

A. I. Nº - 298924.0725/05-0
AUTUADO - R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - ANANIAS JOSÉ CARDOSO FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 19. 02. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-01/08

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, bem como não há certeza quanto ao valor a ser exigido em relação à nota fiscal de farinha de trigo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/07/2006, segundo consta no campo “Infração”, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS “na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no anexo 88, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado. Consta da descrição dos fatos que houve recolhimento a menos do ICMS, na entrada do Estado, relativo à farinha de trigo adquirida para comercialização, especificada na nota fiscal 000803 e trigo em grãos na nota fiscal 012983, anexas aos autos, oriundas de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00. O imposto lançado é no valor de R\$ 4.269,41, acrescido da multa de 60%.

O Termo de Apreensão e Ocorrências nº 298924.0725/05-0, constante às fls. 05 e 06 dos autos, alude a 268 sacos de farinha de trigo e 30.000,00 kg de trigo em trigo em grãos e mistura de farinha de trigo.

Observa o autuado em sua defesa, às fls. 23/25, que a fiscalização calculou o imposto utilizando a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, a qual obriga as empresas que comprem farinha de trigo de outros Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00 a pagarem antecipadamente o ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste estado, e que utilizem como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes no anexo 1 da referida Instrução Normativa.

Ressalta que é exatamente contra essa base de cálculo mínima, ou seja, pauta fiscal, que o autuado se insurge. Aduz que, a fim de comprar farinha de trigo oriunda de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00 sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05. Mais especificamente no que concerne ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo deferida Medida Liminar determinando que o fisco estadual se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05. Essa decisão judicial autoriza o impetrante a efetuar o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Solicita que, por estar acobertado por essa decisão 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 fiscal designado para prestar a informação, às fls. 33 a 35, 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, por serem considerados altos e fora da realidade de mercado, e obteve Liminar.

O informante diz que o valor do ICMS que deve ser exigido no presente Auto de Infração é R\$ 4.069,22, tendo em vista a aplicação do MVA de 76,48% sobre R\$ 20.080,00 (valor total da operação constante do conhecimento de transporte) e o crédito de R\$ 3.745,20 (imposto recolhido e frete).

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

Afirma que o contribuinte não recolheu o imposto por critério que argumenta ser o correto e que para tanto obteve Liminar.

Afirma o informante, que foram apreendidos trigo em grãos e farinha de trigo, quando a única mercadoria existente no momento da ação fiscal era farinha de trigo, sendo o trigo em grãos apenas remetido simbolicamente. Assim, a base de cálculo deveria ser apurada normalmente com a utilização da MVA de 76,48% sobre a farinha de trigo, entretanto, na formação da base de cálculo da farinha de trigo industrializada por encomenda deveria ser incluída a parte do frete que lhe é pertinente, o valor do trigo em grãos utilizado no processo constante na nota fiscal 12.983 e o valor agregado no processo pela nota fiscal 804 ou 805, acrescido do perceptual de 76,48%, previsto no anexo 88, e não 94,12%, como realizado na ação fiscal.

Entende, por fim, que não foram juntadas aos autos as notas fiscais, acima referidas, nº 804 e 805, relativas à remessa simbólica de trigo industrializado e ao valor cobrado pela prestação desse serviço de industrialização por encomenda. Entende que muito provavelmente porque não foram apresentadas, mas esta lacuna foi preenchida pelo valor total das notas no CRTIC, a partir do qual se formou a base de cálculo, ficando como o único prejuízo (do contribuinte) o crédito relativo à nota fiscal de prestação de serviço.

VOTO

O presente Auto de Infração contém alguns entraves de ordem formal, que precisam ser examinados como preliminares.

O Auto de Infração e o Termo de Apreensão constam que teria sido apreendido “Trigo em grãos e Mistura de Farinha de Trigo”, bem como Farinha de Trigo.

Analisando os documentos acostados aos autos, noto que:

- a) a empresa Moinho Xanxerê Ind. E Com. Ltda, estabelecida em Santa Catarina, através da Notas Fiscais nº 012983 fl. 09, vendeu 30.000 kg de trigo em grãos a R.C. Moreira Comercial Ltda., situado na Bahia, fazendo constar no corpo do documento que a mercadoria seria entregue na Consolata Alimentos Ltda., no Estado do Paraná;
- b) a Consolata Alimentos Ltda, do Estado do Paraná, emitiu a Nota Fiscal nº 0803, fl. 08, relativa a 268 sacos de Farinha de Trigo Industrial.
- c) o Termo de Apreensão, à fls. 05 e 06, consta que houve apreensão de Farinha de Trigo, Trigo em grãos e Mistura de Farinha de Trigo;
- d) o Auto de Infração consta que a exigência tributária é decorrente da circulação de Farinha de Trigo e Trigo em grãos;
- e) a Nota fiscal de Trigo em Grãos nº 12983, constante à fl. 09 dos autos, é datada de 09/02/2006 e o Termo de Apreensão é de 25/07/2006;

- f) não consta nos autos nota fiscal relativa aos serviços de industrialização prestados pela Consolata;
- g) o documento de arrecadação, constante à fl. 10 dos autos, datado de 25/07/2006, indica o pagamento do ICMS no valor de R\$ 2.008,00, relativo às notas fiscais números: 000803, 000804, 000805, 012983, 013007. Observando que constam nos autos, apenas as notas fiscais 00803 e 012983, respectivamente de farinha de trigo e trigo em grão.

Desse modo, constato que o Termo de Apreensão, fls. 5 e 6 não corresponde à realidade dos fatos, pois apreendeu coisas inexistentes – não se encontrava em trânsito, no posto fiscal, “trigo em grãos”, conforme consta no Termo de Apreensão -, pois o trigo em grãos adquirido em Santa Catarina do Moinho Xanxerê Ind. e Com. Ltda., pelo autuado, já havia sido, certamente, transformado em farinha de trigo em Cafelândia no Paraná pela empresa Consolata Alimentos Ltda. Ademais o termo de Apreensão consta Mistura de Farinha de Trigo que não foi observada em nenhuma nota fiscal acostada aos autos.

Conforme constata o auditor informante: *“Foram apreendidos trigo em grãos e farinha de trigo, quando a única mercadoria existente no momento da ação fiscal era farinha de trigo, sendo o trigo em grãos apenas remetido simbolicamente”. Assim, a base de cálculo deveria ser apurada normalmente com a utilização da MVA de 76,48%, sobre a farinha de trigo; entretanto na formação da base de cálculo da farinha de trigo industrializada por encomenda deveria ser incluída a parte do frete que lhe é pertinente, o valor do trigo em grãos utilizado no processo constante na nota fiscal 12.983 e o valor agregado no processo pela nota fiscal 804 ou 805, acrescido do perceptual de 76,48%, previsto no anexo 88 e, não, 94,12%, como realizado na ação fiscal”*.

O Termo de Apreensão não é apenas um instrumento formal, emitido “só para constar”. Ao contrário, constitui um documento que deve refletir a verdade. A mercadoria a ser apreendida tem de ser aquela que, fisicamente, é encontrada no exato momento da ação fiscal.

O auditor que prestou a informação chegou a conclusões de que não deveria ter sido feita a antecipação do imposto sobre trigo em grão, mas sim sobre a farinha de trigo com a aplicação do MVA de 76,48, após acrescentar ao valor do trigo em grãos destinado à industrialização anteriormente, o valor da nota fiscal da prestação de serviço de industrialização e o frete, cálculo dificultado pelo fato de que a nota fiscal de prestação de serviços de industrialização não constar nos autos.

Sendo assim, não há como exigir o imposto do trigo em grão, que, apesar de constar no termo de apreensão, não circulava quando da apreensão das mercadorias, tanto é verdade que a Nota fiscal de Trigo em Grãos nº 12983, constante à fl. 09 dos autos, é datada de 09/02/2006 e o Termo de Apreensão é de 25/07/2006.

Restou, entretanto, a possibilidade de exigir o imposto da farinha de trigo, apreendida, relativa à nota fiscal 000803. Ocorre, que o imposto recolhido, antes da ação fiscal, no valor de R\$ 2.008,00, conforme cópia do documento de arrecadação, constante à fls. 10 dos autos, datado de 25/07/2006, é relativo às notas fiscais números: 000803, 000804, 000805, 012983, 013007, e o imposto a ser exigido, apenas da farinha de trigo, se refere à nota fiscal nº000803. Não há, portanto, como saber qual o valor correspondente à nota fiscal nº 000803, que deve ser deduzido. Mesmo que fosse tomado o valor constante no conhecimento de transporte, para conhecer o total da operação, não haveria a certeza do valor constante das notas fiscais que não foram anexadas aos autos, até porque o valor da operação do conhecimento de transporte está rasurando. Ainda que superado este fato, o que não acho possível, parte do imposto recolhido, constante do DAE, seria deduzido da operação com farinha de trigo e o restante teria que ser rateado para o cálculo da farinha de trigo resultante da industrialização do trigo em grão da nota fiscal nº 12983, cuja exigência será

em outro momento e em outro lançamento de ofício, tornando operacionalmente inviável ou excessivamente complicado, além de não permitir um cálculo preciso do imposto a ser exigido.

Estes fatos tornam inevitável a nulidade do Auto de Infração em relação, também, à farinha de trigo constante da nota fiscal 00803, por impossibilidade de se conhecer, com segurança, qual o valor do crédito tributário a ser exigido.

Em suma, tendo em vista a ineficácia do Termo de Apreensão quanto ao trigo em grãos e a impossibilidade de se conhecer com segurança o montante do ICMS, em relação à farinha de trigo, a ser exigido, considero nulo o presente Auto de Infração.

Represento a repartição fiscal para que seja examinada a existência de elementos que justifiquem a renovação do procedimento, tendo em vista a operação como um todo, ou seja, a farinha de trigo que resultou da industrialização do trigo em grão constante da nota fiscal nº 12983 e da própria farinha de trigo que circulava constante da nota fiscal nº 000803. Levando, é claro, em consideração as despesas de transporte e industrialização, bem como a dedução integral do imposto efetivamente recolhido através da cópia do documento de arrecadação acostado dos autos.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298924.0725/05-0**, lavrado contra **R.C. MOREIRA COMERCIAL LTDA**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR