

PROCESSO - A. I. Nº 112889.1230/07-8
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0320-01/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 03/12/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0393-11/08

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 Instrução Normativa nº 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 ser efetuado 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 0320-01/08, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2007 para exigência do imposto no valor de R\$4.916,52, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, conforme Nota Fiscal nº197 e CTRC nº 00649.

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

- I. que a exigência está caracterizada pelo recolhimento a menos do ICMS sobre a operação em questão, haja vista que, conforme DAE às fls.11, o autuado recolheu o imposto no valor de R\$2.720,00, estando o PAF, sobre o aspecto formal, revestido de todas as formalidades legais;
- II. que na defesa o autuado alega 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 ICMS 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 Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”;
- III. que os fundamentos jurídicos aduzidos pelo autuado dizem respeito à 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 Instrução Normativa nº 23/05;
- IV. que o art. 506-A, § 2º do RICMS, 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, desde que este 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);

- V. que igualmente o art. 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;
- VI. que 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 se originarem do exterior ou de unidade de Federação não-signatária do Protocolo ICMS 46/00, os valores constantes no Anexo I da citada Instrução, cabe ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.
- VII. que, no entanto, a base de cálculo, formada com a utilização da pauta fiscal, cujo valor é R\$76,76 a saca, totaliza, para 800 sacas, R\$61.408,00, que é superior ao calculado com a aplicação do MVA, utilizado no presente Auto de Infração;
- VIII. que, apesar disso, o autuante optou pela apuração base de cálculo aplicando o MVA, o que resultou, incluído o frete, no valor de R\$58.591,36. Assim, o cálculo com o MVA, totalizou o débito do imposto reclamado de R\$9.960,52, que, abatido dos créditos constantes dos autos de R\$5.044,00 (imposto pago R\$2.720,00, crédito da nota R\$1.904,00 e crédito do frete R\$420,00), gera o imposto a recolher de R\$4.916,52;
- IX. que, nestas circunstâncias, considerando que a mercadoria, objeto da lide, estava sujeita ao pagamento do imposto antecipado na entrada deste Estado; tendo em vista que o artigo 506-A, § 2º do RICMS, oferece o leito normativo em que se ampara o cálculo do ICMS devido através do regime de substituição tributária, com base no MVA; considerando que a utilização do MVA pelo autuante, resulta, no presente caso, em uma base de cálculo inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, através da pauta fiscal para a presente mercadoria; considerando que o fato de não ter sido utilizada a Pauta Fiscal, resulta em uma situação alheia a matéria alvo da Medida Liminar, visto que a medida determina a autoridade fiscal que “*se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05*”, conclui-se pela pertinência da ação fiscal;
- X. que, no entanto, estribado na indisponibilidade do crédito tributário, recomenda-se à autoridade fiscal a instauração de procedimentos fiscais para apurar o valor remanescente do crédito tributário não exigido, tendo em vista que a base de cálculo, resultante da aplicação da aludida pauta fiscal, é superior a base de cálculo apurada com a aplicação da MVA utilizada no lançamento de ofício.

Em seu Recurso Voluntário – fls. 45 a 53 - o recorrente, através de advogados regularmente constituídos, pede a modificação da Decisão proferida pela JJF, 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 nº 197, 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 ICMS 46/00, fixado pela Instrução Normativa nº 73/2007.

Alega, ainda, que entende 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.

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/PROFIS 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. 58 a 62, 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 4 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 Voluntário o sujeito passivo não adentra no mérito da exigência fiscal, restringindo-se a argüir 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, 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 contribuintes do setor, já que esta prática o coloca em vantagem competitiva em relação 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 fixada 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 das mercadorias – R\$27.200,00 - ao qual foi agregado o frete consignado no CTCR de fls. 07 – R\$6.000,00 – tendo sido, ainda, agregada a MVA de 76,48% e deduzido o crédito constante no referido documento fiscal, mais o valor pago através do DAE de fls.11, não havendo, assim, aplicação da regra da instrução normativa multicitada, que implicaria em valores correlatos ao tipo do produto e peso das mercadorias.

O mérito da exigência fiscal foi devidamente analisado pela JJF, que corretamente apontou que a base de cálculo aplicável a 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 inquine 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 **112889.1230/07-8**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.916,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade responsável pela circunscrição fiscal do contribuinte a instauração de procedimento fiscal complementar para exigir a parcela do imposto reclamada a menos no presente Auto de Infração, em conformidade com a disposição contida no art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2008.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS