

**PROCESSO** - A. I. Nº 298924.0800/05-2  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0403-03/07  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 05/06/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0127-12/08

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tendo em vista a inexistência de Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente, de acordo com a Portaria 114/04, é devido, pelo adquirente da mercadoria, o pagamento do imposto por antecipação na entrada, no território deste Estado, no posto de fronteira ou na primeira repartição fiscal do percurso das mercadorias. ICMS calculado tendo como base de cálculo o valor real da mercadoria, acrescido de MVA de 76,48%, prevista no item 12.1 do Anexo 88 do RICMS-BA. Respeitada a liminar concedida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador em favor do autuado, vedando a cobrança do imposto pela pauta fiscal. Refeitos os cálculos, houve agravamento do valor originalmente lançado. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração referente à falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo, adquirida para comercialização, procedente do exterior ou de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, no valor de R\$4.577,29, com multa aplicada de 60%. Consta na descrição dos fatos que se trata de antecipação tributária recolhida a menos, na entrada do Estado, por contribuinte descredenciado no cadastro fazendário, referente a mercadorias especificadas nas Notas Fiscais nºs 012.987 e 000.913, provenientes de unidade federativa não signatária do Protocolo ICMS 46/00.

O autuado apresentou sua impugnação afirmando que a autuação baseou-se na utilização da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05, que obriga as empresas que adquirirem farinha de trigo de outros estados, não signatários do Protocolo ICMS 46/00, a pagar antecipadamente o imposto na primeira repartição fiscal de entrada neste Estado, e que utilizem como base de cálculo mínima os valores constantes do anexo I da Instrução Normativa nº 23/05.

Salientou que é exatamente contra essa base de cálculo mínima, ou pauta fiscal, que se insurge, conforme se pode verificar pela documentação que anexa. Explica que, com o objetivo de comprar farinha de trigo em outros estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências da Instrução Normativa nº 23/05, ajuizou Mandado de Segurança e obteve deferimento de medida liminar determinando que o fisco estadual “*se abstenha de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo 1 da Instrução Normativa nº 23/05,*

*permitindo ao Impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias”.*

O Auditor Fiscal, em sua informação, salienta que a única contestação ao lançamento efetuado é contra a utilização da pauta fiscal, mas que, no lançamento efetuado, a base de cálculo foi apurada segundo o artigo 61, inciso II, do RICMS/BA, sendo reclamado o imposto no valor de R\$4.577,29, acrescido da multa de 60% tipificada no Artigo 42, Inciso II, alínea "d", da Lei 7.014/96, e que o imposto recolhido espontaneamente não corresponde ao imposto calculado na ação fiscal. Sustenta que existe total desencontro entre a ação fiscal e os argumentos apresentados, e, por outro lado, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias, foram apreendidos trigo em grãos e farinha de trigo, quando a única mercadoria existente no momento da ação fiscal é farinha de trigo, sendo o trigo em grãos apenas remetido simbolicamente. Acrescenta que a base de cálculo deveria ser apurada normalmente com a utilização da MVA de 76,48% sobre a farinha de trigo; entretanto, na formação da base de cálculo da farinha de trigo industrializada por encomenda deveria ser incluída a parte do frete que lhe é pertinente, o valor do trigo em grãos utilizado no processo constante na Nota Fiscal nº 12.987 e o valor agregado no processo pela Nota Fiscal nº 915, acrescido do percentual de 76,48% previsto no anexo 88 e, não, 94,12% como realizado na ação fiscal. Alega que a base de cálculo seria encontrada apenas pelo valor total como discriminado no CTRC de nº 379, acrescido do serviço de frete e do percentual de 76,48%, elaborando demonstrativo à folha 41, com o valor devido de R\$3.997,02.

O julgador de Primeira Instância destaca que o lançamento origina-se de ICMS reclamado sobre farinha de trigo em grãos (Nota Fiscal nº 012987), farinha de trigo (Nota Fiscal nº 00913), valor agregado na prestação de serviços de industrialização (Nota Fiscal nº 000915), serviços de frete relativo ao CTRC, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências.

Diz ainda o julgador “... *Entendo que a as mercadorias objeto da autuação estão submetidas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 353, II do RICMS, entretanto tal exigência fiscal deve prevalecer somente sobre a farinha de trigo, tendo em vista que restou comprovado que é esta a mercadoria transportada e apreendida.*

*A realidade fática extraída das provas constantes nos autos demonstra que o produto apreendido se trata de farinha de trigo. O demonstrativo de débito acostado aos autos à folha 03, indica que os cálculos para apuração do quantum devido incluem o custo de transporte, como também as despesas com industrialização. O Conhecimento de Transporte nº 000379 da empresa Ágape Transportes (fl. 13), revela que a mercadoria transportada “farinha de trigo”, estava acobertada pela Notas Fiscais de nºs 913, 914 e 915, sendo a Nota Fiscal de nº 914 (fl. 12), emitida com natureza da operação ‘Retorno simbólico’. As referidas notas fiscais indicam produtos industrializados pela Consolata Alimentos Ltda (farinha de trigo), Retorno Simbólico (trigo), como também o montante relativo à agregação de valor pela industrialização da matéria prima (Nota Fiscal de nº 915), na folha 11.*

*Em relação à base de cálculo para a cobrança do imposto sobre a farinha de trigo, produto submetido ao regime da substituição tributária, entendo que deve ser considerado o valor de R\$20.020,00 constante no conhecimento de transportes (fl. 13), por ser este o valor da mercadoria efetivamente transportada e apreendida, acrescida do valor do transporte no montante de R\$6.200,00, incluído o pedágio no valor de R\$200,00, somando-se a MVA de 76,48%, prevista no artigo 506-A do RICMS-BA, e deduzido o valor de R\$2.002,00 recolhido pelo autuado conforme DAE à folha 14, e dos créditos fiscais destacados.”*

Como esse valor originalmente exigido é inferior ao efetivamente devido, recomenda um novo procedimento fiscal para reclamar o crédito tributário no valor de R\$336,87.

Não acata arguição do autuado de que não foi obedecida a liminar concedida pelo Juízo da Fazenda Pública, tendo em vista que o autuante não utilizou a base de cálculo prevista na Instrução Normativa nº 23/05, aplicando MVA sobre o valor da operação para apurar o montante

devido, conforme determina a medida judicial juntada aos autos. Recomenda à autoridade fazendária determinar o início de novo procedimento fiscal para apurar a diferença entre a pauta fiscal prevista na referida instrução normativa e a base de cálculo aplicada na autuação.

Inconformado com a Decisão proferida pela JJF, o autuado apresenta Recurso Voluntário, e reiterando os termos de sua defesa, insurge-se contra a apuração da base de cálculo do imposto pela pauta fiscal, requerendo que, nos termos da Decisão do Mandado de Segurança ajuizado, o Fisco Estadual *“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”*. Requer que o CONSEF afaste a autuação.

A PGE/PROFIS, após discorrer sobre as peças processuais, diz que *“Antes de nos manifestarmos a respeito das razões do Recurso, é necessário retroceder aos fatos ocorridos na ação fiscal e analisarmos melhor algumas questões, que entendemos no mínimo estranhas”*.

Destaca:

*“Diferentemente do que consta na informação fiscal, que desconsiderou todo o cálculo do imposto, ao invés, é considerada totalmente errada a apuração, e mesmo assim o opinativo do auditor é para manter a autuação. E, após a alteração dos demonstrativos, não foi dada vista à autuada, o que pó si só é causa de nulidade do julgamento; embora devesse ter sido reaberto prazo de defesa, já esta suprida essa nulidade, pois o autuado não menciona esse fato em nenhum momento de sua impugnação.”*

Prosseguindo diz ainda que a Decisão contém incorreções:

1. desconsidera a autuação sobre trigo em grãos, e em consequência, calcula erradamente o imposto, como visto no demonstrativo;
2. outra incorreção da Decisão, é a própria fundamentação do seu Parecer, que entende ser nulo o auto, pois o imposto devido foi calculado erradamente, tanto pelo auditor como pelo revisor e pelo julgador, utilizando inclusive dispositivo da legislação que não corresponde à operação, não devendo, portanto ser lavrado termo complementar, como recomendado;
3. mesmo havendo apreensão de farinha de trigo industrializada, a parte da autuação relativa a essa mercadoria não deve também prosperar, por conter diversas irregularidades pertinentes à base de cálculo;
4. a não aplicação da base de cálculo prevista para a operação gera a nulidade do auto, que deve ser refeito, utilizando-se dos elementos que compõem o PAF: Termo de Apreensão, nota fiscal que acompanha a mercadoria apreendida, o CTRC e documentos seguintes;
5. finalmente, após a lavratura de novo auto, com base no que dispõe o art. 117 e segs., ante a existência de liminar, o PAF deve ser remetido à PGE/PROFIS para que proceda a sua inscrição em Dívida Ativa.

Conclui o seu Parecer opinando pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamento, este relator suscitou a nulidade do Auto de Infração, em razão das seguintes inconsistências:

- na descrição dos fatos, o fiscal autuante refere-se à falta de recolhimento do ICMS incidente sobre **farinha de trigo**, conforme notas fiscais que enumera. Ocorre que, diferentemente, no Demonstrativo de Débito e no Termo de Apreensão estão relacionados **trigo em grãos** e **farinha de trigo**, além do valor agregado (frete e despesas acessórias);
- na apuração do débito fiscal deveria ter considerado como base de cálculo apenas o valor referente a farinha de trigo constante do Conhecimento de Transporte, acrescido do frete, pedágio, aplicando-se então sobre o valor apurado MVA prevista para aquele produto, já que o trigo em grão não é objeto da ação fiscal;

- o julgador de Primeira Instância ao refazer do demonstrativo de débito tomou como referência o Conhecimento de Transporte, que incluía a sua relação à Nota Fiscal nº 914, referente a trigo, ao invés de farinha de trigo.

## VOTO

O recorrente insurge-se contra a utilização da base de cálculo mínima estabelecida na Instrução Normativa nº 23/05, contrariando Decisão judicial expressa em liminar que determina ao fisco estadual abster-se de exigir ICMS calculado com base no Anexo 1 da citada Instrução Normativa, permitindo ao impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias.

Na análise do PAF observa-se a ocorrência de diversas irregularidades, algumas delas já elencadas pela ilustre procuradora fiscal em seu Parecer:

- na descrição dos fatos, o fiscal autuante refere-se à falta de recolhimento do ICMS incidente sobre **farinha de trigo**, conforme notas fiscais que enumera. Ocorre que, diferentemente, no Demonstrativo do Débito e no Termo de Apreensão estão relacionados **trigo em grãos e farinha de trigo**, além do valor agregado (frete e despesas acessórias).
- na apuração do débito o fiscal deveria ter considerado como base de cálculo apenas o valor referente à farinha de trigo constante do Conhecimento de Transporte, acrescido do frete, pedágio, aplicando-se então sobre o valor apurado a MVA prevista para aquele produto, já que o trigo em grão não é objeto da ação fiscal;
- o julgador de Primeira Instância ao refazer o demonstrativo de débito tomou como referência o Conhecimento de Transporte, que incluía em sua relação a Nota Fiscal nº 914, referente a trigo, ao invés de farinha de trigo.

Em face do exposto, considerando as diversas irregularidades apontadas, decreto, de ofício, a Nulidade do Auto de Infração, recomendando a sua renovação no estabelecimento do destinatário da mercadoria.

Quanto ao Recurso Voluntário, fica PREJUDICADA a sua análise, em decorrência da NULIDADE decretada, conforme determina o RPAF no art. 154:

*“A matéria principal somente será posta em discussão e julgamento quando vencida a questão preliminar ou prejudicial, se for o caso, ou se não houver incompatibilidade entre ambas.”*

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº 298924.0800/05-2, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**. Recomenda-se que seja renovada a ação fiscal, a salvo de erros.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS