

PROCESSO - A. I. Nº 207112.0408/07-4
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0389-04/07
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 20/05/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0110-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão baseada em fundamentos equivocados. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão. Decretada de ofício, NULA a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 4ª JJF, que julgou Procedente em Parte, o Auto de Infração em litígio, que imputa ao recorrente a falta 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 de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, desde que não possua regime especial.

A 4ª JJF, ao analisar a impugnação interposta às fls. 22/24 decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração sob os seguintes argumentos:

“Apesar de o autuado encontrar-se protegido em Medida Liminar de Mandado de Segurança, concedida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, para que “o pagamento do imposto seja calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais de operações”, ressalto que o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento, que no seu § único, II diz que, no caso de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situado neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G. Por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, diz 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 de 76,48%, 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).

Efetivamente, no presente processo o autuante calculou o débito sobre o valor real das mercadorias, com base na regra geral da substituição, em vez de adotar a base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, conforme determinado na liminar, como pode ser constatado no demonstrativo de débito de fl. 03.

Portanto, na presente autuação, o determinado pela medida liminar concedida no Mandado de Segurança que determinou ao fisco que se abstenha de exigir ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da IN nº 23/05, foi seguido à risca pela fiscalização, que calculou o imposto sobre o preço de operações com farinha de trigo destinada a contribuintes situados neste Estado.

Examinando o demonstrativo de fl. 03, verifico que os autuantes incorreram em equívoco ao estabelecer a base de cálculo e o valor do ICMS, posto que distintos dos valores constantes na NF e no CTRC.

Deste modo, efetuo as seguintes correções: em relação à base de cálculo para a cobrança da farinha de trigo, produto submetido ao regime da substituição tributária, conforme CTRC à fl. 14 e Nota Fiscal nº 003397 à fl. 11, no mesmo citada, deve ser considerado o valor de R\$ 24.400, constante no citado CTRC, por ser este o valor da mercadoria transportada e apreendida, somado ao valor de R\$6.800,00 (frete), acrescendo, a este resultado, a MVA de 76,48% prevista no artigo 506-A, § 2º, II, do RICMS/BA. Do débito apurado, deve ser deduzido o valor pago conforme DAE de fl. 012, no montante do ICMS de R\$ 2.440,00, resultando no ICMS devido de R\$ 4.736,49, conforme planilha a seguir:

VALOR DAS MERCADORIAS NO CTRC [A]	TOTAL FRETE CTRC [B]	FARINHA DE TRIGO + FRETE [A+B=C]	BC DA SUBS. TRIB. (ST) COM MVA DE 76,48 %[(A+B)x C =D]	IMPOSTO 17% [Dx17%=E]	CRÉDITO DESTACADO NF 3397 e CTRC Nº 341[F]	ICMS PAGO CONFORME DAE À FL. 12[G]	ICMS A RECOLHER (ST) [E-F-G =H]
24.400	6.800,00	31.200,00	55.061,76	9.360,49	2.184,00	2.440,00	4.736,49

Desta forma, considerando que a mercadoria farinha de trigo, objeto da lide, estava sujeita ao pagamento do imposto por antecipação na entrada neste Estado, ressalto, que o valor exigido de ICMS no lançamento em foco é inferior ao previsto na Instrução Normativa nº 23/05, recomendo que seja realizado novo procedimento fiscal para cobrar o valor remanescente, caso não seja mantido, ao final da apreciação judicial, o teor da liminar mencionada neste voto, concedida ao autuado.”

Quanto ao documento de arrecadação juntado à fl. 12, o seu valor foi abatido da base de cálculo do imposto, pois considerado crédito fiscal, juntamente com o valor destacado na Nota Fiscal nº 3397, fl. 11 do PAF.”

Irresignado com a Decisão proferida em primeira instância o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário repetindo, praticamente *ipsi literis*, as fundamentações trazidas na impugnação, aduzindo, em síntese que ingressou com Mandado de Segurança perante a 5ª Vara da Fazenda Pública, no qual foi proferida uma Decisão judicial, que determinou a abstenção do FISCO em exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo anexo I da Instrução Normativa nº 23/05 (pauta fiscal), concedendo ao sujeito passivo a possibilidade do pagamento do imposto com base sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações.

Diante das razões acima, assevera que o agente fiscal calculou o imposto de forma equivocada, uma vez que utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/2005, ou seja, em discordância com a Decisão judicial.

No seu opinativo a PGE/PROFIS, após relatar os fatos ocorridos na ação fiscal, destaca, inicialmente, que o cálculo do imposto realizado pelo autuante encontra-se correto, uma vez que foi utilizado como base de cálculo para a apuração do ICMS o valor da pauta fiscal, previsto na Instrução Normativa nº 23/05 e que todas as demais peças processuais encontram-se equivocadas, pois entendem que o FISCO está exigindo o imposto pela regra geral da substituição tributária.

Aduz, ainda, que a apuração do imposto fundada na pauta fiscal encontra-se regulamentada no § 2º, do art. 506-A, do RICMS/97, que o lançamento de ofício é ato vinculado e que a Decisão Judicial apenas tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito e não a sua constituição, razão pelo qual a presente ação fiscal fora lavrada corretamente.

Ao final, alega que o Sujeito Passivo ao recorrer ao Poder Judiciário renunciou o seu direito de recorrer na esfera administrativa, restando-se, portanto prejudicado o Recurso Voluntário, nos termos do art. 117 do RPAF, requerendo a remessa do PAF à PGE/PROFIS para que proceda à inscrição do recorrente na dívida ativa.

VOTO

Da análise dos presentes autos observo que a Decisão proferida em Primeira Instância deve ser anulada pelos fatos e motivos a seguir expostos.

O autuante ao efetuar o presente lançamento de ofício, o fez em consonância com o disposto no § 2º, do art. 506-A, do RICMS, utilizando como base de cálculo do ICMS o valor da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05.

Observo que no momento em que foi lavrado o Auto de Infração o sujeito passivo já se encontrava protegido contra a exigência do ICMS baseado na pauta fiscal, em decorrência de decisão judicial proferida em mandado de segurança.

De acordo com o art. 117 do RPAF e art. 126 do COTEB, o contribuinte que optar pela discussão do crédito fiscal no poder judiciário, desiste, conseqüentemente, da via administrativa.

Tendo em vista os fundamentos acima espojados, entendo que a decisão proferida pela JJF é nula de pleno direito, uma vez que o sujeito passivo optou por discutir o crédito fiscal através da via judicial, estando, portanto, a impugnação interposta em primeiro grau prejudicada, não podendo, portanto, ter a JJF proferido qualquer tipo de decisão de mérito acerca da autuação, quanto mais fazer qualquer tipo de alteração na presente ação fiscal.

Do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decreto a NULIDADE da Decisão de Primeira Instância, devendo os autos retornarem 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, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207112.0408/07-4**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Devolvam-se os autos à 1ª Instância para proferir nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS