

A. I. Nº - 088444.0406/06-6
AUTUADO - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA
AUTUANTES - MIRIAM BARROSO BARTHOLO e DERNIVAL BERTOLDO SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT SUL

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-06/14

EMENTA: EMENTA: ICMS. NULIDADE. TERMO DE APREENSÃO INEFICAZ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MATERIAIS E FORMAIS. O Termo de Apreensão regularmente emitido tem a sua validade limitada a um prazo de trinta dias, em conformidade ao que prescreve o § 2º do art. 28 do RPAF. Sendo assim, o Termo de Apreensão nº 128984.0706/05-7, emitido em julho de 2005, não possuía mais validade jurídica, desde agosto de 2005, tendo deixado de fundamentar a ação fiscal anterior a partir do momento em que foi lavrado o correspondente auto de infração. Já não se prestava a irradiar efeitos jurídicos próprios, expirados por força do transcurso de tempo previsto no texto regulamentar. Se já não irradiava efeitos jurídicos, não poderia, por óbvio, emprestar validade a um outro termo de apreensão, emitido sete anos após o surgimento daquele. O Termo de Apreensão atual carece, assim, de elementos materiais e formais que lhe sustentem a validade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/04/2006, exige ICMS no valor de R\$9.167,66, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – Falta de recolhimento de ICMS no desembaraço aduaneiro ou na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre trigo em grãos adquirido para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, não sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro. Consta que “Mercadoria objeto de antecipação tributária, originária de Estado não signatário do Protocolo 46/00. Mercadoria – (48.230Kg) trigo em grãos. Nota Fiscal – 000605 de 06/07/2005. Não há comprovante do pagamento do imposto. OBS: este termo de apreensão substitui o de nº 128984.0706/05-7, de 12/07/2005. Emitido conforme Nota Fiscal de Produtor nº 0019 de 06/07/2005.”

Constam dos autos: Termo de Apreensão e Ocorrências (folhas 05 e 06); Cópia de Nota Fiscal de Produtor nº 0019 (folha 07); Cópias do Processo nº 139308/2005-3 (folhas 08 a 52); Intimações e respectivos AR's para pagamento do AI ou apresentação de defesa (folhas 54 a 58); Impugnação (folhas 61 a 65); petição do sujeito passivo, solicitando a juntada de cópia da medida liminar (folhas 70 a 73); informação fiscal (folha 77); encaminhamento do processo para arquivamento (folha 78); encaminhamento do processo para gabinete do Inspetor da Infaz Feira de Santana, para análise (folha 79); encaminhamento do processo para autuante, para refazimento do lançamento (folha 81); petição da Inspetoria, solicitando a exclusão do débito (folha 94); petição da GECOB/DARC, solicitando à PGE autorização para cancelamento do AI (folha 95); encaminhamento da PGE para Consef, para julgamento (folha 96).

A autuada apresenta impugnação às folhas 61 a 65, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

Informa, inicialmente, que a autuação entendeu como correto o método de cálculo adotado no lançamento, que utilizou a pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, a qual obriga, segundo a autuada, as empresas que comprarem 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 a utilizarem, como base de cálculo mínima, para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes do Anexo I da IN 23/05.

Salienta que é exatamente contra esta base de cálculo mínima (mais conhecida como pauta fiscal) que se insurgiu, conforme se pode verificar por meio de documentação que diz anexar. Explicita sua colocação da seguinte forma: a autuada, com o objetivo de comprar Farinha de Trigo oriunda de Estado não-signatários do Protocolo 46/00, sem ter que se submeter às exigências da IN nº 23/05, mais especificamente ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, que através do Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, e que substituíra o titular da 4ª Vara, em face de incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, deferiu medida liminar (cópia anexa) para determinar que, “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 sobre o preço real das mercadorias”.

Ante todo o exposto, espera e confia a impugnante, em face de restar-se acobertada por decisão judicial exarada pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, que a desobriga de utilizar como base de cálculo mínima, lha 77) para fins de antecipação do ICMS, os valores constantes do Anexo 1 da IN nº 23/05, que este colendo órgão julgador afastará a autuação com a que ora se aprecia.

A informação fiscal (f foi produzida por um terceiro servidor, distinto dos autuantes, tecendo as informações a seguir.

Informa que o processo reclama o imposto por antecipação sobre trigo em grãos provenientes de outra unidade da Federação (PR) não signatária do Protocolo 46/00, nos termos do art. 506-A. Informa, ainda, que os autuantes, inicialmente, calcularam o imposto sobre farinha de trigo. O procedimento foi refeito, alterando o produto para trigo em grãos.

Prossegue, informando que a 5ª JJF, com base no fato de que o termo de apreensão se deu sobre farinha de trigo, e que o auto foi lavrado sobre trigo em grãos, decidiu que a infração não foi determinada com segurança.

Do exposto, encaminha o processo para providências.

Um mês após a informação fiscal acima produzida, no dia 15/09/2006, a Coordenação de Atendimento da IFMT, da DAT SUL, solicitou o encaminhamento do presente processo à INFAZ Feira de Santana, para homologação e arquivamento.

No mês seguinte, a Coordenação de Atendimento da INFAZ Feira de Santana encaminhou o presente processo ao Gabinete do Inspetor para Deliberação.

Dia 25/10/06, o Inspetor Fazendário proferiu despacho, encaminhando o presente PAF ao Auditor Fiscal Sílvio Chiarot para refazer o procedimento fiscal.

Em março de 2007, o auditor fiscal designado acostou petição ao PAF, dirigida ao Inspetor, tecendo as seguintes considerações.

Informa que o presente auto de infração foi lavrado em substituição ao de número 128984.0705/05-0, porquanto neste a mercadoria descrita na infração era farinha de trigo, quando o entendimento à época era que, apesar de a farinha de trigo ser a mercadoria efetivamente transportada, a ação fiscal dar-se-ia sobre o trigo em grãos. Assim, prossegue informando que o autuante, no campo mercadoria apreendida, corrigiu o que era considerado o erro do procedimento anterior,

alterando-o para trigo em grãos, formando a base de cálculo a partir de agregação do MVA previsto para este produto. Informa, entretanto, que o Consef desconsiderou o auto substituto sem qualquer justificativa, julgando o que havia sido lavrado anteriormente nos seguintes termos: “que o TAO 128984.0706/05-7 indicava a apreensão de 800 sacas de farinha de trigo, mas que a mercadoria objeto da cobrança da antecipação no auto, na realidade, era trigo em grãos”. Prossegue a narrativa, afirmando que, posteriormente, o Conselho fez algumas observações sobre a operação de industrialização por encomenda e concluiu que havia discrepâncias no processo e, desta forma, os elementos do auto não eram suficientes para determinar com segurança a infração cometida. Assim, com base no artigo 18, inciso IV, do RPAF, votou pela nulidade do procedimento e recomendou a sua renovação.

Informa que a defesa, por outro lado, apenas se insurge contra a formação da base de cálculo pela pauta fiscal, o que está em descompasso com a ação realizada que não lançou mão desse recurso. Tal alegação, alega, conduz à consideração de inépcia da defesa, nos termos do art. 10, inciso III, alínea “b” do RPAF.

Informa que, como resultado, a renovação do procedimento coube a ele (o subscritor da presente peça), mas pondera que gostaria de tecer algumas considerações que talvez possam servir de sugestão, segundo entende, para o encaminhamento do processo sem que ele volte ao Conselho e seja, novamente, julgado improcedente.

Em primeiro lugar, entende que o auto de infração de trânsito não é adequado para formalizar este crédito, apesar de o fato estar ocorrendo no trânsito, pois a ação fiscal está se dando sobre trigo em grãos, cujo imposto deveria ter sido recolhido antecipadamente quando do recebimento de sua nota de aquisição, o que, não tendo sido efetuado, torna a situação bastante complicada, porquanto a mercadoria que está sendo objeto da ação fiscal é farinha de trigo, enquanto a cobrança está se dando sobre a falta de antecipação que deveria ter ocorrido em momento anterior e encerrado a tributação.

Afirma que estes procedimentos têm sido, reiteradas vezes, julgados nulos pelas JJF e como exemplo junto o Acórdão JJF 0293-02/06 que decidiu pela nulidade do auto de infração impugnado porque seu TAO seria ineficaz na medida em que foram apreendidas mercadorias diversas das que realmente estavam sendo transportadas. Mas, argumenta, isto é o resultado, na verdade, da própria impossibilidade da ação ser efetuada através do auto de infração modelo 4 que pressupõe a apreensão de mercadorias e documentos.

De todo o exposto, encaminha o PAF para o Inspetor decidir o procedimento a ser adotado, considerando a série de dificuldades apontadas e, principalmente, porque o auto refeito sequer foi levado em conta no julgamento anterior. Mas adianta, como sugestão, que estes autos sejam lavrados no SEAI que não exige apreensão de mercadorias.

À folha 89, foi acostado extrato do sistema INC, no qual se encontra consignado que houve “refazimento do presente AI através da lavratura do AI 293873.2203/10-0.

À folha 94, foi acostado despacho do Inspetor da INFAZ Feira de Santana, já em 18/10/2013, tecendo as considerações a seguir.

Informa que o presente PAF, como tantos outros feitos pelo Trânsito de Mercadorias, contra o mesmo contribuinte referido, teve como objeto de cobrança Antecipação Tributária de Mercadoria – trigo em grãos – sendo a maioria deles julgados improcedentes ou nulos pelo Consef, gerando insegurança na aplicação da infração.

Informa, ainda, que todos os PAF's julgados nulos foram refeitos, através da Inspetoria de Comércio de Feira de Santana. Ocorre que, pondera, este PAF aplicado pelo Trânsito de Mercadorias teve a defesa apresentada pelo contribuinte, a qual foi encaminhada ao autuante que, em sua informação fiscal, considerou que a ação deveria ter sido efetuada no SEAI comércio que não exige a apreensão de mercadorias. Prossegue, narrando que em seguida, obteve

despacho dando conhecimento à Infaz Feira de Santana da ineficácia da ação no trânsito de mercadorias, e logo, outro despacho da Coordenação II da INFAPZ Feira de Santana à Supervisão de Comércio para programar a empresa para fiscalização, e em seguida à Coordenação de Administração para arquivamento, o que aconteceu. Entende, o signatário, que deveria ter sido solicitada, à época, a exclusão do presente AI de Trânsito, para que fosse realizado o novo procedimento.

Sendo assim, pelas razões já expostas, e tendo em vista que o objeto do presente AI foi cobrado através do AI nº 293873.2203/10-0, conforme autorizado à folha 88, verso, com a emissão da OS nº 51511/10, pela Auditora Fiscal Rita de Cássia Bittencourt Neri, solicita a representação à PGE/PROFIS, para que seja excluído o débito.

Após encaminhamento à PGE, a Procuradora profere despacho à folha 96, encaminhando os autos para que este colegiado conclua o julgamento.

VOTO

O exame dos autos é revelador de que o lançamento se originou de uma infração constatada no trânsito de mercadorias, relativa à apreensão de 48.230 kg de trigo em grãos, conforme se pode depreender da leitura da descrição dos fatos, à folha 01 do presente processo.

Como prevê a legislação, a emissão do auto de infração no trânsito de mercadorias será precedida da lavratura do termo de apreensão, o qual fundamentará a ação fiscal, conforme art. 28, inciso IV do RPAF, abaixo reproduzido.

“SEÇÃO III

DOS TERMOS E DOS DEMAIS ATOS QUE

FUNDAMENTAM OU INSTRUEM A AÇÃO FISCAL

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

...

IV - Termo de Apreensão (grifo acrescido), Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

...”

O termo de apreensão revela-se, assim, como elemento probatório essencial à comprovação da infração constatada no trânsito de mercadorias, tornando-se peça indispensável ao lançamento.

Examinando o Termo de Apreensão nº 088444.0408/06-9 que fundamentou a presente ação fiscal (folhas 05 a 52), é possível notar que o mesmo foi emitido em substituição a outro termo de apreensão, de nº 128984.0706/05-7, de 12/07/2005, conforme consta do campo “Descrição dos Fatos”, à folha 05.

Ora, o Termo de Apreensão citado (nº 128984.0706/05-7) foi lavrado há sete anos, e sua finalidade foi constituir a prova material que deu base à emissão do Auto de Infração nº 128984.0705/05-0, conforme se pode constatar pelas cópias acostadas às folhas 09 a 19.

A cópia do Acórdão JJF nº 0169-05/05, às folhas 44 a 45, revelam que o Auto de Infração citado (nº 128984.0705/05-0) foi julgado nulo ao fundamento de que havia divergência entre as mercadorias efetivamente apreendidas e aquelas descritas no Termo de Apreensão, conforme se pode depreender de trecho destacado a seguir.

“Apesar da primeira página do Auto de Infração e o Termo de Apreensão indicarem a mercadoria “farinha de trigo”, o demonstrativo de débito à fl. 02, bem como a Nota Fiscal de Produtor nº 0019 (fl. 10), mencionada pelo autuante, se referem ao produto “trigo em grãos” (48.230 kg).”

Tendo sido decretada a nulidade do lançamento anterior, em 30/11/2005, trataram, os autuantes, de renovar a ação fiscal, atendendo a recomendação constante do acórdão citado, em vista do que lavraram um novo termo de apreensão (o de nº 088444.0408/06-9), em substituição ao que embasara a ação fiscal ocorrida há sete anos.

Ocorre, porém, que o termo de apreensão regularmente emitido tem a sua validade limitada a um prazo de trinta dias, em conformidade ao que prescreve o § 2º do art. 28 do RPAF, retrocitado, cujo texto vai a seguir.

“Art. 28. ...

...

§ 2º Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 (trinta) dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.”

Ora, o Termo de Apreensão nº 128984.0706/05-7, emitido em julho de 2005, não possuía mais validade jurídica, desde agosto de 2005, tendo deixado de fundamentar a ação fiscal anterior a partir do momento em que foi lavrado o correspondente auto de infração. Já não se prestava a irradiar efeitos jurídicos próprios, expirados por força do transcurso de tempo previsto no texto do RPAF. Se já não irradiava efeitos jurídicos, não poderia, por óbvio, emprestar validade a um outro termo de apreensão, emitido sete anos após o surgimento daquele.

Por isso, o Termo de Apreensão 088444.0408/06-9 não poderia tirar proveito de qualquer elemento ou propriedade do termo de apreensão anteriormente lavrado, devendo buscar a sua validade a partir de elementos próprios e intrínsecos, presentes quando da sua emissão. Pois bem, em vista de aquilatar a validade do termo citado, bem como o seu atendimento aos requisitos previsto na legislação, faz-se necessário analisar o documento às folhas 05 e 06.

Levando a termo esse desafio, a análise do Termo de Apreensão nos conduz à constatação de que o documento citado não contém a assinatura do autuado, conforme se pode comprovar à folha 06, o que contraria o disposto no inciso VI, do § 1º do art. 31-A do RPAF, abaixo transcrito.

“Art. 31-A O Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

...

§ 1º - O Termo de Apreensão de que trata o caput deste artigo conterá, dentre outros elementos, as seguintes indicações:

...

VI - o nome e a assinatura do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa em assinar.”

Ademais, o documento fiscal que acobertou a operação é o mesmo que acobertara a apreensão ocorrida há sete anos, o que é revelador de que não havia, fisicamente, qualquer mercadoria apreendida, já que se tratam de itens de consumo, cujo perecimento não admite que seja armazenado por um período de tempo tão longo. Assim, os elementos fáticos estão a revelar que inexistem provas materiais da ocorrência do ilícito tributário.

Some-se a isso o fato de os extratos do sistema INC, às folhas 89 e 90, indicarem que houve o refazimento do presente lançamento mediante a lavratura do AI nº 293873.2203/10-0, conforme consta do campo “Comentário”, na base das folhas. O próprio Inspetor Fazendário, da Infaz Feira de Santana, faz declaração nesse sentido, à folha 94, cujo trecho destacado a seguir.

“Sendo assim, pelas razões expostas, e tendo em vista que o objeto do presente Auto de Infração foi cobrado através do Auto de Infração de nº 293873.2203/10-0, conforme autorizado à fl. 88 verso, com a emissão da Ordem de Serviço nº 51511/10, pela Auditora Fiscal Rita de Cássia Bittencourt Néri, CAD. 13293873-5, solicita a representação do mesmo à PGE/PROFIS, para que seja excluído o débito, se assim entender.”

Assim, não há como subsistir o presente lançamento, viciado por erros materiais e por ausência de elementos formais essenciais, além de se encontrar, à essa altura, desprovido de qualquer propósito administrativo.

Diante do exposto, julgo NULO o presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **088444.0406/06-6**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF 03 de junho de 2014.

ALVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR