

A. I. N. **-232893.0612/06-0**
AUTUADO **-RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**
AUTUANTE **-MARIA ROSALVA TELES e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO**
ORIGEM **-IFMT-DAT/SUL**
INTERNET **- 10.05.2007**

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0121-01/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTROS ESTADOS, ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. 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, de acordo com a decisão proferida pelo Juiz da 4^a Vara da Fazenda Pública. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/06/2006, exige do autuado ICMS no valor de R\$3.890,39, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS antecipado, referente a aquisição de mercadoria sujeita a antecipação tributária, (800) sacos de farinha de trigo industrial tipo II, procedentes de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, conforme Nota Fiscal nº 00341 e CTRC 000271.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.17/19), 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 4^a Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9^a Vara, e que substituía o titular da 4^a Vara, deferiu medida liminar, para determinar que “a Impetrada se abstinha 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 4^a Vara da Fazenda Pública, que fosse afastada a autuação.

Na informação fiscal apresentada às fls. 28/30, o Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal afirmou que a única contestação ao lançamento efetuado é contra a utilização da pauta fiscal, havendo, inclusive, ajuizado mandado de segurança para que esta não fosse aplicada na determinação do “quantum” devido. Acrescenta que a peça defensiva está em total descompasso com a ação fiscal realizada, haja vista que o imposto foi reclamado com a base de cálculo formada pela aplicação da MVA, do anexo 88, do RICMS/97.

Prosseguindo, disse que no lançamento efetuado a base de cálculo foi apurada sobre a Nota Fiscal nº. 341, relativa à farinha de trigo, nos termos do artigo 61, inciso II, do RICMS/97, sendo reclamado ICMS no valor de R\$3.890,39, acrescido da multa de 60%, tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96. Esclareceu, ainda, que o imposto recolhido espontaneamente no valor de R\$1.920,00, não corresponde ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista no anexo 88, mas, com base no instituto da antecipação parcial, portanto, por critério diverso do que entende como correto e que para tanto obteve liminar, recusando-se, assim, a cumprir a decisão judicial que lhe é provisoriamente favorável. Cita o Acórdão JJF Nº 0416-01/05, para afirmar que a defesa fica prejudicada e conforme o artigo 122, inciso IV, do RPAF/99, a ação fiscal é procedente.

Nos termos do Acórdão JJF nº 00322-01/06 (fls.33/35), a 1^a 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.

O autuado, inconformado com a citada decisão, apresentou Recurso Voluntário (fls. 42 a 46), no qual afirmou que a autuação em comento exige ICMS na operação de entrada neste Estado, de farinha de trigo procedente de Estado não signatário do Protocolo nº. 46/00, em decorrência de “recolhimento a menos do ICMS antecipado”.

Salientou que o Acórdão recorrido não fez a melhor análise do caso sob exame, contrariando 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 se encontrar em situação de inadimplência junto 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 ser apenado pelo Fisco, por não ter efetuado o pagamento do ICMS como pretende a fiscalização. Diz que se pagou a menos foi porque estava, como ainda 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.49), a ilustre representante da PGE/PROFIS manifestou o entendimento de que não assiste razão ao Recorrente, posto que o limite da lide é dado no momento da defesa e nessa não houve alegação do descabimento de aplicação de juros e multa, sendo a decisão da 1^a. JJF acertada, vez que, pois o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS utilizando-se como base de cálculo o valor real da operação constante no documento fiscal que acompanhava a mercadoria. Finaliza, manifestando-se pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Consoante o Acórdão CJF nº 0486-11/06 (fls. 58/60), a Douta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, decidiu com base no voto do ilustre Relator Fernando Antonio Brito de Araújo, pela reforma do julgamento de primeira instância proferido por esta 1^a JJF, conforme abaixo transcrito:

“Incialmente devo ressaltar que, da análise das peças processuais verifico que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 3.890,396, além da multa de 60%, relativo à aquisição de 800 sacos de farinha de trigo, oriundos do Estado do Paraná, utilizando-se como base de cálculo o valor real da operação constante nos documentos fiscais (CTRC 000271 e Nota Fiscal nº. 00341, às fls. 7 e 8 dos autos), que acompanhavam a mercadoria, acrescido da MVA de 76,48%, conforme se pode constatar à fl. 4 dos autos e na própria Decisão recorrida.

Assim o fisco agiu em perfeita obediência com a medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº. 745334-8/2005, a qual determinava que a Impetrada (SEFAZ) se abstinha 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.

Porém, a Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, considerou prejudicada a defesa e extinguiu o processo administrativo fiscal, nos termos do art. 122, IV, do RPAF/99, o qual prevê que se extingue o processo administrativo fiscal com a desistência da defesa ou do Recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a Decisão administrativa.

Contudo, há de se ressaltar que a matéria objeto da medida judicial interposta pelo sujeito passivo é no sentido de não se submeter à exigência do ICMS calculado com base nos valores consignados no Anexo I da Instrução Normativa nº. 23/05. Assim, caso fosse o Auto de Infração lavrado para exigir o imposto com base na aludida Instrução Normativa, deveria ser aplicado o dispositivo normativo previsto no art. 122 do RPAF, pois, só nessa condição haveria identidade de objeto entre as duas instâncias administrativa e judicial, o que acarretaria a possibilidade de decisões conflitantes e de se tornar sem efeito a Decisão na esfera administrativa, a qual deve obediência à Decisão na esfera judicial.

No entanto, conforme já salientado, o lançamento de ofício foi efetivado em obediência a ordem judicial, ou seja, considerando como base de cálculo para exigência da antecipação tributária o próprio valor das mercadorias consignado nos documentos fiscais. Logo, não existe possibilidade de decisões conflitantes, devendo o mérito do Auto de Infração ser analisado pelo órgão julgador de primeira instância, sob pena de suprimir uma das jurisdições na esfera administrativa, o que acarretaria violação à ampla defesa e ao contraditório.

Do exposto, por não estarem tais considerações contidas nas razões recursais, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, nos termos do art. 20 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo retornar os autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento, com a apreciação do mérito”.

VOTO

O Auto de Infração em lide, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS antecipado, referente a aquisição de mercadoria sujeita a antecipação tributária, (800) sacos de farinha de trigo industrial tipo II, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, no caso, o Estado do Paraná.

O Protocolo ICMS 46/00, alterado pelo Protocolo 16/02, 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. Já a Instrução Normativa 23/05, fixa 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, ao falar sobre a farinha de trigo, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do imposto e a sua base de cálculo, assim dispõe:

“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.”

Do exame das peças processuais, verifico que na peça defensiva o autuado esclarece ter ajuizado Mandado de Segurança, no intuito de não cumprir as exigências da Instrução Normativa 23/05, precisamente, a utilização de base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de

Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00. Constatou, também, que foi deferida medida liminar, pelo titular da 9ª Vara, que substituía o titular da 4ª Vara, para que a autoridade coatora se abstinha 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 presente processo, caso a exigência fiscal se reportasse à aplicação da Instrução Normativa 23/05. Contudo, no presente caso, a autuação aponta como irregularidade, o recolhimento a menos do ICMS antecipado, referente à aquisição de mercadoria sujeita a antecipação tributária, (800) sacos de farinha de trigo industrial tipo II, procedente do Paraná - Estado não signatário do Protocolo ICMS nº. 46/00 - conforme Nota Fiscal nº 00341 e CTRC 000271, tendo o imposto sido calculado com aplicação de MVA sobre o valor da operação de aquisição e não com base na IN 23/05.

Verifico que os autuantes utilizaram como base de cálculo o valor da operação constante na Nota Fiscal 000341, no total de R\$19.200,00, aplicando sobre este valor a MVA de 76,48% resultando na base de cálculo no valor de R\$44.472,96, 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 considerado para efeito de crédito fiscal o valor do imposto destacado na referida nota fiscal, no valor de R\$ 3.670,00, que deduzido do valor do ICMS total apurado de R\$7.560,39, resulta no ICMS a recolher no valor de R\$3.890,39.

Como no presente caso o imposto foi apurado adotando-se como base de cálculo o valor da operação e não a prevista na Instrução Normativa 23/05, significa dizer, que o ICMS exigido foi inferior ao valor devido. Assim sendo, 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 a 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.

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 arguiu 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.

Dante 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 subsistente, valendo registrar, que o valor de R\$1.920,00 recolhido pelo contribuinte deve ser homologado.

“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 desembaraço 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 desembaraço aduaneiro ou da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, ou ainda, nos seguintes prazos:

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, homologando-se o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232893.0612/06-0, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.890,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR