

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0207/08-0
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0254-03/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 03/12/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0394-11/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. É devida a antecipação do ICMS nas entradas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização, por estabelecimento não credenciado. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 3ª JJF (Acórdão JJF nº 0254-03/08), que concluiu pela Procedência do Auto de Infração em comento, lavrado em 15/02/2008, para exigir o pagamento da quantia de R\$4.552,48, relativo ao ICMS devido, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada, à época da autuação, a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na primeira repartição fiscal do percurso, referente a farinha de trigo procedente do Estado do Paraná, conforme nota fiscal de fl. 08.

A Decisão recorrida fundamenta-se, basicamente, nos seguintes pontos:

1. A exigência fiscal decorre da falta de pagamento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por ter o contribuinte adquirido farinha de trigo de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00. Não existe, na autuação, nenhuma referência à utilização da Pauta Fiscal para aferição da base de cálculo do imposto devido;
2. A base de cálculo respeitou a Decisão proferida no Mandado de Segurança impetrado pelo autuado, levando em consideração o valor da operação constante da nota fiscal, acrescido de MVA, consoante determina o art. 506-A, do RICMS/BA;

Com tais considerações, a JJF realizou o cálculo do imposto devido de acordo com a Pauta Fiscal instituída mediante a Instrução Normativa nº 73/07, representando à autoridade competente para renovar a ação fiscal com o intuito de promover a cobrança do valor excedente encontrado de R\$1.318,88.

No prazo legal, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 46/53, suscitando preliminar de nulidade da autuação, por falta de certeza quanto ao montante do crédito tributário constituído mediante o presente lançamento, ao argumento de que foi utilizada base de cálculo diversa daquela prevista no art. 506-A, §2º, II, do RICMS.

Sustenta que, segundo o referido dispositivo, a base de cálculo deve ser o valor da operação acrescido de MVA desde que tal montante não seja inferior aos valores mínimos fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, com base no Protocolo ICMS 46/00, do CONFAZ, fixados pela Instrução Normativa nº 73/2007, vigente à época da concretização do fato gerador.

Diz que o Fisco equivocou-se ao lançar o imposto com base na MVA, pois deveria ter sido aplicado ao caso o montante fixado na Instrução Normativa nº 73/07, o que implica negativa de vigência ao Protocolo CONFAZ 46/00, o qual descreve detalhadamente como será apurado o aspecto quantitativo das operações de circulação de farinha de trigo e derivados, tanto para Estados signatários quanto para não signatários, tendo o Estado da Bahia expedido a Instrução Normativa nº 73/07 para dar-lhe concreta execução.

Assevera que o procedimento adotado pela JJF no sentido de representar à autoridade coatora para complementar o valor lançado fere de morte o princípio da legalidade estrita.

Invoca Parecer da PGE/PROFIS exarado em processo que tramitou na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e pugna, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto.

Às fls. 61/65, a douta representante da PGE/PROFIS, Sílvia Amoêdo, pronunciou-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para manter na íntegra a Decisão objurgada, ressaltando, inclusive, a Decisão liminar proferida em favor do recorrente teve seus efeitos suspensos por Decisão do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

VOTO

A preliminar de nulidade da autuação não merece acolhimento.

Da análise dos autos, constata-se que, de fato, o autuante, ao apurar a base de cálculo do tributo lançado, desconsiderou os parâmetros mínimos fixados pela Instrução Normativa nº 73/07 em virtude da Decisão liminar apresentada pelo próprio recorrente, tanto neste quanto em dezenas de outros autos de infração, que possibilitava ao contribuinte efetuar o pagamento do imposto por antecipação com base no valor da operação, afastando a incidência, no particular, da Pauta Fiscal fixada pelos Órgãos que compõem a Administração Tributária.

Nesses termos, é forçoso concluir que a conduta da autoridade lançadora tinha o claro intuito de dar efetivo cumprimento à Decisão judicial apresentada pelo próprio recorrente, repita-se, em que pese ser pacífico o descabimento de ordem que impeça o lançamento do tributo em seu valor integral, ainda que seja feito com o exclusivo objetivo de obstar os nefastos efeitos da decadência.

Vê-se, portanto, que a nulidade argüida pelo recorrente, ainda que fosse subsistente, decorreu de sua própria conduta, de provocar o Poder Judiciário para pleitear o afastamento das regras da Pauta Fiscal e apresentar à fiscalização a Decisão liminar obtida, pedindo, expressamente, que o imposto fosse lançado de acordo com o valor da operação. Incide, assim, a regra constante do § 2º, do art. 18, do RPAF, segundo o qual ***“Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade”***.

Além disso, a tese recursal representa inaceitável *“venire contra factum proprium”*: na contestação, o recorrente se insurge veementemente contra a aplicação da Pauta Fiscal, afirmando textualmente que estava desobrigada de seguir os parâmetros mínimos fixados em Instrução Normativa para apurar o imposto devido; já no Recurso Voluntário, diz que o autuante errou ao não aplicar a Pauta Fiscal, o que teria representado violação ao art. 506-A, do RICMS. Enfim, alegações absolutamente incompatíveis que demonstram a fragilidade da argumentação deduzida pelo recorrente.

Por fim, ainda que não fossem os empecilhos anteriormente referidos, a nulidade argüida pelo recorrente não encontra respaldo na Lei. A controvérsia que se instaurou no curso do feito foi, justamente, com relação à base de cálculo do tributo; logo, competia à JJF analisar a questão com base nas normas do RICMS, especialmente o art. 506-A, e da Instrução Normativa nº 73/07, consoante lhe impõe o art. 155, do RPAF: ***“A Decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do***

crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento”.

A revisão do lançamento é consectário lógico e esperado da apresentação de impugnação por parte do contribuinte, não havendo qualquer vedação a que tal revisão recaia sobre o critério quantitativo do tributo lançado.

Ilegalidade haveria se a JJF inovasse no julgamento do Auto de Infração, trazendo fundamento legal ou fático novo que prejudicasse a situação do contribuinte. No caso dos autos, entretanto, além de ter ficado evidente que o contribuinte sempre teve pleno conhecimento da controvérsia acerca da base de cálculo do imposto, tanto que ajuizou demanda judicial preventiva, não foi alegado em momento algum a existência de prejuízos decorrentes de indevida inovação dentro do processo.

Prosseguindo na análise da legalidade da Decisão da JJF, ficou constatado que o imposto deveria ter sido calculado de acordo com os parâmetros fixados na Pauta Fiscal (Instrução Normativa nº 73/07), por expressa dicção do art. 506-A, do RICMS. Isso porque, não obstante a existência de Decisão judicial autorizando o recolhimento do tributo com base no valor da operação, não poderia o Fisco ser impedido de lançar, ainda que a exigibilidade do crédito ficasse sobrestada, sob pena de operar-se a decadência. Além disso, a Secretaria da Fazenda foi informada que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua composição Plenária, suspendeu os efeitos da Decisão liminar que beneficiava o recorrente.

Logo, a JJF corrigiu o lançamento e verificou que a situação do contribuinte seria agravada, representando à autoridade competente para lavratura de Auto de Infração complementar, nos termos do art. 156, do RPAF: ***“Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal”.***

Registre-se que a determinação contida na decisão impugnada não importa *bin in idem*, muito menos bitributação, uma vez que foi determinada exclusivamente a lavratura de auto de infração complementar, respeitando, portanto, o valor já cobrado no presente feito administrativo.

Nas circunstâncias, verifica-se que não há ilegalidade no presente procedimento administrativo fiscal que enseja a sua anulação.

Ante o exposto, rejeitando a preliminar suscitada, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 112889.0207/08-0, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.552,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Representa-se à autoridade competente para lavratura de Auto de Infração complementar.

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

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS