

A.I. Nº - 269130.0422/06-0
AUTUADO - R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - MIRIAM BARROSO BARTHOLO e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 06.07.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0189-04/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja 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. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “sub judice”, por força de liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no sentido de 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. A matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, eis que a base de cálculo neste processo 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 Transporte (crédito), apurando-se assim o imposto a ser lançado. 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

Lavrado em 28/04/06, o Auto de Infração supra epigrafo foi objeto de julgamento pela 1ª CJF que, através do Acórdão nº 0121-11/07, considerou prejudicados os Recursos Voluntário e de Ofício e decretou a nulidade da decisão desta 2ª JJF, determinando um novo julgamento com análise do mérito, tendo em vista não ter sido apreciado naquela ocasião, considerada prejudicada que fora a defesa apresentada em relação a obrigação tributária principal. O entendimento e o fundamento da 1ª CJF, materializados em sua decisão, fora de que o lançamento de ofício ocorrera em estrita obediência à ordem judicial, portanto, não deve ser aplicado o mandamento do art. 17 do RPAF-BA/98. Resultando assim no imperativo da apreciação do mérito da lide pelo Órgão julgador de Primeira Instância, para que não se tenha suprimida uma das jurisdições da esfera administrativa.

O Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira, relativamente à farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00 – 600 sacos de farinha de trigo industrial tipo II – Notas Fiscais nºs 0057 e 0058, emitidas pela empresa Consolata Alimentos Ltda., sediada no Estado do Paraná. Tendo sido lançado o ICMS no valor de R\$ 1.872,23, acrescido da multa de 60%, ocasião em que fora lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 269130.0421/06-3, fl. 05, apreendendo 600 sacos de 50 kg de farinha de trigo especial, relativo às Notas Fiscais nºs 0057 e 0058, fls. 07 e 08.

O autuado apresenta impugnação, fls. 22 a 23, observando, inicialmente que o fisco utilizou pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas que comprem 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. O autuado insurge-se contra essa base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal.

Revela 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 para 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida Medida Liminar determinando 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.

Conclui requerendo que seja afastada a autuação em apreço, acobertado que está, 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 supra referida Instrução.

Auditor estranho ao feito designado para prestar a informação fiscal ressalta 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, por serem considerados altos e fora da realidade de mercado, e nesse sentido, obteve Liminar.

Enfatiza que, no presente caso, a base de cálculo utilizada no valor de R\$ 25.413,12, foi apurada com base no valor da notas fiscais 57 e 58, aplicando-se a MVA de 76,48% no item 12.2 do Anexo 88 do RICMS-BA/97, acorde mandamento do inciso II do art. 61 do RICMS-BA/97. Resultando, portanto, - após a aplicação da alíquota de 17% e a dedução do crédito fiscal destacado nas aludidas notas fiscais e do recolhimento de R\$ 1.440,00, efetuado pelo autuado, que totalizaram o valor de R\$ 2.488,00 - no imposto devido de R\$ 1.872,23, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Por isso, acrescenta que, a peça defensiva encontra-se em total descompasso com a ação fiscal, tendo em vista que não fora aplicada a pauta fiscal prevista na IN 23/05.

Observa ainda que o imposto recolhido espontaneamente pelo autuado R\$ 1.440,00, fl. 10, não corresponde ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação da MVA de 76,48%, prevista no Anexo 88 do RICMS-BA/97, para qual obteve liminar, e sim com base no instituto da antecipação parcial. Com isso, ressalta o informante, o próprio autuado não cumpriu a decisão judicial que lhe é provisoriamente favorável.

Conclui o informante asseverando que a defesa está prejudicada e o processo administrativo está extinto, devendo ser enviado para inscrição em dívida ativa, depois de transcrever trecho de ementa da 1ª Junta relativa ao Acórdão 0416-01/05 e tecer comentário acerca dos artigos 117, 122 e 10 do RPAF-BA/99, opinando, por fim, pela procedência da ação fiscal.

A 2ª JJF julgou o presente Auto de Infração em 09/11/06, através do Acórdão nº 0372-02/06, fls. 41 a 43, declarando prejudicada a defesa quanto a apreciação do mérito, com fundamento no art. 117

do RPAF-BA/99, tendo em vista a matéria encontrar-se *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário, o que importou na presunção de legitimidade e na suspensão de sua exigibilidade, e julgou procedente a exigência dos acréscimos moratórios que abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa com base na regra inserta no § 3º do art. 101 e no § 1º do art. 102 da Lei nº 3.956/81- COTEB.

O autuado interpõe Recurso Voluntário à decisão da 2ª JF, fls. 50 a 54, no qual aduz descaber a decisão proferida declarando prejudicada a defesa apresentada, sob a alegação de estar sob a proteção de medida judicial que reconhecia seu direito, bem como, da mesma forma, assevera não estar em mora ou inadimplente, vez que o pagamento do imposto encontrava-se com sua exigibilidade suspensa.

A Procuradoria Fiscal – PROFIS, em parecer, fls. 63 a 65, observa que na ação judicial que desencadeou na Liminar do Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, discute-se a legalidade da utilização da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, e que, no lançamento em exame, fora aplicado no cálculo do tributo a base de cálculo formada pelo preço real da mercadoria acrescida MVA do Anexo 88 do RICMS-BA/97, portanto, método distinto do questionado na via judicial. Nesse diapasão, a PROFIS consubstancia seu entendimento de que a análise do mérito não se encontra obstaculizado pelo art. 117, caput c/c inciso II do RPAF-BA/99, que é expresso ao apontar a prejudicialidade da discussão do mérito no âmbito administrativo, desde que seja ela especificamente debatida na esfera judicial. Conclui seu parecer opinando pela declaração de nulidade da decisão recorrida para que seja promovido um novo julgamento em primeira instância analisando o mérito da autuação.

Submetido os autos a julgamento pela segunda instância do CONSEF, a 1ª CJF, através do Acórdão nº 0121-11/07 de 17/04/07, por entender restar comprovado nos autos que o objeto do Mandado de Segurança impetrado é diverso do desta ação fiscal, determinou a devolução dos autos ao órgão prolator da Decisão em primeira instância para apreciação do mérito, considerando prejudicado o Recurso e decretando nula a decisão recorrida, em decisão unânime.

VOTO

O Auto de Infração versa sobre a exigência de imposto, em decorrência da falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria FARINHA DE TRIGO INDUSTRIAL TIPO II, enquadrada no item 11.1 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97, mais precisamente procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, acobertada pelas Notas Fiscais nºs 0057 e 0058, emitidas pela empresa Consolata Alimentos Ltda, município de Cafelândia (PR), conforme documentos às fls. 07 a 08.

Apesar de constar no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 269130.0421/06-3, fls. 05 a 06, que o contribuinte deixou de efetuar o pagamento da antecipação tributária do ICMS, por força de liminar em Mandado de Segurança conforme Processo nº 745334-4/2005 da 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, e que o referido Termo foi lavrado para caracterizar o ilícito fiscal e assegurar o direito da Fazenda Pública Estadual, observo que na realidade a exigência está caracterizada pelo recolhimento a menos do ICMS sobre a operação em questão, haja vista que conforme DAE à fl. 10, o autuado recolheu o imposto no valor de R\$ 1.440,00.

O PAF afigura-se formalmente revestido de todas as formalidades legais, haja vista que a autuação foi precedida de Termo de Apreensão, apesar de não ter sido apreendida a mercadoria em face da existência do Mandado de Segurança citado.

O autuado alega que a fiscalização utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 para o cálculo da antecipação tributária da farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo nº 46/00, e que por ter se insurgido contra a autuação, ajuizou Mandado de Segurança

distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal “se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.

A fundamentação jurídica aduzida pelo autuado diz respeito a situação alheia ao presente caso, isto é, a matéria discutida nos autos não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a fiscalização, em momento algum, adotou para o cálculo da exigência fiscal a regra prevista na IN nº 23/05, como veremos adiante.

Preceitua o artigo 506-A, § 2º do RICMS-BA/97, que se tratando de recebimento de farinha de trigo a base de cálculo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores de seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se a MVA de 76,48%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida - Protocolo 26/92 e 46/00.

Do mesmo modo o artigo 61, inciso II, alínea “a”, do RICMS/97, também disciplina a forma de determinação da base de cálculo para fins de antecipação tributária, remetendo o cálculo com base no valor da operação fixado pelo industrial mais a MVA para a mercadoria, previsto no Anexo 88 do RICMS/97.

A Instrução Normativa nº 23/05, em vigor a partir de 01/05/2005, estabelece que para efeito de determinação da base de cálculo mínima do ICMS referente à antecipação tributária sobre operações com farinha de trigo, quando as mercadorias originarem-se do exterior ou de unidade de Federação não-signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, os valores constantes no Anexo 1 da citada Instrução, cabe ao destinatário das mercadorias o pagamento do imposto.

Apresento para análise comparativa como foi determinada a base de cálculo pelo autuado, pelo autuante através da regra geral da substituição tributária e a base de cálculo mínima.

ANÁLISE COMPARATIVADAS - TRÊS HIPÓTESES DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO

| ROTEIRO DE CÁLCULO | CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO | | |
|--------------------------------|---------------------------|---|---------------------------------|
| | AUTUADO | AUTUANTE PELO ART. 506-A, § 2º, RICMS-BA/97 | PELA PAUTA FISCAL L.N. Nº 23/05 |
| QUANTIDADE EM kg. | 30.000 | 30.000 | 30.000 |
| QUANTIDADE EM SACOS - 50 kg. | 600 | 600 | 600 |
| PREÇO UNITÁRIO POR SACO | 24 | 24 | 76,76 |
| VALOR DA MERCADORIA | 14.400,00 | 14.400,00 | 61.408,00 |
| SOMA | 14.400,00 | 14.400,00 | |
| MARGEM DE VALOR ADIC. (%) | - | 76,48 | - |
| BASE DE CÁLCULO | 14.400,00 | 25.413,12 | 61.408,00 |
| ALÍQUOTA | 17% | 17% | 17% |
| ICMS A 17 % | 2.448,00 | 4.320,23 | 7.829,53 |
| CRÉDITO FISCAL DESTACADO NA NF | 1.008,00 | 1.008,00 | 1.008,00 |
| VALOR RECOLHIDO - DAE - fl.10 | 1.440,00 | 1.440,00 | 1.440,00 |
| ICMS DEVIDO | 0,00 | 1.872,23 | 5.381,52 |

No presente caso, a nota fiscal objeto da autuação, por se tratar de farinha de trigo oriunda de Estado não signatário do Protocolo nº 46/00, entendo que somente seria aplicável a regra geral da substituição tributária prevista no § 2º do art. 506-A, do RICMS-BA/97, conforme adotado pela fiscalização, se a base de cálculo correspondente ao valor da operação mais a MVA fosse igual ou superior a base mínima prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, em vigor a partir de 01/05/2005.

Depreende-se da planilha acima que o autuante calculou o débito sobre o valor real das

mercadorias, com base na regra geral da substituição, ao invés de ter adotado a base de cálculo mínima estabelecida na IN nº 23/05, conforme determinado na liminar.

Desta forma, mantenho o valor que foi lançado no Auto de Infração por não contrariar a liminar do mandado de segurança.

Ante o exposto, 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 **269130.0422/06-0**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.872,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA