

A.I. N° - 269130.0304/06-7
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - MIRIAM BARROSO BARTHOLO e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 21. 08. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0273-01/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real. A imputação diz respeito à falta de recolhimento do imposto antecipado sobre trigo em grãos adquirido para comercialização, ao passo que a matéria fática se reporta à aquisição de trigo em grãos para industrialização e farinha de trigo. A autuação foi feita de modo equivocado, não oferecendo elementos para se determinar, com segurança, qual a infração e o montante devido. Não foi possível identificar, com segurança, o valor do imposto a ser exigido, tendo em vista que parcela do imposto recolhida através do documento de arrecadação constante dos autos, cujo valor foi abatido na apuração do imposto, engloba as operações de venda de farinha de trigo, bem como a de retorno de trigo em grão industrializado, não se conhecendo qual a parcela relativa a uma e a outra. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 1.958,74, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS antecipado sobre trigo em grãos adquirido para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS n° 46/00. Consta na “Descrição dos Fatos” o registro de pagamento efetuado a menos do ICMS referente à aquisição interestadual de trigo em grãos, relativo à Nota Fiscal n° 12.959.

O imposto reclamado, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências n° 269130.0304/06-7 (fls. 06/07), deve-se ao recolhimento a menos referente a 39.500 kg de trigo em grãos e mistura de farinha de trigo, consignados na Nota Fiscal n° 12.959.

À fl. 23 consta Termo de Revelia, tendo em vista a falta de apresentação de defesa ou de pagamento ou solicitação de parcelamento do débito.

Conforme Parecer PGE/PROFIS, exarado à fl. 34 pelo insigne procurador Deraldo Dias de Moraes Neto, ao ser efetuado o controle da legalidade concernente à inscrição em dívida ativa, foi verificada a necessidade de retornar o processo à Repartição Fiscal de origem, visando a intimação, por AR [aviso de recebimento], do autuado e de seus sócios, ou, em caso de necessidade, a citação editalícia dos mesmos, afim de elidir futuras alegações de cerceamento de defesa, tendo em vista que a intimação do presente Auto de Infração se encontra assinada por pessoa estranha ao feito (fl. 20), retornando-se após, para parecer conclusivo.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 37 a 39 (repetida às fls. 52 a 54), 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 4ª Vara da Fazenda Pública, que, através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (fl. 44), para determinar que a impetrada “*se abstenha 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. 60 a 62) 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 “d” da Lei nº. 7014/96.

Afirma que o imposto recolhido espontaneamente pelo contribuinte não corresponde àquele formado pela aplicação da MVA de 94,14%, apontada no anexo 88, portanto não recolheu o ICMS pelo critério que argumenta ser o correto e para o qual obteve liminar, descumprindo, dessa forma, o próprio contribuinte a decisão judicial que lhe é provisoriamente favorável.

Acrescenta que a mercadoria sob ação fiscal é trigo em grãos e não farinha de trigo, produto para o qual obteve liminar. Assim, tendo em vista que a ação judicial não corresponde a trigo em grãos e considerando que esta mercadoria não possui pauta fiscal, entende que o Auto de Infração é procedente, sendo a defesa inepta, nos termos do art. 10, § 1º, alínea “a” do RPAF/99, desde quando seus argumentos são incompatíveis com a pretensão apresentada.

Através de petição acostada à fl. 65, o autuado anexou cópia reprográfica da medida liminar referente ao processo nº. 745334-8/2005 e de seu contrato social (fls. 66 à 68).

Às fls. 70 a 73 consta parecer emitido pela ilustre Procuradora Sylvia Maria Amoedo Cavalcante, opinando, em síntese, pela nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que foi lavrado em desacordo com a apreensão. Aponta que enquanto a operação objeto da autuação se referiu a trigo em grãos, a mercadoria apreendida foi farinha de trigo, estando esta sujeita ao anexo I da Instrução Normativa nº. 23/00 e em conformidade com o disposto no art. 506-A, § 2º do RICMS/97, quando resultar em valor inferior ao da pauta fiscal.

VOTO

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

Observe, entretanto, que a ação fiscal contém falhas formais, que se mostram insanáveis. Analisando os documentos fiscais acostados ao processo, constato os seguintes fatos:

- a) no Termo de Apreensão e Ocorrências consta a informação de que teriam sido apreendidas as seguintes mercadorias: trigo em grãos e mistura de farinha de trigo;
- b) o autuado adquiriu, através da Nota Fiscal nº. 12.959 (fl. 08) da empresa Moinho Xanxerê Ind. e Com. Ltda., estabelecida em Xanxerê – SC, 39.500 quilos de trigo em grãos;
- c) essa mercadoria foi enviada através da Nota Fiscal nº. 12.995 (fl. 09), para a empresa Consolata Alimentos Ltda., sediada em Cafelândia-PR, para fins de industrialização;

d) após a transformação da matéria-prima em farinha de trigo, A Consolata emitiu a Nota Fiscal nº. 5.139 (fl. 10), para o fim de efetuar o lançamento dos valores referentes ao serviço de industrialização do trigo. Consta nesse documento fiscal que a industrialização do trigo resultou em 553 sacos de 50 quilos, que representam um total de 27.650 quilos de farinha de trigo;

e) no Termo de Conferência de Veículos (fls. 15/16) consta a informação de que a Nota Fiscal nº. 12.959 se refere a trigo industrial, porém após a conferência física da carga constatou-se que o produto transportado se referia a farinha de trigo especial;

f) não constam dos autos nem a nota fiscal nem o conhecimento de transporte rodoviário de cargas que acobertaram o transporte da farinha de trigo para o autuado.

Em resumo, a análise dos mencionados documentos me leva à conclusão que o autuado adquirira em um momento anterior àquele que correspondeu à ação fiscal, 39.500 quilos de trigo em grãos em Santa Catarina, que foram remetidos em operação triangular para o moinho, localizado no Estado do Paraná, onde ocorreu a industrialização da matéria-prima, que resultou em farinha de trigo, mercadoria esta que transitava pelo Posto Fiscal quando ocorreu a sua apreensão.

Com base no exposto, concluo que a fiscalização concernente à verificação da regularidade do recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária somente poderia ter sido realizada no estabelecimento do adquirente da mercadoria, considerando que o recolhimento do ICMS já deveria ter sido realizado quando da aquisição do trigo em grãos, tendo em vista que essa operação ocorreu em data anterior à apreensão do produto derivado de sua industrialização, isto é, da farinha de trigo.

Portanto, a ação fiscal, do modo como foi realizada, não oferece elementos para se determinar, com segurança, a infração e o montante do imposto devido, o que torna o lançamento carente de certeza e liquidez.

Entendo que, desta forma, nos termos do art. 18, inciso II do RPAF/99, o Auto de Infração é nulo, devendo a autoridade responsável pela circunscrição fiscal do contribuinte determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 21 do RPAF/99. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes da nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

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 **269130.0304/06-7**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA**. Recomendada a realização de nova ação fiscal, em conformidade com o art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR