

PROCESSO - A. I. Nº 112889.0705/05-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JJF nº 0406-04/05
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 14/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração por vícios formais de procedimento. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Na ação fiscal foram cometidos erros que não podem ser sanados, tendo em vista que a autuação se baseou em operação comercial realizada dentro do Estado do Paraná e não em operação interestadual entre o citado Estado e o da Bahia, além de se constatar erros na apuração da base de cálculo. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/7/2005, exige ICMS no valor de R\$2.857,29, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto quando do desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fiscal, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88, adquiridas para comercialização e procedente do exterior por contribuinte descredenciado.

O lançamento fiscal foi impugnado (fls. 28/30) e a 4ª JJF decidiu pela sua Procedência (Acórdão JJF 0406-04/05), não acatando os argumentos de defesa, nem a reforma da constituição da base de cálculo como solicitou o autuante que prestou a informação fiscal (modificar o cálculo realizado conforme comando do art. 506-A, do RICMS/97 para o valor de pauta fiscal).

Em sede de Recurso, a empresa apresenta os mesmos argumentos de sua inicial (fls. 60/62). A PGE/Profis não as acolhe e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário (fls. 71/72), sendo esta a Decisão da 2ª CJF – Acórdão CJF 0090-12/06 (fls. 74/76), com homologação dos valores já recolhidos. Este acórdão foi retificado já que houve a verificação de que os valores recolhidos haviam sido incluídos quando do cálculo do imposto (fls. 86/89).

Quando do controle da legalidade, a Sra. procuradora, Dra. Flávia de Almeida Pita, verificou que a operação comercial do Auto de Infração *envolveu, em parte, a aquisição de trigo em grãos, remetido para industrialização em uma operação triangular, tendo sido objeto de apreensão (e do lançamento) a farinha de trigo resultante*. Assim, entendendo que o lançamento merecia revisão, de modo a reintegrar sua regularidade, encaminho os autos à assessoria técnica da PGE/Profis para ser submetido à análise e posterior proposição de representação ao Conselho de Fazenda Estadual (fl. 133).

Em Parecer, exarado pelas procuradoras Sylvia Amoêdo e Maria Olívia T. de Almeida, a PGE/PROFIS em representação a este CONSEF, solicitou a nulidade do lançamento fiscal com base no art. 119, II, e §1º, do COTEB (fls. 134/135). Indicaram que a infração apontada se referia a trigo em grãos e que esta não foi, efetivamente, a mercadoria apreendida. Na verdade, a operação com

trigo em grãos se deu em momento anterior, quando ela foi remetida para industrialização, que resultou na farinha de trigo, mercadoria esta que adentrou no Estado da Bahia, conforme nota fiscal de fls. 7 e 8 e CRTC de fls. 13/14.

Indicaram como outro erro da autuação a constituição da base de cálculo do imposto. Textualmente afirmaram: *Outro erro evidenciado na ação fiscal em referência diz respeito à base de cálculo do imposto exigido, estando o demonstrativo de débito de fl. 03 a indicar que o autuante não levou em consideração os exatos termos previstos na legislação estadual. Tratando-se de farinha de trigo, deveria o autuante ter apurado o ICMS a pagar como determina o Anexo I da Instrução Normativa 23/05, ainda que viesse a contrariar a Decisão liminar obtida pelo contribuinte em sede de mandado de segurança. É cediço que a liminar em mandado de segurança produz o efeito de, apenas, suspender a exigibilidade do crédito tributário, não servindo para obstar a sua constituição mediante o lançamento que, conforme disposições insertas no Código Tributário Nacional, deve se pautar, de forma vinculada e obrigatória, à lei de regência do tributo.*

Representaram ao Conselho de Fazenda para que fosse decretada a nulidade do lançamento fiscal.

O procurador assistente da PGE/PROFIS (fl. 136) acolheu a Representação proposta.

VOTO

Com base no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), veio a PGE/PROFIS representar a este CONSEF a fim de que seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração tendo em vista vícios formais de procedimento como indicou.

O Auto de Infração exige ICMS por antecipação tributária, na aquisição, através das Notas Fiscais nºs 009700, 009701 e 003018, de trigo em grãos e de farinha de trigo que foram adquiridos no Estado do Paraná, unidade da Federação não signatária do Convênio ICMS 46/00.

Neste processo existem duas situações, distintas entre si, que devem ser analisadas em separado.

No Termo de Apreensão de Mercadorias nº 112889.0705/05-6 (fl.5) consta que se encontrava em trânsito neste Estado “ 1,00 coj” de trigo em grãos (nota fiscal nº 009700) e 200 sacos de farinha de trigo (nota fiscal nº 003018).

Na primeira situação, ao analisar os Documentos Fiscais nºs 009700 e 009701 (fl. 10 e 9) constata-se que aquela de nº 009701 é documento de venda de produtor (Tadeu Traja Miranda dos Santos) ao autuado, que adquiriu 42.860 kg de grãos de trigo, mercadoria esta a ser entregue na Consolata Alimentos Ltda. para industrialização por conta e ordem do adquirente. A de nº 009700 é a de remessa do grão de trigo para industrialização. Estas operações foram realizadas dentro do Estado do Paraná. Após, a Consolata Alimentos Ltda emitiu a Nota Fiscal nº 003017, com CFOP 6125 e 6925, para trânsito da mercadoria industrializada, ou seja, farinha de trigo especial (fl. 8). O CRTC – Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 000016 (fl. 13) da conta que o transporte foi de 600 sacos de farinha de trigo com peso de 30.000 kgs e conforme nota fiscal nº 003017, que deu trânsito à referida mercadoria. Em assim sendo, os documentos fiscais que acobertaram a entrada neste Estado não mais do trigo em grãos, mas sim da farinha de trigo especial foi o CRTC nº 000016 e a nota fiscal nº 003017, emitidas pela empresa Consolata Alimentos Ltda. Afora tais constatações, ao analisar as peças processuais (valor para apuração da base de cálculo e informação fiscal) provado que a autuação diz respeito ao trigo em grãos.

Desta forma, a operação comercial autuada, referente à Nota Fiscal nº 009701 (fl. 10) não foi a da entrada da farinha de trigo especial neste Estado, e sim da operação comercial que se realizou no Estado do Paraná.

Como a atividade de fiscalização está vinculada à lei (art. 142, do CTN) ela tem que, obrigatoriamente, está baseada em provas do ilícito fiscal cometido. Assim, acolhendo a

Representação da PGE/PROFIS proposta e com base no art. 18, III, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) voto pela nulidade da ação fiscal referente ao documento fiscal de nº 009700 e 009701, pelo motivo exposto na presente Representação.

Entretanto, e como segunda situação, a Decisão acima tomada não pode ter a mesma base em relação à Nota Fiscal nº 003018 (fls. 7). Provado nos autos que as operações do grão de trigo e da farinha de trigo especial autuadas são distintas. Para esta comprovação se constata:

1. a farinha de trigo especial que resultou da total industrialização do grão de trigo estava acobertada pela nota fiscal nº 003051, emitidas pela empresa Consolata Alimentos Ltda. e pelo CRTIC nº 000016 da Ágape Transportes, conforme já acima explicitado, não podendo haver mais do que 600 sacos como indicado no referido documento.
2. A nota fiscal que deu trânsito a farinha de trigo resultante da industrialização do grão de trigo (600 sacos) adquirido pela empresa autuada teve como classificação fiscal da operação - CFOP 6.125 - industrialização efetuada para outra empresa quando a mercadoria recebida para utilização no processo de industrialização não transitar pelo estabelecimento adquirente da mercadoria e 6.925 - retorno de mercadoria recebida para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando aquela não transitar pelo estabelecimento do adquirente. Precisamente, não houve qualquer venda, e sim uma industrialização. Na Nota Fiscal de nº 003018 (200 sacos) o CFOP utilizado foi o 6102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros. Ou seja, este documento se referiu a uma venda de farinha de trigo especial realizada pela Consolata Alimentos Ltda. à empresa autuada, sendo operação comercial distinta da primeira.
3. Foi emitido CRTIC distinto para esta operação, aquele de nº 000018 (fl. 14).
4. Não tem sentido serem emitidas duas notas fiscais para acobertar o envio de 600 sacos da mercadoria, como se fossem 800 sacos.

Portanto, restando provado que a operação comercial autuada em relação à Nota Fiscal nº 003018 se tratou, efetivamente, de farinha de trigo especial, não posso acolher a Representação da PGE/PROFIS na forma proposta. A exigência do imposto no trânsito de mercadoria encontra arrimo na legislação posta, já que o ICMS é devido por antecipação tributária e o recorrente não possui credenciamento para postergação do imposto.

Após tais colocações me volto para os outros argumentos externados pelas procuradoras que assinaram o opinativo da PGE/PROFIS. Textualmente afirmaram: *Outro erro evidenciado na ação fiscal em referência diz respeito à base de cálculo do imposto exigido, estando o demonstrativo de débito de fl. 03 a indicar que o autuante não levou em consideração os exatos termos previstos na legislação estadual. Tratando-se de farinha de trigo, deveria o autuante ter apurado o ICMS a pagar como determina o Anexo I da Instrução Normativa 23/05, ainda que viesse a contrariar a Decisão liminar obtida pelo contribuinte em sede de mandado de segurança. É cediço que o lançamento tributário é ato vinculado e obrigatório, possuindo a Decisão liminar o condão de suspender, apenas, a exigibilidade do crédito tributário e não obstar que fosse constituído conforme as normas regulamentares aplicáveis à espécie.*

Primeiramente cumpre observar não existir discordância de que o lançamento tributário é ato vinculado e obrigatório e que a Decisão judicial suspendeu a exigibilidade do crédito tributário. De igual forma, entendo que o elemento material do fato gerador é constituído exatamente pela base de cálculo que, juntamente, com a alíquota aplicável determinam o *quantum debeatur*. Assim, deve ser ela precisa, exata e aplicada a legislação correta para cada operação, sem que haja insegurança em sua determinação, sendo assegurada sua cobrança administrativa ou judicial com sucesso. Entretanto, não posso concordar com o opinativo externado pelas nobres procuradoras. As reiteradas decisões deste Colegiado, tendo o total apoio da PGE/Profis, com as quais comungo, é no sentido de que, mesmo que o autuante não tenha cobrado o imposto com base na Instrução Normativa nº 23/05, e sim pela regra geral do art. 506-A, do RICMS/97, visando

não haver ofensa à Decisão judicial, liminar em Mandado de Segurança ajuizado pelo contribuinte, este fato não inquina o Auto de Infração à nulidade, não havendo qualquer ilegalidade neste procedimento. Em síntese, como a base de cálculo utilizada pelo autuante para a operação não foi realizada através de pauta fiscal, conforme determinações finais do art. 506-A, § 2º, do RICMS/97, quando os valores obtidos forem a ela inferiores, existe a necessidade de ser lavrado Auto de Infração complementar a este para lançar a totalidade do imposto devido na operação, objetivando não haver renúncia fiscal, e já que não houve Decisão final na esfera judicial em relação ao valor da base de cálculo prevista na citada Instrução Normativa.

Para concluir o assunto e exemplificar tal posição, cito alguns acórdãos das Câmaras de Julgamento Fiscal, e só a eles me atendo, no sentido de manter as autuações contra o impugnante, em matéria idêntica: Acórdãos nºs: CJF Nº 0001-11/07, CJF Nº 0034-11/07, CJF Nº 0039-11/07, CJF Nº 0090-12/07, CJF Nº 0140-12/07, CJF Nº 0121-11/07, CJF Nº 0134-12/07, CJF Nº 0307-11/07, CJF Nº 0332-11/07 e CJF Nº 0332-12/07, CJF Nº 0393-11/07, 0407-12/07, CJF Nº 0489-12/07, CJF Nº 0099-12/08, CJF Nº 00980-12/08, CJF Nº 0091-12/08, CJF Nº 0048-11/08, 0003-11/08, CJF Nº 0110-12/08, CJF Nº 0109-12/08, CJF Nº 0105-12/08, CJF Nº 01124-12/08 e CJF Nº 0123-12/08.

Porém, neste específico caso e em relação à Nota Fiscal de nº 003018, venda de 200 sacos de farinha de trigo especial realizada pela Consolata Alimentos Ltda. à empresa autuada, existe vício insanável na apuração da base de cálculo, não arguido pela PGE/PROFIS, que, de ofício, me leva a entender que a autuação é nula. Na apuração da base de cálculo, o autuante, embora tenha, inicialmente, separado as duas operações (trigo em grãos e a farinha de trigo especial adquirida), ao concluir os cálculos somou as duas operações e uniu os créditos fiscais das duas notas com o valor do DAE pago, igualmente, dos dois documentos fiscais. Além deste fato, aplicou MVA única para os dois produtos (94,12%), o que é um erro, pois, conforme se denota da leitura do dispositivo regulamentar (art. 506-A), a MVA para trigo em grão é de 94,12% e para farinha de trigo de 76,48%. Afora que não incluiu, na base de cálculo, o valor do frete (CRTEC nº 000016 da Ágape Transportes). Com este procedimento, tornou ilíquido o quantum a ser exigido, o que acarreta a nulidade da exigência fiscal, com lastro no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, embora divergindo em parte da sua fundamentação, para declarar NULA a ação fiscal em relação às Notas Fiscais nºs 009700, 009701 e nºs 003018, devendo o procedimento fiscal ser renovado através da fiscalização no estabelecimento autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta. Recomenda-se ao órgão competente a renovação do procedimento, mediante fiscalização a ser executada no estabelecimento do autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ANA CAROLINA ISABULLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS