

PROCESSO - A. I. Nº 206855.0005/04-8
RECORRENTE - PELÁGIO OLIVEIRA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0013-02/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 03/06/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJ Nº 0161-11/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS POR ESTABELECIMENTO FILIAL ATACADISTA A CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. MERCADORIAS RECEBIDAS EM TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO MATRIZ LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO. **b)** RETENÇÃO A MENOS. Cabe a filial atacadista, na qualidade de sujeito passivo por substituição, efetuar o lançamento e o pagamento do ICMS referentes às operações subsequentes com biscoitos e massas alimentícias derivados da farinha de trigo, nos termos do artigo 506-C do RICMS/97. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo. Não acolhido o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário decorreu do Auto de Infração, lavrado em 29/09/2004, para exigência do valor de R\$304.428,15, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$1.116,25, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente ao mês de abril de 2002, conforme demonstrativos fls. 9 a 11.
2. Retenção e recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$303.311,90, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, através das notas fiscais relacionadas às fls. 12 a 638, no período de abril de 2002 a março de 2003.

Foram dados como infringidos os artigos 353, e 126, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo em sua defesa alega que se submete aos efeitos do Protocolo ICMS/CONFAZ nº 40/00, para fins de substituição tributária nas operações de saídas dos produtos objeto de sua atividade.

Argüiu a nulidade do Auto de Infração, sob alegação de que a autuação fere o disposto no artigo 49 do RPAF, que trata da vedação de lavratura de uma mesma Notificação Fiscal relativa a infrações diversas.

Em seguida, visando sustentar sua tese da inocorrência da infração configurada no Auto de Infração, aduz que a partir do que dispôs o Protocolo ICMS Nº 46/00 e alterações posteriores, foi estabelecido o regime de substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão, farinha de trigo e mistura fina de trigo a outros produtos envolvendo contribuintes localizados nos Estados do Norte e Nordeste.

Assevera que esse entendimento está albergado pela legislação do ICMS do Estado de origem das mercadorias comercializadas pelo estabelecimento, qual seja, no artigo 5º do Decreto/CE nº 24.569/97 que prevê: *“Nas operações de saídas internas e interestaduais, promovidas por estabelecimentos industriais e suas filiais, de massas e biscoitos derivados de farinha de trigo, tributadas na forma deste Decreto, não será exigido o pagamento do ICMS, devendo nas notas fiscais referentes às mencionadas operações ser destacado o ICMS, exclusivamente para fins de crédito fiscal”*.

Diz que o preposto fiscal divergiu do comando normativo vinculado ao Protocolo ICMS Nº 46/00, recepcionado no RICMS/BA/97 nos artigos 506-A a 506-G, fazendo incidir a responsabilidade tributária vedada legalmente pelo Protocolo firmado entre os Estados do Norte e Nordeste.

Citou o Parecer nº 112/2004 expedido pelo Estado do Maranhão, que concluiu que as normas sobre tributação contidas no corpo do RICMS, não será exigido o pagamento do ICMS nas operações de saídas de massas e biscoitos derivados de farinha de trigo promovidas pelos estabelecimentos industriais e suas filiais.

Argumenta que a farinha de trigo foi tributada na forma do Protocolo ICMS Nº 46/00, no Estado do Ceará, local onde se encontra o estabelecimento industrial da empresa, entendendo que em eventual remessa de produto efetuado por alguma de suas Filiais ou da Matriz ao estabelecimento situado no Estado da Bahia, bem como a venda desse produto, de acordo com a Cláusula Quinta do citado Protocolo, não pode sujeitar-se a nenhuma oneração do ICMS, em virtude da substituição tributária operada na aquisição da farinha de trigo, concluindo que somente as operações com massas alimentícias provenientes de Estados não signatários do Protocolo estão sujeitas à substituição tributária.

Feitas estas considerações, sustenta que as operações internas de venda das mercadorias não estão sujeitas ao pagamento do ICMS-ST, mas tão-somente ao pagamento do ICMS-Regime Normal, com base no argumento de que o RICMS/BA concede o direito de apurar o ICMS devido nesta operação em valor não superior a 12% do valor da mercadoria, em atenção ao Parágrafo Único da Cláusula Quarta do Protocolo Nº 46/00, isto porque, em virtude da alíquota do Estado da Bahia ser de 17%, foi convencionada a aplicação de um redutor no percentual de 29,41 sobre a base de cálculo da operação para apurar a carga tributária equivalente a 12%.

Diz que no período objeto da autuação, não utilizou a redução prevista na legislação, gerando pagamentos a mais do imposto devido, e ocasionando acumulação em sua escrita fiscal de valores maiores do que os valores nominais lançados no Auto de Infração, os quais, assevera, deveriam ter sido objeto de um encontro de contas e não de autuação fiscal.

Requeru a realização de perícia nas Notas Fiscais nºs 00001 a 23097 emitidas no período objeto da autuação, para verificar a ocorrência de acúmulo de créditos fiscais mensais em seu favor, provenientes do recolhimento indevido do ICMS, salientando que poderiam ter sido tais valores compensados com a exigência fiscal.

Transcreveu o artigo 93, IX, § 5º do RICMS/97, que prevê a possibilidade de utilização de crédito fiscal do valor do imposto eventualmente pago indevidamente.

Por fim, requer a Nulidade ou a Improcedência da autuação.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 704 a 706 rechaça a preliminar de nulidade com base no artigo 49 do RPAF/99, dizendo que o sujeito passivo confundiu notificação com Auto de Infração.

No mérito, esclareceu:

1. A Matriz industrial localizada no Estado do Ceará adquire matéria-prima (farinha de trigo) e fabrica biscoitos e massas alimentícias, transferindo-as para sua filial atacadista com o imposto destacado nas notas fiscais à alíquota de 12%.
2. O procedimento da filial atacadista nas vendas é destacar nas notas fiscais o valor do ICMS normal à alíquota de 17% para biscoitos e 7% para massas alimentícias, e o valor do ICMS retido por substituição é calculado mediante a aplicação da MVA de 30% para biscoito e 20% para massas, e sobre estas bases de cálculos é aplicada a alíquota de 17% (biscoito) e 7% (massas), deduzindo destas o valor do imposto normal.

Argumenta que com base em consulta formulada a GESUT/DITRI o método que deveria ter sido adotado para a apuração e recolhimento do imposto incidente nas citadas operações deveria ter sido o seguinte:

1. O estabelecimento não deveria ter utilizado os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição emitidas pela Matriz.
2. Aplicar sobre o valor da operação as respectivas MVAs (30% biscoitos e 20% massas alimentícias), encontrando a base de cálculo da retenção, sobre a qual incide a alíquota de 17% (biscoitos) e 7% (massas alimentícias), deduzindo do resultado 12% ou 7% do produto vendido respectivamente, encontrando o valor do imposto a ser retido por substituição.

Em seguida o preposto fiscal exemplificou como foram apurados os valores constantes no seu trabalho fiscal, tomando por base a Nota Fiscal nº 001, de 29/04/2002, no valor de R\$ 221,75, visando demonstrar que o contribuinte autuado efetuou erroneamente o cálculo da substituição tributária.

Destacou que a partir de maio de 2003 o estabelecimento reconhecendo o equívoco cometido passou a apurar e recolher o imposto corretamente na forma adotada na autuação.

Manteve a autuação integralmente.

Em sua manifestação a 2ª JJF rejeita a preliminar de nulidade por entender que os argumentos trazidos ao processo pelo sujeito passivo não são suficientes para contrariar o art. 18, do RPAF/99.

Ao mesmo tempo rejeitou pedido de diligência, por considerar que o processo contém todos os elementos indispensáveis à sua instrução.

Na análise do mérito, a JJF diz que o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir da empresa adquirente (filial atacadista), estabelecida no Estado da Bahia, a falta de retenção e a retenção efetuada a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas de Biscoitos adquiridos por transferência do Estado do Ceará, relativamente ao período de abril de 2002 a março de 2003.

Informa que o débito encontra-se especificado no “*Demonstrativo de Notas Fiscais de Saídas e Apuração do ICMS Substituído*” constante às fls. 9 a 11 (infração 1) e 12 a 638 (infração 2), através de planilhas representativas de cada documento fiscal, em cujas planilhas de cálculos encontram-se discriminadas as colunas relativas a data; número da nota fiscal; CFOP; BC-ICMS normal; alíquota; Valor do ICMS-Normal; MVA; BC-ST; alíquota-ST; débito; crédito; valor a ser retido; valor retido; diferença a recolher.

No caso da infração 1, observa que a exigência refere-se à falta de retenção sobre as vendas realizadas no mês de abril de 2002, sendo adotado pelo autuante, para fins de cálculo do imposto, a mesma metodologia do autuado, e os valores encontrados foram deduzidos no cálculo da infração 2.

Aduz que, pelo que constam dos autos as mercadorias incluídas nos citados demonstrativos tratam-se de biscoitos e massas alimentícias, estão enquadradas no regime de substituição

tributária, e são originárias do Estado do Ceará, cuja substituição tributária, nos termos dos artigos 506-C, III, do RICMS/97, cabe ao autuado na condição destinatário (filial atacadista) proceder à retenção do imposto nas operações de vendas, nos termos do artigo 353, II, 11.4 do RICMS/97.

Prosseguindo em sua análise, o relator observa que os demonstrativos que instruem a autuação e os esclarecimentos prestados na informação fiscal permitem concluir que as diferenças apuradas são decorrentes basicamente do fato de o autuado, no cálculo do valor a ser retido ter considerado a alíquota de 17% sobre as operações normais, enquanto que o autuante considerou a alíquota de 12%, merecendo registrar que os valores lançados no Auto de Infração se referem exclusivamente a biscoitos.

Diz que pelos argumentos defensivos, nota-se que o autuado, apesar de ter procedido a retenção do imposto (a menos), discute a sua condição de sujeito passivo por substituição em tais operações de saídas, tendo aduzido em sua defesa que a partir do que dispôs as Cláusulas Primeira e Quarta, caput e Parágrafo único do Protocolo ICMS Nº 46/00, não deve haver nenhum tipo de oneração referente ao ICMS quando da saída das mercadorias das filiais, pois entende que na situação da substituição tributária se realizar diretamente no trigo o restante da cadeia está liberada.

Argumentou, ainda, que a farinha de trigo foi tributada na forma do Protocolo ICMS Nº 46/00, no Estado do Ceará, local onde se encontra o estabelecimento industrial da empresa, entendendo que a remessa de produto efetuado por alguma de suas Filiais Atacadistas ou da Matriz ao estabelecimento filial situado no Estado da Bahia, bem como a venda desse produto, de acordo com a Cláusula Quinta do citado Protocolo, não pode sujeitar-se a nenhuma oneração do ICMS, em virtude da substituição tributária operada na aquisição da farinha de trigo, concluindo que somente as operações com massas alimentícias provenientes de Estados não signatários do Protocolo estão sujeitas à substituição tributária, tendo inclusive alegado pagamento a mais do imposto por substituição tributária nas operações com derivados de farinha de trigo.

Quanto à pretensão do sujeito passivo de compensar os valores que alegou ter pago a mais com os valores apurados neste Processo, diz o i. relator da 2ª JJF que cabe ao mesmo postular a restituição diretamente na repartição fazendária de sua circunscrição fiscal, conforme determina o artigo 74, do RICMS/97.

Para concluir, a 2ª JJF quanto ao argumento defensivo, observa que o mesmo não encontra amparo no Protocolo ICMS nº 46/00, do qual, dentre outros, o Estado da Bahia e do Ceará são signatários, e dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo.

Ante o exposto, vota pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão da 2ª JJF, o recorrente interpõe Recurso Voluntário alegando preliminarmente que segundo o art. 2º do Decreto nº 7.629/99 o Processo Administrativo Tributário está sujeito a inúmeros princípios jurídicos, destacando-se aquele que obriga que as Decisões na esfera administrativa sejam motivadas, devendo assegurar aos administrados o direito de eles saberem quais as razões de certas Decisões. Afirma não ter encontrado na Decisão recorrida o citado PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO, mormente quando analisa o pedido de diligência, devidamente fundamentado. Sua negativa não se fundamenta no direito que tem o contribuinte em buscar a verdade material.

Insiste na defesa da realização de perícia, afirmando ser esta imprescindível para se chegar a verdade material, pois somente dessa forma é que se pode chegar à conclusão sobre os fatos relevantes ventilados, como a comprovação da existência de infração frente a sistemática inaugurada pelas normas do Protocolo nº 46/00.

A propósito, o recorrente cita diversas manifestações do CONAT-CE acerca do tema subfaturamento, reforçando o pedido de perícia, repete os quesitos formulados em sua contestação anterior.

No mérito fala em desrespeito ao Protocolo nº 46/00, afirmando ter a 2ª JJF errado em sua Decisão ao desconsiderar os motivos do recorrente na busca do cumprimento do citado Protocolo, que garante as operações efetuadas.

No que respeita ao saldo credor de ICMS, cita o princípio da não-cumulatividade, e que sua apuração se dá compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. Merecendo reforma a Decisão no que respeita este tópico, pois tendo o autuado aplicado alíquota superior à devida, gerou crédito a seu favor em montante para suportar quase a totalidade do pretendo saldo devedor do contribuinte.

Adiante, cita várias decisões do CONSEF, e afirma que as mesmas evidenciam que uma vez existindo o Protocolo onde é estipulado a criação de um recolhimento único pelo restante da cadeia de circulação, como no caso em análise, o recolhimento pela substituição tributária afasta a incidência de recolhimentos pelas demais operações, ou seja: uma vez estipulada entre os Estados, através de Protocolo ou Convênio, que o ICMS é devido no Estado remetente não há que se exigir o imposto de saída do produto do Estado adquirente.

Entende finalmente o recorrente que *“em eventual remessa de produto efetuada por alguma de suas filiais ou da matriz ao estabelecimento filial situado no Estado da Bahia, bem como a venda desse produto não pode sujeitar-se a nenhuma oneração de ICMS, em virtude a substituição tributária operada na aquisição da farinha de trigo”*.

Pede Provimento ao Recurso Voluntário para que seja reconhecida a Nulidade da Decisão recorrida, e se assim não for entendido, requer a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS se manifesta aludindo que quanto à nulidade alegada, a JJF apreciou o pedido e decidiu pela não realização da perícia por desnecessidade de provas, já que as existentes nos autos bastam para suas conclusões.

No mérito diz que as alegações do recorrente não têm pertinência, por entender que o Protocolo Nº 46/00 estabelece regras para o ICMS incidente sobre a farinha de trigo até a saída desses produtos, entendendo que a substituição tributária regida pelo multicitado Protocolo vai até a saída dos produtos elaborados, e que a partir daí cabe aos estados destinatários estabelecerem suas regras de tributação.

Aduz que a cláusula 4ª, Parágrafo Único citado pelo recorrente prevê que as saídas pelos estabelecimentos industriais e suas filiais de massas e biscoitos derivados da farinha de trigo não haverá incidência do imposto. E que a interpretação sistemática desse dispositivo leva à conclusão de que se refere ao imposto normal, e não por substituição.

Cita o art. 506-C do RICMS que prevê a exigência do imposto por substituição tributária dos adquirentes, a qualquer título, de mercadorias de outra unidade da Federação, ressalvando se a existência de acordo interestadual exigir que se faça a retenção do imposto referente às operações subsequentes. Concluindo que nas operações interestaduais com massa e biscoitos derivados de farinha de trigo, o ICMS é devido pelo fabricante até a saída desse produto. Cabendo ao contribuinte adquirente promover a substituição tributária das operações subsequentes como prevê o art. 506-C do RICMS.

Quanto à pretensão do contribuinte de efetuar compensação do imposto a pagar com alegados créditos, sugere a ilustre procuradora, que nos termos da legislação poderá o contribuinte requerer a restituição.

Finalmente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Entendo que o Auto de Infração foi lavrado com observância de toda legislação pertinente, não prosperando a afirmação do recorrente de que o mesmo colide com os dispositivos do RPAF, estando todo ele revestido das formalidades legais e em acordo com o art. 18 do regulamento citado. Quanto ao pedido de diligência, opino pelo Não Acolhimento por entender que o presente PAF dispõe das informações que permitem realizar o julgamento.

No mérito, entendo que o Protocolo Nº 46/00 ao estabelecer para o ICMS nas saídas de farinha de trigo e outros produtos derivados, estabelece em sua cláusula primeira que os Estados signatários adotarão uniformidade nos procedimentos de cobrança do imposto da farinha de trigo quando este produto ingressar em seus territórios, alcançando a cobrança as etapas subseqüentes até a saída do produto elaborado. Devendo a partir daí os Estados adotarem suas regras de tributação. Ficando entendido que o Protocolo Nº 46/00 regula a substituição tributária das massas derivadas da farinha de trigo.

Já o art. 506-C do RICMS exige o pagamento do ICMS dos adquirentes de outra unidade da Federação ,a menos que haja algum acordo interestadual que estabeleça a retenção do imposto nas operações subseqüentes. Donde se conclui que nas operações interestaduais com derivados da farinha de trigo o ICMS é devido pelo fabricante até a saídas desses produtos.

Ante o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206855.0005/04-8**, lavrado contra **PELÁGIO OLIVEIRA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$304.428,15**, acrescido das multas de 60% sobre R\$303.311,90 e 150%, sobre R\$1.116,25, previstas no art. 42, II, “e” e, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS