

**PROCESSO** - A. I. Nº 232893.1205/07-7  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0325-01/08  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 05/03/2009

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO CJF Nº 0023-11/09

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO A MENOR 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 nº 114/04. Mantido o lançamento por não contrariar a liminar deferida em Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente. O imposto deve ser exigido com base na pauta fiscal prevista na IN Nº 73/07, por ser valor mínimo de base de cálculo para apuração do imposto, entretanto como a aplicação desta regra implicaria em agravamento da infração, deve ser efetuado novo procedimento fiscal para exigir o imposto complementar Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 1ª JF (Acórdão JF nº 0325-01/08), que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em comento, lavrado em 02/12/2007, para exigir o pagamento da quantia de R\$4.891,36, 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 à farinha de trigo (Nota Fiscal nº 1298 do Moinho Vitória Ltda.), advinda do Estado de Goiás (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00), não sendo o adquirente destinatário possuidor de regime especial.

O autuado apresentou impugnação tempestiva, subscrita por seus advogados legalmente constituídos (fls. 21 a 23), alegando a existência de medida liminar concedida em Mandado de Segurança, por ela interposto, em curso perante a 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, determinando que a autoridade fiscal “*se abstenha 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*”.

A informação fiscal foi prestada pelo auditor fiscal Silvio Chiarot Souza (fls. 31 a 33), o qual enfatiza ser a única contestação ao lançamento efetuado relativa à utilização da pauta fiscal, salientando que as razões de defesa não têm pertinência com a autuação e esclarecendo que a base de cálculo, de acordo com entendimento do CONSEF, deveria ter sido calculada a partir do MVA, ou da pauta fiscal, optando-se pelo de maior valor.

Argumenta que a base de cálculo, se utilizada a pauta fiscal, no valor definido pela Instrução Normativa nº 23/05, de R\$76,76 para a saca, é de R\$61.408,00, maior, portanto, que a calculada pela MVA, conforme efetuada pela autuante, razão pela qual o imposto reclamado após abatidos os créditos verificados nos autos, resulta no importe a recolher de R\$4.950,18.

A 1ª JF julgou Procedente o Auto de Infração, inicialmente observando que a autuação indica como irregularidade a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da

fronteira, por ter o contribuinte adquirido farinha de trigo de Estado não signatário do Protocolo ICMS Nº 46/00, conforme previsão contida no artigo 125, inciso VII, alínea “a” do RICMS/97.

Em seguida manifestou que:

*“Verifico que os autuantes utilizaram como base de cálculo o valor da operação constante na Nota Fiscal nº 1298 de R\$ 29.200,00 juntamente com o valor relativo ao serviço de transporte aposto na Nota Fiscal nº 332443 de R\$ 5.400,00, aplicando sobre o total do somatório dessas parcelas no valor de R\$ 34.600,00, a MVA de 76,48%, constante no anexo 88, item 12.1, do RICMS/97, resultando na base de cálculo de R\$ 61.062,08 com ICMS no valor de R\$ 10.380,54, obedecendo, portanto, a determinação judicial por não ter utilizado como base de cálculo o valor estabelecido na Instrução Normativa nº 23/05, haja vista que a cobrança do imposto foi feita exatamente considerando o teor da Decisão judicial.”*

Aduz a Junta de Julgamento Fiscal que foram observadas para efeito de crédito fiscal, as parcelas do imposto destacadas nos documentos fiscais e a parcela recolhida pelo autuado conforme comprovante nos autos, no valor total de R\$5.489,18, que deduzida do valor do imposto, resulta, ainda, no ICMS devido R\$4.891,36.

Sustenta o Acórdão recorrido que, conforme estabelece o art. 506, § 2º, II, do RICMS/BA, o cálculo do imposto, no caso concreto, adotou como base de cálculo o valor da operação, mas para garantir o direito de a Fazenda Pública exigir o tributo devido corretamente calculado, representa, com fundamento no art. 156 do RPAF, à autoridade responsável pela circunscrição fiscal do contribuinte, visando a lavratura de Auto de Infração Complementar, para considerar as normas de base de cálculo constantes da Instrução Normativa nº 23/05.

Assim a JJF decide que:

*“Não tendo o autuado observado o momento do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, conforme estabelecido no art. 125, inciso II, alínea “b” do RICMS/97, cabível a exigência do tributo mediante a lavratura de Auto de Infração. Assim, fica mantida a acusação fiscal.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

Dentro do prazo legal, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 49 a 57), argüindo, inicialmente, nulidade do Auto de Infração por utilização de base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS/BA (devidamente transcrito), não elencados elementos suficientes para determinar com segurança a existência da infração à legislação tributária, na forma do art. 18, IV, a, do RPAF/BA. Aduz a infringência ao art. 39 do RPAF/BA, pois não demonstrado o critério adotado na apuração do valor exigido, viciando por nulidade absoluta a autuação.

Assevera que o quantitativo lançado foi efetuado tendo como base de cálculo o valor da operação constante nos documentos fiscais que acompanhavam a mercadoria, quando o art. 506-A do RICMS estabelece ser a base de cálculo o valor da operação realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido daqueles relativos a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, mais MVA de 76,84%, desde que não seja inferior aos importes mínimos definidos pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, com base no Protocolo ICMS 46/00, fixados na Instrução Normativa nº 73/2007, vigente à época da concretização do fato gerador.

Aduz que, se possível à fiscalização estadual efetuar o lançamento com base de cálculo diferente daquela prevista no art. 506-A citado, seria, a um só tempo, negar vigência tanto ao dispositivo regulamentar, quanto ao protocolo CONFAZ nº 46/00, sem prejuízo de ignorar-se o quanto disposto na Instrução Normativa nº 73/07, permitindo a solidificação de lesão ao princípio da legalidade estrita ao se ratificar o lançamento tributário.

Reporta-se, ainda, à literalidade do Protocolo ICMS 46/00 ao estatuir as regras como será apurado o aspecto quantitativo das operações de circulação de farinha de trigo e derivados, tendo o Estado da Bahia expedido a Instrução Normativa nº 73/07 para fixar os valores mínimos para tributação, restando vedada à fiscalização retirar seus próprios efeitos jurídicos.

Assegura que, no caso, a fiscalização olvidou o quanto disposto no artigo 506 – A do RICMS/97, empregando base de cálculo diversa da legalmente prevista, ignorando o valor mínimo previsto na Instrução Normativa nº 73/07. Afirma que o art. 506-A, estabeleceu a devida e própria base de cálculo para as operações tributáveis com farinha de trigo, não podendo a fiscalização alterar ou

modificar a base, por necessidade de obediência ao princípio constitucional tributário da legalidade estrita.

Faz referência ao Parecer da PGE/PROFIS, anexado ao processo (fls. 58 a 61), pertinente ao Auto de Infração nº 298924.1041/06-6, asseverando que nele a Procuradora opinou pela nulidade do Auto de Infração e, em consequência, deveria ser lavrado outro, face à utilização incorreta da base de cálculo, em desacordo com o previsto no art. 506-A. Todavia, alega que este procedimento, norteador pela PGE, implicaria em duplicidade da exigência do mesmo tributo, o que é vedado pela ordem constitucional, além de comprometer a legalidade tributária.

Finaliza o seu inconformismo pugnando para que seja julgado Nulo o Auto de Infração.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, a douta procuradora Sylvia Amoêdo, em Parecer de fls. 75 a 79, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Inicialmente diz que lhe causa estranheza a tese ora defendida pelo recorrente, já que sustenta a aplicação da pauta fiscal, sendo justamente contra esta base de cálculo que ele se insurgiu, ajuizando Mandado de Segurança para sua não aplicabilidade, cuja Liminar teve seus efeitos suspensos através do Processo nº 27566-7/2008, cuja Decisão foi publicada no Diário Oficial de 04 de junho do corrente ano.

Admite que tal fato deve ter motivado o recorrente a refazer seus argumentos de defesa, citando para este fim partes de Parecer exarado pela PGE/PROFIS em outro processo, emitido em razão das peculiaridades da situação ali definida.

Assevera a ilustre procuradora que o voto do julgador da JJF é fundamentado, analisando todos os pontos da autuação, os argumentos da defesa e a legislação aplicável ao caso, determinando a lavratura de Auto de Infração Complementar.

Arremata, ressaltando que a última parte do § 2º do art. 506-A determina a utilização da base de cálculo prevista em pauta fiscal, quando os valores obtidos sejam inferiores, caso dos autos, e como o autuante não lançou o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05, utilizando a regra geral em cumprimento à Decisão judicial com base na liminar citada, deve ser lavrado novo Auto de Infração para exigir a totalidade do imposto devido na operação, utilizando-se dos mesmos elementos que compõem o presente PAF.

Salienta que, após a lavratura do novo Auto de Infração, deve o PAF ser remetido à PGE/PROFIS, visando atender o que dispõe o art. 117 e segs. do RPAF/99 e conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## **VOTO**

O presente Auto de Infração visa à cobrança de ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo, adquirida pelo recorrente, oriunda do Estado de Goiás.

Do exame das razões apresentadas no Recurso Voluntário, destaco que não houve enfrentamento do mérito da exigência fiscal, restringindo-se a peça recursal a arguir a existência de vícios na autuação, os quais, nos dizeres do recorrente, levariam à nulidade do lançamento de ofício, vícios que, entretanto, não observo na ação fiscal, desmerecendo, nesse passo, amparo às teses suscitadas.

É válido ressaltar que o sujeito passivo do caso em análise possui inúmeros Autos de Infração sobre a mesma matéria e que, em todas as oportunidades em que contra eles se insurgiu, combatia intensamente a aplicação da pauta fiscal, impetrando, inclusive, Mandado de Segurança para impedir que o Fisco Estadual exigisse o ICMS com base nos valores da pauta fiscal, regulados pela Instrução Normativa nº 23/05, mas que o pagamento do imposto deveria recair sobre o preço das mercadorias, indicado nas notas fiscais de aquisição.

Ocorre que, consoante destaca o Parecer opinativo da PGE/PROFIS, o recorrente promove uma mudança radical na sua linha de defesa, pugnando agora, surpreendentemente, pela aplicação da referida pauta fiscal.

Essa alteração de foco deve-se, provavelmente, segundo indicação da própria PGE/PROFIS, ao fato de o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ter suspenso os efeitos da medida liminar, gerando a necessidade da defesa do sujeito passivo procurar novos pontos de suporte para tentar elidir os frequentes lançamentos aplicados pelo Fisco baiano, para esse contribuinte, dentro do mesmo enfoque.

No caso presente, o lançamento foi efetuado com base no que dispõe a primeira parte do inciso II, do §2º, do art. 506-A do RICMS, ou seja, aplicando-se o valor da operação mais MVA, justamente em obediência à Decisão judicial, emanada da ação impetrada pelo sujeito passivo que impedia o lançamento com base na pauta fiscal, não havendo, assim, qualquer vício na apuração da base de cálculo aplicada.

No julgamento de primeira instância, a JJF, ao enfrentar o mérito da exigência fiscal, decidiu de forma incensurável, apontando que a base de cálculo aplicável à operação em tela deveria seguir a previsão disposta no inciso II do § 2º do art. 506-A, e como a regra em comento determina que somente será aplicada a base de cálculo através da aplicação da MVA (a da autuação) desde que os valores obtidos não sejam inferiores aos importes mínimos da base de cálculo fixada pela Secretaria da Fazenda.

Nesse contexto, consigno que, de acordo com a informação fiscal de fls. 31/33, o valor lançado é, realmente, menor do que o devido pelo critério da pauta fiscal, fixado pela Secretaria da Fazenda, mediante a Instrução Normativa nº 73/07 – vigente à época dos fatos geradores da presente autuação - restando correta a recomendação da lavratura de Auto de Infração complementar, com a finalidade de cobrar a diferença do imposto que deixou de ser exigido no processo em epígrafe em razão de Decisão judicial, cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do art. 122, IV, do RPAF/99.

Outrossim, desacolho o argumento de que o procedimento recomendado implica em cobrança em duplicidade, como quer fazer crer o recorrente, diga-se de passagem, sem nenhum amparo legal para tal sustentação, destacado o aspecto pelo qual não houve equívoco na apuração da base de cálculo, pois o imposto exigido levou em consideração o valor da operação constante na Nota Fiscal, nº 1298 (fl. 11), que acobertava a circulação da mercadoria – R\$29.200,00 - ao qual foi agregado o frete consignado na Nota Fiscal nº 332443 (fl.10) – R\$5.400,00 – e mais a MVA de 76,48%, deduzidos os créditos constantes nos referidos documentos fiscais e o valor pago através do DAE de fl. 7, inexistindo, destarte, aplicação da regra da Instrução Normativa, o que implicaria em valores correlatos ao tipo do produto e peso das mercadorias.

Diante do exposto, e por não encontrar no presente lançamento de ofício qualquer vício capaz de implicar na sua nulidade, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo, na íntegra a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

## 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 **232893.1205/07-7**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.891,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como recomendar que seja lavrado novo Auto de Infração para complementar o valor remanescente.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS