

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0818/07-5
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0037-01/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 09/07/2008

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-11/08

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 0037-01/08 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em lide, lavrado em 09/08/2007, para exigência do imposto no valor de R\$5.655,77, 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, adquiridos para comercialização em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, indicada na Nota Fiscal nº 4898, emitida em 04/08/2007, por Consolata Alimentos (PR), conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro.

Na defesa inicial, às fls. 24 a 26, advogados legalmente constituídos, confirmam que a autuação exige ICMS relativo à farinha de trigo procedente do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00), que não foi pago o imposto na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Fixam-se na afirmação de que o autuante utilizou a pauta fiscal, Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas adquirentes de farinha de trigo em Estados, não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, a efetuar a antecipação parcial do ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, utilizando como base de cálculo mínima os valores constantes no Anexo I da citada Instrução Normativa nº 23/05.

Apontam que para não se submeter às exigências contidas na Instrução Normativa nº 23/05, em particular o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança 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 abstinha 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*”, em decorrência, pede que a autuação seja afastada em face da Decisão judicial ora citada.

Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 39 a 41), em sua informação, salienta que a única contestação ao lançamento diz respeito à utilização da pauta fiscal.

Observou que a peça defensiva está em desacordo com a ação fiscal em comento, pois o imposto foi reclamado com a base de cálculo formada pela aplicação da MVA, do anexo 88, do RICMS.

E que a base de cálculo foi apurada com base no art. 61, inciso II do RICMS/BA. Demonstra que o imposto lançado foi de R\$5.655,77, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7014/96 e que o imposto recolhido pelo autuado não atendeu a base de cálculo formada a partir da aplicação da MVA prevista no item 12.1 do anexo 88 do RICMS/BA, mas com base no instituto da antecipação parcial do ICMS, o qual não tem previsão legal de aplicação no caso em espécie.

Cita que desta forma, o autuado não recolhe o imposto pelo critério que afirma ser o correto e para o qual obteve a liminar.

A ilustre JJF cita sobre o aspecto formal está o PAF revestido de todas as formalidades legais.

Relata ao início que o Auto de Infração foi lavrado, tendo em vista a falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de FARINHA DE TRIGO, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, aplicado sobre mercadorias acobertada pela Nota Fiscal nº 4898, emitida pela empresa Consolata Alimentos Ltda, município de Cafelândia (PR), juntamente com o respectivo conhecimento de transporte constantes às fls. 12 e 13.

Dizem está caracterizada a infração, pelo recolhimento a menos do ICMS sobre a operação em questão, haja vista que, conforme DAE à fl. 11, o autuado só recolheu o valor de R\$1.896,00.

Aludem que os fundamentos jurídicos aduzidos pelo autuado dizem respeito a situação alheia ao presente caso, pois a matéria discutida não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a fiscalização não adotou para o cálculo da exigência fiscal a regra prevista na Instrução Normativa nº 23/05.

E descrevem que o artigo 506-A, § 2º do RICMS, prevê que no recebimento de farinha de trigo, a base de cálculo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, à qual acrescem-se os valores de seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se a MVA, desde que não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolo ICMS 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, prevista no Anexo 88 do RICMS/97.

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

No presente caso, das notas fiscais objeto da autuação, tratando-se de farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo ICMS 46/00, entendem os ilustres julgadores 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 à base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.

Apontam que o autuante somou os dois valores (valor da prestação de serviço, Nota Fiscal nº 4898 referente à industrialização, que acompanhava 800 sacos de farinha de trigo mais o valor do Trigo em Grão utilizado para fabricar a farinha de trigo, Nota Fiscal nº 261) acrescentou o valor do frete, encontrando, assim, o custo mínimo da farinha de trigo produzida, ou seja, calculou sobre o valor real mínimo da mercadoria, aplicando a MVA de Farinha de Trigo (76,48%) ao invés de ter adotado a base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05.

Destacam que a autuação deduziu do valor do imposto, o montante recolhido através do DAE à fl. 11 dos autos (R\$1.896,00), assim como foram considerados os créditos destacados nas nota fiscal em questão, e do crédito destacado no mencionado conhecimento de transporte (R\$455,00).

Consideram a exigência do imposto adotando como base de cálculo o valor da operação, e para salvaguardar o direito da Fazenda Pública, com base no disposto no art. 156 do RPAF/99, representam à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal, visando efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o valor decorrente da base de cálculo mínima, ficando este último lançamento, mediante processo específico, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do artigo 122, IV do RPAF/99.

E julgam pela Procedência do Auto de Infração.

A peça de Recurso Voluntário apresentada pelo recorrente consigna já vistas manifestações de irresignação, analiticamente apreciada nas iniciais, não conduzindo aos autos quaisquer fatos novos ou provas capazes a modificar os fatos em análise.

O foco do Recurso Voluntário em apreciação e a sua conclusão concentram-se na alusão ao fato de restar ao recorrente acobertado por liminar de 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, sob permissivo de aquisição de produtos de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

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 contrário 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 23/05 e após devolvido à INFRAZ 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 suprindo 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 do 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 Provimento 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 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 provindas de outras unidades da Federação, de cujo total de R\$5.655,77 o autuado somente recolheu R\$1.896,00, conforme DAE às fls.11 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 estar 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, *no 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 1^a 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 **232893.0818/07-5**, 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, 19 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS