

A. I. Nº - 269130.1005/05-5
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - MÍRIAM BARROSO BARTHOLO e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 10.05.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-02/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. Na ação fiscal foram cometidos erros que não podem ser sanados, tendo em vista que a autuação se baseou em operação comercial realizada dentro do Estado do Paraná e não em operação interestadual entre o citado Estado e o da Bahia. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/10/2005, exige ICMS no valor de R\$ 2.368,14, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto quando do desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fiscal, sobre TRIGO EM GRÃOS adquirido para comercialização e procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, adquirida de produtor rural através da Nota Fiscal nº 0032, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 05 e 06), não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro. Consta ainda que a mercadoria (trigo em grãos) foi remetida com a NF nº 0033 para a empresa Consolata Alimentos (PR), que a remeteu para o estabelecimento autuado neste Estado, através da Nota Fiscal nº 003742, emitida em 06/10/2005, 637 sacos de FARINHA DE TRIGO (fl. 09).

Na defesa fiscal às fls. 19 a 20, o autuado representado por advogados legalmente constituídos, destaca que a autuação exige ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00), que não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Diz que a fiscalização entendeu como correto o método de cálculo adotado utilizando 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.

Salienta 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, deferiu 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. 31 a 32), o qual, salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito a 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.

Esclareceu que a base de cálculo foi apurada tomando o valor da operação e aplicada a MVA constante no Anexo 88, Item 12.1, do RICMS/97. Observou que o imposto foi calculado conforme determinação judicial, e não com base em pauta fiscal, e que o autuado recolheu apenas o valor de R\$ 1.480,05 (DAE fl.10 do processo), descumprindo a decisão judicial no que lhe era favorável.

Ressalta que, conforme decisão proferida pelo Acórdão JF 0416-01/05, tendo o contribuinte optado pela via judicial, importa em renúncia ao poder de recorrer na instância administrativa, nos termos do art. 117, ficando prejudicada a defesa e extinto o processo conforme disposto no art. 112, tudo do RPAF/BA.

Como a cópia do Mandado de Segurança alegado não se encontrava apensado aos autos, a 5ª JF determinou o envio do processo ao Setor de Intimação deste Colegiado para que o advogado da empresa autuada o apresentasse (fl. 35). Este atendeu ao solicitado conforme consta às fls. 38/52.

Em 26/4/2006 e através do Acórdão JF Nº 0141-05/06, a 5ª JF, por decisão unânime, decidiu pela extinção do processo, pois a escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. A defesa foi considerada prejudicada.

O contribuinte foi cientificado da decisão proferida (fls. 59 e 62). Em 4/7/2006 a empresa apresenta Recurso Voluntário, expondo como razões recursas (fls. 64/69) que o Acórdão recorrido não fez a melhor análise do caso sob exame, “em plena contrariedade à melhor doutrina”, uma vez que mesmo não existindo impedimento à constituição do crédito tributário nos moldes pretendidos pelo fisco, constatava a ilegalidade da cobrança da multa, bem como, dos acréscimos moratórios, pois não se encontrava inadimplente frente a Fazenda Pública Estadual. Neste sentido, discorreu sobre a distinção entre os objetos da impugnação e o do Mandado de Segurança.

Afirmou que a decisão de 1ª Instância não havia abordado o seu pedido inicial, ou seja, a exclusão da multa e dos acréscimos moratórios, uma vez que ele foi fundamentado no art. 151, IV, do CTN e art. 63, § 2º, da Lei nº 9340/96.

Em seguida, discorrendo sobre a impossibilidade de se exigir multa e acréscimos moratórios sobre créditos tributários albergados por medida judicial, as apresentou como razões que deveriam ser acolhidas pelo Conselho de Fazenda.

Manifestando-se a PGE/PROFIS (fls. 72/73) posicionou-se pelo conhecimento do Recurso Voluntário interposto, por entender que a 5ª JF não agiu acertadamente ao não conhecer em sua totalidade a defesa apresentada, pois não abordou o pedido quanto à multa e os acréscimos moratórios. Opinou pela devolução dos autos à 1ª Instância para que fossem apreciadas as questões de mérito suscitadas na inicial, com base no art. 506, do RICMS/97, que transcreveu, bem como em relação à multa e acréscimos moratórios. Em despacho proferido sob a lavra da Dra. Maria Olívia T. de Almeida (fl. 80), o Auto de Infração foi encaminhado a este Colegiado para que fosse anulada a decisão de 1ª Instância uma vez que “a mercadoria objeto da autuação é “trigo em grão” e que o mandado de segurança versa sobre “farinha de trigo”.

A 2ª CJF, através do Acórdão CJF Nº 0533-12/06, deu provimento ao Recurso interposto, declarando nula da Decisão recorrida com o seguinte voto:

As razões recursais acusam a diversidade de objetos veiculados na impugnação e na ação mandamental, pelo que descabe a prejudicialidade apontada pelo 'a quo' para suportar a extinção do procedimento, sendo que a ação de segurança versa sobre farinha de trigo e a autuação trata de trigo em grãos.

Ademais, pode-se constatar que a ação de segurança almeja uma ordem judicial dirigida a Administração Tributária para inibi-la do lançamento de crédito apurado pelos parâmetros definidos na IN Nº 23/05, anexo I, vez que o ato, segundo alegações empresariais, padece de ilegalidade.

Por seu turno, a defesa aponta a ausência de mora no recolhimento do ICMS devido, 'ex vi' da Decisão liminar invocada, o que afastaria a imposição dos aditivos consectários.

Destarte, adiro ao opinativo da d. Procuradoria, para decretar a nulidade da Decisão de fls. 54/55, devendo os autos ser encaminhados à instância primária para o enfrentamento do mérito como entender de direito.

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 mercadoria enquadrada no artigo 353, inciso II, Item 11.1, do RICMS/97, mais precisamente TRIGO EM GRÃOS, procedente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, acobertada pela Nota Fiscal nº 03742, emitida pela empresa Consolata Alimentos Ltda, município de Cafelândia (PR), conforme documentos às fls. 09 a 13.

Consta nos autos que o autuado ajuizou Mandado de Segurança nº 745334-4/2005 (sentença à fl. 52), 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 46/00, tendo sido deferida medida liminar, pelo titular da 9ª Vara, que substituiu o titular da 4ª Vara, para que a autoridade coatora “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”.

De acordo com o artigo 117, do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.101/01, em relação ao mérito da autuação, sua análise neste processo ficaria prejudicada pelo fato do autuado estar discutindo a matéria no âmbito do poder judiciário, devendo o processo ser remetido para PGE/PROFIS para a adoção das providências de sua alçada.

Entretanto, acorde com a observação da Sra. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS (docs. fls. 72/72), da análise das peças processuais, observo a existência de um vício de procedimento que me impede de dar continuidade a presente lide. Explico, invocando as determinações do art. 20 do RPAF/99. O autuante lavrou o Auto de Infração tendo por base a aquisição de 45,54 toneladas de trigo em grãos e mistura de farinha de trigo adquiridas através da Nota Fiscal nº 0032, referente a remessa efetuada através da nota fiscal nº 0033 (fls. 1 e 5 dos autos). Ao analisar estes documentos (fls. 11 e 12) percebo que as 45.540 toneladas de trigo em grãos, e não de “farinha de trigo” foram vendidas ao autuado (nota fiscal nº 0032) e encaminhadas à empresa Consolata Alimentos Ltda. (nota fiscal nº 0033), objetivando a sua industrialização, ou seja, a natureza da operação foi de remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente. Estas operações foram realizadas dentro do Estado do Paraná.

Sobre esta operação, de fato, existe imposto por antecipação devido ao Estado da Bahia, imposto este que deve ser verificado se foi recolhido, ou não. Porém em outra oportunidade e não no trânsito de mercadoria já que a mercadoria apreendida não foi mais o “trigo em grão” e sim 637 sacos de “farinha de trigo”. O documento fiscal que acobertou a entrada neste Estado não mais do trigo em

grãos mais sim da farinha de trigo foi o de nº 003742 (fl. 9), emitido pela empresa Consolata Alimentos Ltda. Esta é, inclusive, a nota fiscal indicada no DAE de recolhimento do imposto (fl. 10) que foi considerado pelos autuantes para abatimento do valor a ser exigido.

Em vista destas constatações, resta provado que a operação comercial autuada não foi a da entrada da farinha de trigo neste Estado e sim da operação comercial com suspensão do imposto que se realizou no próprio Estado do Paraná e não neste Estado, do “trigo em grão”.

Como a atividade de fiscalização esta vinculada á lei (art. 142, do CTN) ela tem que, necessariamente, está baseada em provas do ilícito fiscal cometido. No presente caso, embora não reste provado, nos autos, o recolhimento do ICMS antecipado sobre a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária (farinha de trigo) conforme determina a legislação estadual, os autuantes tomaram por base para apuração do imposto documento não relacionado com a operação interestadual realizada.

Assim, com base no art. 18, III, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) voto pela nulidade da ação fiscal. Recomendo ao órgão competente que examine se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente mediante denúncia espontânea.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269130.1005/05-5**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR