

PROCESSO - A. I. Nº 281394.1107/06-3
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0110-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 30/06/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0163-12/08

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela extinção do processo administrativo fiscal em virtude da propositura de medida judicial pelo sujeito passivo. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, visto que houve alteração no valor da base de cálculo, sem que fosse reaberto o prazo legal para que o contribuinte apresentasse manifestação acerca dos fatos. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão que julgou Prejudicada a defesa referente ao Auto de Infração, lavrado em decorrência da falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária, relativamente à farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

O contribuinte apresentou defesa manifestando sua discordância quanto à pretensão do fisco estadual de cobrar o tributo antecipadamente, na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, com base de cálculo mínima, em se tratando de farinha de trigo adquirida de outros Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, em função dos valores constantes no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05. Diz que se insurgiu contra essa base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal, e, nesse sentido, conforme documentação anexa, com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00 sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, mais especificamente no que concerne ao seu Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida Medida Liminar para determinar que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante efetuar o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias. Pede que, por estar acobertado por Decisão judicial que o desobriga de utilizar como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no Anexo 1 da referida instrução, seja afastada a autuação em apreço.

O fiscal designado para prestar a informação observou que a única contestação ao lançamento efetuado é contra a utilização da pauta fiscal, tendo o contribuinte, inclusive, ajuizado Mandado de Segurança para que não fosse aplicada a pauta fiscal na determinação do tributo devido, ou seja, para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05. Observa que o fiscal autuante não demonstrou como obteve a base de cálculo adotada, mas, se esta fosse formada a partir da pauta fiscal, que é de R\$71,00 para farinha de trigo comum e de R\$76,76 para a especial, a base de cálculo seria de R\$60.926,00, e, por outro lado, caso

fosse formada pela aplicação de MVA de 76,48%, previsto no anexo 88 do RICMS, a base de cálculo seria de R\$54.894,10, sendo que a base de cálculo utilizada foi de R\$61.819,00, quantia esta que não tem correspondência com nenhum dos valores apontados. Diante disso, o fiscal informante fez um demonstrativo especificando os valores da Nota Fiscal e do Conhecimento de Transporte, a MVA (margem de valor agregado), a base de cálculo da substituição tributária, a alíquota, o imposto, o crédito e o valor a ser pago. Pelos seus cálculos, o imposto a ser lançado seria de R\$4.633,65. Transcreve trecho de ementa de uma Decisão da 1ª Junta, que em caso semelhante decidiu pela extinção do processo administrativo. Comenta os termos dos arts. 117 e 122 do RPAF, concluindo que a defesa está prejudicada e o processo administrativo está extinto, devendo ser enviado para inscrição em dívida ativa. Opina pela procedência parcial do lançamento.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O lançamento em discussão diz respeito à falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, neste Estado, relativamente a farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação, não signatária do Protocolo ICMS 46/00. Foi lançado imposto no valor de R\$ 6.202,88.

O contribuinte, antecipando-se à atuação fiscal, obteve liminar, nos autos da Ação de Mandado de Segurança nº 745334-8/2005, no Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca desta Capital, no sentido de que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo ao impetrante efetuar o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações.

Por conseguinte, o que o autuado pede, no presente processo administrativo, é que, por estar acobertado por Decisão judicial que o desobriga de utilizar como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no Anexo 1 da referida Instrução, seja afastada a autuação em apreço.

Os fatos não foram negados.

Não foram alegados vícios formais do procedimento.

Quanto aos aspectos jurídicos, estes se encontram “sub judice” no âmbito do Poder Judiciário, de modo que este Conselho deve abster-se de apreciar a matéria de direito, haja vista que, nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, 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.

Assim sendo, este processo administrativo deveria ser declarado extinto, e os autos seriam encaminhados à PGE/PROFIS para inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

No entanto, ao ser prestada a informação por auditor estranho ao feito, veio à tona um fato que precisa ser apreciado, em face dos princípios da verdade, da legalidade e da moralidade. O que está “sub judice” é a matéria de direito. Se os fatos não se subsumem aos aspectos jurídicos submetidos à apreciação pelo Judiciário, ou se existem erros materiais do procedimento, não se pode dizer que a matéria está “sub judice”. Erros de cálculo devem ser corrigidos, ainda que de ofício.

Com efeito, o funcionário designado para prestar a informação observou que o fiscal autuante não demonstrou como obteve a base de cálculo adotada. Trata-se de uma situação absurda, que poderia até implicar a anulação do procedimento, nos termos da Súmula CONSEF nº 1. O fiscal que prestou a informação assinala que, se a base de cálculo fosse formada a partir da pauta fiscal, que é de R\$ 71,00 para farinha de trigo comum e de R\$ 76,76 para a especial, seu valor seria de R\$ 60.926,00; por outro lado, caso fosse formada pela aplicação de MVA de 76,48%, previsto no anexo 88 do RICMS, a base de cálculo seria de R\$

54.894,10; no entanto, a base de cálculo utilizada foi de R\$ 61.819,00, quantia esta que não tem correspondência com nenhum dos valores acima apontados. Diante disso, o fiscal informante fez um demonstrativo especificando os valores da Nota Fiscal e do Conhecimento de Transporte, a MVA (margem de valor agregado), a base de cálculo da substituição tributária, a alíquota, o imposto, o crédito e o valor a ser pago. Pelos seus cálculos, o imposto a ser lançado seria de R\$ 4.633,65. Opina pela procedência parcial do lançamento.

Acato a sugestão do fiscal informante, quanto à correção do valor do imposto a ser lançado.

No que concerne ao direito aplicável ao caso, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinta a discussão no âmbito administrativo, de modo que os autos devem ser encaminhados à PGE/PROFIS para inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ficando este, contudo, com sua exigibilidade suspensa, aguardando a Decisão final do Judiciário.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, por se encontrar prejudicada, ficando extinto o processo administrativo, corrigindo-se, contudo, o valor do crédito tributário a ser lançado.”

O contribuinte apresenta Recurso Voluntário alegando que a Decisão recorrida não fez a melhor análise do caso em exame, pois inobstante restar-se claro o não impedimento à constituição do crédito tributário, forçosa é a constatação da ilegalidade da cobrança de multa e acréscimos moratórios, em face de não estar o recorrente em situação de inadimplência.

Ressalta que “o presente Recurso Voluntário, inobstante ater-se nos exatos termos da impugnação carreada à irresignação quanto a exigência de acréscimos moratórios e multa por infração, por não ter sido recolhido o imposto nos moldes determinados pela legislação tributária estadual, uma vez que o assunto encontra-se resguardado sob o manto do Poder Judiciário, prende-se também a esclarecer, face à plena contrariedade do r. acórdão exarado, que a impugnação e o mandado de segurança ajuizado não possuem o mesmo objeto”.

Considera absurda a declaração de “PREJUDICADA a defesa apresentada”, assim como absurda qualquer referência em acusar o recorrente de estar em mora ou inadimplente e, por isso, dela exigir valores relativos a acréscimos moratórios e multa por infração.

Concluindo, pergunta qual a mora do recorrente se o pagamento do imposto estava com a sua exigibilidade suspensa (art. 151, IV do CTN), e qual a infração que cometeu, passível de multa, se o procedimento está amparado em Decisão judicial.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, em extenso e fundamentado Parecer, manifesta o seu desacordo com a Decisão da JJE, por entender que a correção da base de cálculo sem a audiência do autuado importa em nulidade absoluta, que não pode ser sanada, devendo o auto ser refeito na Inspeção, ainda mais que se utilizou a regra geral da art. 506-A, sem observar a ressalva do final do § 2º.

Concluindo, recomenda que após a lavratura de novo auto, “com base no que dispõe o RPAF/99, art. 117 e segs., ante a existência de liminar em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido à PROFIS para que proceda sua inscrição na Dívida Ativa, “pois nesse momento, utilizando da base de cálculo corretamente prevista na legislação tributária, provocou resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, significando que renunciou ao seu direito de defesa administrativa”

O Procurador Assistente do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, apresenta a sua discordância com o Parecer da ilustre procuradora, fundamentando com as seguintes razões:

“Fácil se entremostra, arrimado na leitura da Decisão prolatada no MS declinado pelo autuado e o lançamento epigrafado, e, mais inda, na Decisão prolatada pelo órgão julgador ad que, que não existe similitude entre a pretensão veiculada no Writ, e o lançamento, porquanto, conforme expôs expressamente o relator do processo, a base imponível

encontrada pelo autuante não teve como lastro normativo o disposto na Instrução Normativa nº 23/05.

Nesse aspecto, entendendo não existir congruência entre o MS e o lançamento em epígrafe, opino pelo provimento do Recurso Voluntário para declarar a nulidade da Decisão de base, que ao deixar de apreciar a defesa apresentada pelo contribuinte, que também versa sobre a aplicação da multa e exigência de acréscimos moratórios, violou a garantia da ampla defesa a ao contraditório.

Diante do exposto, nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, opino pelo Provimento do Recurso Voluntário do autuado, tão-somente para que seja afastada a Decisão da 2ª. JF, determinando-se que os autos sejam devolvidos, a fim de que seja apreciada a questão de mérito suscitada e, além disso, a questão relativa à possibilidade de incidência da multa de ofício e dos acréscimos moratórios na constituição do crédito tributário, devendo a presente manifestação ser encaminhada ao colendo Conselho de Fazenda Estadual para ser submetida ao crivo desta CORTE JULGADORA.”

VOTO

Data máxima vênia, discordo do entendimento do ilustre procurador do Estado e acompanho o Parecer da ilustre procuradora, Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, pois antes da análise do mérito, como proposto, deve-se considerar a nulidade absoluta do Auto de Infração, já que o fiscal estranho ao feito inovou em sua informação ao alterar a base de cálculo do imposto, sem que fosse reaberto o prazo legal para manifestação do autuado, caracterizando-se, portanto, evidente cerceamento, do seu direito de defesa.

Em face do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ficando PREJUDICADA a apreciação do Recurso Voluntário, recomendando a lavratura de novo lançamento fiscal com a correção das irregularidades apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº **295308.0718/07-7**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Recomenda-se a lavratura de novo lançamento fiscal com a correção das irregularidades apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2008.

TOSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS