

**PROCESSO** - A. I. N° 299164.0967/07-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF n° 0116-03/08  
**ORIGEM** - IFMT - DAT SUL  
**INTERNET** - 24/03/2009

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0036-11/09

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei n°. 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, em face da existência de vício insanável na apuração da base de cálculo, a qual, por se tratar de farinha de trigo, deveria ser apurada nos termos do Anexo I da Instrução Normativa 23/05. Contudo, o procedimento do autuante de não cobrar o imposto pela Instrução Normativa n°. 23/05 e utilizar a regra geral do art. 506-A do RICMS, decorreu em cumprimento à Decisão judicial, não ensejando qualquer arbitramento ou insegurança à base de cálculo ou de infração à legislação. Apenas acarretou na exigência a menos do imposto reclamado e negado ao erário estadual pelo contribuinte. Neste caso, a própria legislação, em seu art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, determina a lavratura de Auto de Infração complementar, referente ao agravamento da infração. Representação NÃO ACOLHIDA. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, do RPAF/99, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, haja vista a existência de vício insanável do lançamento tributário, visto que não levou em consideração os exatos termos previstos na legislação estadual, tendo apurado, de forma equivocada, a base de cálculo do imposto devido, uma vez que se tratando de farinha de trigo, deveria o autuante ter apurado o ICMS a pagar como determinado no Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, ainda que viesse a contrariar a Decisão liminar obtida pelo contribuinte em sede de mandado de segurança.

Assim, por entender a PGE/PROFIS que a autuação se afigura flagrantemente nula, eis que lavrada em descompasso com a legislação estadual, representa ao CONSEF pela decretação da nulidade do Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS por antecipação, no valor de R\$6.530,14, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente à aquisição interestadual de 680 sacas de farinha de trigo, oriundas do Estado do Paraná, conforme Nota Fiscal nº 479 e CTRC nº 0539 (fls. 7 e 8), por se tratar de Estado não signatário do Protocolo ICMS 46/00.

Por fim, ressalta a PGE/PROFIS que, vindo o CONSEF a decidir pela nulidade da autuação, deve ser notificada a repartição fiscal de origem, a fim de que promova nova autuação do contribuinte, quanto aos fatos que constituíram objeto dos presentes autos, desta feita utilizando-se, para fins de configuração da base de cálculo, os valores constantes do Anexo I da Instrução Normativa nº 23/2005.

## VOTO

No exercício do controle de legalidade a PGE/PROFIS interpõe Representação ao CONSEF para que decrete a nulidade do Auto de Infração, em face da ilegalidade flagrante decorrente da não aplicação da legislação estadual, quando da apuração da base de cálculo do imposto devido, uma vez que se tratando de farinha de trigo, deveria o autuante ter apurado o ICMS a pagar como determinado no Anexo I da Instrução Normativa 23/05, ainda que viesse a contrariar a Decisão liminar obtida pelo contribuinte em sede de mandado de segurança.

Conforme previsão legal, o § 2º, inciso II, do art. 506-A, do RICMS/BA, determina que a base de cálculo referente à antecipação tributária, tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, será 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, se acrescentado 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 26/92.*

Porém, como bem ressaltado na Representação da PGE/PROFIS, em razão de mandado de segurança ajuizado pelo sujeito passivo, no qual obteve liminar determinando que a *autoridade fazendária se abstivesse de exigir o ICMS calculado com base nos valores arbitrados pelo Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, permitindo à impetrante o pagamento do imposto calculado sobre o preço real das mercadorias*, o Auto de Infração foi lavrado em obediência à ordem judicial, ou seja, pelo valor da operação, acrescido do frete, adicionando-se a MVA de 76,48%, mesmo se constatando que tal exigência seria inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados em pauta fiscal.

Contudo, o procedimento do autuante de não cobrar o imposto pela Instrução Normativa nº 23/05 e utilizar a regra geral do art. 506-A do RICMS, decorreu em cumprimento à Decisão judicial, não ensejando qualquer arbitramento ou insegurança à base de cálculo ou de infração à legislação, pois, consoante já dito, apenas acarretou na exigência a menor do imposto reclamado e negado ao erário estadual pelo contribuinte. Neste caso, a própria legislação, em seu art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que *“Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal”*, o qual se subentende procedimento fiscal complementar e referente ao agravamento da infração.

Por outro lado, o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, prevê que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. No caso presente, inegável que o lançamento de ofício preenche todas estas condições. A eventual exigência a menos, portanto, é possível de um lançamento complementar e não de sua nulidade.

Assim, constatado o agravamento da infração, nos termos do art. 156 do RPAF, caberia apenas ao órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal *junto ao estabelecimento comercial do autuado*, conforme foi consignado na Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº. 0116-03/08, visando efetuar *apenas* o lançamento tributário da diferença entre o valor autuado e o originado da base de cálculo mínima, prevista no art. 506-A, § 2º, do RICMS, para complementar o valor remanescente.

Do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - PGE/PROFIS