

**PROCESSO** - A. I. Nº 080556.0001/06-3  
**RECORRENTE** - M. DIAS BRANCO S/A – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0054-02/07  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 12/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/10

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO DE VENDA INTERESTADUAL DE FARINHA DE TRIGO ORIUNDA DE TRIGO IMPORTADO TENDO COMO DESTINATÁRIO CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. PARTILHAMENTO ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS DE ORIGEM E DESTINO. De acordo com as disposições constantes do Protocolo ICMS 46/2000, com a redação anterior às alterações promovidas pelo Protocolo ICMS 184/09, o cálculo do partilhamento da carga tributária entre as unidades federadas, nos casos de mercadorias importadas, deve ser feito com base na média ponderada dos valores das operações ocorridas no mês mais recente, e não do mês anterior, como entendeu a autuante. Por outro lado, não foram anexados aos autos os documentos de importação e as notas fiscais de entrada que permitissem aferir a correção da base de cálculo apurada pelas autuantes, além do que, apenas quando da diligência solicitada por esta CJF foi explicitado pelas autuantes que a apuração da base de cálculo foi feita com a utilização da data de entrada do produto no estabelecimento, com base nos documentos de importação, e não pela data constante nas notas fiscais de entrada emitidas pelo contribuinte, fato essencial para o deslinde da matéria objeto da autuação, o que configura cerceamento do direito de defesa do contribuinte. Modificada a Decisão recorrida. Acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0054-02/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas a contribuintes localizados neste Estado, sendo aplicada a multa de 60%.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF, após consignar que 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 ICMS 46/00, ressaltou que da análise dos autos constatou que além de ter cópias de todas as planilhas que embasaram o cálculo das diferenças, discriminadamente todos os cálculos efetuados desde a apuração, p

de farinha de trigo remetida para o Estado da Bahia, até a diferença entre o valor do repasse e o ICMS-ST recolhido, concluindo, assim, que não há que se falar em ausência dos valores de ICMS que serviram para apurar o montante devido como alega a defesa.

Ressaltou, ainda, que o critério utilizado pela fiscalização para a lavratura do Auto de Infração não colide com nenhum dispositivo legal vigente, eis que não resultou de procedimentos não previstos na legislação do ICMS.

Aduziu que não ocorreu 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 tenham ocorrido essas operações, e que o Protocolo ICMS 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.

Observou que verificou também os cálculos elaborados pela fiscalização e que os mesmos estão de acordo com a legislação aplicável, ou seja, o art. 506-B do RICMS-BA/97 e do Protocolo ICMS 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.

Reiterou que o acordo interestadual não indica inclusão do próprio mês, incompleto que se encontra por ocasião, cuja única exceção seriam as operações ocorridas no último dia e que constata que tanto a apuração da base cálculo como a aplicação da alíquota estão em perfeita sintonia com os dispositivos legais aludidos, além de estarem integralmente discriminados e explicitados nas planilhas apresentadas pelas autuantes às fls. 05 a 21, contemplando, inclusive, as devoluções ocorridas no período fiscalizado, mantendo a Procedência da infração 1, por entendê-la devidamente caracterizada.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls.108 a 121 - onde pede a reforma do Julgado aos seguintes argumentos:

- I. Em preliminar requer a nulidade do Auto de Infração alegando que na composição do crédito tributário as autuantes não seguiram um critério único, qualquer que fosse este, pois ora mesclaram aquisições do mês antecedente com operações do próprio mês, ora ignoraram aquisições do mês antecedente, como defendem ser o procedimento correto, não havendo a necessária correspondência entre o que se alega ter incorrido em erro o contribuinte e o que se quantifica para se exigir recolhimento complementar, o que torna nulo o lançamento por preterição do seu direito de defesa e por ausência de elementos que permitam, com segurança, determinar a infração cometida;
- II. no mérito, alega que procede segundo o que estabelece o Protocolo ICMS 46/00 e que o procedimento implementado nas operações com destino ao Estado da Bahia baseia-se em orientação da SEFAZ/Ceará, que entende que a expressão “*no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual*” devem ser consideradas as aquisições dentro do próprio mês onde ocorram as respectivas operações interestaduais ou, caso não existam aquisições neste período de apuração, devem ser consideradas as aquisições do mês anterior mais recente em relação às tais aquisições, entendimento que vem cumprindo o recorrente;
- III. ressalta que cabe aos Estados signatários do referido acordo dirimirem a dicotomia de entendimentos, acordando de forma inequívoca a forma de partilhamento da carga tributária em tela, pois qualquer conduta que o recorrente infringe, ou pelo Fisco cearense, se adotada a interpretação Fisco baiano, como ocorreu no presente caso, ao praticar

cearense, situação que não deve merecer guarida no ordenamento jurídico, configurando-se em verdadeira aberração jurídica;

- IV. aduziu que a ação fiscal não considerou que no período analisado a monta de recolhimentos pelo recorrente superou o apurado, constituindo crédito tributário somente em relação aos meses em que o valor recolhido ficou menor do que o apurado, não sendo, assim, um critério equânime;
- V. aduziu, ainda, que existe diferença nas aquisições de trigo em grãos referente ao mês de maio de 2001, que decorreria da omissão no levantamento de algumas notas fiscais – Nota Fiscal nºs 171771, 171772, 172015 e 172312 - não computadas pelas autuantes, bem como a ocorrência de outros equívocos em relação a este exercício, que aponta detalhadamente na peça recursal – itens 33 a 38;

A PGE/PROFIS, em opinativo de fls. 126 a 132, sugere ao Conselho de Fazenda a conversão do presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para que se pronuncie em relação às alegações apresentadas pelo sujeito passivo em sua peça recursal.

Submetido o opinativo da PGE/PROFIS para apreciação em pauta suplementar, esta 1ª Câmara de Julgamento deliberou, por unanimidade – fls. 136 - em converter o processo em diligência às autuantes para que se verificasse o que se segue, elaborando novo demonstrativo de débito, se necessário:

*“I – se procede a alegação do recorrente de que no Anexo IV do Auto de Infração existe diferença nas aquisições de trigo em grãos referente ao mês de maio de 2001, que decorreria da omissão no levantamento de algumas notas fiscais, que cita em seu Recurso (item 33 da peça recursal). Caso positivo, que seja feito os cálculos, considerando os referidos documentos fiscais;*

*II – se no trabalho fiscal – para todos os exercícios fiscalizados - foram consideradas aquisições de trigo em grãos ocorridas no próprio mês (como alega o recorrente nos itens 34 a 39). Caso positivo, que seja feito os cálculos, utilizando o critério do mês mais recente (mês anterior);*

*III – que seja elaborado, para efeito comparativo, dois demonstrativos para todo o período fiscalizado, um com o critério do mês mais recente e o outro com o critério adotado pelo recorrente”*

Às fls. 140 a 145, consta o resultado da diligência realizada pelas autuantes, onde afirmam que não procede a alegação do contribuinte de que nos levantamentos algumas notas fiscais não foram consideradas e outras notas fiscais foram acrescentadas, demonstrando especificamente a referida afirmação. No entanto, excluíram a Nota Fiscal nº 174438, relativa ao mês de maio de 2001, elaborando novo demonstrativo total de débito, conforme fls. 145, remanescendo como débito o valor total de R\$77.450,45, sendo R\$7.365,74, para o exercício de 2001, e R\$70.084,71, para o exercício de 2002, e ainda novos demonstrativos de diferença de repasse do ICMS ST da farinha de trigo (fls. 146 e 147).

Asseveram, ainda, que todos os documentos e planilhas foram verificados na empresa quando da fiscalização e conferidos junto com preposto desta, e que os cálculos apresentados pelo recorrente no Anexo II da sua impugnação, que resultariam numa diferença de recolhimento a maior de R\$43.384,43, não refletem os valores apurados na fiscalização, que consideraram para o cálculo do mês mais recente de aquisição do trigo em relação às operações interestaduais, o mês de ingresso do trigo importado.

Informa, ainda, que não foram consideradas aquisições de trigo em grãos ocorridas no próprio mês, mas que foram consideradas as aquisições do trigo em grãos com entradas no mês anterior em relação à respectiva operação interestadual, e que despesas aduaneiras que são apresentadas em data posterior à entrada do produto, foram somadas nas planilhas pela data de emissão da nota fiscal.

Por fim, afirmam que o entendimento de que o mês mais recente é respectivas operações interestaduais foi confirmada pela Diretor

Parecer DITRI 14147/2007. Asseveram, ainda, que efetuaram os levantamentos com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições, ocorridas no mês mais recente, em relação à respectiva operação interestadual, considerando o mês mais recente o mês anterior, e que foram reclamados os valores de ICMS ST referentes aos meses com recolhimento a menor, e que na sua totalidade, ao contrário do alegado pelo contribuinte, havia débito para com o Fisco baiano, não sendo de competência dos autuantes efetuar compensações tributárias, que são analisadas em pedido de restituição, conforme legislação.

Cientificado do resultado revisional, o recorrente se manifesta as fls. 150 a 160, nos seguintes termos, resumidamente:

- I. que causa estranheza ao recorrente o fato de que notas fiscais de efetiva entrada de trigo, emitidas em 03/05/2001 (Nota Fiscal nº 171772) e 11/06/2001 (Nota Fiscal nº 174438), retroagirem, ao critério das autuantes, para compor a base de cálculo do repasse na competência abril/2001, contudo, as notas fiscais das despesas acessórias destas entradas, emitidas nas mesmas datas, foram consideradas como emitidas posteriormente e, por conseguinte, computadas apenas no período de suas respectivas emissões e que tal procedimento por parte das autuantes também ocorre em relação aos demais períodos de 2002;
- II. que as próprias autuantes admitiram que o desembaraço aduaneiro das entradas de abril de 2001 ocorreu de maneira antecipada, justificando o fato de computarem notas fiscais de entrada de trigo emitidas em maio e junho naquele cômputo, mas porque razão deixaram de considerar as notas fiscais das despesas acessórias destas mesmas importações no cômputo, já que não há que se falar em extemporaneidade da emissão dos referidos documentos, pois foram emitidas nas mesmas datas que subsidiaram as importações, e que esta dubiedade de procedimento confundiu e ainda confunde o recorrente, não restando dúvida de que o crédito fiscal está longe da liquidez e certeza requerível para a continuidade da sua exigibilidade, daí porque sustenta a sua nulidade;
- III. que de fato a regra do Protocolo determina que despesas aduaneiras ou acessórias também integram a base de cálculo do imposto, mas que as autuantes embora tenham afirmado que tais despesas deveriam ser computadas levando em consideração a data de entrada do navio e não a data de emissão da nota, reconheceram que fizeram o contrário, considerando a data de emissão da nota fiscal, alegando que tais despesas foram faturadas posteriormente, mas que todas as notas fiscais também o foram, denotando que o procedimento das autuantes tivera exceções aleatórias, injustificáveis até o momento;
- IV. que em relação ao Parecer citado da DITRI/SEFAZ, este não poderia ter sido trazido aos autos neste momento, já em fase recursal, além do que este órgão deveria tomar providências para coaduná-lo com os demais Estados signatários do referido Protocolo, sendo inegável a injustiça de levar ao contribuinte ônus de uma divergência que só compete ser saneada entre as unidades da Federação envolvidas;
- V. que reiteram a alegação de que em alguns meses do período autuado houve recolhimento a maior, e que não se trata de compensação de crédito tributários, como alegado pelas autuantes, e que não poderiam ter desconsiderado os valores pagos e que o procedimento da empresa, ao se considerar o próprio mês das respectivas operações interestaduais para fins de repasse, por diversos meses o Estado da Bahia foi destinatário de valor superior do que se o fosse considerado o mês antecedente;

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 164 e 165, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ao argumento de que compartilha com o entendimento das autuantes, que o valor do imposto estabelecido para fins de cálculo do imposto a ser repartido entre o

mês mais recente da operação, e que este só pode ser o mês anterior, e que se a legislação quisesse considerar o próprio mês, utilizaria a expressão “mês vigente” ou “mês atual”.

Às fls. 168, a 1ª CJF requer nova diligência, em vista do não cumprimento por parte das autuantes do quanto solicitado no item III da diligência anteriormente suscitada por esta Segunda Instância, qual seja, *“que seja elaborado, para efeito comparativo, dois demonstrativos para todo o período fiscalizado, um com o critério do mês mais recente e o outro com o critério adotado pelo recorrente”*.

Às fls. 170 a 174, inicialmente consignam que as diferenças de cálculo não decorrem somente do fato da empresa considerar o mês mais recente como o próprio mês, e a fiscalização considerar o mês anterior, mas as diferenças foram, principalmente, decorrentes da diferença do valor do ICMS ST por tonelada, apurada pelo contribuinte e pelo Fisco, considerando despesas aduaneiras e datas de entrada. Afirma que há diferenças nos meses em que as referidas importações foram consideradas nas planilhas do contribuinte, que fez o registro considerando o mês da emissão da nota fiscal, posterior à entrada do produto; que as declarações de importações a que as notas fiscais se referem, tiveram autorização de despacho antecipado e as datas de entrada do produto são anteriores às datas das notas fiscais que foram emitidas pelo contribuinte.

Registram que foram consideradas sempre as datas de entrada do trigo, observando os processos de importação, para apurar o mês do cálculo do ICMS ST por tonelada, e observado, como o mês mais recente para o cálculo do repasse, o mês anterior em relação às respectivas operações interestaduais.

Registram, ainda, que os cálculos do contribuinte que resultaram numa diferença de recolhimento a maior de R\$43.384,43 não refletem os valores apurados pela própria empresa, e que pelos seus próprios cálculos haveria um recolhimento a menor para a Bahia de R\$51.405,83.

Explicam que os cálculos do recorrente foram baseados nas datas das notas fiscais de aquisição do produto, com mês diferente do de entrada do trigo, conforme processo de importação com despacho antecipado, o que altera a referência do mês para determinar o mês mais recente das importações ou aquisições ocorridas em relação à respectiva operação interestadual.

Informam que as diferenças dos valores do ICMS ST por tonelada entre as planilhas da empresa e o Fisco, decorreram do fato da empresa ter registrado em suas planilhas as datas das importações pela data das notas fiscais emitidas pela empresa, posterior à entrada, e o Fisco, pela entrada do produto, conforme processo de importação e despesa aduaneira.

Consignou, ainda, que, após conferir os cálculos e constatar equívocos quanto à alocação das despesas aduaneiras pelas datas das notas fiscais e não nos meses das declarações de importações correspondentes, houve alteração do valor do ICMS por tonelada de meses e consequente alteração do valor do ICMS recolhido a menor, conforme novos demonstrativos que apresenta às fls. 175 a 180, resultando como valor total R\$71.835,29, sendo R\$3.657,57, para o exercício de 2001, e R\$68.187,72, para o exercício de 2002.

Quanto ao solicitado na última diligência, elaboram demonstrativos de fls. 178 e 181 - Anexo III (exercícios de 2001) e Anexo V (exercício de 2002), respectivamente.

Cientificado do novo resultado revisional – fls. 189 a 194 – o recorrente se manifesta aduzindo que o fato gerador da importação é o desembaraço aduaneiro – nos termos do art. 12, IX da LC 87/96 - que somente se concretiza com a emissão do Comprovante de Importação, documento próprio para emitir a nota fiscal de importação, e que o fato gerador do ICMS não ocorre com a entrada no estabelecimento do importador, desqualificando-se, assim, a sistemática adotada pelas autuantes.

Refuta a alegação das autuantes de que os cálculos do contribuinte de diferença de recolhimento a mais de R\$43.384,43 não refletem os



empresa, e que pelos seus próprios cálculos haveria um recolhimento a menor para a Bahia de R\$51.405,83, ao argumento de que a discrepância persiste especificamente no mês a ser considerado para efeito de repasse de ICMS para o Estado da Bahia.

Alega que, ainda que o entendimento das autuantes tivesse fundamentos jurídicos e como elas mesmas reconhecem que o ICMS estava sendo pago em momento posterior, não há que se cogitar de nova cobrança de imposto, pois tão-somente se trataria de reconhecimento de que o crédito tributário já havia sido recolhido intempestivamente, hipótese em que cabe ônus moratórios, não cobrança do próprio imposto.

Finaliza reiterando que agiu de acordo com os ditames do Protocolo ICMS 46/00 e com a orientação do Fisco cearense, efetuando o compartilhamento do imposto.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação, reitera o opinativo anterior pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, e acrescenta que o recorrente não se manifestou objetivamente quanto aos cálculos relativos às despesas aduaneiras, afirmando, tão-somente, que se considera a importação efetivada no momento do despacho aduaneiro. Afirma, ainda que, embora seja cediço que o momento da importação é do despacho aduaneiro, devendo as despesas respectivas ser calculadas pelo câmbio do dia, mas o que se discute no lançamento é sobre o mês a ser considerado para fins do cálculo do ICMS-ST, que segundo o Protocolo ICMS 46/00 deve ser o valor do mês mais recente, já tendo se manifestado no sentido de que deve ser considerado o mês anterior.

## VOTO

Inicialmente devemos consignar que a matéria a que se reporta o presente lançamento de ofício já foi objeto de recente apreciação e julgamento por parte deste Conselho Estadual de Fazenda em outros Autos de Infração, lavrados contra sujeitos passivos diversos, e, em Decisão unânime, o resultado do julgamento foi pela improcedência da exigência fiscal.

E, de fato, após fazermos uma análise detida das regras do Protocolo ICMS 46/00, especificamente do histórico de alterações da redação do §1º da sua Cláusula Terceira, abaixo descritas, que visaram, exclusivamente, ao aprimoramento da norma em apreço, verifica-se que da forma como inicialmente foi concebido, o texto normativo determinava que o cálculo do partilhamento fosse feito com base no valor do ICMS cobrado sobre as operações de importação **no mês anterior** à realização das operações interestaduais. A segunda redação, de seu turno, não especifica o que se pode considerar **“aquisições mais recentes”**, imprimindo indesejável subjetividade no âmbito do direito tributário, por essência objetivo, vinculado e submetido à legalidade estrita.

Já na última redação a este dispositivo, o intuito foi claramente o de sanar tais impropriedades. Ao dispor que o cálculo do partilhamento dependeria dos valores das importações ou aquisições ocorridas **no mês mais recente** em relação à respectiva operação interestadual, dissipou-se a dúvida quanto à eventual inexistência de operações desse tipo no mês anterior e, também, deu um conceito objetivo do que se tratam as aquisições mais recentes referidas na redação anterior.

Ou seja, o entendimento do Fisco baiano de que a interpretação que deve ser dada ao referido §1º, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores do presente lançamento, é de que mês mais recente seria o mês anterior, não merece acolhida, até porque, se assim o fosse, não necessitaria haver a referida alteração, pois a redação originária, que teve efeitos até 31/01/01, já dizia expressamente que seria o mês anterior. Bastaria, assim, apenas retornar a redação anterior (mês anterior).

**PROTOCOLO ICMS 46/00 - Redação original, efeitos até 31.01.01:**

*“§ 1º O cálculo do imposto para efeito do partilhamento entre as unidades, feito com base no valor do ICMS cobrado sobre as importações do mês anterior”.*

Redação dada pelo Protocolo ICMS 05/01, efeitos de 01.02.01 a 19.04.01.

*“§ 1º O cálculo do imposto para efeito do partilhamento entre as unidades federadas de origem e destino será feito com base no valor do ICMS cobrado sobre as importações ou aquisições mais recentes à respectiva operação interestadual”.*

Redação dada ao §1º pelo Protocolo ICMS 13/01, efeitos de 30.04.01 a 31.12.09:

*“§ 1º O cálculo do imposto para efeito do partilhamento entre as unidades federadas de origem e destino será feito com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual”.*

Portanto, como o sujeito passivo calculou a média ponderada para partilhamento da carga tributária do ICMS com base nas aquisições ou importações realizadas no mês mais recente, e não no mês anterior, como pretendiam as autuantes, concluímos que o procedimento adotado está correto e a exigência fiscal não pode subsistir.

Por outro lado, após analisarmos o resultado da última diligência realizada nos autos, onde solicitamos às autuantes a elaboração de dois demonstrativos, para todo o período fiscalizado, um com o critério do mês mais recente, assim considerado o mês anterior (adotado pela fiscalização), e o outro com o critério adotado pelo recorrente, que considerou como mês mais recente o próprio mês – vide demonstrativos de fls. 178 (Anexo III – exercício de 2001) e de fls. 181 (Anexo V – exercício de 2002), verificamos que, mesmo adotando-se o critério correto, como acima já nos posicionamos, ou seja, considerando-se o próprio mês, os demonstrativos correlatos ainda apontam para valores remanescentes.

Tal fato, no entanto, é esclarecido pelas próprias autuantes, ao consignarem no início da referida diligência – vide fls.170 - que *“ todas as importações de trigo foram consideradas, **conforme entrada do produto**, apurada através dos processos de importação, para efeito dos cálculos do ICMS ST, por tonelada a partilhar com o estado da Bahia. As diferenças de cálculo não decorreram somente do fato da empresa considerar o mês mais recente como o próprio mês, e a fiscalização considerar o mês mais recente como o mês anterior. As diferenças foram, principalmente, decorrentes da diferença do valor do ICMS ST por tonelada, apurada pelo contribuinte e pelo fisco, considerando despesas aduaneiras e datas de entrada. Há diferenças nos meses em que as referidas importações foram consideradas nas planilhas do contribuinte, que fez o registro considerando o mês da emissão da nota fiscal, posterior à entrada do produto. As DIs a que as notas fiscais se referem, tiveram autorização de despacho antecipado, e as datas de entrada do produto são anteriores às datas das notas fiscais, que foram emitidas pelo contribuinte”*. Grifos nossos.

Do exposto, devemos também apreciar esta questão, se correto o procedimento das autuantes ao considerar, para efeito de apuração do ICMS-ST, a data de entrada do produto importado no estabelecimento autuado, por conta do despacho antecipado que ocorreu nestas importações, ou a data de emissão da nota fiscal de entrada pelo contribuinte.

Assim, ao analisarmos a legislação, verificamos que a Lei nº 7.014/96, em seu art. 4º, § 6º, abaixo transcrito, repetindo norma inserta na LC 87/96, considera ocorrido o fato gerador do imposto na entrega da mercadoria antes do seu desembaraço, ou seja, na hipótese de despacho antecipado. Neste sentido, o procedimento correto é apurar o ICMS-ST com base na data da entrega física da mercadoria ao estabelecimento autuado.

*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*§ 6º Na hipótese de entrega de mercadorias ou bem importados do exterior antes do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador neste momento, devendo a autoridade responsável, salvo disposição em contrário, exigir a comprovação do pagamento do imposto.”*. Grifos nossos.

Por outro lado, devemos registrar que, muito embora os demonstrativos apontem para quem os números das declarações de importações e das notas fiscais

valores que estariam relacionados às despesas aduaneiras e despesas acessórias, não constam dos autos os referidos documentos de importação e nem as referidas notas fiscais que pudessem permitir a aferição da correção da base de cálculo apurada pelas autuantes, permitindo-nos verificar sua quantificação, o que torna ilícido e incerto o montante do imposto exigido, ou seja, não há como apurar, com segurança, o elemento valorativo do fato gerador.

Além deste fato, verificamos que, apenas quando da diligência solicitada por esta CJF foi explicitado pelas autuantes que a apuração da base de cálculo foi feita com a utilização da data de entrada do produto no estabelecimento, com base nos documentos de importação, e não pela data constante nas notas fiscais de entrada emitidas pelo contribuinte, fato essencial para o deslinde da matéria objeto da autuação, o que configura cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Assim, diante destes fatos, impende-se a decretação da nulidade do Auto de Infração, nos termos do art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF/BA, abaixo transcrito.

“Art. 18. **São nulos:**

*II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”*  
Grifos nossos.

Do exposto, somos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, decretando a NULIDADE do presente Auto de Infração, modificando, assim, a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 080556.0001/06-3, lavrado contra **M. DIAS BRANCO S. A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS