

A. I. N° - 207112.0408/07-4
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BARBOSA e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 10.09.2008

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JFF N° 0255-04/08

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A defesa administrativa não impugnou o mérito da autuação, haja vista que a questão é objeto de discussão no âmbito do Poder Judiciário. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com art. 117, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/04/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 5.605,10, e multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do 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.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 22 a 24, apresentando as seguintes alegações:

Insurge-se contra o método de cálculo adotado no lançamento, para efeito de antecipação tributária, relativamente ao trigo oriundo de Estados não-signatários do Protocolo 46/00, afirmando que o mesmo teria sido obtido, equivocadamente, com base na pauta fiscal prevista na IN 23/2005.

Em face de tal procedimento, impetrou mandado de segurança, tendo obtido como resultado a concessão de liminar determinando que o Estado se abstinhasse de exigir o imposto, autorizando o autuado a fazer o recolhimento com base de cálculo avaliada pelo preço da operação ou preço real do trigo praticado sem incidência de margem de valor agregado.

Sendo assim, requer seja a empresa desobrigada da apuração do imposto fundada em pauta fiscal, com a conseqüente improcedência do presente Auto de Infração.

Auditor fiscal designado para tal mister, presta informação fiscal, fls. 32 a 34, nos seguintes termos:

Assevera que a defesa está em total descompasso com a ação fiscal, haja vista que o débito fiscal “foi reclamado com a base de cálculo formada pela aplicação do MVA do Anexo 88 do RICMS/BA sobre o valor da operação”, desta maneira alegando que o procedimento se realizou em consonância com a decisão judicial.

Argumenta que a base de cálculo foi apurada sobre a nota fiscal de n° 3397, e CTCR 341, relativa a farinha de trigo, com fulcro no artigo 61, II, do RICMS/BA, assim como que o valor pago espontaneamente, R\$ 2.440,00, “não corresponde ao imposto calculado a partir da base de cálculo formada pela aplicação da MVA prevista no Anexo 88, mas com base no instituto da antecipação parcial”, ressaltando que o mesmo não tem previsão legal para o trigo.

Ademais, aduz, em caráter conclusivo, que a empresa não recolheu o imposto pelo critério que afirma ser o correto, se recusando, assim, a acatar a decisão judicial que lhe foi provisoriamente favorável e, por fim, que o autuado apresenta defesa incompatível com o procedimento adotado.

Ante o exposto, opina pela procedência do presente Auto de Infração, transcrevendo as ementas dos acórdãos 0161-01/07 e 0132-01/07, ambos proferidos pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

O presente Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, em 20 de dezembro de 2007, Acórdão JJF nº 0389-04/07, (fls. 37 a 39), tendo sido objeto de Recurso Voluntário, no qual, irresignado com a Decisão proferida, o contribuinte apresentou as mesmas fundamentações, asseverando que ingressou com Mandado de Segurança, cuja liminar concedida determinou que o fisco não exigisse o ICMS calculado com base nos valores constantes do Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, concedendo – lhe o direito do pagamento do imposto com base no preço real das mercadorias, conforme notas fiscais das operações. Ressalta que o autuante calculou o imposto de forma equivocada, pois utilizou a pauta fiscal, em discordância com a Decisão judicial.

No opinativo da PGE/PROFIS, fls. 58 a 62, a Douta Procuradora ressalta que “o cálculo do imposto realizado pelo Autuante, pois diferentemente de todos os outros autos de infração este está sendo o primeiro em que me deparo com a aplicação correta da regra da legislação tributária pertinente, ou seja, o autuante aplicou para a base de cálculo do ICMS devido nessa operação o valor de pauta fiscal, previsto na Instrução Normativa n.23/05.” Portanto, tendo sido utilizada a base de cálculo prevista para a operação objeto da autuação, prevista no art. 506-A, § 2º, do RICMS/97, e sendo dever do preposto fiscal aplicar a legislação tributária, e a decisão liminar tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição.

Conclui que o presente auto de infração, com base no art. 117 e segs. do RPAF/99, ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido à PGE PROFIS para que proceda a sua inscrição em Dívida Ativa, pois a resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, significou renúncia ao seu direito de defesa administrativa.

A 2ª Câmara no Acórdão CJF Nº 0110-12/08, fls. 64 a 66, decidiu pela nulidade da decisão recorrida, vez que o sujeito passivo optou por discutir o crédito tributário na via judicial, não podendo a Junta ter proferido qualquer tipo de decisão de mérito acerca da autuação, quanto mais fazer qualquer tipo de alteração na ação fiscal, devolvendo-se os autos à 1ª instância para proferir nova decisão.

VOTO

O Auto de Infração trata da exigência do ICMS devido por antecipação tributária decorrente de aquisição de mercadorias (farinha de trigo) enquadradas no regime da substituição tributária, oriunda do Estado do Paraná, não signatário do Protocolo ICMS nº 46/00.

Na peça defensiva está exposto que o contribuinte teve deferida Medida Liminar para determinar que o Erário Público “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”.

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 parágrafo 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 com base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, como pode ser constatado no demonstrativo de débito de fl. 03.

Saliento o opinativo da PGE/PROFIS, fls. 58 a 62, no qual a Douta Procuradora ressalta que “o cálculo do imposto realizado pelo Autuante, pois diferentemente de todos os outros autos de infração este está sendo o primeiro em que me deparo com a aplicação correta da regra da legislação tributária pertinente, ou seja, o autuante aplicou para a base de cálculo do ICMS devido nessa operação o valor de pauta fiscal, previsto na Instrução Normativa n.23/05.” Portanto, tendo sido utilizada a base de cálculo prevista para a operação objeto da autuação, prevista no art. 506-A, § 2º, do RICMS/97, e sendo dever do preposto fiscal aplicar a legislação tributária, e a decisão liminar tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição. Conclui que o presente auto de infração, com base no art. 117 e segs. do RPAF/99, ante a existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, deve o PAF ser remetido à PGE PROFIS para que proceda a sua inscrição em Dívida Ativa, pois a resistência do contribuinte e sua opção pela discussão na via judicial, significou renúncia ao seu direito de defesa administrativa.

Consoante manifesto entendimento da PGE/PROFIS, acima, tendo o sujeito passivo escolhido a via judicial, extingue-se o processo administrativo nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, devendo o PAF ser remetido a PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada, aguardando a decisão final transitada em julgado no âmbito do Poder Judiciário.

Ressalto que a referida 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”, teve seus efeitos cassados, em Suspensão de Execução de Liminar em Mandado de Segurança nº 27566-7/2008, de Salvador, Tribunal Pleno, em 30 de maio de 2008.

Em conclusão, 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, conforme determinações do art. 117 do RPAF/99.

Em conclusão, entendo que a defesa resta prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **207112.0408/07-4**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR