

**A. I. N°** - 019144.0706/04-1  
**AUTUADO** - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.  
**AUTUANTE** - RAFAEL ALCÂNTARA DE ANDRADE  
**ORIGEM** - IFMT/DAT-SUL  
**INTERNET** - 13. 12. 2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0448-04/05

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (FARINHA DE TRIGO). FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/07/2004, exige ICMS no valor de R\$ 6.720,12 e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado, através de advogado ingressa com defesa, fls. 12/16, e alega que está sendo exigido ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado de São Paulo, unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00, e que foi utilizada a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 63/02, como método de cálculo para o lançamento, que prevê no Anexo I, o valor de R\$ 115,76 para o saco de farinha de trigo. Aduz que não concorda com este entendimento e que se o cálculo fosse feito pelo Anexo II, privativo para os Estados signatários do referido Protocolo, a situação seria mais benéfica para a empresa, porque o valor mínimo do saco de 50 Kgs é de R\$ 82,00. Também a alíquota considerada foi de 17%, mas se a compra tivesse sido feita em estado signatário do Protocolo 46/00, a alíquota seria de 12%, o que se constitui em discriminação que fere princípio federativo da não discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens, consagrado no artigo 152 da Constituição Federal vigente. Requer seja julgado nulo o Auto de Infração.

Auditor fiscal estranho ao feito presta a informação fiscal de fls. 34/5, na qual opina pela procedência do Auto de Infração, pois o autuado não apresentou prova do pagamento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria. A defesa está concentrada no questionamento sobre a constitucionalidade da Instrução Normativa nº 63/02, inoportuna na esfera administrativa.

Em 19 de outubro de 2004, o presente PAF foi julgado pela 2ª JJF, Acórdão JJF N° 0408-02/04, no qual a defesa apresentada foi considerada prejudicada e declarado extinto o Processo Administrativo Fiscal, devendo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, em virtude de escolha da via judicial pelo contribuinte.

O autuado ao ser cientificado da decisão, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 45/49, suscitando a plena contrariedade do r. acórdão exarado, posto que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto, pois este último foi interposto para que fossem liberadas

as mercadorias ilegalmente apreendidas como forma coercitiva à cobrança do suposto tributo devido.

Por outro lado, a impugnação então carreada encontra-se fundamentada no art. 151, inciso IV do CTN, bem como na Lei nº 9.430/96, em seu art. 63, § 2º, pois se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, totalmente ilegítima é a formalização deste crédito, acrescido de penalidades, pois se a recorrente preventivamente obteve a suspensão da exigibilidade do discutido crédito tributário, através de liminar em Mandado de Segurança, é óbvio que não pode ser apenada pelo Fisco, por não ter pago o ICMS como pretende a fiscalização. Afirma ainda que mesmo se admitindo a exigibilidade do crédito tributário, o mesmo só poderia ser formalizado sem qualquer multa, seja a fiscal, seja a de mora, pois a ora recorrente não estava em mora ou inadimplente.

Ressalta que o “vencimento” do crédito tributário, nos termos daquele artigo, só ocorreria “30 (trinta) dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado”, e esta notificação, no caso “sub judice”, só ocorrerá quando a recorrente for intimada da decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que possui.

A Procuradoria do Estado, manifesta o seu Opinitivo, cotejando o objeto do Mandado de Segurança interposto pelo autuado e o presente objeto do Auto de Infração. Assim, o objeto do writ constitucional cinge-se a somente a liberação das mercadorias apreendidas, enquanto o Auto de Infração circunscreve-se ao objeto nele descrito, não restando dúvida, que no caso em apreço, não há que se falar tanto na suspensão da exigibilidade do crédito arrostada e muito menos na extinção do presente auto, em face da suposta desistência da impugnação.

No que concerne ao mérito, como entende o CONSEF, não cabe julgamento sobre constitucionalidade de norma na seara de julgamento do CONSEF, não há que se falar de apreciar neste momento a constitucionalidade ou não da Instrução Normativa nº 63/02. Entende pela representação ao CONSEF para apreciação do suposto vício insanável.

Anexa habilitação da PGE- PROFIS no Mandado de Segurança nº 483.733-4/2004, fls. 60 a 78.

Na fl.80 dos autos encontra-se despacho da PGE/PROFIS, ratificando o Parecer de fls. 55/59, e entendendo que diante da existência de Recurso Voluntário interposto, deve-se dar provimento parcial ao apelo, declarando-se a nulidade da decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JJF nº 408-02/04, devendo ser examinado o mérito da exigência fiscal.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJF nº 0236-11/05, de fls. 84 a 86, reformou a decisão de primeira instância, pois comprovado que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se à liberação das mercadorias apreendidas e não ao objeto da exigência fiscal. Autos devolvidos ao órgão prolator da decisão reformada para novo julgamento.

O contribuinte intimado da decisão não se manifestou.

## **VOTO**

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99.

Cabe ressaltar que este CONSEF não tem competência para apreciar questões de inconstitucionalidade, a teor do que dispõe o artigo 167, I do RPAF/99.

De fato, verifico que o Mandado de Segurança nº 483733/4-2004, visou apenas à liberação das mercadorias apreendidas, conforme Termo de Liberação de Mercadorias de fl. 08. Assim, cabe a apreciação do mérito da exigência fiscal, o que passo a fazê-lo.

No mérito o presente Auto de infração exige ICMS em decorrência da falta de antecipação tributária na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, oriunda de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, tendo como base de cálculo o previsto em pauta fiscal, através da IN nº 63/02.

Trata-se de 400 (quatrocentos) sacos de farinha de trigo, oriundos do estado de São Paulo, constantes das notas fiscais nºs 010364 e 010365, e Termo de Apreensão, às fls. 4 a 07 do PAF, por se tratar de contribuinte descredenciado.

A irrisignação do autuado cinge-se, inicialmente, ao valor da base de cálculo atribuída pelo autuante, sob o questionamento da legalidade da IN 63/02, que faz distinção entre mercadoria oriunda de um Estado da Federação, em detrimento de outro, contaminada, portanto de inconstitucionalidade, por flagrante desrespeito ao princípio da isonomia e ao princípio federativo.

O Protocolo ICMS 46/00 dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo, pelos Estados signatários integrantes das Regiões Norte e Nordeste, tendo sido alterado pelo Protocolo ICMS 16/02. Já a IN 63/02, fixa base de cálculo para fins de antecipação do ICMS nas operações com farinha de trigo, estabelecendo base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS nas operações com farinha de trigo.

Também os dispositivos regulamentares, art. 506-A, §2º, II, do RICMS/97, estabelecem o que segue:

*Art. 506-A. Fica atribuída 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 nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:*

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

*I...*

*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.*

Quanto ao questionamento levantado por ocasião do Recurso Voluntário, no que concerne à multa e acréscimos moratórios, sob o argumento de que o crédito tributário só poderia ser exigido sem qualquer multa, seja a fiscal, seja a de mora, pois o recorrente não estaria em mora ou inadimplente, por estar suspensa a exigibilidade do crédito por conta da interposição de mandado de segurança para liberação de mercadorias, restrinjo-me à manifestação do douto Procurador do Estado, no Parecer PGE/PROFIS de fls. 55 a 59: “Na questão da suspensão da exigibilidade igualmente, busca-se prestigiar a economia processual e a segurança jurídica, conforme dito algures. Posto isto, discordo das alegações, com a devida licença, contraditórias

do autuado, que por um lado vê a possibilidade de suspensão do crédito em face da liminar, e de outro lado, não prevê a possibilidade da extinção do Auto de Infração em razão da impertinência temática entre o MS e o Auto.”

Cabe ainda mencionar os dispositivos do RPAF/99:

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.*

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

Assim, entendo que embora não tenha sido matéria de defesa, da impugnação inicial, a multa e os acréscimos moratórios estão devidamente previstos na Lei 7.014/96, e fazem parte do “quantum debeatur”, em casos de infrações ao ICMS.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 019144.0706/04-1, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.720,12**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2005

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR