

A. I. N° - 206855.0005/04-8
AUTUADO - PELÁGIO OLIVEIRA S/A
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 10.02.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0013-02/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS POR ESTABELECIMENTO FILIAL ATACADISTA À 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 subseqüentes 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi 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 subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente ao mês de abril de 2002, conforme demonstrativos fls. 09 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 subseqüentes, 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 n° 6.284/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, V, “a”, da Lei n° 7.014/96.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 645 a 653, no prazo legal, informou que o estabelecimento desenvolve suas atividades no ramo de industrialização e comercialização de biscoitos e massas alimentícias, tendo sede no Estado do Ceará e filiais em outros Estados, inclusive no Estado da Bahia, e que se submete aos efeitos do Protocolo ICMS/CONFAZ n° 46/00, 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 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.

Transcreveu as Cláusulas Primeira e Quarta, Caput e Parágrafo Único do citado Protocolo, para argumentar que 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.

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 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 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 a 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 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 que deveriam ter sido objeto de um encontro de contas e não de autuação fiscal.

Requeru a realização de perícia nas notas fiscais 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, formulando os seguintes quesitos:

- a) “a empresa utilizou a base de cálculo correta na apuração do ICMS-REGIME NORMAL, referente as mercadorias comercializadas através das Notas Fiscais nºs 00001 a 23097?
- b) existiram recolhimentos efetuados a maior pela empresa referentes ao ICMS-REGIME NORMAL, entre os meses de competência maio/2002 a março/2003, referente as mercadorias comercializadas através das Notas Fiscais nºs 00001 a 23097?
- c) se existente um recolhimento a maior do ICMS, esse foi compensado com algum ICMS devido?
- d) Em sendo reconhecidos os pagamentos a maior, os valores recolhidos mês a mês seriam bastante para compensar o valor do imposto apurado mês a mês pela ação 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 que :

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 MVA's (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 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.

VOTO

Inicialmente, no tocante a preliminar de nulidade, constatei que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com o RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, não havendo, portanto, como prosperar a alegação defensiva de que a autuação fere o disposto no artigo 49 do RPAF, pois o citado dispositivo trata de Notificação Fiscal utilizada pela repartição fazendária para cientificar o sujeito passivo acerca do lançamento de ofício, e não se confunde com o Auto de Infração lavrado pelo preposto fiscal.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, inexistindo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o artigo 18, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência requerido pelo autuado, o indefiro por considerar que o processo contém os elementos necessários para a sua instrução.

No mérito, 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.

O débito encontra-se especificado no “Demonstrativo de Notas Fiscais de Saídas e Apuração do ICMS Substituído” constante às fls. 09 a 11 (infração 01) e 12 a 638 (infração 02), 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 01, observo que a exigência refere-se a 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 02.

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 a retenção do imposto nas operações de vendas, nos termos do artigo 353, II, 11.4 do RICMS/97.

Analisando os demonstrativos que instruem a autuação e os esclarecimentos prestados na informação fiscal, observo que as diferenças apuradas são decorrentes basicamente do fato do

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, conforme demonstrativo seguinte.

Exemplo: Nota Fiscal nº 001, de 29/04/2002 – Valor: R\$ 221,75 – Fl. 12

ESPECIFICAÇÃO	REF.	AUTUADO	AUTUANTE
Valor da operação de venda	A	221,75	221,75
Alíquota do ICMS normal	B	17%	17%
Valor do ICMS normal	C=AxB	37,70	37,70
MVA	D	30%	30%
BC do ICMS substituído	E=AxD	228,28	228,28
Alíquota do ICMS substituído	F	17%	17%
ICMS substituído	G=ExF	49,01	49,01
Crédito fiscal ICMS normal (221,75 x 17%)	H	37,70	
Crédito fiscal ICMS normal (221,75 x 12%)	H		26,61
Valor da retenção	I=G-H	11,30	22,40
Valor retido	J	11,30	11,30
Diferença a recolher	K=I-J	0,00	11,09

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 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 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 a substituição tributária, tendo inclusive alegado pagamento a mais do imposto por substituição tributária nas operações com derivados de farinha de trigo.

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

Quanto ao argumento defensivo, observo 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.

O Regulamento do ICMS do Estado Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e alterações posteriores, ao recepcionar as disposições contidas no citado Protocolo, prevê, dentre outras disposições que:

“Art. 506-C . Caberá aos contribuintes a seguir indicados, na condição de sujeitos passivos por substituição tributária, o lançamento e o pagamento do ICMS referentes às operações subseqüentes com produtos derivados de farinha de trigo elencados no subitem 11.4 do inciso II do artigo 353:

I -

II -

III – contribuintes que receberem, a qualquer título, as referidas mercadorias de outra unidade da Federação, salvo se houver acordo interestadual que estabeleça a retenção do ICMS referente às operações subseqüentes pelo remetente dos mencionados produtos.

.....

§ 3º Na apuração do imposto devido por substituição tributária de que trata este artigo, os fabricantes ou suas filiais atacadistas poderão deduzir do imposto relativo às operações próprias, lançado por ocasião da antecipação sobre a farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo utilizada, em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação própria realizada pela unidade industrial ou atacadista.”

Logo, com relação ao imposto deduzido relativo às operações próprias, para determinação do valor da exigência fiscal, observo o acerto da ação fiscal, tendo em vista que foi dado estrito cumprimento ao § 3º do artigo 406-C acima transcrito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206855.0005/04-8**, lavrado contra **PELÁGIO OLIVEIRA S/A**, devendo ser intimado o autuado 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, 01 de fevereiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA