

A. I. Nº - 299164.1124/07-6
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO CEZAR RIOS FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 03.11.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JFJ Nº 0277-02/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. O presente lançamento decorreu de ação fiscal desenvolvida na fiscalização do trânsito de mercadorias sem que esteja fundamentado em Termo de Apreensão, conforme previsto no artigo 945 do RICMS/97, impondo a sua nulidade nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 23/11/2007, para exigência do valor de R\$7.636,52, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária através da Portaria nº 114/04, referente às mercadorias adquiridas para comercialização (farinha de trigo especial) em unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, através da Nota Fiscal nº 000508 e CTCR nº 4121.

Na defesa fiscal às fls. 12 a 14, o autuado representado por advogados legalmente constituídos, confirma que a autuação exige ICMS relativo a farinha de trigo procedente do Estado do Paraná (unidade da Federação não signatária do Protocolo nº 46/00), que não foi pago na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Destaca que o autuante utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas adquirentes de farinha de trigo em outros Estados, não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, a efetuar o pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, utilizando como base de cálculo mínima os valores constantes no Anexo 1 da IN 23/05.

Informa que por ter se insurgido contra o cálculo com base em pauta fiscal, ou seja, não se submeter às exigências contidas na IN 23/05, em particular o Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança nº 745334-8/2005 (fl.17) na 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, foi deferida medida liminar para determinar que a autoridade fiscal “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”.

Por fim, pede que a autuação seja afastada em face da decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

Conforme despacho à fl. 22, o processo foi encaminhado ao autuante para que fosse juntada cópia da Nota Fiscal nº 000508, sendo atendido o pedido pelo mesmo conforme documento à fl. 24.

A informação fiscal foi prestada por auditor fiscal estranho ao feito (fls. 23 a 30), o qual, salienta que a única contestação ao lançamento efetuado diz respeito a utilização da pauta fiscal, tendo o sujeito passivo ajuizado mandado de segurança e obtido liminar deferida para que não fossem utilizados como base de cálculo os valores definidos na Instrução Normativa nº 23/05.

Esclareceu que a base de cálculo foi obtida pela aplicação da Margem de Valor Agregado (MVA) constante no Anexo 88, Item 12.1, do RICMS/97, cujo montante, observa, é inferior àquela produzida a partir da IN nº 23/05.

Ressalta que a jurisprudência do CONSEF no caso de farinha de trigo proveniente de empresas situadas em Estados não signatários do Protocolo nº 46/00, é no sentido de que a base de cálculo deve ser definida através de pauta fiscal ou MVA, aplicando o que for maior.

Desta forma, o informante entende que a base de cálculo deve ser formada a partir da MVA, ou pauta fiscal, adotando-se o valor maior, qual seja: a base de cálculo formada da pauta fiscal, cujo valor é de R\$76,76 a saca, perfaz o valor de R\$61.408,00, valor maior do que o calculado através da MVA no valor de R\$58.591,36, resultando no imposto no valor de R\$10.439,36, que abatidos dos créditos verificáveis nos autos de R\$2.324,00, gera o imposto a recolher de R\$8.115,36 mais os acréscimos legais.

VOTO

De acordo com o que está descrito no corpo do Auto de Infração, a acusação fiscal diz respeito a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, não possuindo o mesmo regime especial.

O sujeito passivo impugnou o auto de infração arguindo que está desobrigado de efetuar o recolhimento do imposto pela pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05 por está acobertado por decisão judicial exarada pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública.

Analisando o cálculo do débito consignado no demonstrativo do débito à fl. 02, verifico que a fiscalização não descumpriu a medida liminar obtida em Mandado de Segurança, eis que, apurou a base de cálculo tomando por base o valor da nota fiscal mais o frete, e sobre estes, aplicou a MVA de 76,48%, obtendo o valor a recolher de R\$7.636,52 após a dedução do crédito fiscal no valor de R\$2.324,00.

Contudo, analisando os aspectos formais na constituição do presente lançamento tributário, observo o seguinte.

O processo administrativo fiscal é precedido de uma fase na qual a autoridade administrativa pratica atos de ofício tendentes à aplicação da legislação tributária à situação de fato, que resultam no lançamento tributário. O início do procedimento fiscal que marca essa fase oficiosa, no caso de fiscalização de mercadoria em trânsito é fixado no art. 945 do RICMS/97, que reza *in verbis*: “A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal

destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato”.

No caso, na constituição do presente lançamento tributário, observo que o auto de infração foi registrado na SEFAZ sem conter o termo de apreensão das mercadorias, bem como, a NF nº 000508 e CTIRC nº 4121 citados no demonstrativo do débito à fl. 02. Quanto à citada nota fiscal, o ATE Erivelto Albernaz, cumprindo diligência determinada pela Infaz de origem, obteve junto ao próprio autuado uma cópia e a anexou ao processo, conforme documento à fl.24. Portanto, não existe nos autos o Termo de Apreensão e cópia do CTIRC que acobertou o transporte da mercadoria.

Desse modo, há no presente processo um vício de forma no procedimento fiscal, que implica ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório, pois não existe o termo de apreensão, cuja finalidade principal é servir como elemento de prova material da infração e documentar o fato, ou seja, deve conter a descrição das mercadorias ou dos bens apreendidos e todos os demais elementos esclarecedores, inclusive, quando se tratar de mercadoria de fácil deterioração, a menção expressa dessa circunstância. A ausência do citado termo vai de encontro com a previsão legal de que o mesmo deve anteceder o lançamento tributário.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no artigo 18, IV, “a” do RPAF/99. Recomendo ao órgão competente que examine se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 299164.1124/07-6, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR