

**PROCESSO** - A. I. Nº 232892.0006/04-3  
**RECORRENTE** - MOINHO DE TRIGO RENASCER LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0134-01/06  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 15/09/2006

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0293-11/06**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. (FARINHA DE TRIGO). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O sujeito passivo questiona a aplicação das regras editadas pela IN nº 23/05 da SEFAZ na determinação do valor da base de cálculo na operação que originou a autuação. Entretanto, o Protocolo ICMS 46/00 que dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com farinha de trigo pelos Estados signatários das Regiões Norte e Nordeste, autoriza a fixação da base de cálculo mínima para fins de antecipação tributária nas operações com farinha de trigo, fato este que respalda a IN nº 23/05. Não Acolhida a arguição de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Recurso Voluntário à Decisão recorrida, foi instaurado enfrentando o Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2005, exigindo do autuado o ICMS no valor de R\$14.594,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do mesmo na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre farinha de trigo adquirida para comercialização, procedente de outra unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, no mês de dezembro de 2005. Consta que a mercadoria foi adquirida para comercialização conforme Notas Fiscais nºs 4080, 4082, 45337, 45324 e 3839, sem o recolhimento do ICMS antecipado, apurado durante ação fiscal (contagem de estoque) efetuada em 07/11/2005, no depósito da empresa Moinho de Trigo Renascer Ltda.

Em sede de julgamento, a ilustre 1ª JJF relata que a exigência do ICMS é pela falta de recolhimento do imposto, a título de antecipação tributária, por aquisição de mercadorias (farinha de trigo) enquadradas no regime da substituição tributária, oriunda de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00, e que para a base de cálculo foi aplicado o valor previsto na Instrução Normativa nº 23/05.

Citam em seqüência a arguição do autuado, quanto à nulidade do Auto de Infração, por cerceamento ao direito de ampla defesa, indicando que referida Instrução Normativa nº 23/05 não compunha o PAF, sendo citada apenas nas razões de defesa.

Nas preliminares, a ilustre JJF rejeita a nulidade argüida, dado verificar-se que o autuado tomou conhecimento do valor da base de cálculo atribuída no lançamento, inclusive, dentre os documentos juntados ao Termo de Apreensão, consta a tabela indicativa da Instrução Normativa 23/05, publicada em 01/05/2005, demonstrando o valor para o produto farinha de trigo, - saco de 50 kg -, cujo valor unitário é de R\$ 71,00. Desta forma, concluem, foram observadas as disposições do RPAF/99, que validam o lançamento, especialmente o seu artigo 39, não incorrendo em

nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, que determinariam a nulidade do ato.

Voltando ao mérito, indicam que o cerne da questão reside no questionamento do autuado quanto à legalidade da Instrução Normativa nº 23/05, sob o fundamento de que a citada instrução viola o princípio federativo e, por conseguinte, os princípios tributários da não discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens e da liberdade de tráfego.

Registra o i. julgador que o Protocolo ICMS 46/00, alterado pelo Protocolo ICMS 16/02, dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações realizadas com trigo em grão e farinha de trigo, pelos Estados signatários integrantes das Regiões Norte e Nordeste; autoriza a fixação de base de cálculo mínima pelos Estados, afastando, assim, a ilegalidade da Instrução Normativa nº 23/05 suscitada pelo autuado.

Consubstancia ainda, que o RICMS/97 estabelece em seu artigo 506-A, § 2º, inciso II, o seguinte:

*“Art. 506-A. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:*

*§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:*

*I...*

*II - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.”*

Finalizam seu julgamento, destacando que o critério de fixação de base de cálculo mínima não foi aleatoriamente adotado pelo Estado da Bahia, mas por determinação do Protocolo ICMS 46/00, alterado pelo 16/02, e que por tudo o quanto exposto, entende a i. JJF subsistente o Auto de Infração.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário apresentado por advogados prepostos do recorrente, insurgem-se irresignados quanto ao critério utilizado para compor a base de cálculo do imposto, pois que essa omissão causou limitação ao seu direito de defesa.

Vem o recorrente novamente enfrentar a aplicação da Instrução Normativa nº 23/05, uma vez que é flagrante a discriminação imposta à farinha de trigo comprada, pelo simples fato de ser oriunda de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

Passa a descrever acerca do entendimento desacerto do Acórdão, realçando que essa discriminação ao produto em exame, prejudica o mercado consumidor e à autuada, a qual fica sem competitividade. Cita o art. 152 da Carta Magna, dizendo da não-discriminação tributária em razão da procedência ou do destino dos bens.

Exerce as mesmas citações vindas na defesa inicial, de eminentes mestres professor Misabel Derzi, Paulo de Barros Carvalho e de Hugo de Brito Machado, apontando ao final para o denominado absurdo flagrante, pois para o mesmo produto (farinha de trigo) se aplicada a Instrução Normativa nº 23/05 como quer a autuação, será tributada com 17%, e se fosse adquirida de Estado signatário, seria tributada em 12%.

O pedido final apresentado pelo recorrente, é para reforma da Decisão recorrida, para que seja julgada Nula a autuação, inclusive porque a aludida Instrução Normativa nº 23/05 somente agora

teria sido citada no processo, não fazendo parte do Auto de Infração, o que limitou sensivelmente o direito de defesa do autuado Complementa reafirmando a omissão na autuação, por não ter demonstrado com segurança quais foram os critérios para determinar a base de cálculo, o que só foi feito depois pelo autuante, que enfim explicou ter sido considerada a Instrução Normativa nº 23/05, pelo que a ação fiscal é Nula.

Presentes ao processo, a PGFE/PROFIS mediante seu ilustre Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, traz seu opinativo em torno, unicamente, na análise da possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de norma por tribunal administrativo, o CONSEF, por conta de suposto controle difuso perseguido pelo recorrente.

Conclui de plano que o controle da constitucionalidade é atividade inteiramente regulada no texto constitucional, inexistindo qualquer hipótese de forma, instrumento, competência, ou procedimento que não os elencados pela própria CF/88.

Admitir aos tribunais administrativos a possibilidade de apreciar a questão de constitucionalidade, afrontaria os princípios da certeza e segurança jurídicas, da supremacia do interesse público e da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, de lesão a direito.

Consoante art. 119, § 1º do COTEB, opina o ilustre procurador pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

## VOTO

Observo a regular afixação, na folha 5 dos autos, da IN Nº 23/05, consoante informação fiscal dada pela autuante (fl. 67), e verificado que o lançamento de ofício obedeceu rigorosamente o que determina o RICMS/97, diversamente do alegado pelo recorrente.

A base de cálculo aplicada no lançamento, está contida no Termo de Apreensão de Mercadorias, figurando a indicação da Instrução Normativa nº 23/05 de 01 de maio de 2005, demonstrando que para o produto farinha de trigo, saco de 50 quilos, o custo por saca é de R\$71,00. Portanto, validando o lançamento, e atendendo ao quanto preceitua o RPAF/99, não incorrendo em nenhuma das tipificações do art. 18, IV, alínea “a” que determinam a nulidade do ato.

O Protocolo ICMS 46/00, alterado pelo 16/02, autoriza a fixação da base de cálculo mínima exigida, pelos Estados, eliminando assim a ilegalidade aventada pelo recorrente da Instrução Normativa nº 23/05, a qual estipula base de cálculo mínima para fins de antecipação do ICMS nas operações com farinha de trigo.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0006/04-3**, lavrado contra **MOINHO DE TRIGO RENASCER LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.594,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS