

PROCESSO - A. I. Nº 019144.1103/03-0
RECORRENTE - AGAPÉ DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA. (ME)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão da 3ª JF nº 0075-03/04
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 03.06.04

2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0103-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. O autuado não foi intimado da informação fiscal que aduziu fato novo acerca da base de cálculo da autuação. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento para proferir nova decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$10.329,54, em decorrência da constatação de mercadorias - farinha de trigo - enquadradas na Portaria nº 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, desde que não possua regime especial.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, analisou e rejeitou a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, salientando que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais e que não observou erro ou vício que possa decretar a sua nulidade.

Aduziu que, conforme informação do autuante, não houve a necessidade de testemunhas porque o Termo de Apreensão e o Auto de Infração foram assinados pelo representante legal da empresa, o mesmo outorgante que nomeia e constitui os advogados do recorrente.

Quanto ao critério utilizado pela fiscalização para compor a base de cálculo, disse que foi utilizado o valor fixado em Pauta Fiscal, atendendo o disposto no art. 506-A, caput e § 2º, II, (RICMS/97) e a Instrução Normativa nº 63/02 e considerada a quantidade total da mercadoria apreendida, superior a da nota fiscal apresentada.

O recorrente, por seu advogado, interpôs Recurso Voluntário primeiro discorrendo sobre o desacerto do acórdão recorrido no entendimento da aplicação da pauta fiscal, que discrimina a compra da mercadoria quando proveniente de Estado não signatário do Protocolo 46/00, quanto ao valor mínimo e a alíquota, e se o cálculo se desse pelo Anexo II (privativo para os Estados signatários), a situação seria muito mais benéfica para o autuado.

Afirma que a Instrução Normativa 63/02 não poderia fazer distinção entre mercadoria oriunda de um Estado da Federação em detrimento de outro, pois tal procedimento fere o princípio federativo da não discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens, consagrado no Art. 152 da Constituição Federal.

Cita e transcreve doutrina sobre o tema.

Ao final requer a reforma da Decisão recorrida para que seja julgada Nula, porque a Instrução Normativa 63/02 não fez parte do Auto de Infração, o que limitou o direito de defesa do autuado, a ponto do referido acórdão afirmar que “no mérito, o autuado não se manifestou” e que isso foi causado pela omissão da autuação que não demonstrou, “com segurança”, quais foram os critérios para encontrar a base de cálculo, e isto só foi feito depois pelo autuante.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, aponta que a recorrente traz os mesmos argumentos apresentados em sua manifestação inicial e a questão de nulidade da autuação em razão de defeito no Termo de Apreensão.

Entende que não há de se falar de cerceamento de defesa pelo fato de ter sido mencionado apenas agora a Instrução Normativa nº 63/02, pois esta é a própria fundamentação da lavratura do Auto de Infração em relação à sua base de cálculo.

Com relação ao mérito, disse que o recorrente repete também os argumentos suscitados anteriormente e que fica evidente o reconhecimento do cometimento da infração, rebatendo apenas a questão da pauta fiscal para a base de cálculo da autuação, observando que esses argumentos são frágeis e todos rebatidos pelo julgamento de Primeira Instância.

Dessa forma, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Verifico que o item objeto do Recurso Voluntário diz respeito ao julgamento de Primeira Instância que manteve Procedente a exigência de ICMS, em decorrência da constatação de mercadorias - farinha de trigo - enquadradas na Portaria nº 270/93, procedentes de outros Estados, sem o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

O recorrente requer a reforma da Decisão recorrida para que seja julgada Nula, porque a informação da utilização dos critérios fixados pela Instrução Normativa nº 63/02 para determinar a base de cálculo da autuação não foi explicitada no Auto de Infração, o que teria limitado o direito de defesa do autuado.

Entendo que razão assiste ao recorrente, pois a informação fiscal, às fls. 21/22, aduziu fato novo acerca da determinação da base de cálculo da autuação e o conforme dispõe o Art. 127, § 7º, do RPAF/97, o que deveria ter sido dada ciência ao autuado, observando o disposto no § 1º do art. 18 do citado Regulamento, com abertura de prazo para manifestação do contribuinte.

Desse modo, a decisão *a quo* foi proferida com preterição do direito de defesa do recorrente e, portando, deve ser anulada conforme determina o inciso II do retrocitado artigo 18.

Assim, ao recorrente deverá ser reaberto o prazo inicial de defesa de 30 dias para impugnação do lançamento uma vez que já tomou ciência dos critérios utilizados pelo autuante para estabelecer a base de cálculo do Auto de Infração em lide.

O voto, portanto, é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para decretar a NULIDADE da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração **nº 019144.1103/03-0**, lavrado contra **AGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser devolvidos os autos à Junta de Julgamento para proferir nova decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS