

PROCESSO - A. I. N° 232893.0421/06-0
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 22/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE N° 0385-12/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. TRIGO EM GRÃOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, §1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a ação fiscal não retrata a realidade dos fatos narrados no procedimento fiscal. No presente caso, observa-se que o Termo de Apreensão de Mercadorias indica que foram apreendidos trigo em grãos e mistura de farinha de trigo, já no CTCR e na Nota Fiscal nº 3229 consta somente farinha de trigo. Tal fato, por si só, inquina de nulidade o lançamento de ofício. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de representação fiscal, proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, §1º do COTEB, a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em decorrência de ausência de estribo fático.

A infração em litígio acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre o trigo em grãos adquirido para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro. Consta, ainda, que o sujeito passivo efetuou o pagamento a menos do imposto devido a título de antecipação tributária, em desacordo com o quanto disposto no art. 506-A do RICMS/BA.

A ilustre representante da PGE/PROFIS após indicar os equívocos praticados durante o curso do PAF, mais precisamente o Parecer de fls. 35/38, o qual opinou pela extinção do crédito tributário, por entender que o sujeito passivo havia abandonado as mercadorias apreendidas, e a promoção de uma ação de depósito em face do depositário infiel.

Segundo o representante, o requerimento acima, além de ser totalmente incabível, uma vez que o autuado autorizou terceiro (motorista da empresa transportadora) a assinar o termo de apreensão e Auto de Infração (fl. 14), demonstrando, desta forma, que não abandonou as mercadorias apreendidas e que as mesmas encontravam-se sob o seu depósito, não houve posterior análise do procurador assistente, requisito essencial para que o Parecer anterior tivesse validade.

Continuando o seu opinativo, a subscritora da representação de fls. 57/61, afirmou que seria necessário para se representar ao CONSEF, não com os fundamentos acima, mas tendo em vista a flagrante nulidade na constituição do crédito, a qual não poderia ser sanada no decorrer do presente PAF.

Assevera que a autuação fiscal não retrata a realidade fática, uma vez que foi noticiada a apreensão de trigo em grãos e de farinha de trigo, a despeito do CTCR (fl. 08) e da Nota Fiscal nº 3229 (fl. 09) mencionarem apenas farinha. Tais fatos inquinam a nulidade do Auto de Infração, posto que o entendimento consolidado é no sentido de que a apreensão de bens e mercadorias tem a finalidade de documentar a ação fiscal.

Ressaltou, ainda, que tendo sido a farinha de trigo a mercadoria apreendida o autuante deveria aplicar a pauta fiscal prevista no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05 para calcular o montante do imposto devido, mesmo que a autuação houvesse sido realizada durante a vigência

da liminar deferida no mandado de segurança impetrado pelo autuado, pois como é sabido a liminar apenas tem o condão de suspender a constituição do crédito tributário pelo lançamento.

Diante de tais razões representou a PGE/PROFIS, com fundamento no art. 119, II, §1º, do COTEB, uma vez que o lançamento encontra-se eivado de vícios, seja porque houve erro procedimental do autuante na apuração do montante do imposto, seja porque a prova produzida não se presta a demonstração da prática do ilícito tributário, o que torna insanável.

Ao analisar a referida representação o procurador assistente da PGE/PROFIS, acatou o aludido opinativo, determinando que o setor jurídico da PGE/PROFIS requeresse a desistência da Ação de Depósito nº 67512359, e após fosse remetido o PAF para o CONSEF para análise da representação nos termos em que a mesma foi proposta.

VOTO

A presente representação tem o objetivo de declarar nula a ação fiscal que foi lavrada para se exigir ICMS do autuado sob a acusação de que o mesmo não efetuou o recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre o trigo em grãos adquirido para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro. Consta, ainda, que o sujeito passivo efetuou o pagamento a menos do imposto devido a título de antecipação tributária, em desacordo com o quanto disposto no art. 506-A do RICMS/BA.

Compulsando os autos, pode-se concluir que a representação deve ser acolhida. Como bem destacou a ilustre representante da PGE/PROFIS, em questão de direito tributário a apreensão de mercadorias e de bens serve para materializar a infração fiscal.

No presente caso, observo que o termo de apreensão indica que foram apreendidos farinha de trigo e trigo em grãos, enquanto o conhecimento de transporte – CTRC e a Nota Fiscal nº 3229 indica apenas a mercadoria farinha de trigo.

Ora, se a apreensão de mercadorias tem o objetivo de documentar a ação fiscal, não pode indicar a apreensão de mercadorias diversas daquela que é encontrada no momento da ação fiscal, sob pena de causar sua nulidade.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado – RPAF/BA – em seu art. 18, IV, “a”, é bastante claro em afirmar que o lançamento de ofício é nulo quando não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Ressalte-se, ainda, que indicação incorreta das mercadorias causa, ainda, a fragilidade do cálculo do montante do débito, pois como é sabido, a pauta fiscal utilizada para se calcular o imposto da farinha de trigo é diferente daquela utilizada nos trigos em grãos.

Desta forma, voto no sentido em ACOLHER a Representação da PGE/PROFIS em todos os termos em que a mesma foi proposta, devendo os autos retornar à INFAZ da circunscrição fiscal da empresa autuada, para renovação da ação fiscal, em fiscalização no estabelecimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS