

PROCESSO - A. I. N° 937493007/05  
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0426-01/05  
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 08/01/2008

**1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0410-11/07**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO E INCOMPATIBILIDADE ENTRE O AUTO DE INFRAÇÃO E O TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS. Auto de Infração lavrado sem observar normas específicas na legislação tributária estadual, em face da incompatibilidade existente entre o Auto de Infração e o Termo de Apreensão de Mercadorias assim como a exigência fiscal está em dissonância com a norma legal, pois não atendeu ao previsto no Art. 506-A, § 2º, inciso II do RICMS/BA. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente de Recurso Voluntário à Decisão emanada da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito de mercadorias em 28/07/2005, exigindo ICMS no valor de R\$2.321,54, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, relativa à farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da federação.

Na sua impugnação (fls.24/25), salienta que a sua insurgência é justamente contra a utilização da base de cálculo mínima, mais conhecida como pauta fiscal.

Informa que no objetivo de comprar farinha de trigo sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, mais especificamente ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, e que logrou através o Juiz Eduardo Carvalho, titular da 9ª Vara, e que substituía o titular da 4ª Vara, medida liminar determinando que “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.*”

Na informação fiscal apresentada (fls.33/35), resta esclarecido que o autuado adquiriu farinha de trigo especial no Estado do Paraná (não signatário do Protocolo nº 46/00) e não efetuou o pagamento do ICMS antecipado, consoante exige o artigo 125, II, “a” do RICMS/97, dado que não estava credenciado para recolher em momento posterior conforme previsto na Portaria nº 114/04, em seu Anexo único. Afirma que não houve descumprimento das determinações da sentença, a liminar foi concedida apenas para definir a base de cálculo, que no caso é o valor da operação e não a prevista na Instrução Normativa nº 23/05, e não tendo o contribuinte cumprido a obrigação principal.

Vindos aos autos os ilustres julgadores destacam que o autuado ajuizou Mandado de Segurança, distribuído à 4ª Vara da Fazenda Pública, para não ter que cumprir as exigências da Instrução Normativa nº 23/05, que estabelece base de cálculo mínima nas aquisições de farinha de trigo de

Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, e que a medida liminar, deferida pelo titular da 9ª Vara, que substituía o titular da 4ª Vara, determinava que a autoridade coatora “*se abstinha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*”.

Relatam que a autuação em comento indica como irregularidade a falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por estar o contribuinte descredenciado para poder pagar o imposto em momento posterior à entrada no Estado da Bahia, portanto a exigência fiscal não decorreu do fato do autuado se insurgir contra a determinação da IN 23/05.

Observam que a autuação utilizou como base de cálculo o valor da operação constante no documento fiscal e não o método previsto na Instrução Normativa nº 23/05, fato este que deverá prevalecer na forma e com os valores apresentados, considerando que não houve desobediência à ordem judicial.

Ressalvam que em decorrência da presente situação, na qual foi exigido imposto adotando como base de cálculo o valor da operação, para salvaguardar o direito da Fazenda Pública em exigir o tributo devido, com base no disposto no art. 156 do RPAF/99, representam ao órgão competente para análise quanto à necessidade de se lavrar Auto de Infração Complementar, considerando as normas regulamentares estabelecidas, no tocante ao valor da base de cálculo estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, considerando-se a inexistência de decisão final na esfera judicial em relação ao valor da base de cálculo prevista na citada Instrução.

O Recurso Voluntário apresentado por advogado representante do recorrente, em apertada síntese salienta que sua insurgência se dá contra a base de cálculo do lançamento do imposto, conhecida como pauta fiscal, e explica que o contribuinte tinha a intenção de adquirir farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem necessidade de submissão à Instrução Normativa, anexo 1, tendo ajuizado Mandado de Segurança, obtendo medida Liminar determinando à parte que se abstinha de exigir o ICMS se calculado de acordo à Instrução Normativa nº 23/05, anexo 1, permitindo o pagamento do imposto calculado sobre o valor real das mercadorias.

Em seu pedido, com base nos fatos acima, espera e confia o recorrente que seja afastada a autuação em análise.

A PGE/PROFIS exara parecer da lavra da ilustre procuradora Dra. Sylvia Amoêdo, concluindo entendimento quanto à não utilização da base de cálculo prevista para a espécie ocorrida, gerando a nulidade do Auto de Infração em tela, o qual deverá ser refeito consoante o RPAF/99 art. 28, IV, com a utilização dos elementos que se prestaram a materializar a infração havida no trânsito de mercadorias, sejam o Termo de Apreensão, as cópias das notas fiscais e do CTRC.

Conclui a ilustre procuradora pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, aduzindo deva ser o PAF remetido para inscrição em Dívida Ativa, dada a resistência do recorrente a cumprir a exigência fiscal corretamente aplicada no caso em exame, e por recorrer por opção à discussão na via judicial, renunciando assim ao seu direito de defesa na esfera administrativa, consoante art. 117 e segs. do RPAF/99.

## VOTO

Da análise das peças que integram os autos constatei a existência de vícios insanáveis que conduzem à nulidade do Auto de Infração, a qual fica suscitada de ofício.

De início, constato que o Termo de Apreensão de Mercadorias e ocorrências, fl. 2, está incompleto, pois não indica corretamente a mercadoria apreendida e não constam a unidade, quantidade e o valor da mercadoria apreendida, consta, apenas, a indicação da Nota Fiscal nº

02786 que se refere a valor agregado relativo ao retorno da industrialização do trigo em grão e Nota Fiscal nº 278, inexistente nos autos.

Já o Auto de Infração se refere às Notas Fiscais nº 2787 que trata da aquisição de 160 sacos de farinha de trigo com 25 kg cada e 2.000 pacotes de 1 kg do mesmo produto e a de nº 188182 que se refere à venda de trigo em grão emitida pelo produtor e encaminhada para industrialização. Vê-se, portanto, uma clara dissonância entre o que consta no Termo de Apreensão e no Auto de Infração, o que não é admissível.

Vejo, também, que o autuante, para efeito de determinação do valor da base de cálculo, considerou o valor da operação indicado na Nota Fiscal nº 02787, fl. 9, não mencionada no Auto de Infração bem como no Termo de Apreensão e incluiu o valor da Nota Fiscal nº 188182 referente a trigo em grãos, dentre outros valores indicados à fl. 14, deixando de incluir os valores correspondentes ao frete, seguro e outras despesas acessórias porventura ocorridas, ignorando totalmente a regra expressa pelo art. 506-A, § 2º, inciso II do RICMS/BA, ao não incluir a Margem de Valor Adicionado – MVA equivalente a 76,48% ao valor da operação para aferir o valor da base de cálculo da substituição tributária, e ainda englobando em única operação trigo em grão, industrialização e farinha de trigo.

Também não foi observado pelo autuante se o valor consignado no Auto de Infração a título de base de cálculo seria ou não inferior aos valores mínimos fixados pela SEFAZ, por unidade de medida definida com base no Protocolo ICMS 26/92 e pela Instrução Normativa nº 23/05.

Desta maneira, vislumbro a presença de duas falhas que inquinam de nulidade o Auto de Infração: a) incompatibilidade entre o Auto de Infração e o Termo de Apreensão de Mercadorias e b) exigência fiscal em dissonância com a norma legal, pois não atendeu ao previsto no Art. 506-A, § 2º, inciso II do RICMS/BA. Consequentemente, de ofício, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo dos equívocos apresentados, ficando PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, para modificar a Decisão recorrida e, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 937493007/07, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS