

A. I. N° - 112889.0928/07-1
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RIZÉRIO FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 07.05.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJJ N° 0115-04/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Inexistindo Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente (Port. 114/04), o ICMS é devido por antecipação pelo adquirente da mercadoria, no momento da entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar concedida pelo Poder Judiciário, no sentido de que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da IN 23/05. A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, eis que a base de cálculo deste lançamento foi constituída tomando como alicerce a soma do valor consignado na Nota Fiscal (NF), no CTRC, acrescido da margem de valor agregado (MVA) prevista no Anexo 88 do RICMS/BA, calculando o imposto devido (débito) sobre o montante do apurado e deduzindo-se os tributos destacados na NF, CTRC e imposto recolhido (crédito). A defesa administrativa não impugnou o mérito da autuação, por entender que a questão é objeto de discussão no âmbito do Poder Judiciário. O lançamento do crédito tributário foi feito em conformidade com o que determina o Mandado de Segurança interposto. Mantido o lançamento do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/07, exige ICMS no valor de R\$3.456,12, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, sendo que o destinatário não possui regime especial, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências, juntado à fl. 5 e 6.

O autuado apresentou defesa às fls. 22/23, por meio do seu representante legalmente constituído, inicialmente esclarece que a mercadoria objeto da autuação (farinha de trigo) é procedente do Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00 e que, não tendo sido pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, os autuantes apuraram o imposto com base no valor de pauta fiscal, prevista na IN 23/05, em decorrência de ter como origem unidade da Federação não signatária do mencionado Protocolo.

Ressalta que é justamente contra esta “base de cálculo mínima”, mais conhecida como Pauta Fiscal que ele se insurge. Diz que, com o objetivo de adquirir Farinha de Trigo de Estados não signatário do Protocolo nº 46/00, sem que tenha de submeter-se às exigências da IN 23/05, ajuizou Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública Estadual, o qual foi deferido pelo Juiz Eduardo Carvalho, titular da 4ª Vara da Fazenda Pública, para determinar que “se abstenha 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”.

Por fim, diz que “em face de restar-se acobertada por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que desobriga-a a utilizar ‘como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS’ os valores constantes no Anexo I da IN nº 23/05”, requer que seja afastada a autuação que ora se aprecia.

O Auditor Fiscal Sílvia Chiarot Souza, apresenta informação fiscal (fls. 36/38), com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e diz que a peça defensiva está em descompasso com a ação fiscal, tendo em vista que o ICMS exigido na autuação foi apurado a base de cálculo adicionando a MVA prevista no Anexo 88 sobre o valor da operação, que é prevista no art. 61, II, do RICMS/BA, em obediência à decisão judicial.

Esclarece que no presente lançamento foi apurada base de cálculo tomando como referência o valor da mercadoria consignada na nota fiscal que acobertava a operação, adicionado o valor do frete constante do CTCR, relativo à compra de farinha de trigo, em conformidade com o disposto no art. 61, II e MVA prevista no Anexo 88 do RICMS/BA. Informa que na apuração do débito, deduziu o imposto recolhido espontaneamente pelo recorrente, que não corresponde ao valor apurado corretamente, conforme previsto na liminar da decisão judicial que lhe foi provisoriamente concedida, apresentando defesa incompatível com aquela segurança jurídica.

Ressalta que, conforme decisão proferida pelos Acórdãos JJF 0161-01/07 e 0132-01/07, foi decidido que a matéria em discussão não tem pertinência com a liminar e opina pela procedência da autuação.

VOTO

O Auto de Infração trata da exigência do ICMS devido por antecipação tributária decorrente de aquisição de mercadorias (farinha de trigo) enquadradas no regime da substituição tributária, oriunda do Estado do Paraná, não signatário do Protocolo ICMS nº 46/00.

O autuado, em sua peça defensiva, impugnou o lançamento, argumentando que foi ajuizado Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública Estadual, sendo deferida Medida Liminar para determinar que o Erário Público “se abstenha 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”.

O fiscal estranho ao feito que prestou a informação fiscal esclareceu que o imposto foi apurado tomando como base o valor da operação acrescido da MVA prevista no art. 61, II do RICMS/BA.

Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que conforme descrição dos fatos no Auto de Infração e no demonstrativo de débito original juntado à fl. 3, foi utilizado na apuração do imposto o valor real das mercadorias constantes da nota fiscal de número 5578 e CTCR 0563, tendo sido aplicado a MVA de 76,48% prevista no RICMS/BA (art. 371, 506-A e Anexo 88).

Pelo exposto, constato que neste lançamento o imposto foi apurado de acordo com o que foi determinado na Ação de Mandado de Segurança, ou seja, tomando como base de cálculo “o valor da operação”, adicionado a MVA como previsto na legislação do ICMS, em conformidade com a segurança jurídica que lhe foi concedida, devendo ser mantida a exigência fiscal.

Ressalto que o Conselho de Fazenda vem se pronunciando no sentido de manter as autuações contra o impugnante, em matéria idêntica, conforme decisões prolatadas pelas Câmaras, nos

julgamentos em 2ª instância, mediante Acórdãos nºs: CJF 0001-11/07, CJF 0034-11/07, CJF 0039-11/07, CJF 0065-12/07, CJF 0066-12/07 e CJF 0090-12/07.

Entretanto, apesar de o autuado encontrar-se protegido em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, para que “o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais de operações”, de acordo com o disposto nos artigos 1º e 2º do RPAF/BA, o procedimento administrativo, através do qual se realizam a atividade e os fins da administração tributária, visando a aplicação ou a interpretação da legislação tributária estadual, está vinculada a leis complementares, convênios e outros atos normativos oriundos da administração tributária estadual, devendo na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo, atender aos princípios da oficialidade e da legalidade objetiva. Logo, o lançamento do crédito tributário, deve ser feito de acordo com o princípio da legalidade objetiva e neste caso, mesmo que o lançamento de ofício tenha sido feito em obediência a Decisão liminar proferida no mandado de segurança impetrado pelo recorrente, ou seja, apurando base de cálculo a partir do valor da operação acrescida da MVA prevista no Anexo 88 do RICMS/BA, a apuração da base de cálculo deveria ter sido promovida de acordo com o valor da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 (artigos 355, 371, 506-A a 506-G do RICMS/BA), uma vez que resulta em base de cálculo e ICMS devido em valor superior ao exigido nesta autuação.

Pelo exposto, conforme apreciado anteriormente, o crédito tributário deve ser constituído de acordo com as normas legais e regulamentares vigentes. Tendo o sujeito passivo se insurgido contra a apuração do imposto na forma prevista na legislação tributária, escolhendo a via judicial, nos termos do art. 156, do RPAF/BA, represento à autoridade competente para adotar providências no sentido de lavrar Auto de Infração complementar, para exigir a diferença do valor do ICMS apurado com base na IN 23/05 e o exigido neste lançamento, observando que o crédito tributário oriundo desta nova autuação deverá ficar com sua exigibilidade suspensa nos termos dos artigos 117 e 122, IV, do RPAF/99, até que ocorra decisão definitiva da lide pelo Poder Judiciário. Ressalto que este posicionamento já foi manifestado pela PGE/PROFIS e está em conformidade com as decisões proferidas pelas Câmaras do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF 0393-11/07; CJF 0448-12/07 e CJF 0482-12/07.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o de Auto de Infração nº **112889.0928/07-1**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.456,12**, 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 competente adotar providências no sentido de lavrar Auto de Infração complementar, para exigir a diferença do valor do ICMS apurado com base na IN 23/05 e o exigido neste lançamento, observando que o crédito tributário oriundo desta nova autuação deverá ficar com sua exigibilidade suspensa nos termos dos artigos 117 e 122, IV, do RPAF/99, até que ocorra decisão definitiva da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR