

PROCESSO - A. I. Nº 297895.0163/07-9
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0183-05/09
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 06/05/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0115-12/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio ou Protocolo 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 Instrução Normativa nº 23/05. Recurso prejudicado quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. 2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEX). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Recurso **PREJUDICADO**, em relação à obrigação principal, e **NÃO PROVIDO**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0183-05/09, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$8.101,36, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fiscal relativamente a farinha de trigo especial adquirida para comercialização em outra unidade da Federação por contribuinte sem regime especial para pagamento em data posterior.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

“O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.”

mercadorias (farinha de trigo) provenientes de outra unidade da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

A antecipação tributária da farinha de trigo encontra-se regulamentada no art. 506-A do RICMS/97, o qual atribui ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subseqüentes com as mercadorias supramencionadas e às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

Ressalto que a liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, determina que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. No caso em lide, a matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a base de cálculo foi determinada a partir da soma do valor das Notas Fiscais nºs 000142 e 5344, do valor do Conhecimento de Transporte nº 00553, mais a margem de valor agregado (MVA) prevista no anexo 88 do RICMS/97, calculando-se sobre o montante o imposto devido e abatendo-se o ICMS destacado na Nota Fiscal, no Conhecimento de Transporte, bem como o ICMS Recolhido. Assim, no caso em lide, a base de cálculo foi apurada em conformidade com o que determina o § 2º, inciso II, do art. 506-A, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 506-A [...]

§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

***II** - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes 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% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.”*

Neste sentido, o Conselho de Fazenda vem se pronunciando no sentido de manter as autuações contra o impugnante, em matéria idêntica, conforme decisões prolatadas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, nos julgamentos em 2ª Instância, mediante Acórdãos Nºs: CJF Nº 0001-11/07, CJF Nº 0034-11/07, CJF Nº 0039-11/07, CJF Nº 0065-12/07, CJF Nº 0066-12/07 e CJF Nº 0090-12/07.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$8.101,36, devendo a autoridade fiscal da circunscrição do autuado, verificar através de novo procedimento fiscal, se o imposto lançado no presente Auto de Infração inferior ao devido com base no valor da pauta fiscal”.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 104 a 110), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, alegando, inicialmente, que o Auto de Infração é nulo, pois foi utilizada base de cálculo diversa da prevista no Art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, existindo, ao seu entender, “descompasso no que tange ao aspecto quantitativo da hipótese de incidência do tributo em tela entre a autuação e a legislação tributária”, aduzindo, com esse argumento, a ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a existência de infração à legislação tributária. Menciona, também, o Art. 39 do Decreto nº 7.629/99 para afirmar que no caso em tela não foi feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor do imposto exigido.

Em seguida, menciona que o lançamento foi efetuado tendo por base de cálculo o valor da operação constante nos documentos fiscais que acompanhavam a mercadoria, quando o Art. 506-A do RICMS/BA determina que a base de cálculo, na situação sob análise, corresponderá ao valor da operação realizada pelo remetente acrescido dos valores relativos a seguro, fretes, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a 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 ICMS 46/00 do CONFAZ, valores mínimos fixados mediante instrução normativa, acrescentando que, neste sentido, menciona que este dispositivo está repetido na norma constante no Art. 506-A do RICMS/97.

Afirma que o lançamento foi efetuado com base na Instrução Normativa nº 73/2007. cuja vigência se iniciou após a ocorrência do fato gerador e lavratura do ocasionando a majoração da base de cálculo que deveria ter sido ut nº 23/2005, fato esse que, a seu ver, viciou o Auto de Infração.

Menciona que lhe foi imputado a falta de recolhimento de ICMS por antecipação total, na qualidade de substituto tributário, na primeira repartição fazendária da fronteira ou percurso, entretanto nada impede que esse recolhimento seja efetuado na operação seguinte, tanto que, a legislação traz dispositivo legal que dispensa o lançamento do tributo e determina a aplicação de multa por infração, concluindo que somente poderia ter sido lançado o imposto caso o sujeito passivo não recolhesse o valor da antecipação na operação seguinte, ao tempo em que, existindo o recolhimento caberia apenas a multa prevista no Art. 42, inciso II, “d”, § 1º da Lei nº 7.014/96, afirmando, ainda, que a fiscalização ignorou o recolhimento posterior do tributo.

Conclui pugnando pela Nulidade do Auto de Infração.

Através do Parecer de fls. 116 a 118, a PGE/PROFIS a ilustre procuradora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante observa, inicialmente, que nos autos já existe Parecer de sua lavra que examina a matéria e do qual mantém os fundamentos de conclusão em relação à obrigação tributária existente que embasou a autuação.

Quanto aos argumentos do Recurso Voluntário, estes foram enfrentados e retrucados, na seguinte ordem:

- a) Esclarece que a Instrução Normativa utilizada pelo autuante para embasar a autuação foi, de fato, a Instrução Normativa nº 23/05 (fls. 10) enquanto o recorrente alega que foi utilizada a Instrução Normativa nº 73/07, argumento este que não procede;
- b) Que não se verifica no processo a ocorrência de pagamentos do ICMS reclamado em data posterior, como alegado pelo recorrente;
- c) Que o autuante utilizou corretamente a base de cálculo prevista no Art. 506-A, § 2º, do RICMS/97, consignando o valor determinado em pauta fiscal contida na Instrução Normativa nº 23/05, normas estas, que explicita para concluir que a base de cálculo para a operação objeto deste Auto de Infração é a acima mencionada e é exatamente neste artigo que existe a ressalva final de que em caso do valor encontrado resultar menor do que os constantes no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, deve ser utilizado justamente o valor constante desta pauta fiscal.

Destaca, por outro ângulo, a existência de ação judicial em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia referente à mesma matéria objeto da autuação em análise, onde se discute, naquela instância, questão relativa à correta base de cálculo para a operação autuada, onde resta definitivamente impugnada a aplicação da pauta fiscal, como prevista na legislação acima transcrita e utilizada pelo autuante na presente ação fiscal.

Diante disto, entende que deve ser julgado Prejudicado o presente Recurso Voluntário com fulcro no Art. 117 do RPAF/99, pois se configura desistência do Recurso Voluntário interposto, a escolha, pelo contribuinte, da via judicial. Observa que o crédito constituído deve ser inscrito em Dívida Ativa e definitivamente cobrado mediante a competente ação de execução fiscal, tendo sido cassada a liminar que suspendia sua exigibilidade.

Observa que deve ser considerado o cabimento da multa aplicada e os acréscimos moratórios incidentes no valor do imposto exigido, os quais, tal como no Parecer anterior, os considera procedentes, aduzindo, por fim, que deve ser concedido prazo para pagamento do imposto devido sem multa, após a Decisão final, acaso desfavorável, sem incidência da multa.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido na primeira repartição fiscal relativamente à farinha de trigo especial adquirida para comercialização junto a estabelecimento situado em Estado não

46/00 (Paraná).

Inicialmente, observo que apesar de o recorrente postular pela nulidade do Auto de Infração, tais argumentos se revestem em questões exclusivamente de mérito na medida em que questiona, basicamente, a formação do valor da base de cálculo e a exigência do imposto por antecipação. Portanto, sob o ponto de vista de aspectos formais do lançamento, inexistem motivos para decretação da nulidade do Auto de Infração.

Assim, como já dito, e conforme apontado pela PGE/PROFIS, em seu Parecer, o Recurso Voluntário se limitou a contestar a autuação no que se refere à forma de cálculo do ICMS exigido bem como o momento da sua exigência, cujas alegações não se sustentam, uma vez que a Instrução Normativa utilizada pelo autuante para embasar a autuação foi, de fato, a Instrução Normativa nº 23/05 (fls. 10) enquanto o recorrente alega que foi utilizada a Instrução Normativa nº 73/07.

A matéria de fundo da presente lide se encontra em discussão no âmbito do Poder Judiciário. Nesse caso, o artigo 117, do RPAF/99 determina que *“a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso acaso interposto”*.

Isto posto, convém, entretanto, ser aqui observado que o Auto de Infração foi lavrado para evitar os efeitos da decadência e caberá ao Poder Judiciário ditar a última palavra sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida.

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se o julgamento final de mérito da lide for favorável ao Estado. Por outro lado, entendo que deve ser dada ao recorrente a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Sendo assim, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pelo seu NÃO PROVIMENTO, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **NÃO PROVIDO**, em relação às penalidades e cominações legais, o Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **297895.0163/07-9**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deverá intimar o recorrente para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

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