em Mandado de Segurança, ajuizado por decisão judicial exarada pelo MM juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, e que, em decorrência a autuação será afastada.

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

- 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 contrario senso à legislação pertinente;
- concorda a ilustre procuradora com o relatório da 1ª Instância, 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 IC MS 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 i.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 i.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 sua exposição, opinando pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No PAF em análise, observam-se tomadas todas as formalidades legais, tendo a autuação sido precedida de Termo de Apreensão de Mercadorias, as quais não foram retidas tendo em vista liminar em 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\$7.554,55 o autuado somente recolheu, R\$1.844,86, conforme DAE à fl. 10 dos autos.

Vejo que os argumentos sustentados pelo 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 adicionada 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 ICMS 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.

Diante de tais considerações e por não ser possível apurar a liquidez do valor devido no Auto de Infração, quanto à farinha de trigo, em razão do DAE está vinculado a diversos documentos fiscais não especificados, de ofício, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, devendo ser renovado o procedimento pela fiscalização, a salvo dos equívocos apresentados, *junto ao estabelecimento do autuado*, ficando PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário, considerando, inclusive, ter havido a Suspensão de Execução de Liminar em Mandado de Segurança nº 27566-7/2008, consoante publicação no Diário do Poder Judiciário de 04 de junho de 2008.

Assim, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e decretar, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração nº **088444.0603/07-4**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Representa-se à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS