

PROCESSO - A. I. N° 112889.1137/07-8
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0390-03/08
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 19/06/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0145-11/09

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 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 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 pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0390-03/08, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$1.788,20, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menor do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente à aquisição interestadual de farinha de trigo, oriunda do Estado de Goiás, conforme Nota Fiscal nº 01292 anexa aos autos, por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, apresentando os seguintes argumentos, resumidamente:

- I. que o contribuinte não questionou a exigência do imposto por antecipação, apenas se insurgindo contra a utilização da pauta fiscal como base de cálculo, argumentando que a empresa, ao adquirir farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, não deve se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, e que por isso ajuizou Mandado de Segurança, cuja liminar foi deferida;
- II. que consta à fl. 26 dos autos a comprovação de que, efetivamente, foi concedida liminar, que determina que a base de cálculo do imposto seja apurada sem a aplicação da Instrução Normativa nº 23/05; entretanto, no presente processo, ao contrário do alegado pelo defendente, a base de cálculo foi apurada pelo autuante à fl. 03, com a utilização de margem de valor agregado (MVA) de 76,48% sobre a farinha de trigo, não havendo, assim, qualquer desobediência à Decisão proferida na citada liminar, inexistindo identidade entre o mandado de segurança e o presente lançamento;
- III. que, por sua vez, foi deferido pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida no Mandado de Segurança em apreço, conforme Decisão da Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, publicada no Diário do Poder Judiciário de 04/06/2008;

- IV. que no caso em exame está comprovado pela Nota Fiscal Avulsa de nº 329911, relativa ao serviço de transporte, que estava sendo transportada a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 1292, farinha de trigo, ficando confirmado que a mesma ingressou no Estado da Bahia acobertada pelo referido documento fiscal, emitido pelo Moinho Vitória Ltda., referente a 300 sacos de 50 kg do produto, no valor total de R\$10.950,00;
- V. que em se tratando de recebimento de farinha de trigo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, a antecipação do ICMS é prevista no art. 506-A, do RICMS/97, que transcreve, ressaltando-se que a cobrança do imposto sobre o referido produto, submetido ao regime da substituição tributária, para efeito de comparação, computando-se o valor de R\$10.950,00, constante na Nota Fiscal nº 1292, acrescido do valor correspondente ao serviço de transporte, de R\$2.025,00, e da MVA de 76,48%, importa na base de cálculo de R\$22.898,28;
- VI. que a base de cálculo apurada de acordo os valores constantes no Anexo Único da Instrução Normativa nº 73/07, quando as mercadorias originarem-se de unidade da Federação não-signatária do Protocolo ICMS 46/00 é no montante de R\$23.028,00 ($300 \times 76,76 = 23.028,00$), considerando que o valor previsto para a saca de 50 quilos de farinha de trigo especial é de R\$76,76 por saca. Assim, do confronto realizado, o ICMS deve ser recolhido com base na pauta estabelecida na Instrução Normativa nº 73/07 e, pelo demonstrativo à fl. 03, o imposto exigido no presente lançamento foi calculado utilizando a Margem de Valor Adicionado – MVA;
- VII. que procedendo aos cálculos do imposto devido, deduzindo os créditos fiscais a que faz jus o autuado e o valor recolhido conforme DAE às fls. 10/11, deveria ser exigido no presente lançamento o imposto no valor de R\$5.871,36, conforme quadro abaixo, devendo ser renovado o procedimento fiscal para exigência complementar do ICMS devido no valor de R\$1.318,88, salientando que o Documento de Arrecadação Estadual - DAE e respectivo comprovante de recolhimento do valor de R\$547,50 não foi computado no referido cálculo, tendo em vista que o mencionado DAE não indica a Nota Fiscal objeto do recolhimento realizado;
- VIII. que, assim, é procedente a exigência do imposto no presente Auto de Infração e, nos termos do art. 156 do RPAF/99, representa à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal para reclamar a diferença remanescente no valor de R\$569,56.

Irresignado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 49 a 56 - onde pede a modificação da Decisão proferida pela JJF, alegando nulidade do Auto de Infração por ter utilizado base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, §2º, II, do RICMS/BA, o qual transcreve, 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/BA. Aduz que o art. 39 do RPAF/BA foi infringido, pois deixou de ser demonstrado o critério adotado na apuração do valor exigido, o que não teria ocorrido no caso em tela, viciando por nulidade absoluta a autuação.

Alega que o valor lançado foi efetuado tendo como base de cálculo o valor da operação constante no documento fiscal que acompanhava a mercadoria, quando o art. 506-A estabelece que a base de cálculo é o valor da operação realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores 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 valores mínimos fixados pela SEFAZ, por unidade de medida, com base no Protocolo 46/00, fixado pela Instrução Normativa nº 73/2007.

Alega, ainda, que entender ser possível à fiscalização estadual efetuar o lançamento com base de cálculo diferente da prevista no citado dispositivo, seria a um só tempo negar vigência tanto ao dispositivo regulamentar quanto ao protocolo CONFAZ, sem prejuízo de ignorar-se o quanto disposto na referida Instrução Normativa, permitindo lesão ao princípio da legalidade estrita se ratificado o lançamento. Aduz que o art. 506-A estabeleceu a devida e própria base de cálculo,

restando vedada à fiscalização qualquer possibilidade de alteração ou modificação da base de cálculo.

Contesta a Decisão da JJF que representou à autoridade competente para a feitura de Auto de Infração complementar, entendendo-a equivocada, por ferir de morte o princípio da legalidade estrita.

Cita Parecer da lavra da PGE/PROFIS, exarado no PAF nº 298924.1041/06-6, asseverando que no mesmo a procuradora que o subscreveu afirmou que o Auto de Infração deveria ser declarado nulo e em consequência ser lavrado novo Auto de Infração, por utilização incorreta da base de cálculo em desacordo com o previsto no art. 506-A, ao tempo que alega que tal procedimento orientado pela PGE implicaria em exigência em duplicidade do mesmo tributo, o que é vedado, além de afetar a legalidade tributária.

A PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 68 a 72, aduz que causa estranheza a tese ora defendida pelo recorrente já que alega que deveria ter sido aplicada pauta fiscal, sendo justamente contra esta base de cálculo que o mesmo 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, o que entende deve ter levado o recorrente a refazer sua tese 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 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. Afirma que a ressalva da última parte do §2º do art. 506-A determina a utilização da base de cálculo prevista em pauta fiscal, quando os valores assim obtidos sejam inferiores, caso dos autos, e como o autuante não lançou o imposto pela instrução normativa vigente, 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 mesmo elementos que compõem o presente PAF. Conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Do exame das razões recursais apresentadas pelo recorrente de logo devemos consignar que as mesmas não merecem acolhida, ressaltando que no presente Recurso Voluntário o sujeito passivo não adentra no mérito da exigência fiscal, restringindo-se a arguir a existência de vícios na autuação que levariam à nulidade do lançamento de ofício, vícios que não vislumbramos no presente processo.

Comungamos com o opinativo da PGE/PROFIS ao apontar a incongruência do recorrente que em uma virada radical em sua tese defensiva – lacônica e monocórdia - apresentada em todos os autos de infração lavrados contra a empresa sobre a mesma matéria, agora alega que deveria ser aplicada a pauta fiscal, quando foi em relação à aplicabilidade da pauta que o mesmo se insurgiu, impetrando mandado de segurança para que o Fisco *“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”*.

Provavelmente, como também apontou a PGE/PROFIS, tal mudança deve-se ao fato do Tribunal de Justiça ter suspenso os efeitos da liminar que lhe foi concedida, conforme publicação no Diário Oficial de 04 de junho de 2008, levando a defesa do sujeito passivo a buscar novos argumentos para elidir os lançamentos que têm sido feitos pelo Fisco baiano na tentativa de exigir o imposto devido de contribuinte que se notabilizou pela prática de evasão fiscal, em detrimento dos outros contribuintes do setor, já que esta prática o coloca em vantagem competitiva em relação aos demais.

Ora, o lançamento foi efetuado com base na regra geral estatuída na primeira parte do inciso II do §2º do art. 506-A do RICMS, citado exaustivamente pelo recorrente – ou seja, aplicando-se o valor da operação mais MVA - justamente em atendimento 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. Assim, a recomendação feita pela JJF de lavratura de Auto de Infração complementar para exigir a diferença do imposto não exigido no lançamento ora em apreciação se faz não só com base no fato de que a autoridade administrativa exerce uma atividade vinculada e, como tal, deve exigir o imposto em seu “quantum” efetivamente devido, sob pena de responsabilidade funcional, como pelo fato de que com a suspensão dos efeitos da liminar que vedava ao Fisco exigir o imposto devido pela aplicação da pauta fiscal, nada impede um novo lançamento, desta feita para exigir a diferença devida, já que o valor lançado é inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixada pela Secretaria da Fazenda, mediante a Instrução Normativa nº 73/07 – vigente à época dos fatos geradores da presente autuação - na forma e nos valores apontados no Julgado de Primeira instância.

Por outro lado, o procedimento recomendado não se reveste de cobrança em duplicidade, como quer fazer crer o recorrente, sem nenhuma base para tal, frise-se, e nem tampouco houve equívoco na apuração da base de cálculo, pois o imposto exigido teve como base de cálculo o valor da operação constante na nota fiscal que acobertava a circulação das mercadorias – R\$10.950,00 - ao qual foi agregado o frete consignado na NF Avulsa nº 329.911 de fl. 08 – R\$2.025,00 – tendo sido, ainda, agregada a MVA de 76,48% e deduzido o crédito constante no referido documento fiscal, não havendo, assim, aplicação da regra da instrução normativa multicitada. Ressalte-se que não foi deduzido o valor constante no DAE acostado às fl. 10 dos autos, pois não há vinculação com a NF que acompanhava a circulação das mercadorias.

O mérito da exigência fiscal foi devidamente analisado pela JJF, que corretamente apontou que a base de cálculo aplicável à operação em tela deve 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 (base de cálculo da autuação) desde que os valores obtidos não sejam inferiores aos valores mínimos da base de cálculo fixada pela Secretaria da Fazenda, sendo o valor lançado de fato menor do que o devido pelo critério da pauta fiscal, impende a lavratura de outro Auto de Infração, complementar a este, para exigir a diferença do imposto que deixou de ser exigido no processo em epígrafe, no valor de R\$1.318,88, e cujo lançamento ficará com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99.

Assim, como não se apresenta no lançamento de ofício qualquer pecha que o inquene de nulidade, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração ora sob apreciação.

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 **112889.1137/07-8**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.788,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser lavrado novo Auto de Infração para complementar o valor remanescente.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS