

A. I. Nº - 299164.0305/08-5  
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTE - OSVALDO CÉZAR RIOS FILHO  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 28. 10. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0343-01/08

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 117 E 122, INCISO IV, DO REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RPAF. Demonstrado nos autos que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança tratando de matéria idêntica a que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia ao direito de postular na esfera administrativa. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar que determinava que o fisco estadual se abstivesse de exigir o ICMS calculado com base no critério fixado no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Conforme esclarecido pela PGE/PROFIS/SEJUD foi obtida a reversão da referida liminar que teve suspenso os seus efeitos, o que possibilita a tributação conforme a legislação vigente. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/03/2008, reclama ICMS no valor de R\$ 9.530,86, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, não possuindo o destinatário regime especial. Consta na “Descrição dos Fatos” se referir a falta de antecipação tributária do ICMS de 800 sc. de farinha de trigo especial, conforme cópias das Notas Fiscais nºs 378 e 377 anexas, adquiridas para comercialização, pelo autuado, que se encontra DESCREDENCIADO junto a SEFAZ/BA, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00.

Às fls. 05/06 encontra-se acostado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 299164.0305/08-5.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 16 a 18, destacando, inicialmente, que no intuito de comprar farinha de trigo oriunda de estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências contidas no Anexo 01 da Instrução Normativa nº. 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que, através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (fl. 22), para determinar que “*se abstenha de exigir o 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*”.

Conclui dizendo que espera e confia, em face de estar acobertado por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que seja afastada a autuação.

O Auditor Fiscal designado prestou informação fiscal (fls. 27/28), afirmando que a única impugnação ao lançamento efetuado é contra a utilização de pauta fiscal, obtendo para isso o

autuado liminar no sentido de que o Estado se abstenha de exigir o ICMS com base na Instrução Normativa nº 23/05.

Diz que a base de cálculo foi formada a partir dos valores definidos na referida Instrução Normativa nº 23/05, acrescido do frete e mais 20%, o que não encontra respaldo na legislação do ICMS, haja vista que o valor de pauta de substituição tributária tem embutido o valor do frete, devendo ser utilizada isoladamente.

Sustenta que, de acordo com a acima mencionada instrução normativa, a base de cálculo deveria ter sido formada a partir da MVA, ou pauta fiscal, dos dois o maior. Acrescenta que a base de cálculo formada a partir da pauta fiscal, cujo valor da saca foi definido em R\$ 76,76 pela Instrução Normativa nº 23/05 resulta no montante de R\$ 61.408,00, valor este superior àquele calculado através da MVA de R\$ 57.885,44. Assim, entende que o valor do imposto reclamado corretamente é aquele cuja base de cálculo é formada a partir da pauta fiscal no valor de R\$ 10.439,36, importando no ICMS a recolher, após utilização do crédito de R\$ 2.295,70, no valor de R\$ 4.950,18.

Consta à fl. 34, cópia do Ofício 05/2008 emitido pela Coordenadora Executiva da Procuradoria Fiscal, a ilustre Procuradora Adriana L.Vianna D. Andrade, informando sobre a suspensão dos efeitos da liminar concedida ao autuado, conforme cópia do Recurso nº 27566-7/2008, o que possibilita a tributação conforme a legislação vigente.

## VOTO

Cuida o Auto de Infração em tela, sobre a exigência de recolhimento do ICMS relativo à aquisição de farinha de trigo para comercialização, procedente de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por não possuir o autuado –destinatário- regime especial.

Inicialmente, verifico que o sujeito passivo ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, para não ter que cumprir as exigências da Instrução Normativa nº. 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS nº 46/00. Vejo também que, conforme Ofício 05/2008 emitido pela Coordenadora Executiva da Procuradoria Fiscal, Drª. Adriana L.Vianna D. Andrade, o Estado da Bahia obteve a suspensão dos efeitos da liminar concedida ao autuado, conforme Recurso nº 27566-7/2008, o que possibilita a tributação conforme a legislação do ICMS vigente.

Noto que 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 de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, e por não ser possuidor de regime especial, condição que lhe permitiria realizar o pagamento do imposto em momento posterior ao da entrada da mercadoria no Estado da Bahia, conforme previsão contida no artigo 125, inciso VIII, alínea “a” do RICMS/97, abaixo transcrito:

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

*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:*

*a) até o 10º dia após o término da quinzena em que se deu a entrada da mercadoria no estabelecimento, tratando-se de contribuinte industrial autorizado por Regime Especial;”*

O Protocolo ICMS nº 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 nº 16/02. Já a Instrução Normativa nº.

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.

Também o dispositivo regulamentar, art. 506-A, § 2º, inciso 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:*

*...*

*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.”*

Ocorre que, no presente caso, o imposto foi apurado adotando como base de cálculo o valor estabelecido na Instrução Normativa 23/05, forma de apuração esta que o contribuinte não concorda, tendo inclusive impetrado Mandado de Segurança, para não ter que cumprir a disposição da referida Instrução Normativa, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS nº. 46/00.

A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica na extinção do processo administrativo fiscal nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, até que ocorra decisão transitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário.

Assim sendo, ao teor dos artigos 117 e 122, inciso IV, do RPAF/99, fica extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgá-lo, encaminhando-se os autos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, sendo relevante observar os termos da informação fiscal prestada pelo Auditor Fiscal às fls. 27/28.

Diante do exposto, fica extinto o processo administrativo fiscal, restando prejudicada a defesa apresentada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº **299164.0305/08-5**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo o autuado ser cientificado da presente decisão e, após, deverá o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para que seja o crédito tributário inscrito em

dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR