

PROCESSO - A. I. Nº 279466.0210/08-1
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0238-02/09
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 12/04/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0048-11/10

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 determine a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente o pagamento da antecipação tributária na primeira repartição fiscal do percurso, conforme estabelecido na Portaria Nº 114/04. O imposto deve ser exigido com base no art. 506-A, § 2º, RICMS/97, por ser maior que o calculado pela pauta fiscal prevista na IN Nº 73/07. Como a aplicação desta regra implicaria em agravamento da infração, deve ser efetuado novo procedimento fiscal para exigência do imposto complementar. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0238-02/09), que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em comento, lavrado em 10/12/2008, exigindo pagamento da quantia de R\$7.118,80, relativo ao ICMS devido, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação, à época da autuação, da falta de recolhimento do imposto por antecipação, na primeira repartição fiscal do percurso, referente a 740 sacos de farinha de trigo (Nota Fiscal nº 0504 do Trigonorte-Moinho de Trigo Ltda. e CTRC nº 1543), advinda do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00), não sendo o adquirente destinatário possuidor de regime especial.

As mercadorias foram apreendidas conforme Termo de Apreensão, fls. 9/10, tendo o autuado, naquela oportunidade, impetrado Mandado de Segurança, e obtido liminar (fls. 14 e 15), determinando a liberação das mercadorias apreendidas.

Em seguida, o autuado apresentou impugnação tempestiva, subscrita por advogados legalmente constituídos (fls. 55 a 63) e o autuante prestou informação fiscal (fls. 69 do PAF).

A 2ª JJF, ao julgar o Auto de Infração, considerou que a preliminar de nulidade se confundia com o mérito da questão e, por isso, seriam analisadas conjuntamente, destacando que a mercadoria, objeto da lide, era oriunda de Estado não signatário do Protocolo nº 46/00, por conseguinte, de responsabilidade do autuado o pagamento do imposto, o qual não possui regime especial e encontra-se descredenciado para efetuar o pagamento após a entrada da mercadoria no estabelecimento.

De outra parte, ressaltou a Decisão de piso que o artigo 506-A, § 2º, do RICMS/97, estabelece, no caso de recebimento de farinha de trigo, cuja base de cálculo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, a adição

esta não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolo ICMS 26/92 e 46/00).

Disse que, também o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, 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.

Aduziu que a Instrução Normativa nº 23/05, alterada pela Instrução Normativa nº 73/07, 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, estabelece os valores constantes no Anexo 1, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

Frisou, também a JJF que, diante da inexistência de indicação do tipo de farinha de trigo, optou o autuante pelo tipo comum, a qual tem o menor valor consignado na aludida Pauta, não havendo, com isso, qualquer óbice à defesa.

Em seguida, efetuou o quadro demonstrativo abaixo visando elucidar como o autuante determinou a base de cálculo, utilizando a regra geral da substituição tributária, bem como aquela mínima fixada na Instrução Normativa nº 73/07:

CÁLCULO	ESPECIFICAÇÃO	CÁLCULO DO PELO	CÁLCULO	CÁLCULO PELA PAUTA
		ART. 506-A, § 2º, RICMS/97		FISCAL INST.NORM.Nº 23/05
A	QUANTIDADE EM KG.	37.000	A	37.000
B	QUANT.EM SCS.50 KG.	740	B	740
C	VALOR DA MERCADORIA	R\$ 25.900,00	C=Ax 71,00(pauta)	R\$ 52.540,00
D	FRETE	R\$ 5.920,00	D	0
E=C+D	SOMA	R\$ 31.820,00	E=C	R\$ 52.540,00
F	VALOR ADICIONADO – MVA (%)	76,48%	F	-
G=Ex F+E	BASE DE CÁLCULO	R\$ 56.155,94	G	R\$ 52.540,00
H	ALÍQUOTA	17%	H	17%
I=HxG	ICMS	R\$ 9.546,51	I=HxG	R\$ 8.931,80
J	CRÉDITO FISCAL DESTACADO NAS NFs	1.813,00	J	R\$ 1.813,00
L	CRÉDITO FISCAL DESTACADO CTRCs	R\$ 414,40	L	R\$ 414,4
M=I-J-L	ICMS DEVIDO	R\$ 7.319,11	M=I-J-L	R\$ 6.704,40

Diante da planilha apresentada, constatou que o autuante não concedeu o crédito relativo ao CRTc em seus cálculos, bem como que o imposto devido, através da aplicação da MVA, era maior do que o calculado através de Pauta Fiscal, totalizando R\$7.319,11.

Asseverou a Primeira Instância se encontrarem nos autos elementos suficientes para determinar com segurança a infração, eis que o cálculo do débito está baseado nos documentos fiscais e obedeceu à legislação pertinente, 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, de tudo restando rejeitada a nulidade arguida na defesa, no mérito, mantida a autuação, além de representar à autoridade fazendária da INFAZ de origem objetivando a realização de nova ação fiscal para reclamar a diferença devida aos cofres do Estado, em razão da utilização da Pauta Fiscal, a qual é menor do que a base de cálculo com aplicação da MVA.

Dentro do prazo legal, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 84 a 94), repetindo a tese da nulidade do Auto de Infração, dizendo ser incabível a imputação da falta de recolhimento de ICMS por antecipação total, na qualidade de substituto tributário, na primeira repartição fazendária da fronteira ou percurso, uma vez que nada impede que o sujeito passivo efetue o recolhimento do valor do imposto na operação seguinte, como previona a própria lei regulamentadora do ICMS no Estado da Bahia, a qual traz dispositivo que dispensa o lançamento do tributo, determinando apenas a aplicação da multa por infração comento submetida ao regime de substituição tributária, por antecipação do valor do imposto caso o sujeito passivo não o recolhe

Assim, afirmou que, ocorrendo o recolhimento posterior do tributo, somente caberia a aplicação da multa prevista no art. 42, § 1º, da Lei nº 7.014/96, sob pena de se incorrer em “*bis in idem*”, com cobrança dúplice do ICMS em face do mesmo e único fato gerador.

Sustentou, também, a nulidade, em face da utilização de base de cálculo diversa da prevista no art. 506-A, § 2º, II, do RICMS/BA, não conseguindo elencar elementos suficientes para determinar, com segurança, a existência de infração à legislação tributária, na forma do art. 18, IV, a, do RPAF/BA.

A par disso, asseverou a infringência ao art. 39 do RPAF/BA, em face da falta de demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido, viciando, por nulidade absoluta, a autuação.

Destacou 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 nº 46/00, fixados na Instrução Normativa nº 73/2007, vigente à época da concretização do fato gerador.

Argumentou que, se possível fosse a fiscalização estadual efetuar o lançamento com base de cálculo diferente daquela prevista no art. 506-A citado, seria, a um só tempo, a negação de vigência tanto ao dispositivo regulamentar, quanto ao Protocolo CONFAZ 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.

Reportou-se, ainda, à literalidade do Protocolo ICMS 46/00, o qual estatui regras de apuração do aspecto quantitativo das operações de circulação de farinha de trigo e derivados, tendo o Estado da Bahia expedido a Instrução Normativa nº 73/07, fixando os valores mínimos para tributação, restando vedada à fiscalização retirar seus próprios efeitos jurídicos.

Assegurou ter a fiscalização olvidado do quanto disposto no artigo 506 – A do RICMS/97, que estabelece a devida e própria base de cálculo para as operações tributáveis com farinha de trigo, empregando base de cálculo diversa da legalmente prevista, ignorando o valor mínimo estabelecido na Instrução Normativa nº 73/07, desobedecendo, nesse passo, ao princípio constitucional tributário da legalidade estrita.

Aduziu 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.

Fez alusão ao Parecer da PGE/PROFIS, anexado ao processo (fls. 58 a 61), pertinente ao Auto de Infração nº 298924.1041/06-6, afirmando que nele a procuradora opinou pela nulidade do Auto de Infração e, conseqüentemente, outro deveria ser lavrado, em face da utilização incorreta da base de cálculo, em desacordo com o previsto no art. 506-A, todavia, tal procedimento implicaria em duplicidade da exigência do mesmo tributo, o que é vedado pela ordem constitucional, além de comprometer a legalidade tributária.

Finalizou o seu inconformismo, pugnando para que seja julgado nulo o Auto de Infração.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, a ilustre procuradora Maria José Coelho Lins de Sento-Sé, em Parecer de fl. 99, opinou no sentido de que, havendo alegações recursais quanto a existência de erros materiais na apuração da base de cálculo no lançamento sob apreço, recomendava o encaminhamento dos autos à ASTEC, visando a emissão de Parecer Técnico.

Examinado o feito, em pauta suplementar do dia 18/12/2009, decidiu a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, não acatar a proposição de diligência concreto, a alegação do recorrente, às fl. 90, de que o autuante deixou fixado na Instrução Normativa nº 73/2007 para a mercadoria em

uma vez que a 2ª JJF, no acórdão JJF-0238-02/09, fls. 72 a 76, elaborou quadro demonstrativo destacando que o autuante optou pelo valor consignado na pauta fiscal de Farinha de Trigo (R\$71,00), conforme a Instrução Normativa nº 73/07.

Retornando os autos à PGE/PROFIS, para Parecer conclusivo, opinou a ilustre procuradora Pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Asseverou que a imputação fiscal se encontrava absolutamente clara, tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, enquanto o lançamento atendia a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/99.

Arrematou, ressaltando que a Instrução Normativa nº 73/07 estabelece que, para efeito de determinação da base de cálculo mínima do ICMS, para antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo originadas de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, serão considerados os valores constantes no Anexo I da citada Instrução, cabendo ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

Concluiu 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 do Paraná.

Do exame das razões apresentadas no Recurso Voluntário, destaco que inexistiu enfrentamento do mérito da exigência fiscal, restringindo-se o inconformismo à arguição de vícios na autuação, os quais, nos dizeres do recorrente, levariam à nulidade do lançamento de ofício, entretanto, nenhum deles foi por mim constatado, desmerecendo amparo, nesse contexto, as teses suscitadas.

É válido relembrar que, no caso presente, o sujeito passivo possui inúmeros autos de infração sobre idêntica matéria e que, nas diversas oportunidades em que contra eles se insurgiu, apresentou, nas suas defesas, teses antagônicas, ora combatendo 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, mas que o pagamento do imposto deveria recair sobre o preço das mercadorias, indicado nas notas fiscais de aquisição, ora pugnando, surpreendentemente, pela aplicação da referida pauta fiscal.

Constato, na espécie concreta, que o lançamento foi efetuado em consonância com o disposto na Instrução Normativa nº 23/05, alterada pela Instrução Normativa nº 73/07, a qual normatiza, 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 46/00, os valores constantes no Anexo I da citada Instrução, tendo o autuante optado, dentro das especificações possíveis, pelo tipo comum, de menor valor consignado na pauta constante do referido Anexo.

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 (MVA).

Nesse contexto, alinho-me ao teor da Decisão recorrida e quadro demonstrativo de fl. 75, na medida em que o valor lançado é, realmente, menor do que o devido pelo critério da aplicação da Margem de Valor Adicionado - MVA, restando correta a recomendação da lavratura de Auto de Infração complementar, com a finalidade de cobrar a diferença exigida no processo em epígrafe, em face de ter a imputação sido legal, na Pauta Fiscal, com valores mínimos instituídos pela Secretaria

A par disso, na peça recursal, o recorrente destacou, com veemência, às fl. 90, “*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. Consoante o §2º do dispositivo regulamentar em comento, caso o valor encontrado para base de cálculo seja menor que o constante no Anexo Único da Instrução Normativa nº 73/07, deverá ser utilizado o valor da pauta fiscal constante nesta*”.

Sucedem que tais alegações se apresentam absolutamente incompatíveis, sem qualquer plausibilidade, servindo, tão-somente, para demonstrar a falta de argumentos consistentes.

Outrossim, desacolho o argumento de que o procedimento recomendado implicaria em cobrança em duplicidade, como pretende o recorrente, diga-se de passagem, sem nenhum amparo legal para sustentar tal tese, destacado o aspecto pelo qual não houve equívoco na apuração da base de cálculo, porquanto o imposto exigido levou em consideração o valor da Pauta Fiscal, com aplicação da regra da Instrução Normativa, inclusive observado os valores correlatos ao tipo do produto e peso das mercadorias, 740 sacos, de 50 KG, de Farinha de Trigo.

Diante do exposto, e por não encontrar no presente lançamento de ofício qualquer vício capaz de justificar a sua nulidade, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo, na íntegra, a Decisão recorrida, a qual julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, confirmando a recomendação para que a autoridade fazendária competente realize nova ação fiscal, para exigir o valor de R\$200,31 referente à diferença entre o valor correto e o valor mantido pela JF, nos termos do art. 156, do RPAF.

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 279466.0210/08-1, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.118,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como acatar a recomendação de que seja lavrado novo Auto de Infração para complementar o valor remanescente devido.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS