

A. I. N° - 080556.0001/06-3
AUTUADO - M DIAS BRANCO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS
AUTUANTES - VANILDA SOUZA LOPES e GISELENE GUSMÃO LIMA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02.04.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0054-02/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO DE VENDA INTERESTADUAL DE FARINHA DE TRIGO ORIUNDA DE TRIGO IMPORTADO TENDO COMO DESTINATÁRIO CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subseqüentes, nas saídas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, definido através do Protocolo ICMS n° 46/00. Restou evidenciado que o autuado não adotou o critério estabelecido no § 1º da Cláusula 3ª do Protocolo 46/00. Exigência subsistente. Pedido de perícia indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/11/2006, reclama o valor de R\$ 80.270,28, sob acusação da retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas a contribuintes localizados neste Estado, sendo aplicada a multa de 60%.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 29 a 33, aduz que:

- 1) tem como atividade econômica a produção de farinha e farelo de trigo, através do processo de moagem de trigo em grão, e conseqüente comercialização de seus produtos;
- 2) é tributada pelo ICMS através regime de substituição tributária previsto nos Protocolos ICMS 46/00, 05/01 e 16/02, regulamentados no Estado do Ceará pelo Decreto 26.155/2001, onde a carga tributária incidente sobre suas operações é recolhida antecipadamente, no ato da importação do trigo em grão utilizado no processo de moagem, ou ainda sua aquisição em Estados não signatários dos referidos Protocolos, lhe sendo atribuída nesta ocasião, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações subseqüentes com a farinha de trigo que produz, nas operações realizadas dentro da zona formada pelos estados signatários dos referidos protocolos;
- 3) neste regime de tributação, recolhe 33% de carga tributária sobre as aquisições de trigo em grão provindos do exterior e de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, nos termos da cláusula terceira do Protocolo ICMS 46/00, a carga tributária imputada através da substituição tributária incidente sobre as aquisições de trigo em grão será partilhada na proporção de 40% em favor do Estado destinatário da mercadoria tributada na forma da referida norma.
- 4) o Estado do Ceará regulamentou o supracitado dispositivo através do art. 6º, incisos I e II e § 1º, do Decreto 26.155/2001, transcrevendo o referido dispositivo “ [...] § 1º O cálculo do imposto para fins do partilhamento entre as unidades federadas de origem e de destino será feito com base na média ponderada dos valores das importações ou das aquisições ocorridas no mês mais próximo da respectiva operação interestadual e deverá ser recolhido pelo estabelecimento

moageiro, por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais GNRE, até o décimo dia do mês subsequente à remessa.”;

- 5) de semelhante forma o Estado da Bahia regulamentou o supracitado dispositivo através do art. 506-B: “[...] a) ao valor correspondente a 60% do imposto incidente sobre o valor médio ponderado de cada tonelada, em razão da antecipação tributária relativa às entradas ocorridas no mês mais recente de aquisição de trigo procedentes do exterior e de unidades federadas não signatárias do Protocolo ICMS nº 46/00;
- 6) sobre a expressão “no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual”, entende a SEFAZ cearense que devem ser consideradas as aquisições do próprio mês onde ocorram as respectivas operações interestaduais com farinha de trigo, e, caso existam aquisições neste período de apuração devem ser consideradas as aquisições do mês anterior mais recente em relação a tais operações. Prossegue afirmando que assim sendo a requerente vem adotando tal critério, pois está subordinada ao fisco cearense, onde, nos processos de importação do trigo em grão e ressarcimento do ICMS-ST dos produtos remetidos aos estados não signatários do Protocolo ICMS nº 46/00, carecem de anuência;
- 7) a metodologia utilizada na ação fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração 080556.0001/6-3, baseou-se no entendimento que a expressão “no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual” traduz o significado de “mês anterior”.
- 8) tal entendimento do fisco baiano está literalmente explícito, ad exemplum, no anexo IV – DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA DO REPASSE DO ICMS-ST DA FARINHA DE TRIGO PARA O ESTADO DA BAHIA, do Auto de Infração, exercício 2002. Desta forma, a divergência de entendimento resultou na lavratura do citado auto de infração sem levar em conta que o procedimento adotado, quando do levantamento dos valores como recolhimento a menos, poderá trazer como consequência, recolhimentos a mais nos outros períodos, demonstrando que o entendimento do fisco baiano não é mais nem menos correto que o do fisco cearense. Nesse contexto, foi feito o levantamento descrito no ANEXO II e foi encontrado o saldo a ressarcir a impugnante no valor de R\$ 48.384,43 COM A UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO DE APURAÇÃO DO FISCO BAIANO (MÊS MAIS RECENTE = MÊS ANTERIOR).
- 9) que o art. 25 do RPAF-BA/99, determina que a interpretação da legislação tributária estadual será feita por meios de Portarias do Secretário da Fazenda, sem prejuízo da orientação feita pelo Superintendente de Administração Tributária através de Instruções Normativas. Tal dispositivo normativo restringiu os limites da interpretação da legislação tributária, de forma a não restar esta alternativa aos Auditores Fiscais;
- 10) ressalta a impugnante que os valores que serviram para chegar ao montante devido, segundo o disposto no Auto de Infração, não podem ser encontrados em nenhuma das planilhas de apuração da impugnante.

Por fim conclui o autuado solicitando que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que os valores de ICMS que serviram para chegar ao montante devido, não podem ser encontrados em nenhuma das planilhas – anexo IV – mesmo que prevalecesse o critério do fisco, ou seja, mês mais recente como sendo o mês anterior, pois é impossível qual erro cometera, configurando, assim, cerceamento do direito de defesa previsto no inciso II do art. 18 do RPAF-BA/99, bem como, o critério utilizado pela fiscalização para a lavratura do presente Auto de Infração não está previsto em nenhuma portaria do Secretário da Fazenda e em nenhuma Instrução Normativa da Superintendência da Administração Tributária, portanto, não poderia ser alvo de interpretação das autuantes, nos termos do art. 25 do RPAF-BA/99, reforçando assim a presença de elementos para a declaração de nulidade.

As auditoras autuantes ao prestarem a informação fiscal às fls. 92 a 94, inicialmente, discorrem sobre as ponderações apresentadas pelo autuado ao impugnar o Auto de Infração.

Em seguida, depois de examinarem as alegações defensivas, prosseguem assegurando que o Auto de Infração fora lavrado com base nos cálculos efetuados do ICMS-ST da farinha de trigo, remetida para o Estado da Bahia, conforme Protocolo 46/00 e considerados os seguintes aspectos:

1. As importações da empresa, conforme DI's verificadas, com valores, incluindo as despesas cobradas ao destinatário até o momento do ingresso no estabelecimento, quantidades e datas, acorde planilhas anexas, fls. 09; 19 e 20;
2. A média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual – § 1º da Cláusula 3ª do Protocolo 46/00, conforme planilhas anexas fls. 06, 09, 10, 19 e 20;
3. A carga tributária de 33% sobre aquisições de trigo em grão procedente do exterior, fls. 09; 19 e 20;
4. A quantidade de farinha de trigo remetida para o Estado da Bahia, fls. 07 a 08 e 11 a 18;
5. A proporção de 60% do valor do ICMS ST apurado.

Ressaltam que, o cálculo da diferença apurada no ICMS-ST, repassado para o Estado da Bahia, nos valores de R\$ 10.185,58 no exercício de 2001 e de R\$ 70.084,71 no exercício de 2002, perfazendo um total de R\$ 80.270,28, exigido no presente Auto de Infração encontra-se demonstrado, conforme planilhas anexas, fls. 06 e 10.

Afirmam que não fizeram interpretação da legislação, conforme afirma o contribuinte. A legislação diz que deve ser considerada a média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual. Se a intenção do citado Protocolo 46/00 fosse considerar, para efeito do cálculo do partilhamento do ICMS entre as unidades da federação de origem e destino, a média ponderada dos valores das importações ou aquisições, ocorridas no próprio mês da operação interestadual, assim estaria escrito.

Por fim enfatizam que não procede a nulidade pretendida pelo autuado, com o argumento de que os valores do ICMS que serviram para chegar ao montante devido não estão em suas planilhas, fls. 67 a 89, tendo em vista que os valores cobrados no Auto de Infração estão claramente demonstrados nas planilhas, anexas fls. 06, 09, 10, 19 e 20, e que o contribuinte as conferiu com os documentos apresentados, conjuntamente por ocasião da fiscalização. A divergência é em função das datas consideradas pela empresa.

Concluem as autuantes opinando pela manutenção integral do Auto de Infração por considerarem que os valores cobrados estão devidamente demonstrados nas planilhas anexas aos autos e por ter sido a legislação aplicada corretamente.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a retenção e o recolhimento a menos do ICMS, devido pelo autuado na qualidade de sujeito passivo por substituição, decorrente da venda interestadual de Farinha de Trigo obtida de trigo importado e destinada ao Estado da Bahia, conforme estatuído pelo Protocolo nº 46/00.

Constam dos autos a apuração da diferença do repasse do ICMS-ST da farinha de trigo destinada ao Estado da Bahia demonstrada através das planilhas acostadas aos autos pelas autuantes, fls. 06 a 20 – anexos I a VII. Resultando no débito de R\$ 10.185,58, apurado no exercício de 2001 e de R\$ 70.084,71, apurado no exercício de 2002, totalizando no montante de R\$ 80.270,28. Constam também nas notas explicativas dos anexos I e IV, fls. 06 e 10, que os valores do ICMS-ST por tonelada, foram obtidos conforme estabelecido no § 1º da Cláusula 3ª do Protocolo ICMS nº 46/00;

A defesa concentra suas argumentações ao impugnar o Auto de Infração em dois aspectos. O primeiro aduz que a fiscalização ao calcular o valor do ICMS-ST por tonelada não considerou as operações ocorridas dentro do próprio mês, pois no seu entendimento, a expressão “mês mais recente” contida no art. 506-B do RICMS-BA/97, contempla também as operações ocorridas dentro do mês em que se está apurando o ICMS-ST e que, por isso, a fiscalização encontrou a diferença apurada, por interpretar de forma equivocada e sem respaldo legal. Segundo, alega que nos demonstrativos elaborados pelas autuantes não podem ser encontrado os valores de ICMS que

serviram para chegar ao montante devido. E, com base nessas duas alegações requer a nulidade do Auto de Infração.

As autuantes mantêm a autuação afirmando que não fizeram interpretação alguma do § 1º da Cláusula 3ª do Protocolo ICMS nº 46/00, vez que, se o legislador pretendesse a inclusão no cálculo da média ponderada dos valores das importações ou das aquisições ocorridas no próprio mês, assim teria escrito. Quanto à falta dos valores do ICMS que serviram para chegar ao montante devido, procede, tendo em vista que os valores cobrados no Auto de Infração estão claramente demonstrados nas planilhas anexas, fls. 6, 9, 10, 19 e 20.

Da análise dos elementos que compõem o presente Auto de Infração constato que além de terem sido fornecidas, ao autuado, cópias de todas as planilhas que embasaram o cálculo das diferenças apuradas, objeto do presente Auto de Infração, fls. 06 a 21, nelas constam discriminadamente todos os cálculos efetuados desde a apuração, por nota fiscal, das quantidades de farinha de trigo remetida para o Estado da Bahia, até a diferença entre o valor do repasse e o ICMS-ST, recolhido. Portanto, não há que se falar em ausência dos valores de ICMS que serviram para apurar o montante devido, como alega a defesa. Nas planilhas dos anexos II, fls. 7 e 8, exercício de 2001 e V, fls. 11 a 18, exercício de 2002, constam as quantidades de farinha de trigo remetidas para a Bahia cujos meses apresentaram diferenças no ICMS-ST, identificadas que estão as datas de cada operação com a respectiva nota fiscal. Já as planilhas constantes dos anexos III, fl. 9, exercício de 2001 e VI, fl. 19, exercício 2002, demonstram analiticamente o cálculo do ICMS-ST, por tonelada, contemplando todas as fases de apuração. Por fim, as planilhas dos anexos I, fl. 6, exercício de 2001, e IV, fl. 10, exercício 2002, utilizando os valores apurados e demonstrados nas planilhas anteriormente citadas, confronta o valor correto do ICMS-ST que deveria ter sido repassado, por força do Protocolo 46/00, com os valores efetivamente recolhidos, evidenciando, assim a diferença a ser recolhida.

Do mesmo modo, entendo que o critério utilizado pela fiscalização para a lavratura do Auto de Infração não colide com dispositivo legal vigente algum, eis que, não resultou de procedimentos não previstos na legislação do ICMS. Ademais, não ocorrera também interpretação alguma, por parte das autuantes, e sim a aplicação direta do dispositivo legal, explicitamente manifesto, de que não deixa dúvida ser correta a consideração da média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação estadual, ou seja, no mês anterior completamente transcorrido, em que tenha ocorrido essas operações. O Protocolo 46/00 não cogita o cálculo da média ponderada em fração de mês, que seria o caso de se incluir o próprio mês de ocorrência.

Verifico também que os cálculos elaborados pela fiscalização estão de acordo com a legislação aplicável, ou seja, o art. 506-B do RICMS-BA/97 e do Protocolo 46/00, respeitando fielmente as seguintes exigências basilares da matéria: carga tributária de 33%; 60% em favor do estado destinatário e, o cálculo do imposto para efeito de partilhamento realizado com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação. O convênio não indica, portanto, inclusão do próprio mês, incompleto que se encontra por ocasião, cuja única exceção seria as operações ocorridas, no último dia.

Constato, ainda, que tanto a apuração da base cálculo, quanto a aplicação da alíquota, estão em perfeita sintonia com os dispositivos legais supra aludidos, além de estarem integralmente discriminados e explicitados nas planilhas apresentadas pelas autuantes, fls. 05 a 21, contemplando, inclusive, as devoluções ocorridas no período fiscalizado.

Mantenho, portando, a infração 01, por se encontrar devidamente caracterizada.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada.

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 **080556.0001/06-3**, lavrado contra **M DIAS BRANCO S. A. COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 80.270,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR