

PROCESSO - A. I. Nº 09319786/05
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0377-02/05
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 06.06.06

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0178-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DIVERGÊNCIA ENTRE MERCADORIA INDICADA NO DOCUMENTO FISCAL E AQUELA EFETIVAMENTE APREENDIDA. Se o documento fiscal indica mercadoria divergente daquela apreendida, a autuação deveria contemplar a hipótese de mercadoria transportada desacompanhada de documento fiscal ou acompanhada de documento fiscal inidôneo. A ausência de pagamento do ICMS na primeira repartição fazendária do Estado, por óbvias razões, consiste em infração aplicável aos bens transportados acompanhados de notas fiscais idôneas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Declarado, de ofício, **NULO** o Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto da Decisão proferida pela 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0377-02/05), que concluíra pela Procedência Parcial do Auto de Infração em comento, lavrado em 09/05/2005, para exigir o pagamento da quantia de R\$6.100,68, relativo ao ICMS devido, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada, à época da autuação, a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na primeira repartição fiscal do percurso, referente a farinha de trigo procedente do Estado do Paraná, conforme Nota Fiscal de fl. 4.

A Decisão recorrida fundamenta-se, basicamente, nos seguintes pontos:

1. A alegação de inconstitucionalidade não pode ser apreciada pela JJF, por não se incluir na esfera de competência desse órgão julgador;
2. Inexiste qualquer defeito na capitulação legal do fato, tendo sido, os dispositivos legais, apontados adequadamente. A ausência de referência no que concerne ao Protocolo 46/00 “*não constitui cerceamento de defesa, uma vez que a descrição da infração constatada foi feita de forma satisfatória, tanto que o autuado cogitou a possibilidade de ser apurada a base de cálculo por meio da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 63/04*”, nos dizeres da JJF.
3. No mérito, a Decisão assevera que, quando se trata de operações com trigo em grãos e farinha de trigo, na forma do art. 371, do RICMS/97, que trata da antecipação tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e o Estado de onde provenha a mercadoria, que preveja a retenção do ICMS, devem ser observadas as regras contidas no art. 506-A a 506-G, do mesmo Regulamento.
4. Assim sendo, o art. 506, §2º, I, do RICMS/97, estabelece que, em se tratando de trigo em grãos, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, a base de cálculo para cobrança do imposto deve ser o valor da operação realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido do frete, seguro, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se

a MVA de 94,12%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolos 26/92 e 46/00).

5. O art. 61, II, “a”, item 11, do RICMS/97, também regula a aferição da base de cálculo em casos que tais, estabelecendo o valor da operação acrescido de MVA para a mercadoria, como previsto no Anexo 88, do RICMS/97.
6. A Instrução Normativa nº 23/05 não é aplicável à operação em análise, tendo em vista que a mercadoria transportada consiste em trigo em grãos, não havendo pauta fiscal para esta mercadoria. Assim, o cálculo do imposto deve ser efetuado na forma do art. 61, II, “a”, do RICMS/97, tomando-se por base o valor constante do documento fiscal, acrescido de margem de valor adicionado, o que implica num ICMS devido no importe de R\$2.688,44.

No prazo legal, o autuado interpusera Recurso Voluntário, insurgindo-se, apenas e tão somente, com relação à base de cálculo supostamente apurada por meio de pauta fiscal. Alegou, ainda, o recorrente, ter impetrado Mandado de Segurança perante a 4ª Vara da Fazenda Pública, tendo-lhe sido deferida liminar, no sentido de que o Fisco se abstivesse de exigir o ICMS na forma da Instrução Normativa nº 23/05, “*permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre preço real das mercadorias*”.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 65, opinou pela realização de diligência, no sentido de que fosse colacionado aos autos cópia do Mandado de Segurança mencionado na peça de Recurso Voluntário, para aferição da Prejudicialidade do Recurso Voluntário interposto, em razão da existência de lide judicial tratando da mesma matéria abordada no PAF.

Este Conselho de Fazenda, todavia, analisando o opinativo da PGE/PROFIS, concluiu pelo seu indeferimento, em razão da mercadoria tratada no Auto de Infração não estar acobertada por qualquer pauta fiscal (Trigo em Grãos), não se aplicando, *in casu*, a Instrução Normativa nº 23/05. Assim sendo, não há relação alguma entre o Mandado de Segurança Interposto e o Auto de Infração em comento.

Em novo Parecer opinativo, a PGE/PROFIS advogou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, em razão do cálculo do imposto não ter sido realizado com base em pauta fiscal, mas sim na forma do art. 506-A, RICMS/97.

VOTO

Após análise dos autos, verifica-se que o presente Auto de Infração está contaminado de vício insanável, do que decorre a sua absoluta nulidade.

Quando da descrição da infração supostamente cometida, o agente fiscal fizera constar o seguinte texto:

*“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição Fazendária ou da Fronteira ou do percurso sobre 47.000 Kg (quarenta e sete) **de trigo em grãos**, adquiridos para comercialização, conf. NF nº 6276 de 30-04-2005 proc. de outra unidade da Federação”. (sic).*
Grifos da transcrição.

Do Termo de Apreensão, de seu turno, fizera constar, o agente fiscal, que a mercadoria apreendida consiste em “**Farinha de Trigo**”, apondo a seguinte observação:

*“Refere-se a 47.000 Kg de **Trigo em Grãos** da NF do produtor nº 6276 de 30.04.2005”. (sic).*
Grifos da transcrição.

Após a concessão de Decisão liminar em Mandado de Segurança (fls. 18 a 22), o recorrente obtivera êxito na liberação das mercadorias apreendidas. Para tanto, foram emitidas autorizações, pelo recorrente, e Termos de Liberação, pelo preposto fiscal lotado no Posto Fiscal Benito Gama.

Em todos estes documentos (fls. 13 a 16), ***constou claramente que a mercadoria transportada e apreendida tratava-se de FARINHA DE TRIGO, e não TRIGO EM GRÃOS.***

Evidente, portanto, que o agente fiscal laborou em manifesto equívoco ao indicar como infração a ausência de recolhimento do tributo na primeira repartição Fazendária da Bahia, eis que se tratava, em verdade, de mercadoria *desacompanhada de documento fiscal* ou *acompanhada de documento fiscal inidôneo*. Isto porque o contribuinte jamais poderia pretender acobertar o transporte de FARINHA DE TRIGO, fazendo uso de um documento fiscal que contempla, em seu bojo, bem diverso, qual seja, TRIGO EM GRÃOS.

As alegações contidas na peça de Recurso Voluntário, com a devida licença, são absolutamente inaplicáveis ao caso. Ainda que a mercadoria transportada de fato correspondesse àquela indicada no documento fiscal (TRIGO EM GRÃOS), a alegação da impossibilidade de utilização de pauta fiscal é pertinente, apenas, quando a mercadoria transportada consiste em FARINHA DE TRIGO, o que não seria o caso dos autos.

Todavia, impossível fechar os olhos à irregularidade formal indicada no início deste voto, no que concerne ao equívoco quanto à descrição da infração, impondo-se, pois, o seu reconhecimento de ofício e conseqüente declaração de nulidade do Auto de Infração, na forma do art. 18, IV, “a”, c/c o art. 20, ambos do RPAF.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Reconhecendo, entretanto, a existência de vício formal insanável, declaro a NULIDADE do Auto de Infração, na forma ao art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 09319786/05, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS