

PROCESSO - A. I. Nº 269130.1811/07-8
RECORRENTE - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0022-04/08
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 07/07/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0182-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FARINHA DE TRIGO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO CREDENCIADO A EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO EM MOMENTO POSTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Descabe a exigência do imposto pela Fiscalização de trânsito, já que a mercadoria apreendida foi farinha de trigo, e não trigo em grãos, cujo imposto deve ser exigido nos termos do art. 506-A, combinado com o art. 125, VII do RICMS-BA, e cujo pagamento por antecipação alcança as operações subsequentes com o produto farinha de trigo. Decretada de ofício a NULIDADE do lançamento de ofício, com representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal. Análise do Recurso Voluntário PREJUDICADA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$6.510,32, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre trigo em grãos e farinha de trigo adquiridos para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS 46/00, por contribuinte descredenciado no cadastro, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 269130.1811/07-8 juntado às fls. 05 e 06.

O autuado contestou o método de cálculo adotado no lançamento, para efeito de antecipação tributária, relativamente ao trigo oriundo de Estados não-signatários do Protocolo ICMS 46/00, por haver sido apurado, equivocadamente, com base na pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/2005.

Alega que, através Mandado de Segurança, obteve a concessão de liminar, determinando que o Estado se abstivesse de exigir o imposto e autorizando o autuado a fazer o recolhimento com base no valor das mercadorias.

Requer a Improcedência do presente Auto de Infração.

O Auditor Fiscal Silvio Chiarot Souza, entende que a peça defensiva está em total descompasso com a ação fiscal, pois o imposto foi reclamado com aplicação da MVA, Anexo 88, sobre o valor da operação, nunca em desacordo com a Decisão judicial. E que a base de cálculo foi apurada sobre as Notas Fiscais nºs 265, 266 e 4.937, relativas à farinha de trigo industrializada por encomenda, mais o frete, CTRC 490, em conformidade com o artigo 61, inciso II, RICMS/BA.

Cita os Acórdãos nºs 0161-01/07 e 0132-01/07 proferidos pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, e conclui que o Auto de Infração deve ser procedente, ressalvando a aplicação da MVA de 76,48%, no lugar de 94,12%, por se tratar de ação fiscal sobre farinha de trigo e não trigo em grãos, tendo

em vista que o fato gerador deste é anterior ao momento da entrada do trigo industrializado por encomenda, com imposto a recolher na ordem de R\$5.540,76.

O julgador de Primeira Instância ressalta inicialmente, em seu voto, que, apesar de o autuado encontrar-se protegido em Medida Liminar de Mandado de Segurança, o art. 371 do RICMS/BA, que trata da antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, remete para o art. 355 do citado Regulamento; o parágrafo único, II, do citado diploma legal estabelece que, no caso de operações com trigo em grão ou farinha de trigo destinada a contribuintes situados neste Estado, devem ser observadas as regras dos artigos 506-A a 506-G; por sua vez, o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, no inciso I prevê que a base de cálculo referente à antecipação tributária, em se tratando de recebimento de trigo em grão, corresponderá ao valor total de aquisição ou de recebimento das mercadorias, adicionado dos impostos federais quando incidentes, e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso em seu estabelecimento, acrescido da margem de valor adicionado de 94,12%.

Prosseguindo, diz que o inciso II do mesmo dispositivo dispõe que a base de cálculo, tratando-se de recebimento de farinha de trigo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores de seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se a MVA de 76,48%, desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida (Protocolo ICMS 26/92 e 46/00).

Acrescenta que na presente autuação, contrariamente à alegação da defesa, a fiscalização não procedeu em desacordo com o que foi determinado pelo Poder Judiciário, ou seja: a base de cálculo do ICMS foi apurada tomando-se como referência o valor da operação com o acréscimo da margem de valor agregado (MVA) sobre o valor dos respectivos produtos, não havendo, portanto, nenhuma ofensa à liminar concedida em mandado de segurança impetrado pelo autuado, que determinava que a autoridade fazendária se abstivesse de utilizar o valor de pauta fiscal indicado na Instrução Normativa nº 23/05; sendo assim, verifica que não há nenhuma identidade entre o mandado de segurança interposto pelo recorrente e o presente Auto de Infração, tendo em vista que a fiscalização absteve-se de cobrar o imposto com base na pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 23/05; no entanto, aduz, conforme posicionamento do auditor fiscal que prestou a Informação Fiscal, às fls. 40/41, no sentido de alterar a MVA aplicada para 76,48%, sob o argumento que a ação se deu sobre farinha de trigo e não sobre trigo em grãos, concorda com tal disposição, tendo em vista que, no momento da ação fiscal (12.08.2007), o produto transportado era farinha de trigo e não mais trigo em grãos, conforme Nota Fiscal nº 4937 (08.08.2007); assim, de acordo com o art. 506-A, § 2º do RICMS/BA, no inciso II, o débito apurado, no presente Auto de Infração tem a seguinte composição:

VALOR DAS MERCADORIAS (NF.4937,4936) [A]	TOTAL FRETE CTRC [B]	FARINHA DE TRIGO + FRETE [A+B=C]	BC DA SUBS. TRIB. (ST) COM MVA DE 76,48 % [(A+B)x C =D]	IMPOSTO 17% [Dx17% =E]	CRÉDITO DESTACADO NF 4937,4936e CTRC N° 4904 [F]	ICMS A RECOLHER (ST) [E-F-G =H]
26.331,49	6.000,00	32.331,50	57.058,61	9.699,96	4.159,20	5.540,76

Concluindo, salienta que o valor exigido de ICMS no lançamento em tela é inferior ao previsto na Instrução Normativa nº 23/05, recomendando que seja realizado novo procedimento fiscal para cobrar o valor remanescente, ficando suspensa a sua exigibilidade, até Decisão final do Poder Judiciário.

Vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera que é contra a base de cálculo mínima, mais conhecida com pauta fiscal, que se insurge, conforme se pode verificar por meio da anexa

documentação. Explica: “*O recorrente, com o objetivo de comprar farinha de trigo oriunda de estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências da IN, mais especificamente ao Anexo 1, ajuizou Mandado de Segurança, em face da incontestável presença dos requisitos ensejadores da medida pleiteada, obtendo deferimento de liminar para determinar 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*”.

Requer a este Conselho de Fazenda que afaste a autuação.

A ilustre procuradora fiscal, após narrar os fatos constantes do processo, diz, textualmente: “*Antes de nos manifestarmos a respeito das razões do Recurso Voluntário, é necessário retroceder aos fatos ocorridos na ação fiscal e analisarmos melhor algumas questões, que entendemos no mínimo estranhas*”.

- embora conste no Auto de Infração que a mercadoria objeto da apreensão tenha sido trigo em grãos, a base de cálculo é utilizada para farinha de trigo, adicionada de frete acrescida da MVA;
- compõem o auto duas notas fiscais de produtor rural, uma tendo por natureza “*remessa para industrialização por conta*”, e outra venda de mercadorias a terceiro, ambas com os mesmos dados, sendo que a 1ª Destina-se à Consolata Alimentos Ltda e a 2ª à autuada;
- constam dos autos unicamente duas notas fiscais: uma descrita como de *valor agregado*, descrevendo a mercadoria farinha de trigo, não correspondendo ao valor utilizado como base de cálculo; e outra de *retorno simbólico recebimento para industrialização*, com a descrição do valor atribuído ao trigo pelo produtor rural;
- o conhecimento de transporte refere-se unicamente a 40.000 kg de farinha de trigo constantes das Notas Fiscais nºs 004936 e 004937; é gritante a disparidade das datas constantes da nota fiscal de trigo em grãos com a data da autuação, a qual se aproxima mais daquela constante da nota fiscal emitida pelo produto rural;
- em conclusão, várias são as incorreções e incongruências constantes do Auto de Infração, o que leva a crer que a operação objeto da autuação foi, de fato, a apreensão de farinha de trigo vinda de outro estado, onde o autuado efetivamente adquiriu trigo em grãos e enviou ao moinho para industrialização, e a autuação se reportou à operação anterior, que, conforme a legislação, não teria seu preço sujeito à pauta fiscal, e sim o previsto na legislação transcrita (art. 506-A);
- provavelmente, com o intuito de não estar descumprindo a ordem judicial constante da liminar, o auditor se referiu à mercadoria trigo em grãos pela mesma não ter seu preço fixado em pauta, porém, assim agindo, maculou a ação fiscal de nulidade, já que a mesma deveria ter se desenvolvido com outros elementos, pois as notas fiscais que embasam o Auto de Infração não retratam a verdade da apreensão que se deu sobre a farinha de trigo;
- o auditor fiscal que prestou a informação, fez uma análise correta de todos os elementos da autuação, mas concluiu erradamente seu raciocínio, já que deveria propor a nulidade da autuação;

Opina pelo pela Nulidade do Auto de Infração, e, em relação ao Recurso Voluntário, entende impertinente, devendo ser Improvido.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que a liminar invocada pelo recorrente teve seus efeitos suspensos por força de Decisão proferida pela presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no Pedido de Suspensão de Execução de Liminar em Mandado de Segurança nº 27566-7/2008. Assim,

não mais subsiste a imposição de não exigir o imposto devido pelo recorrente sobre farinha de trigo, com base nos valores constantes da pauta fiscal.

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 descrição dos fatos, o fiscal autuante refere-se à falta de recolhimento do ICMS incidente sobre **trigo em grãos**, conforme notas fiscais que enumera. Ocorre que no momento da ação fiscal, verificada na fiscalização do trânsito de mercadorias, trafegava o produto farinha de trigo e no Demonstrativo do Débito e no Termo de Apreensão, que integram o Auto de Infração estão relacionados **trigo em grãos, serviço de moagem e frete**, tendo o fiscal aplicado sobre essas parcelas a margem de valor agregado de 94,12%.

Observa-se que, no caso em exame, há uma total desconformidade entre o termo de apreensão e os fatos apurados pelo fisco, visto que no momento da ação fiscal, conforme acima enfatizado, em verdade trafegava pelo posto fiscal a mercadoria farinha de trigo, produto resultante da industrialização do trigo, promovida pela empresa Consolata Alimentos Ltda., por conta e ordem da empresa autuada, configurando-se dessa forma um vício processual insanável.

Em face do exposto, considerando a irregularidade acima apontada, decreto, de ofício, a nulidade do Auto de Infração, ao passo em que represento à autoridade fazendária competente para que proceda à renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do destinatário da mercadoria, para que seja exigido o ICMS da operação originária, correspondente à remessa de trigo em grãos.

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

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 **269130.1811/07-8**, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA. (RC COMERCIAL)**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS