

**PROCESSO** - A. I. Nº 094476.0247/07-1  
**RECORRENTE** - RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0395-03/07  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 02/06/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0103-11/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS: 1. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. ACUSAÇÃO FISCAL DESTOANTE DA MATÉRIA FÁTICA. 2. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA LIQUIDEZ DO VALOR DEVIDO. A imputação diz respeito a destaque e recolhimento a menos em documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota, ao passo que a matéria fática trata de antecipação tributária. Por outro lado, por se tratar de documento fiscal relativo à farinha de trigo, resultante de uma operação triangular de industrialização do trigo em grãos, caberia à fiscalização substituir os documentos fiscais e enviá-los para uma posterior auditoria no estabelecimento, uma vez que a operação foi do trigo já transformado em farinha de trigo. A nulidade proclamada pela JJF conduz à conclusão de que o recorrente não possui interesse recursal. Auto de Infração **NULO**. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0395-03/07, que julgou Nulo o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 4.790,36, acrescido da multa de 60%, sob a seguinte acusação: “Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota”, referente à aquisição interestadual de 800 sacas de farinha de trigo, oriundos do Estado do Paraná, conforme nota fiscal nº. 4242 (fl. 11), no valor de R\$ 23.000,00, acrescido da MVA de 76,48%, cujo montante de R\$ 40.590,40 incidiu a alíquota de 17%, resultando o ICMS de R\$ 6.900,36, do qual foi deduzido o crédito fiscal de R\$ 2.110,00, conforme demonstrado à fl. 2 do PAF.

A Decisão recorrida julgou Nulo o Auto de Infração, por entender que a imputação diz respeito a destaque e recolhimento a menos em documento fiscal, em razão de erro na aplicação da alíquota, ao passo que a matéria fática trata de antecipação tributária. Assim, concluiu a JJF que o lançamento de ofício foi feito de forma equivocada, por implicar em mudança do fulcro da autuação, sendo impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 52 a 54 dos autos, o recorrente salienta que é exatamente contra esta base de cálculo mínima, mais conhecida como Pauta Fiscal, que se insurgiu.

Salienta que objetivando comprar farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, sem ter que se submeter às exigências do Anexo I da Instrução Normativa nº 23/05, ajuizou Mandado de Segurança, cuja medida liminar foi deferida 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*”.

Por fim, espera que o CONSEF afaste a autuação com a que ora se aprecia.

A PGE/PROFIS, às fls. 61 a 62, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, devendo ser ratificada a Decisão da 3ª JF, por entender que a nulidade apontada deve ser mantida.

Destaca o opinativo que o recorrente pugna pela nulidade do Auto de Infração por ter sido apurada a base de cálculo com base na pauta fiscal, o que estaria de encontro à determinação judicial, posto que a empresa estaria protegida por liminar concedida em Mandado de Segurança.

Entende a PGE/PROFIS que, dessa forma sua insurgência equivale ao que foi decidido pela 1ª instância, ou seja, o recorrente não prospera no seu pedido pela improcedência, não vai ao mérito da ação fiscal, requer Decisão por outro motivo que nulifique o Auto de Infração que já foi decretado nulo.

Ante o exposto, por se tratar de Recurso Voluntário, que devolve toda a matéria a julgamento, entende que deve o mesmo ser conhecido, porém, não provido, pois que a nulidade suscitada não tem cabimento na medida em que o autuante não aplicou a pauta fiscal como base de cálculo, objeto da liminar arguida.

## VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que, no presente Processo Administrativo Fiscal, vislumbro a existência de duas razões para decretar, de ofício, a nulidade do Auto de Infração.

Uma delas, já acolhida pela Decisão recorrida, decorre do fato de ensejar cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que a acusação fiscal de “*Destaque do ICMS a menor em documento fiscal, devido a erro na aplicação da alíquota*” não condiz com a realidade fática da matéria apurada, ou seja, o recolhimento a menos da antecipação tributária de farinha de trigo realizada pelo contribuinte, conforme demonstrativo à folha 2 dos autos. Sendo assim, a imputação fiscal está prejudicada, por implicar em mudança de fulcro da autuação, ferindo de morte o lançamento de ofício, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, conforme bem ressaltou a Decisão recorrida.

A outra razão para se anular o Auto de Infração decorre do fato de que, por se tratar de uma operação triangular de remessa para industrialização de trigo em grãos em farinha de trigo, conforme se comprova da análise dos documentos fiscais às fls. 11 a 17 dos autos, caberia à fiscalização de trânsito substituí-los e enviá-los para a Inspeção da circunscrição do contribuinte adquirente da mercadoria, para ser programada fiscalização do estabelecimento, uma vez que a operação com o trigo em grãos foi feita em data anterior à fiscalização e a apreensão foi do trigo já transformado em farinha de trigo.

Nesta condição, o art. 506-A e seus parágrafos, assim como o art. 125, VII, “b”, ambos do RICMS-BA, determinam que o contribuinte que receber trigo em grãos, a qualquer título, aí incluído o recebimento simbólico, caso dos autos, será o responsável pelo pagamento do imposto devido por antecipação. Antecipação esta que alcançará as operações subsequentes com a mesma mercadoria e com as dela resultante, sendo que a base de cálculo será, para o trigo em grãos, o valor da sua aquisição ou do seu recebimento, acrescido dos impostos federais, despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, agregado da margem de valor adicionado de 94,12%, e o imposto devido será pago na passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado.

Assim, comprovado que a mercadoria que estava sendo transportada e objeto da apreensão não foi trigo em grãos, mas farinha de trigo, resultante da industrialização do trigo pela empresa Moinho Paraná Ltda, estabelecida no Paraná, por conta e ordem da empresa autuada, descabe a cobrança do imposto sobre o produto farinha de trigo, sendo devido o imposto sobre a aquisição do trigo em grãos, com a aplicação da base de cálculo disposta no § 2º, inciso I do art. 506-A, cabendo à *Fiscalização do comércio, e não do trânsito, a cobrança do imposto sobre o trigo em grãos* – já que não foi este o produto que estava circulando no Estado e objeto da apreensão - que

alcançará o produto resultante da industrialização, farinha de trigo, produto que foi objeto da apreensão em tela. Contudo, tal exigência deve ser feita pela fiscalização quando do estabelecimento comercial, por se tratar a operação de trigo em grãos, objeto da fiscalização de trânsito, de fato gerador pretérito à operação de farinha de trigo (resultante do beneficiamento do trigo em grãos).

Assim, diante de tais considerações, revela-se correta a Decisão de 1º grau, cabendo acrescentar que, por não ser possível apurar a liquidez do valor devido no mesmo Auto de Infração, quanto ao trigo em grãos, sob pena de mudança da imputação fiscal, o que reforça a NULIDADE do presente Auto de Infração, deve ser renovado o procedimento fiscal, a salvo dos equívocos apresentados, *pela fiscalização junto ao estabelecimento do autuado.*

Cabe salientar que a nulidade proclamada pela JJF e ora confirmada conduz à conclusão de que o recorrente não possui interesse recursal para contrapor-se à Decisão de primeira instância, daí porque voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso Voluntário.

Nessas circunstâncias, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº 094476.0247/07-1, lavrado contra **RC MOREIRA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo das falhas, nos termos do art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

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