

PROCESSO - A. I. Nº 299164.1119/07-2
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0266-01/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 04/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIA (FARINHA DE TRIGO) ADQUIRIDA EM OUTROS ESTADOS, ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, POR ESTABELECIMENTO QUE NÃO EXERCE A ATIVIDADE DE INDUSTRIAL MOAGEIRO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser feito no posto fiscal de fronteira pelo destinatário. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar que determinava que o fisco estadual se abstinhasse 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 serviço de transporte, mais a margem de valor agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS/97. Infração caracterizada. Nulidade rejeitada. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 1ª JF, que julgou Procedente, o Auto de Infração em litígio, o qual lhe é imputada a seguinte infração:

“falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou 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 nº 46/00, desde que não possua regime especial”.

A 1ª JF, ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, decidiu pela Procedência do Auto de Infração aduzindo em síntese que a autuação não tem pertinência com a Decisão proferida no mandado de segurança, uma vez que a base de cálculo neste processo foi determinada a partir da soma do valor da nota fiscal com o valor do serviço de transporte, mais a margem de valor agregado (MVS) prevista no Anexo 88 do RICMS/97, estando, portanto, caracterizada a infração.

Alega, ainda, que o valor que foi lançado no Auto de Infração estava sujeito ao pagamento do imposto por antecipação tributária na entrada deste Estado, e tendo em vista que o imposto

lançado no presente auto é inferior ao previsto na Instrução Normativa nº 23/05, sugere a realização de novo procedimento fiscal para cobrar o valor remanescente.

Irresignado com a Decisão proferida em primeira instância o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário pleiteando a nulidade do Auto de Infração, aduzindo, para tanto, que o Fiscal Autuante ao calcular o montante do imposto utilizou uma base de cálculo diversa daquela prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS/97, ocasionando um descompasso no que se refere ao quantitativo da hipótese de incidência do ICMS na autuação e a legislação tributária, ou seja, não foi possível determinar o montante do débito com segurança.

Seguindo na sua tese de nulidade, o sujeito passivo cita o Parecer da PGE/PROFIS, lavrado no Auto de Infração nº 289924.1041/06-6, o qual sugere a nulidade do Auto de Infração por entender que naquele auto o imposto foi calculado de forma diversa do quanto previsto na legislação tributária deste Estado.

Ao final de sua súplica recursal, o recorrente assevera que se for lavrado um novo Auto de Infração este implicará em bitributação, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Tal procedimento, ainda acarretará a cobrança do ICMS não pela regra prevista no art. 506-A do RICMS/97, mas sim pela regra geral para a substituição tributária, ocasionando insegurança jurídica ao contribuinte por afetar a legalidade tributária e lesionará o autuado em virtude da cobrança em dobro do tributo.

A PGE/PROFIS, após relatar o processo, aduz que a tese de nulidade contida no Recurso Voluntário lhe causa estranheza, uma vez que o sujeito passivo, através de um mandado de segurança, ajuizado perante a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, se insurgiu contra a base de cálculo que o mesmo acredita ser a aplicável ao caso sub análise. Ressalta que a liminar do referido mandado de segurança foi cassada pelo E. Tribunal e Justiça.

Quanto ao mérito da autuação assevera que o acórdão proferido em primeira instância encontra-se bem fundamentado e analisou todos os pontos da autuação, discordando, apenas com a conclusão do voto, no sentido de devolver o presente Auto de Infração à INFAZ de origem para que seja lavrado novo Auto de Infração complementar nos termos da legislação aplicável à matéria.

Aduz que a base de cálculo utilizada pelo autuante não corresponde ao determinado pela Instrução Normativa nº 23/05, mas sim a regra geral prevista no art. 506-A do RICMS, motivo pelo qual deve se lavrar um Auto de Infração complementar a fim de se apurar a totalidade do imposto devido na operação.

Após a lavratura do Auto de Infração complementar, pugna pela remessa do PAF à PGE/PROFIS, a fim de que seja procedida a inscrição em dívida ativa, tendo em vista que o contribuinte renunciou o seu direito de defesa na esfera administrativa, tendo em vista a sua opção para discutir o mérito da ação fiscal no âmbito judicial, na sua conclusão pugnou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para se exigir ICMS, no valor de R\$7.682,52, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de *falta de recolhimento de ICMS no desembarço aduaneiro ou 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 nº 46/00, desde que não possua regime especial.*

O sujeito passivo sustenta a nulidade do Auto de Infração, por entender que houve insegurança no montante do débito, uma vez que o imposto foi calculado de forma diversa daquela prevista no art. 506-A, §2º, II, do RICMS.

Observo que à época em que o Auto de Infração foi lavrado, o Estado da Bahia encontrava-se

impedido de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05 que permitia que o recorrente efetuasse o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações, por conta da Decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, da 4ª Vara da Fazenda Pública desta Capital.

O Fiscal autuante, ao observar que a mercadoria indicada na nota fiscal de fls. 08, era oriunda de um Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00 e o sujeito passivo não havia recolhido o imposto antecipadamente, conforme prevê a nossa legislação, lavrou o presente Auto de Infração, calculando o imposto utilizando o valor da Nota Fiscal nº 174, acrescido do valor do frete, constante no XRTC 594, sendo aplicado a MVA no percentual de 76,48%, previsto no item 12.2, do Anexo 88, do RICMS, e reduzindo o valor dos créditos fiscais, destacados nos referidos documentos, ou seja, conforme determinação da medida liminar proferida no referido Mandado de Segurança.

Ocorre que durante o curso do presente PAF, mais precisamente entre a informação fiscal e o julgamento de Primeira Instância, os efeitos da liminar do Mandado de Segurança impetrado pelo Sujeito passivo, que se insurgia sobre a aplicação da pauta fiscal no cálculo no imposto, foram suspensos, conforme Decisão judicial colacionada às fls. 55/56.

Tendo em vista que o seu argumento de defesa, ou seja, a Decisão liminar, caiu por terra, o Recorrente, busca no presente Auto de Infração argüir uma nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que não há segurança no cálculo do imposto.

Acolher a tese defensiva, seria a mesma coisa que beneficiar o torpe pela sua própria torpeza, uma vez que o sujeito passivo encontrava-se acobertado por uma Decisão liminar impedindo que o Fisco da Bahia exigisse o imposto através da pauta fiscal e tal Decisão encontrava-se em vigor no momento em que foi lavrado Auto de Infração. Desta forma, pode-se concluir que o imposto exigido no presente Auto de Infração encontra-se calculado corretamente.

Não vislumbro no presente Auto de Infração qualquer vício na autuação que viesse macular a presente ação fiscal, isto porque o fiscal autuante calculou o imposto conforme estava obrigado a se exigir, ou seja, utilizando o valor da nota fiscal, acrescido do valor do frete e da MVA no percentual de 76, 48%, deduzindo-se os valores dos créditos fiscais indicados nos documentos fiscais, restando evidente a segurança no cálculo do montante do tributo exigido nos presentes autos.

No que se refere ao Parecer da PGE/PROFIS citado pelo sujeito passivo, conforme bem destacou a ilustre signatária do Parecer de fls. 57/61, tratava-se de hipótese divergente do presente caso, sendo aplicada apenas naquele Auto de Infração devido às peculiaridades ali existentes.

Ressalte-se que o presente lançamento fiscal foi efetuado de forma bem compreensível, onde foram devidamente indicados os dispositivos infringidos, aplicou as multas e calculou corretamente, o montante do débito, conforme demonstrativos acostados aos autos, concedendo-lhe, ainda, prazo para se manifestar sobre a autuação, apresentar documentos e apresentar Recursos, ou seja, não há qualquer vício na autuação.

Não é demais lembrar que a teoria geral do processo apenas admite o acatamento de nulidades, quando o vício processual ocasionar prejuízos irreparáveis pelo menos uma das partes. O legislador baiano, em consonância com tal preceito processual, estabeleceu, na parte primeira do § 2º, do seu art. 18, do RPAF/99, que “*não se declarará a nulidade sem prejuízo*”. Ainda que se considerasse equívoco no cálculo do valor do imposto, esta nulidade não deveria ser acatada, uma vez que o imposto foi calculado conforme determinação da Decisão judicial de fls. 22 e o previsto no RICMS.

A lavratura complementar de Auto de Infração, levando-se em conta a pauta fiscal, conforme vem decidindo esta Egrégia Câmara de Julgamento Fiscal, deve ser mantida no presente Auto de Infração, independente da cassação da medida liminar proferida nos autos do Mandado de

Segurança de nº 745334-8/2005, uma vez que o RPAF, em seu art. 40 prevê tal hipótese, não ocasionando, ainda, o fenômeno da bitributação, isto porque, no Auto de Infração complementar será apenas exigido o valor da diferença do imposto calculado utilizando-se a regra geral da antecipação tributária, conforme foi exigido nos presentes autos, e o valor que deveria ser cobrado, se fosse exigido através da pauta fiscal, conforme os valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Desta forma, a nulidade argüida pelo autuado deve ser afastada.

Deixo de me manifestar acerca do mérito da autuação, uma vez que o sujeito passivo, no seu Recurso Voluntário, apenas pugnou pela nulidade do Auto de Infração, tendo transitado em julgado os argumentos de mérito proferidos no julgamento de Primeira Instância.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e recomendando à Inspetoria de origem, para que se proceda à lavratura de Auto de Infração complementar, a fim de se cobrar a diferença entre o imposto atualmente exigido e aquele devidamente calculado nos termos da Instrução Normativa nº 23/05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 299164.1119/07-2, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.682,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à Inspetoria de origem, para que se proceda à lavratura de Auto de Infração complementar, a fim de se cobrar a diferença entre o imposto atualmente exigido e aquele devidamente calculado nos termos da Instrução Normativa nº 23/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS