

A. I. N° - 297895.0163/07-9
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - CÉSAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET 22.07.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0183-05/09

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 n° 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. Rejeitada a preliminar de nulidade, pois o cálculo da exigência fiscal obedeceu as regras previstas no art.506-A e na IN N° 73/07, tendo sido considerado o valor da operação mais MVA por ter sido superior à base de cálculo pela pauta fiscal. Mantida a autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 16/11/2007, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e exige ICMS por falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, por contribuinte descredenciado e que não possui regime especial. ICMS lançado no valor de R\$8.101,36, acrescido da multa de 60%. Termo de Apreensão e Ocorrências n° 297895.0163/07-9 às fls. 05/06.

Na impugnação ao lançamento fiscal, às fls. 16 a 18, o autuado, representado por advogados legalmente constituídos, procuração à fl. 19, confirma que a autuação exige ICMS relativo a farinha de trigo procedente de Unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, que não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Destaca que o autuante utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa n° 23/05, que obriga as empresas adquirentes de farinha de trigo em outros Estados, não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, a efetuar o pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, utilizando como base de cálculo mínima os valores constantes no Anexo 1 da Instrução Normativa n° 23/05.

Informa que, por ter se insurgido contra o cálculo com base em pauta fiscal, ou seja, não se submeter às exigências contidas na Instrução Normativa n° 23/05, em particular o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança na 4ª Vara da Fazenda Pública, e que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, foi deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal *“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”*.

Por fim, pede que a autuação seja afastada em face da decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

A informação fiscal foi prestada pelo autuante, à fl. 28, na qual o mesmo ratifica o procedimento fiscal, por entender que o autuado não trouxe elemento relevante ao processo tendo, o contribuinte, reconhecido, em sua peça de defesa, que não efetuou o pagamento do ICMS devido. Aduz que, no exercício de sua atividade profissional, deve se ater à legislação vigente no Estado e que, de acordo com o RICMS/BA, o valor a ser considerado como base de cálculo da operação deve ser o da pauta fiscal, como realizado na ação fiscal. Conclui considerando que o contribuinte tem pleno conhecimento da legislação em vigor, e pedindo a declaração de procedência da autuação.

O PAF foi julgado Extinto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão JJF Nº 0120-03/08, cuja Ementa transcrevo:

“3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-03/08

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 117 E 122, INCISO IV, DO 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. DEFESA PREJUDICADA. Decisão unânime.”

Às folhas 42 a 47 o autuado ingressou com Recurso Voluntário contra a decisão da junta, alegando que não foi feita a melhor análise do caso sob exame, em plena contrariedade à melhor doutrina trazida à cola dos autos e ratificado no presente recurso, inobstante restar-se claro o não impedimento à constituição do crédito tributário por parte do Fisco, clara também resta a impossibilidade de fazê-lo nos moldes pretendidos pelo ente tributante, uma vez 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 a ora Recorrente em situação de inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual.

Frisa que o presente Recurso Voluntário, inobstante ater-se nos exatos termos da impugnação carreada à irresignação quanto a exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, por não ter sido recolhido o imposto (ICMS) nos moldes determinados pela legislação tributária estadual, uma vez que o assunto encontra-se resguardado sob o manto do Poder Judiciário, prende-se também a esclarecer, face à plena contrariedade do acórdão exarado, que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto. Conforme se verifica pela leitura do mandado de segurança interposto, seu objeto consiste na permissão para que 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. Por outro lado a impugnação encontra-se fundamentada no art. 151, inc. IV, do CTN, bem como na Lei nº 9.430/96, em seu art. 63 e § 2º, pois se é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, totalmente ilegítima é a formalização deste crédito, acrescido de penalidades.

Argumenta que, afinal, se o autuado, preventivamente, obteve a suspensão da exigibilidade do discutido crédito tributário, através de liminar em Mandado de Segurança, é óbvio que não pode agora ser apenada pelo Fisco, por não ter pago o ICMS como pretende a fiscalização. Se não pagou foi porque estava - como ainda está - sob o manto do Poder Judiciário, e exatamente por isso fica afastada qualquer "mora" e/ou "penalidade" que se pretende imputar, e muito menos considerar *"EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 297895.0163/07-9(...)"*, em face de clara distinção entre os objetos da impugnação e o mandado de segurança ajuizado.

Reitera os argumentos relativos à impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios, por não estarem inadimplentes; nominam de absurda a declaração de prejudicada a defesa apresentada em virtude da escolha da via judicial, pois que isso em momento algum ocorreu.

Às folhas 52 a 56, foi acostado Parecer da PGE/PROFIS, que considera acertada a ação fiscal, a qual consistiu na aplicação da pauta fiscal, conforme última parte do §2º do art. 506-A, o qual transcreve, concluindo restar procedente o presente Auto de Infração. Destaca, também, a correção na Decisão de Primeira Instância, pois com base no art. 117 e segs. do RPAF/99, caberia o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para fins de inscrição em dívida ativa do Estado, e frente à resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, foi óbvia sua renúncia ao direito de defesa na via administrativa.

Entretanto, foi obtida a suspensão de execução de liminar proferida no Mandado de Segurança em comento, de nº 745334-8/2005, através do Processo nº 27566-7/2008, publicada a Decisão no DOE de 04 de junho de 2008, restaurando a possibilidade de julgamento por este CONSEF da matéria objeto da autuação em testilha.

Opina a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoêdo, que deve este CONSEF julgar Prejudicada a análise do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, e determinar a reforma da Decisão de 1ª Instância para que o PAF retome o seu curso normal, retornando à instância anterior para julgamento de mérito, para o que todos os fundamentos de fato e direito encontram-se abordados no presente Parecer.

Na assentada do julgamento do dia 24 de julho de 2008, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o julgamento destes autos em diligência à PGE/PROFIS, para adoção das seguintes providências:

- a) Trazer aos autos cópia da Decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, relativa ao Pedido de Suspensão de Segurança nº 27566-7/2008, com comprovante de intimação ao contribuinte;
- b) Remeter os autos à Secretaria do CONSEF para verificar se, após a suspensão dos efeitos da liminar, foi o contribuinte intimado a efetuar o pagamento do débito lançado, sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal;
- c) Caso a providência citada no item b), acima, não tenha sido tomada, a Secretaria do CONSEF deverá intimar o contribuinte informando não existir mais óbice a regular cobrança do imposto lançado, concedendo o prazo de 20 (vinte) para o recolhimento do tributo sem a incidência de multa, com os acréscimos legais, advertindo que ultrapassado esse prazo, a autuação permanecerá no montante integral inicialmente lançado;
- d) Efetivada a intimação prevista no item anterior, retornem os autos à PGE/PROFIS para emissão de novo Parecer conclusivo, caso aquele órgão jurídico entender necessário.

Novo Parecer elaborado pela ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoêdo, às fls. 61 a 63 dos autos, modifica Parecer anterior, sob a consideração que a matéria de mérito ainda resta prejudicada na sua análise pelo CONSEF, ante a via judicial escolhida pelo contribuinte, consoante art. 117 do RPAF/99.

Finaliza a ilustre procuradora, citando que não deve ser provido o Recurso Voluntário na questão aventada sobre a incidência de multa e de acréscimos moratórios, em relação à matéria do mérito da autuação. Entende, por correto, não merecer reforma o julgamento de 1ª Instância.

Em nova diligência foram convertidos os autos, na data de 25 de novembro de 2008, à Secretaria do CONSEF, para que na ausência de quesitos não atendidos na Diligência anterior, às fls. 57 dos autos, fossem tomadas as seguintes providências:

1. Verificar se o contribuinte foi intimado a efetuar o pagamento do débito lançado, sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal, haja vista a suspensão da Decisão liminar que impetrou;
2. Caso assim não tenham procedido, expedir intimação ao contribuinte, informando que em virtude do deferimento do pedido de suspensão de segurança formulado pelo Estado da Bahia,

tombado sob o nº 27566-7/2008, não existe nenhum óbice a regular cobrança do imposto lançado, e por isso, concede-se o prazo de 20 (vinte) dias para recolhimento do tributo sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal, e com os acréscimos legais devidos, advertindo que ultrapassado esse prazo, a autuação prosseguirá no montante integral inicialmente lançado;

3. Na oportunidade, se efetuado o recolhimento do débito tributário, adicionar ao PAF a devida comprovação;
4. Tomadas todas as providências aqui delineadas, deverão retornar os autos à PGE/PROFIS para nova análise e emissão de Parecer conclusivo, caso julgarem necessário.

Às fls. 73 verso, as ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amoêdo assim se pronuncia: *“Reiteramos o Parecer de fls. 61 e segs, em sua totalidade, pois entendemos que o não atendimento do contribuinte às intimação do CONSEF para pagamento do imposto devido sem a multa, em nada altera a situação jurídica já existente.”*

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante ACÓRDÃO CJF Nº 0066-11/09, declarou de ofício a nulidade da Decisão da junta, *in verbis*:

“1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0066-11/09

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de Primeira Instância que concluiu pela extinção do processo administrativo fiscal em virtude da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo. Comprovado que o objeto do Mandado de Segurança impetrado refere-se apenas à cobrança do imposto estadual e não ao objeto da impugnação, que é relativo também à aplicação da multa e dos acréscimos moratórios sobre o débito exigido. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada de ofício a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.”

O autuado foi notificado da Decisão da CJF, porém não mais se manifestou.

À folha 73 dos autos foi acostada Intimação ao sujeito passivo para efetuar o pagamento do débito, sem a incidência de multa por descumprimento da obrigação principal, entretanto o autuado não comprovou o referido recolhimento.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (farinha de trigo) provenientes de outra unidade da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

A antecipação tributária da farinha de trigo encontra-se regulamentada no art. 506-A do RICMS/97, o qual atribui 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 46/00**, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo às operações subseqüentes com as mercadorias supramencionadas e às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

Ressalto que a liminar concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, determina 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. No caso em lide, a matéria em discussão não tem pertinência com a referida liminar, uma vez que a base de cálculo foi determinada a partir da soma do valor das Notas Fiscais nºs 000142 e 5344, do valor do Conhecimento de Transporte nº 00553, mais a margem de valor agregado (MVA) prevista no

anexo 88 do RICMS/97, calculando-se sobre o montante o imposto devido e abatendo-se o ICMS destacado na Nota Fiscal, no Conhecimento de Transporte, bem como o ICMS Recolhido. Assim, no caso em lide, a base de cálculo foi apurada em conformidade com o que determina o § 2º, inciso II, do art. 506-A, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 506-A [...]

§ 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.”

Neste sentido, o Conselho de Fazenda vem se pronunciando no sentido de manter as autuações contra o impugnante, em matéria idêntica, conforme decisões prolatadas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, nos julgamentos em 2ª Instância, mediante Acórdãos Nºs: CJF Nº 0001-11/07, CJF Nº 0034-11/07, CJF Nº 0039-11/07, CJF Nº 0065-12/07, CJF Nº 0066-12/07 e CJF Nº 0090-12/07.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$8.101,36, devendo a autoridade fiscal da circunscrição do autuado, verificar através de novo procedimento fiscal, se o imposto lançado no presente Auto de Infração inferior ao devido com base no valor da pauta fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297895.0163/07-9**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.101,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se que a fiscalização de estabelecimentos analise se o imposto lançado é inferior ao que seria devido caso se adotasse a pauta fiscal, para que, em caso positivo, seja procedida ação fiscal visando lançar a diferença, cuja exigibilidade, evidentemente, ficará suspensa, por força da Liminar concedida pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA