

A. I. N° - 080556.0002/10-8
AUTUADO - M. DIAS BRANCO S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS
AUTUANTES - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 09.06.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0139-05/11

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 subsequentes, nas saídas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, definido através do Protocolo ICMS 46/00. Restou evidenciado que o autuado não adotou os critérios estabelecidos nos §§ 1º e 3º da Cláusula 2^a do Protocolo ICMS 46/00. Exigência subsistente. Pedido de nulidade indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2010, reclama o valor de R\$ 24.749,54 e multa de 60%, sob acusação da 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.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 33 a 48, diz que se dedica a produção e comercialização de farinha de trigo e derivados, ciclo produtivo que inicia a importação do trigo pelas indústrias do grupo. Aduz que as diversas operações de circulação de farinha de trigo e derivados são fatos geradores de ICMS, disciplinados pelo Protocolo ICMS 46/2000.

Afirma que o citado protocolo institui o regime de substituição tributária e a carga tributária incidente sobre as operações é recolhida antecipadamente, no momento de importação do trigo. Completa que o pagamento de ICMS que seria devido ao longo da cadeia de circulação, nessa sistemática, é concentrado por ocasião da importação pelo estabelecimento industrial.

Defende que a cláusula segunda do Protocolo ICMS 46/00 estabelece a base tributável formada pelo valor da aquisição do trigo, as despesas, ao próprio imposto e a margem de agregação.

Invoca o cerceamento do direito de defesa e a nulidade do lançamento por falta de clareza nos valores que compõem as diferenças do repasse. Não fica clara a inclusão na base de cálculo da exigência dos valores de PIS e COFINS e, assim, a nulidade não decorre de descumprimento de requisito formal, mas dos efeitos que comprometem o direito de defesa.

Discorre sobre a motivação dos atos administrativos como elemento essencial para o controle da legalidade e o exercício do direito de defesa do cidadão.

Questiona se o fisco concluiu pela inclusão na base do ICMS, o valor do PIS/COFINS – Importação, Lei nº 10.865/2004 e, se incluiu, quais as razões?

Assevera que não há como se exercer o direito de ampla defesa e o contraditório a partir, unicamente, do que consta no Auto de Infração. Diz imprescindível que o Fisco demonstrasse porque concluiu pelo recolhimento a menor de ICMS ST, ensejando a oportunidade para a ampla defesa e o contraditório. Reitera o cerceamento ao direito de defesa e pede nulidade dos autos.

No mérito, diz que é equivocada a inclusão das contribuições na base de cálculo do ICMS incidente sobre o trigo importado do exterior; equivocada também a afirmação que o repasse do tributo sem a adição das referidas contribuições ofenderia o parágrafo terceiro da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 46/00 e alterações.

Diz que, no caso, trigo importado por estabelecimento moageiro na Paraíba e as mercadorias produzidas destinadas a estabelecimentos do Estado da Bahia, a cláusula sétima do Protocolo ICMS nº 46/2000 estabelece uma forma de divisão do resultado da tributação. Explica que definida a carga tributária, na partilha, cabe 40% ao estado onde ocorrer a importação e 60% onde ocorrer o consumo do produto final, o que foi recolhido em favor do Estado da Bahia. Diz ainda que, de acordo com Decreto do Estado da Paraíba (art.2º, § 6º, decreto 21.728/01), que não inclui na base de cálculo as contribuições PIS/COFINS – Importação. Observa que a Cláusula Quarta do Protocolo dispõe acerca da base de cálculo do ICMS e enumera pormenorizadamente os elementos que a compõem, sem considerar as contribuições aludidas.

Reitera que Protocolo ICMS 46/2000 adotou em tais operações uma base de cálculo específica: valor da aquisição, das despesas, do próprio imposto, além da margem de agregação. Significa que essa operação não segue as normas gerais; ao revés, é delimitada pelo Protocolo ICMS 46/2000.

Destaca que o Protocolo ICMS 46/2000 tem caráter uniformizador da carga tributária para as regiões do norte e nordeste, evitando interpretações conflitantes, nas operações com farinha de trigo. Não se deve calcular bases tributáveis diferentes, para o Estado da Bahia e outra para a Paraíba. Diz que a procedência desse Auto de Infração significaria uma grave ruptura na uniformidade e na segurança jurídica do diploma, além de um desrespeito ao Estado da Paraíba.

Reitera que não é correta a inclusão do PIS/COFINS – Importação, na base de cálculo do ICMS, dado o claro teor do Protocolo 46/2000 e da legislação interna da Paraíba. Ainda que o Estado da Bahia viesse a entender de forma diversa, não poderia alcançar operações de importação realizadas no Estado da Paraíba; o art. 506-A do RICMS/BA não tem o condão de tolher o alcance do Protocolo, porque ofenderia o princípio da legalidade. Faz pagamento parcial de R\$5.637,04.

Pede a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento ao direito de defesa; pede a improcedência do Auto de Infração com a extinção do crédito tributário; pede que intimação dos atos processuais sejam feitas no endereço dos procuradores, advogado Hamilton Gonçalves Sobreira, inscrito na OAB/CE nº 13.750, com endereço na BR 116 KM 18 S/N - Eusébio/CE.

A auditora autuante presta Informação Fiscal às fls. 55 a 62, inicialmente, discorre sobre a autuação, as razões de defesa e diz que o autuado anexa um DAE de R\$ 5.645,11 e diz referir-se ao imposto reclamado no Auto de Infração.

Diz que descreveu com precisão os termos da infração, em conformidade com o Protocolo ICMS 46/00.

Explica que a redação nas cláusulas utilizada pelo contribuinte foi alterada pelo Protocolo ICMS 184/2000, com efeitos a partir de 01.01.10. A redação atual e a que estava em vigor na época da autuação, dizem que a base de cálculo do imposto será o montante formado pelo valor total de aquisição ou recebimento, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, incluído o próprio imposto, mais o percentual de valor agregado; PIS/COFINS foi incluída na base de cálculo porque é despesa.

Demonstra como chegou aos valores exigidos e que o valor da PIS/COFINS deixou de ser cobrada em 28.05.08, através da MP 433, de 27.05.08, que reduziu a zero as alíquotas de PIS e da COFINS incidentes na importação e na comercialização interna de farinha de trigo, trigo e pão comum e isentou do adicional o frete para a renovação da marinha mercante – AFRMM, até 31.12.2008.

Diz que, posteriormente, houve prorrogações: Lei nº 11.787, de 25.09.08, para 30.06.2009; pela MP 465, de 29.06.09, para 31.12.2010; pela Lei 12.096, de 24.11.09, prorrogado para 31.12.2011. A partir de

28 de maio de 2008, as contribuições de PIS e COFINS incidentes na importação, não foram adicionadas por terem alíquota zero.

Diz ainda que o partilhamento deve ser feito com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual. Afirma que o contribuinte considerou mês mais recente, o mês anterior em relação à operação interestadual.

Assevera que em setembro de 2009 não houve o recolhimento de R\$ 5.637,04, fls. 26 e 27. O DAE anexado não consta no sistema de pagamento da SEFAZ. Diz que a soma dos valores de 2008 é R\$ 19.112,50, de 2009, R\$ 5.637,04, que totaliza R\$ 24.749,54. Diz ainda que o mês de novembro, constante no demonstrativo, R\$ 22.773,82 foi pago através da Lei da anistia.(lei nº11.908/10).

O autuado volta a se manifestar, fls. 69/75, diz que a lide em tela é a divergência entre os recolhimentos realizados pelo contribuinte e valores apurados pela ação fiscal em função do conflito entre os procedimentos adotados pelo fisco baiano e pelo paraibano, acerca do critério para determinação do ICMS a ser repassado ao Estado da Bahia, quando das remessas de farinha de trigo produzida no Estado da Paraíba.

Assente que o Protocolo ICMS 46/00 foi celebrado para que os Estados signatários adotassem uniformemente, em seus respectivos territórios, os procedimentos de cobrança do ICMS referente às operações com o trigo em grão e farinha de trigo. Diz que o presente Auto de Infração é um exemplo concreto da ausência de padronização e uniformidade nos procedimentos subordinados ao protocolo ICMS 46/00, que são fixados pelos próprios estados signatários, para que os contribuintes que realizam operações interestaduais não atendam a procedimentos conflitantes.

Diz que as cláusulas segunda e terceira do protocolo estabelecem que os repasses de ICMS do Estado de origem ao destinatário, nas remessas de farinha de trigo, devem ser feitos tomando por base as importações de trigo e a base tributável da exação seria formada pela soma dos valores referentes à aquisição do trigo, às despesas dessa aquisição, ao próprio imposto e à margem de agregação. Com a edição da Lei n.º 10.865/2004, foram instituídas as contribuições PIS - Importação e COFINS – Importação, incidentes sobre a importação de bens e serviços do exterior e, segundo a fiscalização, essas exações deveriam ser incluídas na base de cálculo do ICMS referente ao trigo importado do exterior.

Aduz que o Estado da Paraíba não incluiu as referidas contribuições federais na base de cálculo do ICMS, ao contrário da fiscalização, observa ainda que art. 506-A. RICMS/BA não há expressão sobre a adição dos valores atinentes ao PIS/COFINS.

Conclui pela nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência.

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 ICMS 46/00.

Preliminarmente, argui o impugnante a nulidade do lançamento tributário por falta de clareza nos valores que compõem as diferença do repasse, não estando claro que a diferença advém das contribuições de PIS e COFINS que não foram incluídas na base de cálculo. Não é assim que se encontram os autos e não vejo como prosperar a pretensão do autuado.

A descrição da infração permite claramente identificar a irregularidade imputada ao sujeito passivo, isto é, que a exigência diz respeito à *retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas a contribuintes localizados neste Estado*. O complemento da descrição da infração no corpo do próprio Auto de Infração afasta qualquer possibilidade de dúvida quanto à exigência

fiscal. Foram recebidas pelo autuado (fls.66/67), cópias de todas as planilhas que embasaram o cálculo das diferenças apuradas, objeto do presente Auto de Infração, fls. 01 a 14, 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, conforme partilhamento previsto no Protocolo ICMS 46/00, com todas as despesas que compuseram a base de cálculo da exigência, inclusive as contribuições, discutidas pelo impugnante. Portanto, não há falar em cerceamento do direito de defesa, agressão ao princípio da legalidade, como alega o sujeito passivo.

Não acolho, portanto, as nulidades arguidas.

No mérito, a questão está centrada na inclusão das contribuições do PIS/COFINS importação, na apuração da base de cálculo do ICMS ST, incidentes sobre o trigo importado do exterior por estabelecimento moageiro sediado no Estado da Paraíba, objeto da retenção e recolhimento devido por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes de farinha de trigo, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, na forma do Protocolo ICMS 46/00.

O citado Protocolo atribui ao importador, adquirente ou destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pelas entradas e pelas saídas subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na entrada de trigo em grão, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, originados do exterior ou de estados não signatários deste Protocolo.

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 pela autuante, fls. 06 a 14 – anexos I a VII. Resultando no débito de R\$ 19.112,50, apurado no exercício de 2008 e de R\$ 5.637,04, apurado no exercício de 2009, totalizando no montante de R\$ 24.749,54. Constam nas notas explicativas dos anexos II e V, fls. 06 e 12, que os valores do ICMS-ST por tonelada, foram obtidos conforme estabelecido no § 1º da Cláusula 3ª do Protocolo ICMS 46/00.

O autuado questiona a inclusão na base de cálculo do ICMS o valor da PIS/COFINS – importação, sob o argumento que cumpriu a destinação de 60% do valor da carga tributária para o Estado da Bahia, conforme manda a cláusula sétima do Protocolo e que o Decreto 21.728/01 (art. 2º, § 6º) do Estado da Paraíba dispõe que aquelas contribuições não integram a base de cálculo.

Também não tem razão o sujeito passivo. As duas contribuições incidentes na importação de produtos estrangeiros, PIS/PASEP – importação e a COFINS – importação foram instituídas pela Lei 10.865/04, vigente desde 01.04.2004 e passaram a onerar os custos e despesas da importação. Ainda que o Estado da Paraíba não tenha incluído na base de cálculo, o importador é o contribuinte desses tributos, cujo pagamento deve ser feito, na data do registro da declaração de importação, sendo, pois, mais uma despesa tributária.

Não nos compete analisar o acerto do Decreto nº 21.728/01, mas a inclusão dessas contribuições na base de cálculo do ICMS está prevista na Lei Complementar 87/96 (art. 13, V), não podendo ser contrariada por legislação ordinária.

Observo ainda que a cláusula quarta do Protocolo ao descrever a base de cálculo do imposto, diz que “seu montante será formado pelo valor total da aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente”.

Verifico que a Auditora Fiscal, a seu turno, apurou a composição da base de cálculo, conforme indicação da cláusula segunda, § 1º, forma de partilhamento da carga tributária entre os estados de origem e de destino, nos termos da cláusula terceira do Protocolo ICMS 46/00. Nas planilhas que embasaram as diferenças encontradas, objeto do presente Auto de Infração, fls. 05 a 14, nelas constam, discriminadamente, todos os cálculos efetuados desde a apuração, por nota fiscal, das quantidades de farinha de trigo remetidas para o Estado da Bahia, até a diferença entre o valor do repasse e o ICMS-ST, recolhido.

Na planilha do anexo I, fls. 6, exercício de 2008 e V, fls. 12, exercício de 2009, 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. 7, exercício de 2008 e VI, fl. 13, exercício 2009, demonstram analiticamente, o cálculo do ICMS-ST, por tonelada, contemplando todas as fases de apuração. Por fim, confronta o valor correto do ICMS-ST que deveria ter sido repassado, por força do Protocolo ICMS 46/00, com os valores efetivamente recolhidos, evidenciando, assim, a diferença a ser recolhida.

Esses mesmos cálculos estão de acordo com a legislação aplicável, no Estado da Bahia, art. 506-B do RICMS-BA, 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.

Com relação à exigência de ICMS-ST referente ao mês de setembro de 2009, apesar de cópia da GNRE, fl. 74 e comprovante de pagamento no Banco do Brasil, fl. 49, no valor de R\$ 5.645,11, tal valor não aparece no sistema de pagamento da Secretaria da Fazenda desse Estado da Bahia, de acordo com documentos de fls. 24/27, não pode ser considerado um pagamento válido para efeito de extinção do crédito tributário, art. 156, I, CTN.

No que concerne, por fim, à indicação pelo autuado do endereço de seu advogado Hamilton Gonçalves Sobreira, inscrito na OAB/CE nº 13.750, com endereço na BR 116 KM 18 S/N - Eusébio/CE para notificação de comunicado de natureza processual relativo ao presente processo, não vislumbra qualquer óbice ao seu atendimento, que deverá ser observado pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda ao enviar as intimações e demais comunicações relativas ao Auto de Infração em lide. Vale ressaltar, porém, que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, que orienta, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Ante o exposto, conlúo 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **080556.0002/10-8**, lavrado contra **M. DIAS BRANCO S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.749,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR