

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0209/08-3
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0301-01/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 30/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0400-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio ou Protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, é devido pelo adquirente da mercadoria o pagamento do tributo por antecipação na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$4.604,48, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

“Falta de seu recolhimento do ICMS no desembarco 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.”

Consta na descrição dos fatos que o lançamento trata de farinha de trigo acobertada pela Nota Fiscal nº 333 e pelo CTRE nº 00764, acostados ao processo.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator, inicialmente, teceu considerações acerca da infração que foi imputada ao autuado. Explicou que a liminar citada na defesa era para que o fisco estadual não lançasse o imposto com base no critério fixado no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, portanto, a liminar aludida na impugnação nada tinha com o caso em tela. Ao finalizar, o ilustre relator votou pela Procedência do Auto de Infração, tendo recomendado a lavratura de Auto de Infração complementar para cobrar a parcela do imposto não incluída no presente lançamento.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 44/52), alegando que a ação fiscal é nula, pois o fiscal autuante utilizou base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS-BA, para a apuração do imposto. Afirma que há um descompasso no que se refere ao quantitativo da hipótese de incidência do ICMS na autuação e a legislação tributária, ou seja, não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a existência da infração à legislação tributária, na forma do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Após tecer considerações sobre os artigos 39 (do RPAF/99) e 506-A (do RICMS-BA), o recorrente sustenta que efetuar o lançamento com base de cálculo diferente da prevista no art. 506-A do

RICMS-BA equivale a negar vigência ao dispositivo regulamentar e ao Protocolo CONFAZ nº 46/00, além de ignorar a Instrução Normativa nº 73/07, violando, assim, o princípio da legalidade estrita. Repisa que no lançamento em tela foi empregada base de cálculo diversa da legalmente prevista, ignorando-se o valor mínimo fixado na Instrução Normativa nº 73/07, bem como outras parcelas que deveriam compor a base de cálculo.

O recorrente faz alusão ao julgamento do Auto de Infração nº 298924.1041/06-6 e, em seguida, afirma que naquele processo a representante da PGE/PROFIS emitiu Parecer que relacionou equívocos ocorridos nas diversas fases do processo e, em consequência, opinou pela decretação da nulidade daquele Auto de Infração com o refazimento da ação fiscal.

Diz o recorrente que, a lavratura de um Auto de Infração complementar, implicaria em *bis in idem*, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. Afirma que tal procedimento acarretaria ainda a cobrança do ICMS não pela regra prevista no art. 506-A do RICMS-BA, mas sim pela regra geral para a substituição tributária, ocasionando insegurança jurídica ao contribuinte por afetar a legalidade tributária e lesionando o autuado em virtude da cobrança do tributo em dobro. Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Ao exarar o Parecer de fls. 60 a 64, a ilustre representante da PGE/PROFIS salienta que a nulidade suscitada lhe causa estranheza, pois foi o recorrente que, mediante mandado de segurança, se insurgiu contra a exigência do ICMS com base nos valores arbitrados no Anexo 1 da IN 23/05, tendo obtido liminar que lhe garantia a apuração do imposto segundo o preço das mercadorias. Ressalta que a referida liminar teve os seus efeitos suspensos pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme Decisão publicada no Diário Oficial de 04 de junho de 2008.

Explicou a procuradora que o Parecer emitido no processo referente ao Auto de Infração nº 298924.1041/06-6 foi de sua lavra, e a nulidade ali sugerida foi decorrente de peculiaridades presentes naquele processo. Em seguida, referindo-se ao presente processo, a procuradora afirma que o autuante não cobrou o ICMS com base na IN nº 23/05, mas sim pela regra geral contida no art. 506-A, § 2º, do RICMS-BA, em cumprimento à Decisão judicial. Afirmou que deve ser lavrado Auto de Infração complementar, para cobrar o restante do valor que deixou de ser alcançado pelo presente lançamento de ofício. Salientou que, após a lavratura do novo Auto de Infração, deverá o processo ser remetido à PGE/PROFIS, a fim de que seja procedida a inscrição em dívida ativa, uma vez que o contribuinte renunciou ao seu direito de defesa na esfera administrativa, tendo em vista a sua opção para discutir o mérito da ação fiscal na esfera judicial. Ao finalizar, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS devido por antecipação tributária sobre farinha de trigo consignada na Nota Fiscal nº 333, emitida em 09/02/2008 pela empresa Norte Grãos Comercial Agrícola Ltda., localizada no Estado do Paraná.

O recorrente obteve liminar em Mandado de Segurança (Autos nº 745334-8/2005) determinando que a fiscalização se absteresse de exigir o ICMS com base em valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo, assim, que o imposto fosse apurado segundo o preço real das mercadorias constantes das notas fiscais.

As peças processuais mostram que o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em total conformidade com a referida determinação judicial, tendo sido o ICMS calculado com base no valor da mercadoria constante na nota fiscal e no conhecimento de transporte que acompanhava a mercadoria em questão.

No Recurso Voluntário, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o autuante utilizou base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS-BA, o que acarretou a ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração. Entende o recorrente que, na apuração da base de cálculo, deveria ter sido utilizado o valor previsto na pauta fiscal a que se refere a Instrução Normativa nº 23/05.

Não há razão para o acolhimento da preliminar de nulidade, uma vez que não se poderia adotar outro critério para a apuração da base de cálculo que não o determinado na liminar que amparava o recorrente. A apuração do imposto foi feita conforme determinado pela regra geral prevista no § 2º do art. 506-A, do RICMS-BA. Em cumprimento à Decisão judicial requerida pelo próprio recorrente, não foi utilizada a pauta fiscal definida pela Instrução Normativa nº 23/05, vigente à época da ação fiscal. Dessa forma, afasto a preliminar de nulidade quanto à falta de elementos para determinar com segurança a infração, e de inobservância ao princípio da estrita legalidade.

No que tange à lavratura do Auto de Infração complementar, não há reparo a fazer na Decisão recorrida, uma vez que o imposto foi cobrado a menor e, em consequência, deve ser exigida a diferença em lançamento complementar, ao teor do disposto no art. 156 do RPAF/99. Não há, assim, como prosperar a alegação de ocorrência de *bis in idem*.

Não há como se aplicar ao presente caso o Parecer da PGE/PROFIS referente ao processo de que cuida o Auto de Infração nº 298924.1041/06-6, pois, conforme foi dito pela própria autora daquele parecer, o opinativo pela nulidade daquele lançamento fiscal decorreu de peculiaridades que não se encontram presentes no Auto de Infração em lide.

Por fim, ressalto que a liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente teve seus efeitos suspensos através do processo nº 27566-7/2008, cuja Decisão foi publicada no Diário Oficial de 04 e junho de 2008.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de primeira instância.

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 **112889.0209/08-3**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.604,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se que, por intermédio de novo procedimento no estabelecimento do autuado, seja procedida ação fiscal visando lançar a diferença entre o valor apurado no presente Auto de Infração e o devido com base na pauta fiscal, ficando suspensa sua exigibilidade.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS