

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0204/08-5
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0261-03/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 21/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0370-11/08

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente o pagamento da antecipação tributária na primeira repartição fiscal do percurso, conforme previsto na Portaria 114/04. Mantido o lançamento por não contrariar a liminar deferida em Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente. O imposto deve ser exigido com base na pauta fiscal prevista na IN 73/07, por ser valor mínimo de base de cálculo para apuração do imposto, entretanto como a aplicação desta regra implicaria em agravamento da infração, deve efetuada novo procedimento fiscal para exigir o imposto complementar Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0261-03/08, que julgou Procedente o Auto de Infração em epigrafe, lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$4.895,72, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente à aquisição interestadual de farinha de trigo, oriundas do Estado do Paraná, conforme Nota Fiscal nº 0314 anexa aos autos, por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, apresentando os seguintes argumentos, resumidamente:

- I. que as mercadorias objeto da autuação estão submetidas ao regime de substituição tributária, nos termos do artigo 353, II, item 11 do RICMS-BA, sendo que o Conhecimento de Transporte nº 00738, da empresa Ágape Transportes, revela que a mercadoria transportada “farinha de trigo”, estava acobertada pela Nota Fiscal de nº 00314;
- II. que em relação à base de cálculo para a cobrança do imposto sobre a farinha de trigo, produto submetido ao regime da substituição tributária, conforme os documentos fiscais citados, deve ser considerado o valor de R\$27.040,00, constante no conhecimento de transportes e na nota fiscal por ser este o valor da mercadoria efetivamente transportada e apreendida, acrescida do valor do transporte no montante de R\$6.000,00, somando-se a MVA de 76,48%, conforme artigo 506-A do RICMS-BA, importando no valor de R\$58.308,992, inferior ao valor calculado com base na pauta fiscal, para efeito de comparação com a Instrução Normativa 73/07, que corresponde ao montante de R\$61.408,00, tendo em vista que

o valor previsto para a saca de 50 quilos de farinha de trigo especial é de R\$76,76, por saca, conforme estabelece o referido diploma legal;

- III. que procedendo aos cálculos do imposto devido e deduzido os créditos fiscais a que faz jus o autuado no valor de R\$2.312,80, e o valor recolhido conforme DAE à folha 08, no montante de R\$2.704,00, totalizando R\$5.016,80, o presente Auto de Infração deveria ter sido lavrado exigindo o imposto no valor de R\$5.422,56. Assim, neste sentido, recomenda-se à autoridade administrativa para renovar o procedimento fiscal para exigência complementar do ICMS devido no valor de R\$526,84;
- IV. quanto à arguição defensiva do sujeito passivo de que não foi obedecida a liminar concedida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, a mesma não merece acatamento, tendo em vista que o referido *mandamus* cautelar foi suspenso pelo Pleno do TJ-BAHIA, conforme Decisão publicada no Diário Oficial do Poder Judiciário no dia 04/06/2008.

Em seu Recurso Voluntário, o recorrente pede a modificação da Decisão proferida pela JF, alegando nulidade do Auto de Infração por ter utilizado base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, §2º, II, do RICMS/BA, o qual transcreve, não conseguindo elencar elementos suficientes para determinar com segurança a existência da infração à legislação tributária, na forma do art. 18, IV, a, do RPAF/BA. Aduz que o art. 39 do RPAF/BA foi infringido, pois deixou de ser demonstrado o critério adotado na apuração do valor exigido, o que não teria ocorrido no caso em ela, viciando por nulidade absoluta a autuação.

Alega que o valor lançado foi efetuado tendo como base de cálculo o valor da operação constante na Nota Fiscal de nº174 (sic), quando o dispositivo do RICMS citado estabelece que a base de cálculo é o valor da operação realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores relativos a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, mais MVA de 76,84%, desde que não seja inferior aos valores mínimos fixados pela SEFAZ, por unidade de medida, com base no Protocolo nº 46/00, fixado pela Instrução Normativa nº 23/2005.

Alega, ainda, que entender ser possível à fiscalização estadual efetuar o lançamento com base de cálculo diferente da prevista no citado dispositivo, seria a um só tempo negar vigência tanto ao dispositivo regulamentar quanto ao protocolo CONFAZ, sem prejuízo de ignorar-se o quanto disposto na referida instrução, permitindo lesão ao princípio da legalidade estrita se ratificado o lançamento. Aduz que o art. 506-A estabeleceu a devida e própria base de cálculo, restando vedada à fiscalização qualquer possibilidade de alteração ou modificação da base de cálculo.

Assevera que houve outra deturpação do aspecto quantitativo do ICMS já que o autuante efetuou o lançamento levando em consideração a quantidade de sacos da mercadoria, quando a instrução normativa citada estabelece os valores mínimos do ICMS com base no peso da mercadoria, com sacos de 50, 25 e 1 kilos, o que importou em arbitramento, já que houve estimativa de valor da operação, em contrariedade ao art. 937 do RICMS, por não se fazer presentes qualquer das hipóteses para tal método, o que também leva à nulidade da autuação

Cita Parecer da lavra da PGE/PROFIS, exarado no PAF nº 298924.1041/06-6, asseverando que no mesmo a procuradora que o subscreveu afirmou que o Auto de Infração deveria ser declarado nulo e em consequência ser lavrado novo Auto de Infração, por utilização incorreta da base de cálculo em desacordo com o previsto no art. 506-A, ao tempo que alega que tal procedimento orientado pela PGE implicaria em exigência em duplicidade do mesmo tributo, o que é vedado, além de afetar a legalidade tributária.

A PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 60 a 64, aduz que causa estranheza a tese ora defendida pelo recorrente já que alega que deveria ter sido aplicada pauta fiscal, sendo justamente contra esta base de cálculo que o mesmo se insurgiu, ajuizando mandado de segurança para sua não aplicabilidade, cuja liminar teve seus efeitos suspensos através do Processo nº 27566-7/2008, cuja Decisão foi publicada no Diário Oficial de 04 de junho do corrente ano, o que entende deve ter

levado o recorrente a refazer sua tese de defesa, citando para este fim partes de Parecer exarado pela PGE/PROFIS em outro processo, emitido em razão das peculiaridades da situação ali definida.

Assevera que o voto do julgador da JJF é fundamentado, analisando todos os pontos da autuação, os argumentos da defesa e a legislação aplicável ao caso, determinando a lavratura de Auto de Infração complementar. Afirma que a ressalva da última parte do §2º do art. 506-A determina a utilização da base de cálculo prevista em pauta fiscal, quando os valores assim obtidos sejam inferiores, caso dos autos, e como o autuante não lançou o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05, utilizando a regra geral em cumprimento à Decisão judicial com base na liminar citada, deve ser lavrado novo Auto de Infração para exigir a totalidade do imposto devido na operação, utilizando-se dos mesmo elementos que compõem o presente PAF. Conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Do exame das razões recursais apresentadas pelo recorrente, de logo devemos consignar que as mesmas não merecem acolhida, ressaltando que no presente Recurso o sujeito passivo não adentra no mérito da exigência fiscal, restringindo-se a arguir a existência de vícios na autuação que levariam à nulidade do lançamento de ofício, vícios que não vislumbramos no presente processo.

Comungamos com o opinativo da PGE/PROFIS ao apontar a incongruência do recorrente que em uma virada radical em sua tese defensiva – lacônica e monocórdia - apresentada em todos os autos de infração lavrados contra a empresa sobre a mesma matéria, agora alega que deveria ser aplicada a pauta fiscal, quando foi em relação à aplicabilidade da pauta que o mesmo se insurgiu, impetrando mandado de segurança para que o Fisco *“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”*.

Provavelmente, como também apontou a PGE/PROFIS, tal mudança deve-se ao fato do Tribunal de Justiça ter suspenso os efeitos da liminar que lhe foi concedida, conforme publicação acostada aos autos às fls. 19, levando a defesa do sujeito passivo a buscar novos argumentos para elidir os lançamentos que tem sido feitos pelo Fisco baiano na tentativa de exigir o imposto devido de contribuinte que se notabilizou pela prática de evasão fiscal, em detrimento dos outros contribuinte do setor, já que esta pratica o coloca em vantagem competitiva quanto aos demais.

Ora, o lançamento foi efetuado com base na regra geral estatuída na primeira parte do inciso II do §2º do art. 506-A do RICMS, citado exaustivamente pelo recorrente – ou seja, aplicando-se o valor da operação mais MVA - justamente em atendimento à Decisão judicial emanada da ação impetrada pelo sujeito passivo que impedia o lançamento com base na pauta fiscal, não havendo, assim, qualquer vício na apuração da base de cálculo aplicada. Assim, a recomendação feita pela JJF de lavratura de Auto de Infração complementar para exigir a diferença do imposto não exigido no lançamento ora em apreciação se faz não só com base no fato de que a autoridade administrativa exerce uma atividade vinculada e, como tal, deve exigir o imposto em seu “quantum ” efetivamente devido, sob pena até de responsabilidade funcional, como pelo fato de que com a suspensão dos efeitos da liminar que vedava ao Fisco exigir o imposto devido pela aplicação da pauta fiscal, nada impede um novo lançamento, desta feita para exigir a diferença devida, já que o valor lançado é inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, mediante a Instrução Normativa nº 73/07 – vigente à época dos fatos geradores da presente autuação - na forma e nos valores apontados no Julgado de Primeira Instância.

Por outro lado, o procedimento recomendado não se reveste de cobrança em duplicidade, como quer fazer crer o recorrente, sem nenhuma base para tal, frise-se, e nem tampouco houve equívoco na apuração da base de cálculo, pois o imposto exigido teve como base de cálculo o valor da operação constante na nota fiscal que acobertava a circulação da mercadorias –

R\$27.040,00 - ao qual foi agregado o frete consignado no CTRC de fls. 09 – R\$6.000,00 – tendo sido agregado a MVA de 76,48% e deduzido o crédito constante no referido documento fiscal, mais o valor pago através do DAE de fl. 08, não havendo, assim, aplicação da regra da instrução normativa multicitada, que implicaria em valores correlatos ao tipo do produto e peso da mercadorias.

O mérito da exigência fiscal foi devidamente analisado pela JJF, que corretamente apontou que a base de cálculo aplicável à operação em tela deve seguir a previsão disposta no inciso II do § 2º do art. 506-A, e como a regra em comento determina que somente será 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, sendo o valor lançado de fato menor do que o devido pelo critério da pauta fiscal, impende a lavratura de outro Auto de Infração, complementar a este, para exigir a diferença do imposto que deixou de ser exigido no processo em epígrafe, e cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99.

Assim, como não se apresenta no lançamento de ofício qualquer pecha que o inquene de nulidade, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração ora sob apreciação.

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 **232893.0204/08-5**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.895,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser lavrado novo Auto de Infração para complementar o valor remanescente.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS