

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0212/08-8
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0197-02/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 30/12/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0436-11/08

EMENTA: ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO 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 ir de encontro ao Mandado de Segurança, cuja liminar teve seus efeitos suspensos através do Processo nº 27566-7/2008. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0197-02/08, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$4.552,48, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente à aquisição interestadual de 800 sacas de farinha de trigo, oriundas do Estado do Paraná, conforme Nota Fiscal nº 338 e CTCR nº 0767 (fls. 9 e 10), por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, após registrar que, efetivamente, no presente processo o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição, em vez de adotar a base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, conforme determinado na liminar, como pode ser constatado no demonstrativo de débito de fl. 04 dos autos.

Portanto, na presente autuação, o determinado pela medida liminar concedida no Mandado de Segurança que determinou ao fisco que *“se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05”*, foi seguido à risca pela fiscalização, que calculou o imposto sobre o preço de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situados neste Estado, sendo abatido, do imposto apurado, o valor arrecadado, juntamente com os créditos fiscais destacados na nota fiscal e no CTCR. Concluiu a JJF que a situação não está *“sub judice”*.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 43 a 51 dos autos, o recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração por utilizar base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS/BA, para a feitura do lançamento do ICMS, uma vez que existe descompasso no que tange ao aspecto quantitativo da hipótese de incidência do tributo em tela entre a autuação e a legislação tributária, 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.

Ressalta que a fiscalização olvidou o quanto disposto no art. 506-A do RICMS, empregando base de cálculo completamente diversa da legalmente prevista, ignorando o valor mínimo fixado na Instrução Normativa nº 23/2005, bem como outras parcelas que deveriam compor a base de cálculo, valendo-se do valor constante na nota fiscal, apurando assim a base de cálculo por arbitramento, sem que estivesse presente qualquer das hipóteses regulamentares, previstas no art. 937 do RICMS, inexistindo, portanto, autorização leal para seu emprego, o que demonstra a nulidade da autuação. Cita Parecer da PGE/PROFIS neste sentido.

A PGE/PROFIS, às fls. 61 a 65, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto por entender que causa estranheza a pretensão do recorrente de que fosse utilizado o valor determinado em pauta fiscal, pois foi exatamente contra essa base de cálculo que se insurgiu o autuado, ajuizando, inclusive, mandado de segurança, no qual obteve liminar determinando que a autoridade fazendária se abstivesse de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Informa a PGE/PROFIS que a referida liminar teve seus efeitos suspensos através do processo nº. 27566-7/2008, cuja Decisão foi publicada no Diário Oficial de 04 de junho de 2008, conforme cópia às fls. 89 e 90 dos autos. Assim, entende que aparentemente deve ser por este motivo que o recorrente refez toda a sua tese de defesa e, nesse desiderato, cita parte de Parecer deste Órgão onde propõe a nulidade do Auto de Infração, em razão das peculiaridades da situação definidas naquele processo.

Destaca o opinativo que a Decisão recorrida é extremamente bem fundamentada, na qual analisa todos os pontos da autuação, os argumentos da defesa e a legislação aplicada ao caso e, por fim, determina que deve ser lavrado Auto de Infração complementar.

Registra que o autuante não cobrou o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05 e utilizou a regra geral do art. 506-A do RICMS, em cumprimento à Decisão judicial, liminar em Mandado de Segurança, ajuizada pelo contribuinte. Salienta que é exatamente no § 2º deste artigo que existe a ressalva de que em caso do valor encontrado resultar menor do que os constantes no anexo I da IN 23/05, deve ser utilizado o valor da pauta fiscal. Assim, deve ser lavrado Auto de Infração complementar para exigir o imposto devido na operação, cujo PAF, ante a existência de Mandado de Segurança, deve ser remetido a PGE/PROFIS para inscrição em dívida ativa, visto que o contribuinte provocou resistência ao optar pela discussão na via judicial, significando que renunciou ao seu direito de defesa administrativa (art. 117 do RPAF).

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida pelo recorrente sob a alegação de que o autuante utilizou base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS/BA, para a feitura do lançamento do ICMS, não conseguindo elencar elementos suficientes para determinar com segurança a existência da infração à legislação tributária.

Conforme já salientado pelo próprio recorrente, o § 2º, inciso II, do art. 506-A, do RICMS/BA, determina que a base de cálculo referente à antecipação tributária, tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, será o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, acrescentado-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), ***desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.***

Porém, como bem ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, em razão de mandado de segurança ajuizado pelo recorrente, no qual obteve liminar determinando que a *autoridade fazendária se abstivesse 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, o Auto de Infração foi lavrado em obediência à ordem judicial, ou seja, pelo valor da operação, acrescido do frete, adicionando-se a MVA de 76,48%, mesmo se constatando que tal exigência seria inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados em pauta fiscal.

Contudo, o procedimento do autuante de não cobrar o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05 e utilizar a regra geral do art. 506-A do RICMS, decorreu em cumprimento à Decisão judicial, não ensejando qualquer arbitramento ou insegurança à base de cálculo ou a existência da infração à legislação, pois, consoante já dito, apenas acarretou na exigência a menor do imposto reclamado e negado ao erário estadual pelo contribuinte. Neste caso, a própria legislação, em seu art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que “*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*”.

Assim, do exame das razões recursais preliminares apresentadas pelo recorrente, o qual se restringiu, verifico que o Recurso Voluntário não deve ser acatado.

Deste modo, *represento a autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, junto ao estabelecimento comercial do recorrente, visando efetuar apenas o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o originado da base de cálculo mínima, prevista no art. 506-A, § 2º, do RICMS, para complementar o valor remanescente, cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a **Decisão final** do Judiciário, nos termos do art. 122, IV, do RPAF, visto que a citada liminar teve seus efeitos suspensos através do Processo nº 27566-7/2008.*

Diante do exposto, 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 **232893.0212/08-8**, 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, recomendando-se à fiscalização de estabelecimento, nos termos do art. 156 do RPAF, a lavratura de Auto de Infração complementar para exigir o imposto sobre os valores mínimos da base de cálculo fixada pela Secretaria da Fazenda, definida com base no Protocolo ICMS 26/92, cujo PAF, ante a existência de Mandado de Segurança, deve ser remetido à PGE/PROFIS para inscrição em dívida ativa.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COLEHI LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS