

PROCESSO - A. I. Nº 232893.0802/05-5
RECORRENTE - R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0170-05/05
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 01/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0377-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Devolvam-se os autos a Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão, considerando-se a imprecisão da determinação da infração. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarada, de ofício, a **NULIDADE** a Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão que julgou presente Auto de Infração Procedente o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe o presente Recurso Voluntário que passo a relatá-lo para em seguida submetê-lo a apreciação desta Câmara de Julgamento Fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 03/08/05 e exige ICMS no valor de R\$4.314,39, acrescido da multa de 60%, em virtude da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 (farinha de trigo e trigo em grãos), adquiridas para comercialização de Estado não signatário do Protocolo nº 46/00 (Paraná). Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232893.0802/05-5, apreendendo 200 sc de 50 kg de farinha de trigo especial e 42.860kg de trigo em grãos.

Em seu voto o Sr. relator da JJF faz um breve comentário sobre a infração comentando que “o autuado informou que por não concordar com o cálculo do imposto devido por antecipação, definido na Instrução Normativa nº 23/05, mais especificamente no Anexo 1, e com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo nº 46/00, sem ter que se submeter às exigências da referida Instrução Normativa, ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida medida liminar permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.” Ocorre, afirma o julgador de 1ª Instância “que a presente autuação também se refere à mercadoria “trigo em grãos”, cujo imposto devido por antecipação está sendo corretamente exigido através de lançamento de ofício, uma vez que se trata de mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, e nas aquisições interestaduais, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, deve ser efetuado por antecipação. Portanto, o imposto acima mencionado relativo à Nota Fiscal nº 188.186 à fl. 10 (42.860kg de trigo em grãos), foi apurado corretamente, já que o autuante aplicou sobre o valor da operação a MVA constante do anexo 88, item 12, do RICMS/97, e o mandado de segurança ajuizado pelo autuado, diz respeito apenas a vedação da utilização da pauta fiscal como forma de cálculo do imposto (Instrução Normativa nº 23/05) nas aquisições de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo nº 46/00. No entanto, o presente processo também exige o imposto devido por antecipação relativo a 200 sc de farinha de trigo, objeto da Nota Fiscal nº 3.157 (fl. 08). Todavia, considerando que o autuado ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida medida liminar determinando que se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores definidos pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, fica prejudicada a análise do mérito da defesa relativo a esta infração, razão pela qual fica mantida a exigência fiscal porém, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário relativo a essa mercadoria (farinha de trigo) até a Decisão judicial da lide.”

Vota pela Procedência do Auto de Infração, ressaltando que para apurar o imposto reclamado o autuante abateu os recolhimentos parciais efetuados pelo autuado às fls. 09 e 12.

O Recurso Voluntário apresentado após breve comentário sobre a autuação que *“é exatamente contra esta base de cálculo mínima, mais conhecida como Pauta Fiscal, que se insurgiu o ora recorrente, conforme se pode verificar por meio da anexa documentação. Explica-se: O recorrente, com o objetivo de comprar Farinha de Trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo 46/00, sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa, mais especificamente ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz, em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (já anexa aos autos) para determinar “que se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1, da IN 35/05, permitindo a Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o valor real das mercadorias. Ante o exposto, espera e confia o recorrente, em face de restar-se acobertada por Decisão judicial que desobriga-a a utilizar como base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no Anexo 1 da IN, que este Eg. Conselho afastará a autuação com a que ora se aprecia.”*

O Parecer Opinativo da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois entende que *“não há similitude entre a pretensão veiculada no MS em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública e o mérito do lançamento em epígrafe, em vista da latente possibilidade de aplicação do art. 117 do RPAF/Ba, pois a mensuração da base de cálculo do imposto ora arrostado não foi realizada tomando como base PAUTA FISCAL, mas, isto sim, arrimada nos critérios firmados no art. 506-A, do RICMS 97/BA”* Transcreve o § 2º do art. 506-A do RICMS. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração foi descrito na peça basilar como *“pagamento efetuado a menor do ICMS referente aquisição interestadual de 200 sc de Farinha de Trigo especial e 42860 kg de trigo em grão, conforme Notas Fiscais nºs 3157 e 188.186. Recolhimento efetuado parcialmente por parte do contribuinte, da forma de pagamento determinada no art. 506-A, § 2º do RICMS”*. Em decorrência deste fato entenderam os autuantes que o contribuinte enquadrava-se no art. 42, Inc. II, “d” da Lei nº 7.014 que se refere à penalidade de 60% do valor do imposto quando este não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;

Inicialmente entendemos que o fulcro da discussão trazida pelo Recurso Voluntário diz respeito ao uso ou não da base de cálculo mínima, mais conhecida como Pauta Fiscal, objeto de insurgência por parte do Recorrente. Não podemos emitir um voto consistente sem antes analisarmos algumas questões postas no PAF em particular sobre valores relativos a base de cálculo e o crédito do imposto. Temos de início observar que se trata de um recolhimento a menos feito pelo contribuinte em um dos itens motivadores do lançamento. Ou seja, o contribuinte rebelou-se contra a forma de cálculo do imposto fundada, segundo ele na denominada “pauta fiscal” e impetrou um Mandado de Segurança. A liminar foi concedida no sentido de que a Fazenda Pública Estadual *“se abstivesse de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante o pagamento do Imposto calculado sobre o preço real das mercadorias conforme notas fiscais das operações”* .(fl.29) Ora com base nesta Decisão judicial proferida em 28 de junho de 2005 o contribuinte recolheu no dia 1º de agosto de 2005 o ICMS no valor de R\$2.291,00 (fl. 12) tendo como base cálculo o valor constante nas Nota Fiscal nºs 03157, 03156 e 188.186 e os créditos de ICMS nelas destacados. Pois bem, neste mesmo dia, às 18h45m (fl. 5) na INFAZ de Fisc. Merc. Trânsito Região Sul foi lavrado um termo de apreensão constando como fato irregular o pagamento a menor do ICMS, referente aquisição interestadual de 200 sc de Farinha de Trigo e 42860 kg de Trigo em Grão conforme Notas Fiscais nºs 3157 e 188.186. No dia 03 de agosto de 2005 é lavrado um Auto de Infração que faz referência ao fato do recolhimento ter sido parcial por discordância

por parte do contribuinte da forma determinada no art. 506-A, § 2º do RICMS/BA e descreve a infração como sendo *“falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre trigo em grãos adquirido para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro”*. Ora àquela altura não se tratava mais de lançar o ICMS deixado de recolher e sim da diferença entre o pago pelo contribuinte e o exigido pelo Estado em respeito a legislação em vigor e a liminar concedida pelo Poder Judiciário. A informação fiscal prestada inclusive por Auditor Fiscal estranho ao feito, informa que no cálculo do ICMS relativo à Nota Fiscal nº 3157 *“foi utilizada a Pauta Fiscal de R\$76,76”* e quanto a Nota Fiscal nº 188.186 *“o valor da operação, sem inclusão do frete e aplicado o MVA constante do item 12 do anexo 88”*. Neste ponto já podemos vislumbrar uma certa imprecisão quanto a descrição do fato e o próprio lançamento. Quanto a Nota Fiscal nº 188.186 tem razão a Sra. procuradora, quando afirma que não há similitude entre a pretensão e o lançamento, pois a segurança restringiu-se a forma de cálculo do imposto com base na Instrução Normativa nº 23/05 e que no caso só foi aplicada a Nota Fiscal nº 3157. Ainda quando da Informação Fiscal houve uma tentativa de rever parte do cálculo do imposto evitando-se o seu cálculo com uso da pauta, mas este fato só veio confundir mais ainda a inexata descrição do ocorrido. Não é possível estabelecermos após a lavratura do auto outra forma de cálculo, mesmo que restrita a um dos itens do lançamento, sob pena de tornar nulo todo o lançamento.

Ao tomar ciência da segurança obtida pelo contribuinte, a Fazenda Pública teria, pelo menos, duas atitudes: faria todo o lançamento pela Instrução Normativa nº 23/05, apenas para evitar sua decadência, já que a sua exigibilidade estaria suspensa por força daquela ordem judicial; faria, como explicitou o Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, o lançamento utilizando-se exclusivamente da base de cálculo arrimada no art.506-A, §2º, incisos I e II do RICMS ou, ainda, faria um lançamento relativo à farinha de trigo, com base na pauta, o que resultaria no argumento inicial e um outro relativo ao Trigo em grão, com base no mencionado artigo 506-A.

Desta forma entendo que o presente lançamento deve ser anulado a partir da Informação Fiscal, pois daí em diante ficou PREJUDICADA a defesa do autuado, não tendo este PAF os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, devendo ser imediatamente retomado a partir da referida informação fiscal.

Voto, portanto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado porém, de ofício, ANULAR a Decisão da 5ª JJF devido à apresentação das falhas apontadas, devendo retornar a Junta de Julgamento Fiscal, para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULA** Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **232893.0802/05-5**, lavrado contra **R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS