

A.I. N. -112889.0704/05-0
AUTUADO -RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE -CARLOS RIZÉRIO FILHO e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO
ORIGEM -IFMT-DAT/SUL
INTERNET -29.06.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0215-01/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTROS ESTADOS, ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser feito no posto fiscal de fronteira. Medida Liminar não infringida. Imposto cobrado com base no valor da operação, ou seja, na decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública. Refeitos os cálculos para adequação da MVA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/07/2005, exige do autuado ICMS no valor de R\$2.857,29, acrescido da multa de 60%, em decorrência de 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. Consta que as mercadorias trigo em grãos e farinha de trigo estavam acompanhadas das Notas Fiscais 009705, 003051, 003052 e 003057.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.39/41), afirmando que a autuação entende como correto o método de cálculo adotado no lançamento que utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, ou seja, o Estado da Bahia, obriga as empresas que comprarem farinha de trigo de outros Estados (não signatários do Protocolo ICMS 46/00) a pagarem antecipadamente o ICMS (na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado), e que utilizem como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no anexo I da Instrução Normativa 23/05.

Salientou que a sua insurgência é justamente contra a utilização da base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal.

Esclareceu que, com o objetivo de comprar farinha de trigo na situação acima reportada sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa 23/05, mais especificamente ao Anexo 01, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, e que substituíra o titular da 4ª Vara, deferiu medida liminar, para determinar que “se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.

Concluiu, dizendo que esperava e confiava, em face de estar acobertada por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que fosse afastada a autuação.

Na informação fiscal apresentada (fls. 50/51), os autuantes afirmaram que a autuação está devidamente amparada no artigo 506-A, § 1º, I, do RICMS/97.

Registraram que deixaram equivocadamente de observar a base de cálculo prevista na Instrução Normativa 23/05 e Protocolo 26/92, refazendo o demonstrativo de débito com base no valor mínimo fixado pela referida instrução normativa passando a exigência a ter a seguinte composição.

Mercadoria: Farinha de trigo especial, cf. NF 003051 /2/7 (f.7-9).

Quantidade: 40.000 kg = 800 sacos

Pauta Fiscal (IN 23/05) : R\$ 76,76/sc de 50 kg.

Base de cálculo: 800 sc x R\$ 76,76= R\$ 61.408,00

Alíquota: 17% (x)

Imposto: R\$ 10.439,36

Crédito Fiscal: R\$ 1.438,50 (-)

Imposto a pagar: R\$ 9.000,00

Multa aplicada (60%): R\$ 5.400,52 (+)

Imposto a recolher: R\$14.401,38

Imposto recolhido (cópia DAE fl.14) R\$ 1.785,86

Imposto devido: R\$ 12.615,52

Finalizaram mantendo a autuação.

Nos termos do Acórdão JF nº 0403-01/05, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pelo não conhecimento da defesa e pela extinção do PAF, por considerar que houve desistência da defesa, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide (fls. 55 a 57).

O autuado, inconformado com a citada decisão, apresentou Recurso Voluntário (fls. 65 a 70), no qual, afirmou que a autuação em comento exige ICMS na operação de entrada neste Estado, de farinha de trigo procedente do Estado do Paraná – não signatário do Protocolo nº 46/00 –uma vez que o imposto não foi pago na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso da mercadoria, sendo aplicada multa de 60% pela citada infração.

Salientou que o Acórdão recorrido não fez a melhor análise do caso sob exame, em plena contrariedade à melhor doutrina trazida à cola dos autos e ratificado no presente recurso. Ressaltou que, admitindo-se como legal o referido lançamento tributário, forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar o recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual. Alegou que se insurge quanto à exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, aduzindo, ainda, que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto. Transcreveu a Ementa do Acórdão recorrido para afirmar que, conforme se verifica pela leitura do Mandado de Segurança interposto, seu objeto consiste na permissão para que se abstenha a autoridade coatora de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo 1, da Instrução Normativa 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Afirmou que a impugnação carreada aos autos se encontra fundamentada no art. 151, IV, do CTN, bem como na Lei nº 9.430/96, em seu art. 63 e § 2.º, pois se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, totalmente ilegítima se apresenta a formalização deste crédito, acrescido de penalidades. Argumentou que se, preventivamente, obteve a suspensão da exigibilidade do discutido crédito tributário, através de liminar obtida em Mandado de Segurança, é óbvio que não pode agora ser apenado pelo Fisco, por não ter efetuado o pagamento do ICMS como pretende a fiscalização. Diz que se não pagou foi porque não estava, como ainda não está, sob o manto do Poder Judiciário, estando afastada, portanto, qualquer mora e/ou penalidade, que se pretende imputar, e muito menos considerar extinto o processo administrativo fiscal, em razão da manifesta distinção entre os objetos da impugnação e do mandado de segurança ajuizado.

Reiterou que, ainda que se tenha como legal o lançamento tributário recorrido, no que toca à sua parte dispositiva, torna-se imperiosa a constatação de sua plena ilegalidade no que concerne à multa e acréscimos moratórios, pois pretende o recorrente, e isto foi dito em suas razões de impugnação, mesmo em se admitindo a exigibilidade do crédito tributário, que o mesmo somente poderia ser formalizado sem qualquer multa, seja a fiscal, seja a de mora, pois o recorrente não estava em mora ou inadimplente, ao contrário, encontrava-se sob a proteção de medida judicial que reconhecia o seu direito. Asseverou 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 em comento, só ocorrerá quando o recorrente for intimado da decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que possui. Questionou qual seria a mora do recorrente se o pagamento do imposto estava com a sua exigibilidade suspensa – art. 151, IV, do CTN, bem como qual seria a infração que cometeu o mesmo, passível de multa fiscal, se o procedimento está amparado em decisão judicial?

Ao final, postulou pelo acolhimento das razões formuladas.

Em seu parecer (fl.76), a ilustre representante da PGE/PROFIS manifestou o entendimento de que a decisão da 1ª JF foi acertada, vez que, da leitura da peça defensiva, percebe-se que é a mesma matéria de que trata o contribuinte, tanto na via judicial, quanto na via administrativa, sendo correta a decisão recorrida, por não ter o recorrente trazido, no bojo de sua defesa administrativa, qualquer argumento que estivesse fora do âmbito da lide judicial, pelo que deve, de fato, ser arquivado o presente processo e encaminhado à PGE/PROFIS para as devidas providências. Ao final, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Consoante o Acórdão CJF nº 0097-12/06 (fls. 81/83), a Douta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiu com base no voto do ilustre Relator pela reforma do julgamento de primeira instância proferido por esta 1ª JF, conforme abaixo transcrito:

“Inicialmente, faz-se necessário analisar o objeto ou fundamento do presente Auto de Infração, em relação ao quanto decidido em Primeira Instância. Compulsando os autos, verifica-se que o Auto de Infração fora lavrado com base na MVA e não na pauta fiscal indicada na Instrução Normativa nº 23/05.

Em sua peça defensiva, insurge-se o ora recorrente contra a autuação, informando que existe, em seu favor, decisão liminar impedindo o Fisco Estadual de cobrar-lhe ICMS com fulcro na mencionada instrução normativa.

Ora, como observado alhures não há identidade entre o objeto da presente autuação (MVA) e a decisão liminar deferida (Pauta Fiscal), razão pela qual não poderia a Primeira Instância se abster de julgar o mérito da presente autuação.

Assim sendo, deve o presente PAF retornar à colenda 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que ingressando no mérito, seja prolatada Decisão referente à presente autuação, calcada, como já dito, na MVA e não na Pauta Fiscal, esta sim objeto da Decisão liminar.

Destarte, ex-offício, voto no sentido de decretar a NULIDADE da Decisão de Primeira Instância, devendo os autos retornar a Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, ingressando-se, desta feita, no âmbito meritório da presente autuação.”.

VOTO

O Auto de Infração em lide, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00.

Inicialmente, verifico que o autuado ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, para não ter que cumprir as exigências da Instrução Normativa 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00. Constato, também, que foi deferida medida liminar, pelo titular da 9ª Vara, que substituiu o titular da 4ª Vara, para que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ICMS com base nos valores constantes do Anexo 1 da Instrução Normativa 23/05, permitindo que o autuado pague o imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

A concessão da medida liminar acima mencionada determinaria a extinção do processo se a exigência fiscal se reportasse à aplicação da referida instrução normativa. Entretanto, no presente caso, a autuação indica como irregularidade, a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por ter o contribuinte adquirido farinha de trigo e trigo em grão de Estado não signatário do Protocolo 46/00, tendo sido calculado o imposto com aplicação de MVA e não com base na IN 23/05.

Verifico que os autuantes utilizaram como base de cálculo, o valor da operação constante nas Notas Fiscais 003052, 003057 e 009705, no total de R\$17.858,00, aplicando sobre este valor a MVA de 94,12% resultando na base de cálculo no valor de R\$34.665,94, obedecendo, portanto, a determinação judicial, por não ter sido utilizado como base de cálculo o valor estabelecido na Instrução Normativa 23/05, haja vista que a cobrança do imposto foi feita exatamente considerando o teor da decisão judicial. Observo, ainda, que foi considerada para efeito de crédito fiscal, a parcela do imposto destacada nas referidas notas fiscais, no valor de R\$ 1.250,00, e o montante recolhido pelo contribuinte, no valor de R\$1.785,86, conforme documento de arrecadação à fl.14 do processo, perfazendo o total de R\$3.035,86, que deduzido do valor do ICMS apurado de R\$5.893,12, resulta no ICMS a recolher no valor de R\$2.857,29.

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 Instrução Normativa 23/05, 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 o artigo 506-A, § 2º, I e II, do RICMS/97, estabelece o seguinte:

“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 - tratando-se de recebimento de trigo em grão, ao valor total de aquisição ou de recebimento das mercadorias, adicionado dos impostos federais quando incidentes e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário até o momento do ingresso em seu estabelecimento, acrescido da margem de valor adicionado de 94,12% (noventa e quatro inteiros e doze centésimos por cento);

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.”

Observo que os autuantes mesmo não desobedecendo à ordem judicial, incorreram em equívoco ao aplicar, indistintamente, a MVA de 94,12%, pois, conforme se verifica da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, a MVA para trigo em grão é de 94,12% e para farinha de trigo de 76,48%.

Diante disso, a exigência relativa ao trigo em grão e a farinha de trigo passa a ter a seguinte configuração:

Trigo em grão: Nota Fiscal nº. 009705: Valor: R\$12.858,00; MVA 94,12%: Base de cálculo: R\$24.959,94; Alíquota 17% : ICMS total R\$4.243,19.

Farinha de trigo: Notas Fiscais nºs. 3052 e 3057: Valor: R\$5.000,00: MVA 76,48%: Base de cálculo R\$8.824,00: Alíquota 17%: ICMS R\$1.500,00.

O somatório do ICMS relativo ao trigo em grão no valor de R\$4.243,19 e o ICMS relativo à farinha de trigo no valor de R\$1.500,00, resulta no valor de R\$5.743,19, que deduzido o crédito fiscal referente às Notas Fiscais nºs 9705,3052 e 3057, no valor de R\$1.250,00 e o valor recolhido pelo contribuinte de R\$1.785,00, resulta no ICMS a recolher no valor R\$2.708,19, portanto, inferior ao originalmente exigido no valor de R\$2.857,29.

Como no presente caso foi exigido o imposto adotando como base de cálculo o valor da operação e não a prevista na Instrução Normativa 23/05, significando dizer que o ICMS exigido foi inferior ao valor devido, no intuito de salvaguardar o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário, represento à autoridade competente nos termos do artigo 156 do RPAF/99, a fim de que analise quanto à necessidade de se lavrar Auto de Infração complementar, considerando as normas regulamentares estabelecidas, já que não houve decisão final na esfera judicial em relação ao valor da base de cálculo prevista na citada Instrução Normativa.

Vale observar, ainda, que na informação fiscal os autuantes refizeram os cálculos utilizando a IN 23/05, modificando para maior o valor originalmente exigido no Auto de Infração, o que efetivamente somente pode ser feito através da lavratura de outro Auto de Infração, conforme dito acima.

No que concerne à multa pelo descumprimento da obrigação principal e acréscimos moratórios, observo que tais questões não foram objeto do mandado de segurança, e, portanto, cabe a sua apreciação neste processo. O autuado argüiu a inaplicabilidade da multa e dos acréscimos moratórios, argumentando que, no caso da multa de mora somente é devida em função da inadimplência do contribuinte, e que estando sob a proteção de medida judicial, não pode ser

compelido a pagá-la, por entender que mora não houve, e que se for cassada a liminar teria prazo para quitar a obrigação tributária sem a incidência da multa.

Efetivamente, no presente caso, não há porque se falar em adimplência, pois a exigência da multa e dos acréscimos moratórios só não ocorrerá se a decisão judicial for desfavorável ao Estado. Assim, a aplicação da multa e dos acréscimos moratórios por serem consequência direta da falta de recolhimento do imposto que resultou no Auto de Infração objeto deste processo, está em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, não tendo o autuado observado o momento do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, conforme estabelecido no art. 125, inciso VII, alínea “b” e inciso VIII do RICMS/97, abaixo transcrito, é cabível a exigência do ICMS, sendo a autuação parcialmente subsistente.

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

(...)

VII - tratando-se do recebimento de trigo em grãos:

(...)

b) por ocasião do desembarço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, nos demais casos;

VIII - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, por ocasião do desembarço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, ou ainda, nos seguintes prazos:

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **112889.0704/05-0**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.708,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR