

PROCESSO - A.I. Nº 000826353-1/98
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e D.G.M. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - D.G.M. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0433-03/02
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 26.03.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0084-11/03

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NA AQUISIÇÃO DE FARINHA DE TRIGO. O lançamento tributário sob análise foi efetivado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, sem que fosse lavrado o respectivo Termo de Apreensão de Mercadorias, conforme previsto pela legislação tributária vigente. Modificada a Decisão Recorrida. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/05/98, exige ICMS no valor de R\$ 69.185,38, em razão do recolhimento a menos do imposto, devido por substituição tributária, consoante o que determina a Instrução Normativa nº 84/97, referente à importação de 12.040 sacos de farinha de trigo da Argentina, conforme Notas Fiscais de entrada nºs 000029 e 000044, de 02/04/98.

Foi lavrado o Termo de Encerramento de Fiscalização, à fl. 2, datado de 18/05/98.

O autuado, através de sua advogada, apresenta impugnação, às fls. 15 a 23, inicialmente requerendo a nulidade da autuação sob alegação de que, tanto o Termo de Apreensão de Mercadorias, como o Termo de Início de Fiscalização, não foram lavrados. Observa que se trata de Auto de Infração lavrado no trânsito, citando o art. 945, do RICMS/97 e artigos 18 e 34, I, do RPAF/81.

No mérito, afirma que o comportamento da empresa se enquadra perfeitamente no disposto no art. 58, I do RICMS/97. Entende que a pauta fiscal fixada pela Instrução Normativa nº 84/97 não se aplica à situação, haja vista o que prevê o art. 73, parágrafo 2º, II, do RICMS/97, o qual transcreve. Aduz que se trata de comerciante e que tem obedecido ao que consta no regulamento, inclusive adicionando a margem de valor adicionado (MVA) constante no item 10 do anexo 88 (120%). Diz que tal previsão está disposta nos artigos 61 e 65 do já mencionado regulamento, e que cumpre também as normas estabelecidas no art. 506, parágrafo 2º, do mesmo. Considera que a citada Instrução Normativa não pode se sobrepor ao Decreto nº 6.284/97, e que teria direito a redução de 29,41%, aplicada à base de cálculo, por força de Tratado Internacional (GATT e Mercosul). Afirma que na importação em lide foi recolhido o ICMS cabível no desembarque aduaneiro e no primeiro Posto Fiscal do percurso no total de R\$ 70.956,54, conforme cópias de DAEs, à fls. 29 e 30. Ao final, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em informação fiscal (fl. 50), inicialmente esclarece que a ação fiscal iniciou-se com a expedição de ordem de serviço, e que o A.I. foi lavrado no Posto Fiscal Porto de Malhado com data de ocorrência no dia 31/03/98, tendo em vista que esta foi a data do desembarque aduaneiro. Aduz que o presente processo exige imposto referente à diferença entre o ICMS, devido por substituição tributária, destacado no documento fiscal e recolhido, com o ICMS efetivamente devido. Expõe que o autuado está confundindo o recolhimento do ICMS normal no valor de

R\$31.661,52, referente à aquisição da mercadoria importada, como o ICMS devido por substituição relativo às vendas em operações subsequentes. Ao final, pede a manutenção da autuação.

O Representante da PROFAZ, à fl. 52-verso, solicitou que o PAF retornasse à INFRAZ de Origem, para que o autuante prestasse a informação fiscal, de acordo com o que determina o art. 42, do RPAF/81.

O autuante voltou a se manifestar, à fl. 54, ratificando seu pronunciamento inicial e acrescentando que a documentação necessária para a constatação da materialidade do fato foi apresentada pelo autuado, para que fosse autorizada a liberação pela Repartição Fazendária das mercadorias importadas. Ao final, concorda com o autuado quando este afirma em sua peça defensiva que recolheu no desembarço aduaneiro o montante de R\$ 70.956,54 de ICMS.

A 3^a JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatá o seguinte voto:

“O presente processo exige ICMS em razão da constatação do recolhimento a menor do imposto, devido por substituição tributária, consoante o que determina a Instrução Normativa nº 84/97, referente à importação de 12.040 sacos de farinha de trigo da Argentina, conforme Notas Fiscais de entrada nºs 000029 e 000044, de 02/04/98.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada, haja vista que apesar do autuante ter utilizado formulário próprio para autuação no transito de mercadorias (modelo 2), a presente ação fiscal se caracteriza como uma autuação típica de comércio. A referida ação, datada de 18/05/98, refere-se a pagamento a menor do ICMS em importação, cuja mercadoria adentrou no estabelecimento do autuado em 02/04/98 mediante as Notas Fiscais de Entrada nºs 00044 e 00029, e dessa forma, jamais poderia ter sido realizada no transito de mercadorias. Nestas circunstâncias não há obrigatoriedade da lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias.

A falta do Termo de Início de Fiscalização, também não tem o condão de tornar nulo o lançamento, já que o procedimento fiscal foi iniciado com a lavratura do Auto de Infração e encerrado com a lavratura do Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 02), de acordo com o que determinam os artigos 23, IV, e 33, §2º, do RPAF/81, vigentes à época.

Quanto ao questionamento sobre a validade da Instrução Normativa nº 84/97, pelo que dispõe o art. 167, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, da análise dos elementos que compõem o PAF, verifica-se que a base de cálculo para cobrança do imposto em questão está claramente definida no art. 73, §5º e 506 do RICMS/97, sendo adotado o valor constante da pauta fiscal fixada pela Instrução Normativa nº 84/97 (fl. 3), em face do preço declarado pelo contribuinte ter sido inferior ao de mercado.

No entanto, retifico o cálculo efetuado pelo autuante, haja vista que o mesmo não concedeu ao autuado o crédito relativo ao ICMS normal pago, através dos DAE's acostados às fls. 5 e 6, devendo o valor a ser exigido obedecer a seguinte demonstração:

Base de Cálculo conforme Instrução Normativa nº 84/97 – 12.040 sacos x 53,00	= 638.120,00
ICMS devido (17%)	= 108.480,40
Crédito referente aos DAE's (fls. 5 e 6)-ICMS importação	= (31.661,52)
Crédito referente aos DAE's (fls. 5 e 6)-ICMS antecipado	= (39.295,02)

Imposto a ser exigido	= 37.523,66

Portanto, fica evidenciado que o autuado deveria ter recolhido o valor de R\$ 76.818,88 (108.480,40 – 31.661,52), referente ao imposto devido por substituição tributária, ao passo que só recolheu o valor de R\$ 39.295,02, restando uma diferença a recolher de R\$ 37.523,86.

Ressalto, ainda, que a redução de 29,41%, mencionada pelo autuado, conforme dispõe o item 3 da Instrução Normativa nº 084/97, é exclusiva para estabelecimentos industriais, o que não é o caso do autuado, situados neste Estado e em operações internas.

Do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, devendo a ser exigido o valor de R\$ 37.523,66”.

A seguir recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0433-03/02.

Chama a atenção dos conselheiros para o fato de que a 3^a JJF não fez a melhor análise do caso sob exame, e evitou enfrentar a nulidade argüida na peça defensiva.

Argui o princípio da verdade material, pois, a falta de lavratura do Termo de Apreensão fez com que os membros da 3^a JJF, entendessem que o lançamento foi de comércio e não de trânsito como realmente foi.

Transcreve trechos da segunda informação fiscal, como também pede que se observe o espaço onde o autuado deveria assinar o Auto de Infração, no qual consta a observação colocada pelo próprio autuante de que: “Não assinou por não possuir representante presente à lavratura”. Observar ainda que a mercadoria foi liberada em 02/04 no Porto de Malhado – Ilhéus, conforme carimbos no corpo das Notas Fiscais de Entrada nºs 011063 e 011064 emitidos pela Cia Docas da Bahia datadas de 01/04/98.

Perquira qual a razão do Termo de Encerramento de fiscalização e lavratura do Auto de Infração estarem com a data de 18/05/98, se a ocorrência do fato se deu em 31/03/98?

Transcreve o artigo nº 945 do RICMS/97 para fundamentar a negativa ao seu direito de espontaneidade, em face da ocorrência do lapso temporal de 48 dias entre a ocorrência do fato e a lavratura do termo de apreensão e do Auto de Infração pelo autuante.

Ratifica os demais fundamentos quanto à Nulidade e também em razão de mérito, apresentados na petição recursal anterior.

Espera o Provimento do Recurso Voluntário para que seja declarada a Nulidade ou a Improcedência deste Auto de Infração.

A PROFAZ analisa as razões expendidas, considera presentes argumentos jurídicos para provocar revisão parcial do Acórdão Recorrido, fundamenta a inexistência dos Termos de Apreensão de Mercadorias ou de Início de Fiscalização, e opina pelo Provimento do Recurso Voluntário para se julgar Nulo o procedimento fiscal.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o opinativo da PROFAZ exarado à folha nº 76 dos Autos.

Analizando detalhadamente as peças processuais, como também a informação fiscal exarada a folha nº 50 deste processo, não me resta a menor dúvida de que o procedimento fiscal ocorreu no trânsito de mercadorias.

Ainda que restasse dúvida, se o mesmo ocorreu no estabelecimento do autuado, inexistem no processo, os Termos de Início de Fiscalização e o Termo de Intimação para Apresentação de Documentação fiscal, expressamente previstos pelos artigos 26, I, II e III, e 28 I, II, III e IV do RPAF/99.

Não me cabe neste momento presumir fatos ou situações, por isso, peço *venia* para divergir da nobre e competente 3^a JJF, adotar integralmente o Parecer da PROFAZ, e votar pelo PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e julgar NULO o procedimento fiscal, recomendando à INFRAZ competente o refazimento da ação fiscal, imune de vícios ou equívocos, a menos que o contribuinte tenha recolhido espontaneamente o tributo devido.

Quanto ao Recurso de Ofício, o mesmo resta PREJUDICADO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº **008263531/98**, lavrado contra **D.G.M. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. PROFAZ