

A.I. Nº - 088444.0519/06-5  
AUTUADO - R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BARBOSA e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 28.11.06

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0363-02/06**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. [RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS]. Tendo em vista a inexistência de Convênio que prevê 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. Alegado pela defesa que a matéria se encontraria “sub judice”, por força de liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador. Entretanto, a matéria em discussão neste caso não tem pertinência com a referida liminar: a ordem do MM. Juiz é para 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, sendo que, no presente Auto, a base de cálculo foi determinada a partir da soma do valor da Nota Fiscal com o valor do Conhecimento de Transporte, mais a margem de valor agregado (MVA) prevista no anexo 88 do RICMS, calculando-se sobre o montante o imposto devido (débito) e abatendo-se os tributos destacados na Nota Fiscal e no Conhecimento de Depósito (crédito), apurando-se assim o imposto a ser lançado. Por conseguinte, se o cálculo do imposto não foi feito pelo critério da Instrução Normativa nº 23/05, a questão não está “sub judice”. Mantido o lançamento, haja vista que os fatos não foram negados, não foram apontados vícios formais do procedimento, e os fundamentos jurídicos aduzidos dizem respeito a situação alheia a este caso. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/5/06, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS no desembarço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, relativamente a farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, desde que não possua regime especial [sic]. Consta no campo “Descrição dos Fatos”: mercadoria sujeita a antecipação tributária, originária de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00 – empresa descadastrada – existência de comprovante de pagamento da antecipação do imposto no valor de R\$ 1.920,00,

quantia esta menor que o imposto “reclamado” pelo fisco estadual – existência de liminar que impede o emprego da pauta no cálculo do imposto – mercadoria: farinha de trigo industrial tipo II, sacos de 50 kg – Nota Fiscal nº 290, “emitida pelo CNPJ 03.255.016/0001-33”. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 3.831,31. Multa: 60%.

O contribuinte defendeu-se assinalando que o fisco utilizou pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas que compram 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 referida Instrução. Salienta que é exatamente contra essa base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal, que o autuado se insurge. Explica que, com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida Medida Liminar para determinar que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante efetuar o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Pede que, por estar acobertado por decisão judicial que o desobriga de utilizar como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no Anexo I da referida Instrução, seja afastada a autuação em apreço.

O fiscal designado para prestar a informação observou que a única contestação ao lançamento efetuado é contra a utilização da pauta fiscal, tendo o contribuinte, inclusive, ajuizado Mandado de Segurança para que a pauta não fosse aplicada na determinação do “quantum” devido, ou seja, para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05, porém a peça defensiva está em total descompasso com a ação fiscal realizada, uma vez que o imposto foi “reclamado” com a base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista no anexo 88 do RICMS. Comenta que, neste caso, a base de cálculo foi apurada sobre a Nota Fiscal 290 [de Consolata Alimentos Ltda.] e o CTRC 267 [Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas 267, de Costa & Bezerra Transportes Ltda.], de acordo com o art. 61, II, do RICMS, sendo lançado imposto no valor de R\$ 3.831,31. Aduz que a quantia paga espontaneamente pelo contribuinte, de R\$ 1.920,00, não corresponde ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada com a aplicação da MVA [margem de valor adicionado] prevista no anexo 88 do RICMS, mas sim ao imposto relativo à “antecipação parcial”. Observa que o autuado não pagou o imposto pelo critério que argumenta ser o correto e que para tanto obteve liminar, e, sendo assim, o próprio contribuinte se recusa a cumprir a decisão judicial contida na referida liminar. Alude ao Acórdão JJF 0416-01/05, da 1ª Junta, cuja ementa enuncia a extinção do processo em face da escolha da via judicial, considerando esgotada a instância administrativa. Conclui que, versando a medida judicial sobre a base de cálculo, isso importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, conforme o art. 117 do RPAF, devendo o débito ser inscrito em dívida ativa, haja vista ficar a defesa prejudicada, nos termos do art. 112, IV. Opina pela procedência da ação fiscal.

## VOTO

Cumpre, preliminarmente, fixar a matéria objeto deste Auto de Infração, haja vista os desencontros existentes entre o teor da imputação, os elementos aduzidos pela defesa e as observações feitas pelo fiscal que prestou a informação.

Os dados do campo “Infração”, do Auto, são confusos porque descrevem o fato com uma série de alternativas, mediante a conjunção “ou”. Conjugando os elementos do aludido campo com os constantes no campo “Descrição dos Fatos” e no Termo de Apreensão, e analisando os documentos que instruem os autos, concluo que o lançamento em discussão diz respeito a ICMS

relativo à substituição tributária por antecipação, em face do ingresso de farinha de trigo (mercadoria sujeita a antecipação tributária), no território deste Estado, adquirida pelo autuado, que se encontrava “descadastrado”, sendo a mercadoria procedente de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00 (Paraná).

Apesar de no campo “Infração” constar que se trataria de “Falta de recolhimento de ICMS”, foi ressalvado no campo “Descrição dos Fatos” que há comprovante de pagamento do imposto no valor de R\$ 1.920,00. Logo, não se trata de falta de recolhimento, mas sim de recolhimento de imposto efetuado a menos.

Os fiscais consignaram no Auto de Infração a existência de liminar que impede o emprego da pauta no cálculo do imposto.

A autuação ocorreu no primeiro posto fiscal deste Estado na fronteira sul, pela rodovia BR-116.

Uma vez postas essas informações, passo ao exame da defesa.

Confirmando a informação dos fiscais de que haveria uma liminar, a defesa anexou cópia de decisão do Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – Autos nº 745334-8/2005 –, mediante a qual a MM. Juiz concedeu liminar determinando que o fisco estadual “se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo I da IN 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações”.

Noto, então, que a liminar é no sentido de que o fisco estadual não lance o imposto com base no critério fixado no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Não sei o que levou a defesa a supor que o imposto lançado teria sido calculado de acordo com a aludida instrução. Partindo do pressuposto de que juntamente com o Auto de Infração foi entregue ao contribuinte cópia do demonstrativo de débito (fl. 3), está patente que o imposto foi calculado assim: os fiscais somaram o valor da Nota Fiscal com o valor do Conhecimento de Transporte, aplicaram a MVA prevista no anexo 88 do RICMS, calcularam o imposto (débito) e abateram os tributos destacados na Nota Fiscal e no Conhecimento de Depósito (crédito), apurando assim o imposto a ser lançado. Por conseguinte, o cálculo do imposto não foi feito pelo critério da Instrução Normativa nº 23/05 (que prevê valores fixos por sacos ou toneladas de farinha de trigo), mas sim pelo método do art. 61, II, “a”, do RICMS (com aplicação de percentual determinante da margem de valor adicionado – MVA – prevista no anexo 88 do Regulamento).

Se estou certo nestas conjecturas, concluo que este caso nada tem a ver com a liminar aludida pela defesa.

O fiscal que prestou a informação, embora tenha notado que a peça defensiva está em descompasso com a ação fiscal realizada, uma vez que o imposto foi lançado com a base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista no anexo 88 do RICMS, concluiu seu parecer como se a matéria em discussão neste caso se subsumisse na situação da liminar citada pela defesa. Nesse sentido, o fiscal, após aludir ao Acórdão JJF 0416-01/05, da 1ª Junta, cuja ementa enuncia a extinção do processo em face da escolha da via judicial, considerando esgotada a instância administrativa, considera que, versando a medida judicial sobre a base de cálculo, isso importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, conforme o art. 117 do RPAF, devendo o débito ser inscrito em dívida ativa, haja vista ficar a defesa prejudicada, nos termos do art. 112, IV.

Discordo desse entendimento. Se, conforme salientei, a matéria em discussão neste caso não tem pertinência com a referida liminar, não se pode dizer que o processo esteja extinto por ter o contribuinte optado pela via judicial, desistindo da defesa administrativa. O contribuinte optou pela via judicial foi em relação a outra situação: quando o fisco apurar o imposto adotando a

pauta fixada pela Instrução Normativa nº 23/05. Assim, a “contrario sensu”, se a situação é outra, a questão não está “sub judice”.

Mantendo o lançamento, haja vista que os fatos não foram negados, não foram apontados vícios formais do procedimento, e os fundamentos jurídicos aduzidos dizem respeito a situação alheia a este caso.

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 **088444.0519/06-5**, lavrado contra **R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.831,31**, 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, 7 de novembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR