

A. I. Nº - 112889.0713/08-3
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RIZÉRIO FILHO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 29.05.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-02/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria nº 114/04, é devido pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. Rejeitada a preliminar de nulidade, pois o cálculo da exigência fiscal obedeceu as regras previstas no art.506-A e na IN 73/07, tendo sido considerado o valor da operação mais MVA por ter sido superior à base de cálculo pela pauta fiscal. Mantida a autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 14/07/2008, para exigência do valor de R\$12.144,84, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária do percurso, sobre 800 sacos de Farinha de Trigo adquirida para comercialização em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, através das Notas Fiscais nº 582 e 583 e CTCs nº 1072 e 1073, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências, por contribuinte que não possui regime especial (docs. fls. 05 a 11).

Consta às fls. 16 a 25 cópia do Mandado de Segurança nº 2069715-7/2008, datado de 22/07/2007, e do Ofício nº 693/2008, da 9ª Vara da Fazenda Pública, determinando o cumprimento da liminar obtida pelo contribuinte para a liberação das mercadorias apreendidas.

O sujeito passivo representado por advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.30 a 38, impugnou o lançamento do débito consubstanciado no auto de infração com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Com fulcro no art. 18, IV, *a*, do Decreto nº 7.629/99, suscitou a nulidade do auto de infração, por entender que foi utilizada base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do Regulamento do ICMS de 1997 – Decreto nº 6.284/97, e, portanto, que os autos não contém elementos suficientes para determinar com segurança a existência da infração à legislação tributária, pois não há a demonstração do critério adotado para determinação da base de cálculo do débito tributário conforme estabelece o artigo 39 do RPAF/99.

Invocou e transcreveu o artigo 506-A, do RICMS/97, para mostrar que o citado dispositivo regulamentar prevê que a base de cálculo para o caso em tela corresponderá ao 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, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48%, desde que não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, com base no Protocolo nº 46/00 do CONFAZ, fixados pela Instrução Normativa nº 73/2007, vigente à época da concretização do fato gerador.

Enfatiza que, apesar da base de cálculo apurada mediante aplicação da Margem de Valor Adicionado (MVA) sobre o valor da operação ser menor que o valor que seria encontrado pela pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 73/07, ensejando a aplicação desta, o Fisco Estadual efetuou o lançamento tão somente pelo valor da operação com o uso da MVA, alterando a definição legal da base de cálculo para o lançamento do ICMS e indo de encontro com o princípio da legalidade estrita.

Argumenta que a fiscalização olvidou o quanto disposto no art. 506-A do RICMS/97, empregando base de cálculo completamente diversa da legalmente prevista, ignorando o valor mínimo fixado na Instrução Normativa nº 73/2007 para a mercadoria em tela, bem como outras parcelas que deveriam compor a base de cálculo, e que consoante o § 2º do dispositivo regulamentar em comento, caso o valor encontrado para a base de cálculo fosse menor que o constante no Anexo Único da Instrução Normativa nº 73/07, deveria ser utilizado o valor da pauta fiscal constante nesta.

Traz a baila a informação de que quando o auto de infração foi lavrado com o lançamento do imposto adotando como base de cálculo o valor da operação, o órgão julgador de primeira instância representou à autoridade competente para a feitura de auto de infração complementar, a fim de ser constituído o crédito tributário de acordo com as normas regulamentares estabelecidas.

Diz que o entendimento ora esposado é compartilhado pela PGE/PROFIS, mediante o Parecer de fls. 58 a 61, proferido previamente ao julgamento do Auto de Infração nº 298924.1041/06-6 pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho, afirmando que em autuação semelhante vislumbrou graves equívocos nas diversas etapas percorridas pelo processo, culminando em posicionamento de discordância da decisão proferida pela primeira instância administrativa, argumentado que não deve ser lavrado Auto de Infração complementar, uma vez que o lançamento é nulo, para lavratura de novo auto de infração tomando por base o previsto no art. 506-A, § 2º, do RICMS/97.

Considera que este procedimento ocasionará um lançamento dúplice do imposto acarretando a cobrança do ICMS não pela regra específica ao caso, prevista no art. 506-A do RICMS/97, mas sim pela regra geral para a substituição tributária, gerando insegurança jurídica ao contribuinte por afetar a legalidade tributária e lesionará o autuado em virtude da cobrança em dobro do tributo.

Assevera que o autuante efetuou o lançamento do imposto levando em conta tão somente o valor constante na nota fiscal, ao invés de seguir a orientação constante no Anexo 1 da Instrução Normativa nº 73/07, o qual estabelece os valores mínimos para pagamento do ICMS por substituição tributária, com base no peso da mercadoria, pré-instituindo preços para sacos com 50kg, 25kg e 1kg.

Por fim, pede a nulidade da autuação, com base no art. 18, IV, *a*, do RPAF/99, por entender que houve arbitramento da base de cálculo não previsto no artigo 937 do RICMS/97, ao ser utilizado critério para a determinação da grandeza quantitativa diverso do legalmente previsto art. 506-A do RICMS/97.

Na informação fiscal prestada por auditor fiscal estranho ao feito (fls. 44 a 46), o informante salienta que a tese de nulidade do lançamento do defendente é de que não foi observado o princípio da legalidade estrita, em razão da utilização da base de cálculo diversa da prevista no artigo 506-A, do RICMS/97 e no Protocolo 46/00.

Lembra que o autuado obteve liminar em mandado de segurança no sentido de impedir o cálculo do imposto nas operações interestaduais que realiza com farinha de trigo para que fosse utilizada a pauta fiscal como base de cálculo para a cobrança do imposto.

Diz que houve uma tentativa de evasão da fiscalização na fronteira do Estado para evitar o pagamento da antecipação sobre a farinha de trigo adquirida de Estado não signatário do Protocolo 46/00.

Explica que de acordo com orientação da administração tributária, a base de cálculo deve ser formada a partir da MVA, ou pauta fiscal, adotando a de maior valor monetário, ou seja: a base de cálculo formada pela pauta fiscal, cujo valor é de R\$ 76,76 por saca definida na IN 73/07 é de R\$61.408,00, valor inferior aquele calculado através da MVA que é de R\$93.181,44.

Opina pela manutenção do lançamento, frisando que o imposto foi reclamado corretamente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência de imposto, tendo em vista a falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de mercadoria enquadrada no artigo 353, inciso II, Item 11.1, do RICMS/97, mais precisamente 800 sacos de FARINHA DE TRIGO SC. 50 KG., procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, acobertada pela Notas Fiscais nº 582 e 583, emitidas pela sociedade empresária Norte Grãos Comercial Agrícola Ltda, situada no município de Campo Mourão (PR), e CTRCs nº 01072 e 01073 da Transportadora Silveira Alves Ltda., conforme documentos às fls. 07 a 10.

Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 112889.0713/08-3 (fls. 05 e 06), que o contribuinte supra não possui regime especial e encontra-se descredenciado para pagamento do imposto após a entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme atesta o extrato do sistema de informações da SEFAZ à fl. 11.

Verifico que se encontram nos autos, fls. 16 a 18, cópias do Mandado de Segurança nº 2069715-7/2008 da 4ª Vara da Fazenda Pública, cuja decisão do Juiz Gilberto Bahia de Oliveira foi no sentido de que fossem liberadas as mercadorias apreendidas constantes do Termo de Apreensão e Ocorrências, sem prejuízo do controle e fiscalização do contribuinte e do conseqüente lançamento do crédito tributário.

A tese defensiva para desconstituir o lançamento tributário objeto deste processo, é de que não existem nos autos elementos suficientes para determinar com segurança a infração, por entender que não ficou claro o critério utilizado na apuração do imposto devido, e portanto o lançamento deveria ser julgado nulo.

Considerando que a preliminar de nulidade se confunde com o mérito da questão, passo a analisá-las conjuntamente.

A mercadoria objeto da lide é oriunda de Estado não signatário do Protocolo 46/00, sendo, desta forma, de responsabilidade do autuado o pagamento do imposto. O artigo 506-A, § 2º do RICMS/97, prevê 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 esta 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).

Igualmente o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, também disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária, remetendo o cálculo com

base no valor da operação fixado pelo industrial mais a MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97.

Já a Instrução Normativa nº 23/05, alterada pela IN 73/07, estabelece que para efeito de determinação da base de cálculo mínima do ICMS referente à antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo, quando as mercadorias originarem-se do exterior ou de unidade de Federação não-signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

No caso, no quadro abaixo poderá ser examinado como foi determinada a base de cálculo pelo autuante através da regra geral da substituição tributária, bem como, a base de cálculo mínima estabelecida na IN nº 73/07.

ESPECIFICAÇÃO	CÁLCULO DO PELO ART. 506-A, § 2º, RICMS/97	CÁLCULO PELA PAUTA FISCAL INST.NORM.Nº 23/05
QUANTIDADE EM KG.	$37.000 + 3.000 = 40.000$	40.000
QUANT.EM SCS.50 KG.	$740 + 60 = 800$	800
VALOR DA MERCADORIA	$42.920,00 + 3.480,00 = 46.400,00$	$800 \times R\$76,76 = 61.408,00$
FRETE	$5.920,00 + 480,00 = 6.400,00$	0,00
SOMA	52.800,00	61.408,00
M.DE VALOR ADICIONADO – MVA (%)	76,48	-
BASE DE CÁLCULO	93.181,44	61.408,00
ALÍQUOTA	17%	17%
ICMS	15.840,84	10.439,36
CRÉDITO FISCAL DESTACADO NAS NFs	$3.004,40 + 243,60 = 3.248,00$	1.819,50
CRÉDITO FISCAL DESTACADO CTRCs	$414,40 + 33,60 = 448,00$	476,00
ICMS DEVIDO	12.144,84	8.143,86

Portanto, no caso das notas fiscais objeto da autuação, tratando-se de farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo nº 46/00, entendo que somente não seria aplicável a regra geral da substituição tributária prevista no artigo 506-A, § 2º, do RICMS/97, se a base de cálculo correspondente ao valor da operação mais a MVA fosse igual ou inferior à base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.

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 mantido o lançamento tributário em questão.

Portanto, considerando que nos autos estão presentes os elementos suficientes para determinar com segurança a infração, eis que, o cálculo do débito está baseado nos documentos fiscais e obedeceu a legislação acima citada, e 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, fica rejeitada a nulidade argüida na defesa, e no mérito, mantida a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **112889.0713/08-3**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$12.144,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR