

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-01/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TERMO DE APREENSÃO INEFICAZ. FALTA DE LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. A autuação, efetuada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, baseia-se em Termo de Apreensão ineficaz, por terem sido apreendidas mercadorias diversas das que realmente se encontravam em trânsito. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/08/2006, exige ICMS no valor de R\$ 4.443,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento de ICMS na entrada do Estado, sobre trigo em grãos e farinha de trigo, adquiridos para comercialização de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00. No campo “Descrição dos Fatos”, é dito que se trata de recolhimento a menos do imposto referente à antecipação tributária, por contribuinte descredenciado, conforme Notas Fiscais 957, 958, 959, 960 e 12.990, bem como dos CTRCs [conhecimentos de transporte rodoviário de cargas] 386 e 387. Consta, ainda, que foi considerado como crédito o valor pago através de DAE [documento de arrecadação estadual].

O imposto reclamado, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº. 269133.0801/06-9, constante às fls. 05/06 dos autos, se refere a 310 sacos de farinha de trigo, constantes das Notas Fiscais 957 e 958, além de 35 toneladas de trigo em grãos consignados na Nota Fiscal nº 12.990, que foram industrializadas, conforme nota de despesas de industrialização nº 960.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 29 a 31, destacando, inicialmente, que no intuito de comprar farinha de trigo oriunda de estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências contidas no Anexo 01 da Instrução Normativa nº. 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4^a Vara da Fazenda Pública, que, através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9^a Vara, em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (fl. 35), para determinar que “*se abstinha 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*”.

Solicita 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 Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal (fls. 40 a 43), 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 fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº. 23/05, tendo obtido liminar.

Diz que a base de cálculo foi apurada segundo o artigo 61, inciso II do RICMS/BA, sendo reclamada a diferença sobre o valor recolhido, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7014/96.

Afirma que o contribuinte recolheu espontaneamente o imposto no valor de R\$ 2.020,00, que não corresponde àquele calculado na ação fiscal, portanto não recolheu o ICMS pelo critério que argumenta ser o correto e para o qual obteve liminar, posto que a decisão judicial, mesmo provisória, não poderia afastar a substituição tributária incorporada à Constituição Federal desde a emenda nº. 3. A liminar, segundo ele, permite que o contribuinte recolha o imposto sobre o valor da operação real praticada, significando apenas que o Estado deveria se abster de formar a base de cálculo a partir de valores arbitrados como é a pauta fiscal, não lhe sendo concedida a isenção.

Entende o informante que o produto para o qual o contribuinte obteve liminar foi a farinha de trigo. Assim, como a liminar concedida não corresponde a trigo em grãos, ela não guarda relação com o Auto de Infração lavrado, sendo essa parte procedente, porém com as seguintes ressalvas:

1) devido à ação fiscal ser sobre o trigo em grãos na base de cálculo não deveria constar as despesas de industrialização, mas apenas o valor referente à aquisição de trigo em grãos mais o rateio do frete, da seguinte forma: valor da Nota Fiscal 12.990 relativa a trigo em grãos (R\$ 10.850,00), somado ao frete no valor de R\$ 3.690,00. Sobre esse total aplicar a MVA [margem de valor acrescido] de 94,12%, obtendo a base de cálculo da antecipação de R\$ 28.225,05, aplicando sobre esta base a alíquota de 17%, sendo deduzido do valor resultante os créditos rateados do frete, das Notas Fiscais 12.990 e 960 e do DAE pago, sendo desconsiderado o crédito da Nota Fiscal 960, por não fazer parte do cálculo;

2) o imposto calculado dessa forma deveria ter sido recolhido à época do recebimento da nota fiscal de aquisição do trigo em grãos, sendo, por esse motivo, a data de ocorrência o último dia do mês da aquisição, isto é, 28/02/2006, o que significa que no cálculo faltam os acréscimos moratórios;

3) não deveria ter sido feita a antecipação do imposto sobre a farinha de trigo, mas sim sobre o trigo em grãos que encerraria a fase de tributação. As dificuldades resultaram da ação fiscal ter sido realizada no trânsito, sobre trigo em grãos que já havia sido transformado em farinha de trigo, daí decorrendo a inconsistência da ação fiscal, com a apreensão de mercadoria diversa. Observa, entretanto, que tendo a irregularidade sido constatada no trânsito, o autuante agiu com o instrumento que dispunha, para assegurar o pagamento do imposto devido.

Acrescenta que tendo em vista que o Auto de Infração também exige o ICMS relativo à farinha de trigo, deve ser aplicada a MVA de 76,48%, para se obter o valor do imposto, como segue: somando ao valor das Notas Fiscais 957 e 958 (R\$ 8.370,00) aquele relativo ao frete (R\$ 2.318,00), aplicando a MVA de 76,48% se obtém a base de cálculo de R\$ 18.848,06, chegando-se ao imposto devido de R\$ 1.625,09, após deduzido o crédito de R\$ 1.579,08.

Dessa forma, o valor total do débito, já considerado o pagamento espontâneo é de R\$ 4.231,73.

VOTO

No caso em tela, foi exigida a complementação do recolhimento do ICMS relativo à aquisição de trigo em grãos e derivados, para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº. 46/00, e por não possuir o destinatário regime especial.

Observo, entretanto, que a ação fiscal contém falhas formais, que se mostram insanáveis.

No Termo de Apreensão consta a informação de que teriam sido apreendidas as seguintes mercadorias: farinha de trigo, trigo em grãos e mistura de farinha de trigo.

Analizando os documentos acostados aos autos, noto que:

a) a empresa Moinho Xanxerê Indústria e Comércio Ltda., estabelecida em Santa Catarina, através da Nota Fiscal 12.990 (fl. 12), vendeu 35.000 kg de trigo em grãos ao contribuinte R.C.

Moreira Comercial Ltda., situado na Bahia, fazendo constar no corpo do documento que a mercadoria seria entregue na empresa Consolata Alimentos Ltda., no Estado do Paraná;

b) a empresa Consolata Alimentos Ltda., tendo efetuado a industrialização do trigo em grãos recebido em seu estabelecimento, o transformou em farinha de trigo, emitindo a Nota Fiscal 960 (fl. 11) faturando a industrialização efetuada e mencionando no corpo do documento a Nota Fiscal 959 (fl. 10), emitida por ela própria e relativa ao retorno simbólico do trigo em grãos, além das Notas Fiscais 957 e 958, relativas à remessa de 310 sacos de farinha de trigo (15.500 kg), produto da industrialização.

Desse modo, constato que o Termo de Apreensão não corresponde à realidade dos fatos, haja vista que apreendeu coisas inexistentes e que não se encontravam em trânsito, ou seja, trigo em grãos e mistura de farinha de trigo, pois o trigo em grãos adquirido em Xanxerê-SC, vendido pela empresa Moinho Xanxerê Ind. e Com. Ltda., adquirido pelo autuado, já havia sido transformado em farinha de trigo em Cafelândia-PR, pela empresa Consolata Alimentos Ltda.

Como o Termo de Apreensão não é meramente um instrumento formal, constitui-se num documento que deve refletir a verdade e, sendo assim, a mercadoria a ser apreendida tem de ser aquela que, fisicamente, é encontrada no exato momento da ação fiscal.

No caso em exame, diante de uma carga de farinha de trigo, somente e exclusivamente poderia ser apreendida a própria farinha de trigo, e não, além disso, o trigo em grãos de cuja industrialização resultou a farinha, nem a igualmente inexistente mistura de farinha de trigo. Não se pode confundir a matéria-prima com o produto dela resultante, nem apreender a matéria-prima e o produto da industrialização.

O Auditor Fiscal que prestou a informação chegou à conclusão de que deveria ter sido feita a antecipação do imposto tanto sobre a farinha de trigo, como sobre o trigo em grãos que encerraria a fase de tributação.

Assim, o Termo de Apreensão é ineficaz, por ter sido destinado à apreensão de mercadorias diversas das que realmente se encontravam em trânsito.

Entendo que, desta forma, nos termos do art. 18, inciso II do RPAF/99, o Auto de Infração é nulo, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 156 do RPAF/99. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Voto pela nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269133.0801/06-9, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, representando à autoridade competente para determinar a realização de nova ação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR