

PROCESSO - A. I. Nº 269130.1004/05-9
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0076-03/06
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 29/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0320-11/06

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 relativo à mercadoria “Farinha de Trigo”, sendo objeto desta ação fiscal a mercadoria “Trigo em Grãos”. Devolva os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para a apreciação devida do mérito. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0076-03/06, pela Extinção do presente Processo Administrativo Fiscal, cujo Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$2.125,97, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fiscal, inerente à aquisição de 42,86 t de trigo em grãos, oriundas do Estado do Paraná, conforme Termo de Apreensão (fl. 5), por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu considerar prejudicada a defesa apresentada e extinguir o Processo Administrativo Fiscal, nos termos do artigo 122, inciso II, do RPAF/99, considerando que o autuado, por não concordar com o cálculo do imposto exigido por antecipação, definido na Instrução Normativa nº 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, sendo deferida medida liminar permitindo ao impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Contudo, ressalta a JJF que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99.

Também foi observada na Decisão recorrida que, conforme documentos acostados às fls. 9 e 10, o estabelecimento autuado adquiriu 42,860 toneladas de trigo e mandou industrializar, o que resultou em 600 sacos de farinha de trigo, conforme nota fiscal nº. 3752, acostada à fl.11 dos autos, sendo apurado o custo de R\$ 24,14 por saco, que acrescido da MVA de 76,48%, previsto no item 12 do Anexo 88 do RICMS, resulta o valor de R\$ 42,60, o qual é menor do que o valor fixado na pauta fiscal da IN 23/05 de R\$ 71,00, que prevalece no cálculo do ICMS por antecipação, resultando no ICMS devido de R\$ 6.198,00, do qual deduzido o imposto exigido no Auto de Infração de R\$ 2.125,97, remanesce uma diferença a ser exigida de R\$ 4.072,03. Assim, nos termos do art. 156 do RPAF/99, a JJF representa a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal para cobrança da diferença apurada.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 51 a 56 dos autos, o recorrente alega que a Decisão recorrida não fez a melhor análise do caso sob exame, haja vista que 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, pois é forçosa a constatação da ilegalidade da cobrança de multa, bem como de acréscimos moratórios, em face de não estar o recorrente em situação da inadimplência frente à Fazenda Pública Estadual.

Ressalta que o presente Recurso, inobstante ater-se nos exatos termos da impugnação carreada à irresignação quanto à exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, 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.

Defende que o objeto do Mandado de Segurança interposto consiste na permissão para que se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo 1 da IN 23/05, permitindo ao impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Em seguida, aduz que, por outro lado, a impugnação encontra-se fundamentada no art. 151, IV, do CTN, bem como no art. 63 e § 2º da Lei nº 9.430/96, pois é legítima a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício, para prevenir a decadência, porém totalmente ilegítima é a formalização deste crédito, acrescido de penalidades, visto que, sob o manto do Poder Judiciário, fica afastada qualquer “mora” e/ou “penalidade” que se pretende imputar, e muito menos considerar “EXTINTO o Processo Administrativo Fiscal”, em face da clara distinção entre os objetos da impugnação e o mandado de segurança ajuizado.

Assim, defende da impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios, pois entende que não estava em mora ou inadimplente, do que salienta que o vencimento do crédito tributário, nos termos daquele artigo, só ocorreria trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado, e esta notificação, no caso “sub judice”, só ocorrerá quando for intimado da Decisão judicial transitada em julgado, que reforme o entendimento favorável que possui.

Por isso entende absurda a declaração de “Prejudicada a defesa apresentada”, em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, posto que isto, em momento algum ocorreu, assim como absurda qualquer referência em acusar o contribuinte de estar em mora ou inadimplente e, por isso, dele exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração.

Afinal indaga qual a mora se o pagamento do imposto se encontra com a sua exigibilidade suspensa (art. 151, IV, do CTN)? Qual a infração que cometeu, passível de multa fiscal, se o procedimento está amparado em Decisão Judicial?

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Drª. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, às fls. 62 a 65 dos autos, em seu Parecer ressalta que a Decisão recorrida não se encontra inquinada de qualquer vício de nulidade. Aduz que a defesa do contribuinte efetivamente restringiu-se a impugnar a forma de apuração do ICMS utilizada no lançamento em preço, matéria esta objeto do Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, e que apenas em seu Recurso Voluntário insurgiu-se contra a aplicação de multa e de acréscimos moratórios no lançamento, impugnação esta, todavia, também improcedente. Assim, entende que a 3ª JJF agiu em consonância com a legislação tributária ao considerar prejudicada a defesa do contribuinte e extinto o processo administrativo, uma vez que, de fato, a matéria ali impugnada encontra-se subordinada à discussão judicial, aplicando-se o disposto no art. 122 do RPAF.

Entende também que o autuante agiu com correção ao lavrar o Auto de Infração, pois, de fato, o contribuinte efetuou a aquisição de sacas de farinha de trigo especial de outro estado da Federação, sendo devido o recolhimento do ICMS por antecipação com base no valor das operações, conforme liminar deferida no Mandado de Segurança, o que não ocorreu por ter o contribuinte recolhido o imposto em valor inferior. Assim, não há que se falar em improcedência do lançamento, pois o contribuinte não seguiu nem o método do Protocolo nº. 46/00, nem os critérios fixados na liminar judicial, para calcular o ICMS devido nas operações.

Do exposto, opina que o Recurso Voluntário não deve ser provido.

VOTO

Da análise do aludido Auto de Infração como também do Termo de Apreensão (fl. 5) verifico que a acusação fiscal se fundamenta na falta de recolhimento de ICMS por antecipação sobre “42,86 t” de “TRIGO EM GRÃOS”, procedente do Estado do Paraná, não signatário do Protocolo ICMS 46/00, com base de cálculo de R\$ 25.791,94, cuja ação fiscal se fundamentou nos documentos fiscais constantes às fls. 9 a 11 dos autos, a saber:

1. Nota Fiscal do Produtor de nº 45306 (fl. 9), originária do Estado do Paraná e destinada ao recorrente, onde consigna a venda de 42,860 toneladas de “Trigo”, no montante de R\$13.286,60, cuja mercadoria, segundo observação no corpo da citada nota fiscal, foi entregue por conta e ordem do adquirente, sem transitar pelo seu estabelecimento, à empresa Consolata Alimentos Ltda, também localizada no Paraná, conforme Nota Fiscal do Produtor de nº. 45307 (fl. 10);
2. Já a Nota Fiscal de nº 3752, de emissão da Consolata Alimentos Ltda. (fl. 11), destina-se ao recorrente e refere-se a prestação de serviços de industrialização do trigo, no valor de R\$1.200,00, resultando 600 sacas de 50 kg de farinha de trigo industrial.

Logo, se constata a ocorrência de uma operação triangular, na qual, na realidade, o recorrente adquiriu “Trigo em Grãos” e, por questões comerciais, o remeteu diretamente para beneficiamento transformando-o em “Farinha de Trigo”.

No caso concreto ficou evidenciado que a mercadoria sujeita à antecipação tributária é “Trigo em Grãos”, conforme foi corretamente consignado no Auto de Infração, sendo que na operação subsequente de beneficiamento do “Trigo em Grãos” já deveria estar encerrada a fase de tributação da cadeia de produção com a aplicação da MVA, ora exigida.

Por outro lado, observo que a Ação de Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, cuja liminar pleiteada e deferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, é de que a Impetrada (SEFAZ) se abstenha 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.

Devo ressaltar que a aludida “IN 23/05” estabelece base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS nas operações “apenas” com farinha de trigo, logo, por conseguinte, a referida liminar se reporta, unicamente, às operações com “Farinha de Trigo”, cujo produto difere do objeto deste Auto de Infração.

Porém, a Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, limitou-se a considerar prejudicada a defesa e a extinguir o processo administrativo fiscal, sob o argumento de que o contribuinte havia recorrido à via judicial, sendo que tal propositura importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou Recurso interposto, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99.

Assim, tem pertinência a alegação do recorrente, em face da plena contrariedade do Acórdão exarado, de que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto, do que entende absurda a declaração de “Prejudicada a defesa apresentada”, em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, posto que isto, segundo o seu entendimento, em momento algum ocorreu.

Diante de tais considerações, observo que a defesa administrativa não versa sobre a questão discutida no âmbito do Poder Judiciário, logo, caberia a apreciação do mérito por parte da JJF, sob pena de se configurar violação à ampla defesa e ao contraditório.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, declarando a NULIDADE da Decisão recorrida, devendo retornar os autos à 1ª Instância para realização de novo julgamento, com a apreciação do mérito, por se tratarem de objetos distintos as demandas administrativa e judicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **269130.1004/05-9**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS