

A. I. N° - 112889.1132/07-6
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RIZÉRIO FILHO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 26.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0330-02/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A 1ª CJF, ao julgar Representação da Procuradoria, considerou inaplicável a regra do art. 117 do RPAF/BA, utilizada pelos julgadores de Primeira Instância no acórdão JJF N° 0297-01/08, para considerar prejudicada a defesa interposta e decretar a extinção do referido Processo Administrativo Fiscal. Foi acolhida a Representação proposta, para que fosse decretada a nulidade da Decisão de Primeira Instância. Ficou demonstrado caber razão ao entendimento da 1ª CJF, tendo em vista que, diante da 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. 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 n° 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), bem como o imposto pago pelo autuado, conforme seu entendimento, 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 à situação alheia a este caso. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 28/11/2007, para exigência do imposto no valor de R\$3.952,48 acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente do exterior ou do outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, desde que não possua regime especial, conforme nota fiscal número 483.

Na peça de impugnação do lançamento, às fls. 26 a 28, o autuado representado por advogados legalmente constituídos, confirma que a autuação exige ICMS relativo à farinha de trigo procedente de outros Estados (unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00), que foi pago a menos na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Destaca que o autuante utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 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 IN 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 IN 23/05, em particular o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança na 4ª Vara da Fazenda Pública, 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 por Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 36 a 37), o qual salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito à utilização da pauta fiscal, tendo o sujeito passivo ajuizado mandado de segurança e obtido liminar deferida para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05. afirma que a peça defensiva esta em desacordo com a ação fiscal, tendo vi vista que foi utilizada a MVA, do anexo 88, para apurar o imposto devido.

Assim, a base de cálculo, formada com base na pauta fiscal, cujo valor é R\$76,76 a saca, totaliza, para 800 sacas, R\$ 61.408,00, que é maior do que a aplicação do MVA. Dessa forma, continua o informante, o imposto reclamado é de R\$ 10.439,36, que abatido dos créditos verificáveis nos autos de R\$ 5.168,00, gera o imposto a recolher de R\$ 5.271,36.

A 1ª JF, através do Acórdão JF Nº 0297-01/08, julgou que, apesar de o autuado encontrar-se protegido por Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública (fl. 31), para que “o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, o auto de infração foi lavrado adotando-se como base de cálculo o valor da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, verifica-se que há coincidência entre a liminar concedida em mandado de segurança e a ação fiscal.

Assim, em face dos artigos 117 e 122, inciso IV, do RPAF/99, decidiu pela extinção do presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deveria 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.

Declarou extinto o processo administrativo fiscal, restando prejudicada a defesa apresentada.

Encaminhado os autos para parecer da PGE/PRFIS, esta verificou, às fls. 58 e 59, que o imposto fora apurado com base na MVA, constante do anexo 88 do RICMS, não havendo, por conseguinte, coincidência entre o objeto da lide administrativa e o mandado de segurança impetrado e o contribuinte, razão pela qual não haveria o que se fala em “prejudicada a defesa”, com base no art. 117 do RPAF. Opina, portanto, pela nulidade da decisão de primeira instância administrativa, entendimento ratificado pelo segundo parecer da PGE/POFIS, á fl.s 61 dos autos.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0140.11/09, acolhe o parecer da PGE/PROFIS, afirmando que, *“de fato, a Decisão de Primeira instância não observou que não há coincidência entre a autuação em tela e o Mandado de Segurança interposto pelo sujeito passivo, cuja liminar, expedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública desta Capital, determinava que o Fisco baiano se abstivesse “de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.*

Assim, como no lançamento de ofício em apreço, conforme se constata do Demonstrativo de Débito de fl. 03 dos autos, o débito exigido foi apurado com base no §2º, inciso II, do art. 506-A, abaixo transcrito, ou seja, sobre o valor real constante na Nota Fiscal nº 000483, que acompanhava a mercadoria – farinha de trigo – foi aplicada a MVA de 76,48%, prevista para o referido produto, e não pauta fiscal como asseverou equivocadamente o Julgado, não há que se falar em coincidência entre a ação fiscal e a liminar concedida em Mandado de Segurança.

“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.” Grifos nossos.

Do exposto, inaplicável a regra do art. 117 do RPAF/BA, utilizada pelos julgadores de Primeira Instância para considerar prejudicada a defesa interposta e decretar a extinção do referido Processo Administrativo Fiscal.

Assim, votamos pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para que seja decretada a NULIDADE da Decisão de Primeira Instância, com os fundamentos acima expostos, devendo os autos retornar à JJF para que seja proferida nova Decisão.”

Os autos retornam à primeira instância de julgamento administrativo para que seja prolatada nova decisão.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigência de imposto, tendo em vista a falta de antecipação tributária do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na primeira repartição fazendária do percurso de FARINHA DE TRIGO, procedente de Estado não signatário do

Protocolo 46/00, acobertada pela nota fiscal nº 483, emitidas pela empresa Rinason Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.

O autuado, em sua peça defensiva, impugnou o lançamento, considerando ter ajuizado Mandado de Segurança, sendo deferida Medida Liminar para determinar que o Erário Público “se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores constantes do Anexo 1 da IN 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.

A 1ª JF, através do Acórdão JF Nº 0297-01/08, julgou equivocadamente que, apesar de o autuado encontrar-se protegido por Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública (fl. 31), para que “o pagamento do imposto fosse calculado sobre o preço real das mercadorias, o auto de infração foi lavrado adotando-se como base de cálculo o valor da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, havendo coincidência entre a liminar concedida em mandado de segurança e a ação fiscal.

Cabe acerto a decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0140.11/09, acolhendo o parecer e Representação da PGE/PROFIS, concluindo que, “*de fato, a Decisão de Primeira instância não observou que não há coincidência entre a autuação em tela e o Mandado de Segurança interposto pelo sujeito passivo, cuja liminar, expedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública desta Capital, determinava que o Fisco baiano se abstivesse “de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.*

Assim, como no lançamento de ofício em apreço, conforme se constata do Demonstrativo de Débito de fl. 03 dos autos, o débito exigido foi apurado com base no §2º, inciso II, do art. 506-A, abaixo transcrito, ou seja, sobre o valor real constante na Nota Fiscal nº 000483, que acompanhava a mercadoria – farinha de trigo – foi aplicada a MVA de 76,48%, prevista para o referido produto, e não pauta fiscal como asseverou equivocadamente o Julgado, não há que se falar em coincidência entre a ação fiscal e a liminar concedida em Mandado de Segurança.

“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.” Grifos nossos.”

Diante do exposto e em consonância com a decisão da 1ª CJF, verifico que o imposto fora apurado sobre o valor real constante na Nota Fiscal nº 000483, que acompanhava a mercadoria – farinha de trigo – foi aplicada a MVA de 76,48%, prevista para o referido produto, não havendo, por conseguinte, coincidência entre o objeto da lide administrativa e o mandado de segurança impetrado e o contribuinte, razão pela qual, efetivamente, não há o que se fala em defesa prejudicada.

Em sua impugnação 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”.

Pelo que se vê, os fundamentos jurídicos aduzidos pelo autuado dizem respeito à situação alheia ao presente caso, ou seja, 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.

O artigo 506-A, § 2º do RICMS, prevê 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, 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).

Igualmente 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.

Já 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 se originarem 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.

Portanto, no caso da nota fiscal objeto da autuação, tratando-se de farinha de trigo oriunda de Estado não-signatário do Protocolo nº 46/00, entendo que somente seria aplicável à regra geral da substituição tributária prevista no artigo 506-A, § 2º, do RICMS/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.

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. Desta forma, mantenho o valor que foi lançado no Auto de Infração por não contrariar a liminar do mandado de segurança, e represento a autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal visando efetuar o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o valor decorrente da base de cálculo mínima, ficando este último lançamento, mediante processo específico, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a decisão final do Judiciário, nos termos do artigo 122, IV do RPAF/99.

Nestas circunstâncias, considerando que a mercadoria objeto da lide estava sujeita ao pagamento do imposto antecipado na entrada neste Estado, no posto fiscal de fronteira com base na IN nº 23/05, foi recolhido a menos pelo autuado e não foi calculado na forma estabelecida na citada instrução, mantenho o lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração Auto de Infração nº 112889.1132/07-6, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$3.952,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR