

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0202/08-9
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0248-04/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 05/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0009-11/09

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. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 4ª JF (Acórdão JF nº 0248-04/08), que concluiu pela Procedência do Auto de Infração em comento, lavrado em 13/02/2008, para exigir o pagamento da quantia de R\$5.440,53, 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 argumentos:

“O Auto de Infração trata da exigência do ICMS devido por antecipação tributária sobre farinha de trigo proveniente de unidade da Federação, Estado do Paraná, não signatário do Protocolo ICMS nº 46/00, sendo que o pagamento deve ser efetuado na entrada do Estado para estabelecimentos não moageiros.

Na peça defensiva está exposto que o contribuinte teve 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”.

Cabe ressaltar que a referida 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”, teve seus efeitos cassados, em Suspensão de Execução de Liminar em Mandado de Segurança nº 27566-7/2008, de Salvador, Tribunal Pleno, em 30 de maio de 2008.

Ressalto que o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento, que no seu parágrafo único, II diz que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G. Por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, diz 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 de 76,48%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolo 26/92 e 46/00).

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, vigente à época da autuação, como pode ser constatado no demonstrativo de débito de fl. 03.

Assim, verifico que no demonstrativo de débito, a base de cálculo foi formada pela utilização da MVA de 76,48%, aplicada sobre a nota fiscal 321, relativa à aquisição de 800 sacas de farinha de trigo. Somado a esta, o frete, de acordo com CTRC, acrescidos da mesma margem de 76,48%. Obteve assim, a base de cálculo de R\$ 60.003,20, e considerado o crédito fiscal de R\$ 4.760,00, o que importou no imposto a recolher de R\$ 5.440,53, acrescido de multa de 60%, previsto no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Portanto, na presente autuação, a 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 I da IN 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. Lembro ainda que a referida Liminar teve seus efeitos cassados, em suspensão de Mandado de Segurança, conforme adrede mencionado.

Outrossim, 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/99, represento à autoridade competente para adotar providências no sentido de lavrar Auto de Infração complementar, para exigir a diferença do valor do ICMS 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, em conformidade com as decisões proferidas pelas Câmaras do CONSEF nos Acórdãos CJF 0393-11/07; CJF 0448-12/07 e CJF 0482-12/07”.

Ao final, a JJF recomendou à autoridade competente adotar providências no sentido de lavrar Auto de Infração complementar, para exigir a diferença do valor do ICMS com base na Instrução Normativa nº 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.

No prazo legal, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 55/63, 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. 71/75, 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, que 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 fato 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 alegada 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 *bis 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 112889.0202/08-9, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.440,53**, 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, 10 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS