

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0817/06-2
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0173-04/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 08/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO, NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO DE FRONTEIRA, DO IMPOSTO RELATIVO A MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIGO EM GRÃOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Não há segurança na determinação do valor devido. A ação fiscal deveria ter sido desenvolvida no estabelecimento do recorrente. De ofício, decretada a nulidade do lançamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$4.669,13, em razão da falta de recolhimento do imposto, na primeira repartição fazendária da fronteira, sobre trigo em grãos adquiridos, para comercialização, em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

O autuado apresentou defesa, alegando que estava protegido por medida liminar concedida em mandado de segurança, a qual determinava que o fisco se abstivesse de exigir o ICMS com base no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Na informação fiscal, foi afirmado que o valor cobrado no Auto de Infração estava equivocado, pois na formação da base de cálculo do imposto não deveria ter sido incluído o valor agregado na industrialização, mas apenas os valores das notas fiscais de aquisição de trigo em grãos mais o frete. Nessa oportunidade foi apresentada uma nova apuração do imposto, em que o auditor fiscal concluiu que o valor a ser exigido no presente lançamento era R\$6.565,11.

Na Decisão recorrida, a ilustre relatora explicou que o autuado não estava protegido pela liminar citada na defesa, uma vez que o trigo em grãos não se encontrava listado no anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Ressaltou que o novo valor apurado na informação fiscal não poderia prosperar, pois a apuração original do imposto foi feita de acordo com a legislação pertinente e o valor constante no Auto de Infração estava correto. Ao finalizar, a relatora votou pela procedência do Auto de Infração, tendo sido acompanhado pelos demais membros da 4ª JJF.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, insurgindo-se contra a apuração da base de cálculo do imposto segundo o valor de pauta fiscal.

Explicou que ajuizou mandado de segurança, tendo sido deferida medida liminar que determinava que o fisco se abstivesse “*de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”. Ao finalizar, o recorrente solicitou que o CONSEF afastasse a autuação.

A representante da PGE/PROFIS, em o Parecer de fls. 75 a 80, inicialmente ressaltou que após o refazimento do cálculo do imposto na informação fiscal não houve reabertura do prazo de defesa, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/99.

Prosseguindo em seu Parecer, a ilustre procuradora afirmou que a forma como foi lavrado o Auto de Infração acarretava a sua nulidade, uma vez que o trigo em grãos foi destinado à industrialização e retornou como farinha de trigo, a qual estava acobertada por notas fiscais que não se encontravam nos autos. Frisou que o imposto foi calculado de forma equivocada no Auto de Infração e na infração fiscal, bem como foi utilizado dispositivo da legislação que não correspondia à operação. Sustentou que a base de cálculo utilizada pelo autuante não correspondia ao que determina o previsto no art. 506-A, § 2º, do RICMS-BA. Explicou que nesse dispositivo regulamentar era ressaltado que, caso o valor encontrado fosse menor que o constante no anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, deveria ser utilizado o valor da pauta fiscal. Disse que, dessa forma, a base de cálculo era uma só e, assim, não poderia o imposto ser lançado pela aplicação da regra geral e, em seguida, ser complementado segundo a regra especial.

Sustentou a ilustre parecerista que era dever do preposto fiscal aplicar a legislação tributária vigente. Aduziu que a liminar em mandado de segurança apenas suspendia a exigibilidade do crédito tributário. Ressaltou que a base de cálculo tinha que ser precisa e tinha que haver segurança na sua determinação, garantindo, assim, a certeza e a liquidez necessárias à cobrança administrativa ou judicial com sucesso.

Ao concluir, a parecerista disse que o lançamento em tela era nulo e, portanto, deveria ser feito com base nos elementos já existentes no processo. Ressaltou que após a lavratura do novo Auto de Infração, tendo em vista a existência de liminar, deveria o processo ser remetido à PGE/PROFIS para que se procedesse à inscrição do débito em dívida ativa, uma vez que ao utilizar a base de cálculo correta, terá sido provocada a resistência do contribuinte e sua opção pela via judicial significará a renúncia ao direito de defesa na esfera administrativa.

O Parecer acima foi ratificado pelo doutor José Augusto Martins Júnior, procurador do Estado, assistente da PGE/PROFIS.

De ofício, acompanhando o opinativo da PGE/PROFIS, foi suscitada, a nulidade do lançamento por insegurança na determinação do valor devido.

VOTO

No Recurso Voluntário, o recorrente se insurge contra a utilização de pauta fiscal na apuração da base de cálculo do ICMS devido por antecipação tributária, alegando que está amparado em medida liminar que determina ao fisco estadual que *se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05*.

A análise das peças processuais mostra que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a referida ordem judicial, ou seja, a base de cálculo foi apurada de acordo com o valor das mercadorias consignado no documento fiscal, não tendo sido utilizados os valores arbitrados no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Ademais, a mercadoria objeto da autuação, trigo em grãos, não se encontra listada na Instrução Normativa nº 23/05. Dessa forma, a matéria discutida no âmbito do Poder Judiciário não apresenta identidade jurídica com a que se discute na esfera

administrativa e, portanto, a argumentação do recorrente não procede no presente caso, já que a ação em trâmite na esfera judicial não alcança esta lide.

Todavia, observo, de ofício, alguns vícios existentes no processo acarretam a nulidade do lançamento tributário, conforme bem ressaltado pela ilustre representante da PGE/PROFIS.

A forma como foi desenvolvida a presente ação fiscal não foi a mais indicada, pois, para o tipo de operação, deveria ter sido desenvolvida uma auditoria fiscal no estabelecimento do destinatário. Ao optar por lavrar o Auto de Infração ainda no trânsito, o fisco ficou sem elementos para determinar, com segurança, o montante do imposto devido, uma vez que se tratava de operação com trigo em grãos, enviado pelo recorrente para industrialização por sua conta e ordem. Essa insegurança fica patente quando se observa o esforço desenvolvido na informação fiscal para retificar a apuração do valor devido, sem, contudo, conseguir o auditor fiscal atingir tal objetivo.

Considerando que a operação em tela trata de aquisição de trigo em grãos, remetidos para industrialização por conta e ordem do recorrente, a ação fiscal é nula, por insegurança na determinação da infração e do valor devido, conforme previsto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Deverá a repartição fazendária competente desenvolver ação fiscal junto ao estabelecimento comercial do recorrente, visando verificar a existência de crédito tributário a ser cobrado e, sendo o caso, efetuar o devido lançamento de ofício.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, decretar NULO o Auto de Infração, devendo a repartição fazendária competente providenciar ação fiscal junto ao estabelecimento do recorrente para verificar a necessidade da lavratura de novo Auto de Infração.

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, decretar **NULO** o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração nº 269133.0817/06-2, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo a repartição fazendária competente providenciar ação fiscal junto ao estabelecimento do recorrente para verificar a necessidade da lavratura de novo Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. PGE/PROFIS