

A. I. Nº - 0805560004/17-8
AUTUADO - BUNGE ALIMENTOS S/A.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/06/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-01/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS PARA CONTRIBUÍNTES NESTE ESTADO. O imposto de importação está incluído na base de cálculo do ICMS na importação e a inclusão do valor correspondente a “outras despesas” no refazimento do imposto incidente na importação se mostrou indevida, resultando em um novo valor correspondente ao ICMS a ser partilhado em desconformidade com o estabelecido no Protocolo ICMS 46/00, no qual aumentou a carga tributária em percentual superior aos 33%. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 30/06/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$7.831.090,60, em decorrência de retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (08.26.02), ocorrido de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A autuante acrescentou que a presente exigência fiscal decorre de verificação do valor do partilhamento do ICMS estabelecido no Protocolo ICMS 46/00 nas remessas de farinha de trigo oriundo de Estado signatário com destino ao Estado da Bahia.

O autuado apresentou defesa das fls. 149 a 173. Disse que é flagrante a ilegitimidade do Estado da Bahia para fiscalizar a documentação fiscal de emitente situado no Estado de Pernambuco, pois os entes federados (União, Estado e D.F) são autônomos e cada qual possui competência privativa para instituir impostos e obrigações acessórias, salvo exceção prevista no artigo 102 do Código Tributário Nacional. Acrescentou que o Código Tributário Nacional prevê, no art. 119, que “Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”.

Argumentou que a fiscalização utilizou-se, de forma equivocada, da alíquota de 17%, uma vez que, nas operações internas com o trigo no Estado do Pernambuco, a referida alíquota foi estipulada ao percentual de 12%, consoante artigo 25, I, “e”, item 2, do RICMS-PE, nos termos do Decreto nº 14.876/1991, vigente nos exercícios de 2015 e 2016. Assim, concluiu que não cabe ao Estado da Bahia classificar como infração a utilização da alíquota de 12% nas operações de importação e internas com trigo em grãos, no Estado de Pernambuco, haja vista que a Impugnante respeitou a legislação Pernambucana.

Completo dizendo que a ação fiscal feriu o princípio da extraterritorialidade previsto na legislação federal e vigente em nosso Direito Tributário no art. 102 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66). Requereu a nulidade do auto de infração.

No mérito, explicou que a legislação pertinente está principalmente fundamentada no Protocolo ICMS 46/00, o qual veio dispor sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo, pelos Estados signatários, integrantes das Regiões Norte e Nordeste.

Alegou que o presente Auto de infração foi lavrado em confronto às normas impostas pelo referido protocolo e contém incorreções no cálculo, devendo ser julgado insubsistente, pois considerou em seus demonstrativos o ICMS em duplicidade e tributa a alíquota interna do Estado do Pernambuco em 17%, quando o correto é 12%, em evidente afronta a Legislação pertinente.

Como exemplo, disse que no mês de janeiro/2015, cujas importações do trigo em grãos ocorreram em dezembro/2014, o valor total das Declarações de Importações, inclusos a Taxa Siscomex, foi de R\$3.076.967,74, R\$2.494.383,72 e R\$3.326.451,61.

No documento “Cálculo Jan disponibilizado em mídia magnética e ainda no “VALOR OUTRAS DESPESAS (ICMS NORMAL E ST + TAXA SISCOMEX)”, restou computado de forma indevida, os montantes correspondentes a R\$1.151.104,13, R\$933.382,07 e R\$1.244.413,59”.

Na coluna “VALOR TOTAL”, afirmou que a fiscalização agregou os montantes acima citados, alcançando, respectivamente, os totais de R\$4.535.768,64, R\$3.677.704,66 e R\$4.903.510,36.

Já na coluna “BASE DE ICMS NORMAL”, os totais de R\$4.535.768,64, R\$3.677.704,66 e R\$4.903.510,36 restaram divididos por “0,83”, indicando a utilização incorreta da alíquota interna no Estado de Pernambuco, fazendo incidir 17%, resultando em R\$ 5.464.781,50, R\$ 4.430.969,47 e R\$ 4.907.843,81.

Ressaltou que sobre os valores postos acima ainda fez incidir a margem de lucro de 161,12%, resultando em R\$8.804.855,95, R\$7.139.178,01 e R\$9.518.717,94, conforme coluna “BASE ICMS-ST”.

Em continuidade ao cálculo considerado equivocado, reclamou que ainda fez incidir sobre as bases de cálculo de R\$5.464.781,50, R\$4.430.969,47 e R\$4.907.843,81, o percentual de 17%, resultando em R\$929.012,85, R\$753.264,81 e R\$1.004.333,45, como “ICMS NORMAL”.

Assim, concluiu que o Auto de Infração é provido de erro de cálculo, em razão da duplicidade de inserção do ICMS no cálculo no campo “Valor Outras Despesas (ICMS normal e ST +TX Siscomex), sua soma ao “Valor Total” e a divisão pelo percentual de 0,83%, reincluindo o ICMS na base de cálculo do valor total”.

Reiterou a incorreção na aplicação de margem no percentual de 161,12%, totalmente distanciada daquela prevista nos termos do Protocolo 46/00, cujos termos disciplinam a sistemática para a cobrança do ICMS relativo a trigo em grão e farinha de trigo e suas misturas.

Explicou que no caso do partilhamento da receita, o cálculo é feito mediante a aplicação do percentual de 33% (trinta e três por cento) sobre a média ponderada dos valores relativos às importações efetuadas no mês anterior. Disse que a média ponderada é encontrada multiplicando a quantidade de cada aquisição do produto efetuada no mês anterior pelo seu respectivo valor unitário, somando-se os respectivos resultados e dividindo-se o total obtido pelo somatório das quantidades relativas às mencionadas aquisições.

Concluiu que a autoridade não descreveu os motivos de fato e de direito, bem como o cálculo correto do montante do lançamento que a fizeram concluir pela autuação, restando evidente a incerteza dos cálculos do partilhamento a ser exigido no lançamento ora impugnado.

O autuado também reclamou que a multa aplicada tem caráter confiscatório. Acrescentou que o confisco é visto em critérios objetivos, que independem da capacidade contributiva, sendo entendido como a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, conforme posicionamento do STF. Requereu o seu cancelamento por violação ao art. 150, IV, da CF, ou, não sendo este o entendimento, que ao menos seja reduzida.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 434 a 455. Explicou que o Auto de Infração foi lavrado em virtude do recolhimento a menor do ICMS-ST devido, conforme cálculo do imposto para efeito de PARTILHAMENTO entre as unidades federadas de Origem e Destino, feito com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições, acrescidas das despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, importações ou aquisições estas, ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual, conforme PROTOCOLO 46/00.

Disse que foram discriminados todos os valores referentes ao período de Janeiro de 2015 a Dezembro de 2015 e Janeiro de 2016 a Dezembro de 2016, e anexados os demonstrativos do débito e da apuração – ANEXOS I a VII (fls.07 a 132) e demais documentos apensados, ANEXO VIII - Arrecadação exercícios de 2015 e 2016 (fls 134 a 136) e ANEXO IX - CD com os demonstrativos do Auto de Infração e arquivos com cópias de documentos (fls.138-C).

Ressaltou que a apuração do imposto devido, levou em consideração as vendas realizadas pela empresa para o Estado da Bahia, operações sujeitas à substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/00, do qual os estados da Bahia e de Pernambuco são signatários. Foram verificadas as operações que resultaram nos valores do repasse do ICMS para este Estado, com o objetivo de apuração da sua consistência, conforme previsão legal.

Em relação à preliminar de ilegitimidade do estado da Bahia, salientou que a empresa BUNGE ALIMENTOS S/A está subordinada ao recolhimento de seus tributos para o Estado da Bahia, na condição de sujeito passivo por substituição tributária.

Acrescentou que todos os estados signatários do Protocolo ICMS 46/00 calcularão a mesma carga tributária de 33% sobre o valor da operação, excluída a parcela do ICMS, para a cobrança do imposto e partilha nas operações interestaduais, qualquer que seja a alíquota interna do Estado do sujeito passivo pela substituição tributária. A Margem de Valor Agregado se encarrega de promover o ajuste para alcançar o percentual de carga tributária estabelecida.

Destacou que o Estado da Bahia não impôs alíquota ao Estado de Pernambuco para cobrança do ICMS e não classificou como infração a utilização da alíquota de 12% nas suas operações internas com o trigo, pois a cobrança foi baseada na carga tributária especificada na legislação.

Afirmou que a alíquota interna do Estado de Pernambuco, de 12% ou de 17%, não repercute no valor calculado para o repasse, nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração. E que agiu em conformidade com a cláusula décima terceira do Protocolo ICMS 46/00.

Disse que, para a apuração da carga tributária de 33%, determinada pelo Protocolo ICMS 46/00, conforme a Cláusula quarta, é necessário identificar o montante que constitui a base de cálculo para o imposto, composto pelo valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento do contribuinte.

Assim, o “VALOR TOTAL” que consta nos demonstrativos (fls. 10 a 13 e 61 a 63) é o valor da operação sem o ICMS, base para o cálculo dos 33% de carga tributária, necessária para o cálculo do repasse do imposto. Complementou dizendo que esse valor da operação é o montante (sem o ICMS) formado pelo valor de aquisição da mercadoria, registrado nas Declarações de Importação, mais o Imposto de Importação, mais o valor de Outras Despesas que foram registradas pelo contribuinte nas notas fiscais de importação, no campo “Outras despesas acessórias” e repetiu no campo das “Informações Complementares”, como “Outras Despesas”.

Argumentou que o Protocolo 46/00 não apresenta uma fórmula específica para o cálculo do imposto, que resulte na carga tributária de 33% sobre o valor da operação, sem o ICMS. No entanto, prescreve que, a base de cálculo do imposto será, o “montante formado pelo valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, e que nessa base de cálculo o montante do próprio imposto será incluído”.

Ressaltou que esse “VALOR TOTAL” foi dividido por 83%, para incluir o ICMS na “BC ICMS ST”, antes de acrescentar a Margem de Valor Agregada ajustada, considerando a alíquota de 17%.

Acrescentou que na coluna “ICMS ST” os valores da coluna “ICMS NORMAL” foram subtraídos; portanto, os valores da coluna “ICMS TOTAL”, que representa a carga tributária de 33% indicada pelo Protocolo 46/00, é igual à coluna “ICMS ST” sem os valores da coluna “ICMS NORMAL”.

Apresentou exemplo para comprovar que a alíquota de 17% ou 12% no cálculo dos valores da coluna “BC ICMS NORMAL” e “ICMS NORMAL”, não altera os valores da coluna “ICMS TOTAL”,

que corresponde à carga tributária de 33% para o cálculo do repasse interestadual. Concluiu que nos cálculos dos valores na coluna “ICMS ST”, os valores da coluna “ICMS NORMAL” foram subtraídos. Desse modo, os valores na coluna “ICMS ST”, não considerando o “ICMS NORMAL”, corresponde aos valores do “ICMS TOTAL” (carga tributária).

Reiterou que nos exemplos trazidos, tendo como base o mesmo “VALOR TOTAL”, que é a soma do valor das DIs, Imposto de Importação, quando há, e o valor de Outras despesas das importações, a carga tributária de 33%, determinada pelo Protocolo 46/00, é exatamente a mesma, não sofrendo alteração em função da alíquota na coluna “ICMS NORMAL”.

Concluiu dizendo que os valores da coluna “ICMS NORMAL” não repercutem na carga tributária nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração e que não houve duplicidade de inserção de ICMS na base de Cálculo nos valores da coluna “BC ICMS ST”, pois os valores na coluna “OUTRAS DESPESAS”, que o contribuinte alega ser ICMS, foi considerada na coluna “VALOR TOTAL” como outras despesas no processo de importação, como registrado no campo dos valores complementares das Notas Fiscais, e não como ICMS.

Resumiu esclarecendo que o Protocolo ICMS 46/00 definiu a carga tributária para a cobrança do ICMS para todos os estados de 33% sobre o valor da operação, qualquer que fosse a alíquota interna do Estado do sujeito passivo por substituição. A Margem de Valor Agregado, serviu para efetuar o ajuste no cálculo para que esse percentual de carga tributária seja alcançado.

A autuante acrescentou que, para o cálculo do repasse dos 60% do imposto na operação interestadual, relativo à farinha de trigo produzida com o trigo adquirido pelas “unidades moageiras ou suas filiais atacadistas”, é considerada a carga tributária de 33%, do mês anterior mais recente em relação à respectiva operação interestadual.

Assim, complementou dizendo que o valor da carga tributária mensal, de cada mês mais recente em relação às respectivas saídas interestaduais, dividido pela quantidade, em KG, do trigo adquirido, resulta no valor do ICMS por KG do trigo. Esse valor, dividido por 75%, corresponde ao valor do ICMS por KG da farinha de trigo, para o cálculo do ICMS do mês da operação interestadual. Assinalou que, segundo o § 6º da Cláusula quarta do aludido Protocolo, será considerada a proporção de trigo para a obtenção da farinha de trigo, ou seja, 100 KG de trigo, produzirá 75 KG de farinha de trigo”.

Informou que os cálculos nos demonstrativos do Auto de Infração foram efetuados considerando os valores calculados do ICMS por Kg da farinha de trigo, apurados pela carga tributária, para identificar o valor do repasse do ICMS da saída de farinha de trigo para o Estado da Bahia.

Já nos cálculos da empresa, afirmou que foram aplicados os valores do ICMS por Kg do trigo, apurado pela carga tributária, e calculado o volume de trigo que produziu a farinha de trigo na saída para o Estado da Bahia, dividindo a quantidade de farinha de trigo por 75%.

Destacou que os dois procedimentos de cálculo do repasse produzirão os mesmos valores de repasse do imposto, se a carga tributária de 33% for a mesma. Ou seja, se for calculada pelos mesmos valores totais da aquisição ou recebimento da mercadoria, incluindo todas as despesas incorridas até o ingresso no estabelecimento adquirente.

Ressaltou que, nas planilhas apresentadas pela defendente no intuito de demonstrar “erro de cálculo”, nos valores totais das entradas do produto para o cálculo da carga tributária, não constam “OUTRAS DESPESAS” e não consta Imposto de Importação, quando houve a incidência. E que, nos meses de Janeiro de 2015 e Fevereiro de 2015, estão incluídos valores de compra do produto no mercado nacional, sem apresentação de Notas Fiscais e das respectivas despesas.

Resumiu a lide como sendo a discussão acerca das despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, relativas às importações elencadas nos demonstrativos anexos, e Notas Fiscais de Compra de Produto no mercado nacional, com todas as despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, bem como a inclusão dos valores do Imposto de Importação na Base de Cálculo da carga tributária, não

considerada pelo defendente em seus cálculos para o repasse.

Acrescentou que na importação de mercadorias incidem as seguintes despesas até o desembaraço aduaneiro: despesas portuárias, despesas com despachantes, multas, impostos, entre outras. Entretanto, disse que para a cobrança do ICMS nos moldes do Protocolo 46/00, todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento do adquirente devem ser acrescentadas à base de cálculo do imposto, formada pelo montante do valor total de aquisição ou recebimento das mercadorias.

Concluiu que, ao dizer que o valor registrado em suas Notas Fiscais como Outras despesas, não são outras despesas, mas ICMS, e não apresentar as outras despesas incorridas nas importações, ficou configurado que o cálculo do ICMS ST está em desacordo com o Protocolo ICMS 46/00.

Explicou que no cálculo da carga tributária do mês de Janeiro de 2015 a defendente incluiu número e valores de várias Notas Fiscais e no cálculo do mês de Fevereiro de 2015 uma Nota Fiscal que não comprovou com a apresentação dos respectivos documentos. Na aquisição interestadual do trigo podem incidir as despesas de frete (terrestre, marítimo ou fluvial), seguros, despesas portuárias, e outras.

A autuante disse que a multa aplicada está de acordo com a Lei nº 7.014, de 04/12/1996.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I, do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O presente Auto de Infração, versa acerca da retenção a menor do ICMS referente ao partilhamento estabelecido no Protocolo ICMS 46/00, nas remessas interestaduais de farinha de trigo destinadas ao Estado da Bahia.

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração, sob a argumentação de ilegitimidade do Estado da Bahia para fiscalizar contribuinte situado no Estado de Pernambuco. O presente lançamento, trata de imposto devido ao Estado da Bahia por substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS 46/00, por contribuinte inscrito no cadastro da SEFAZ/BA.

A cláusula décima terceira do referido protocolo, estabelece que as Secretarias de Fazenda dos Estados signatários deste Protocolo exercerão, na defesa de seus interesses, fiscalização nas empresas que se relacionarem com as disposições contidas no protocolo, com a finalidade de verificarem a exatidão dos valores das operações e dos recolhimentos realizados.

A autuante, parte do pressuposto de que a informação contida no campo “dados adicionais” das notas fiscais, emitidas para registro das entradas decorrentes de importação do exterior de trigo em grãos, com a denominação de “outras despesas”, referem-se a despesas aduaneiras não consideradas por ocasião do cálculo do ICMS devido na importação, nos termos do Protocolo ICMS 46/00.

Assim, refez o cálculo do imposto que deveria incidir na importação, incluindo o valor indicado nas notas fiscais como “outras despesas”, de modo que o seu montante correspondesse a 33% do valor da importação, sem considerar a parcela do imposto.

Tomando como exemplo o documento fiscal nº 6743 (fl. 10), emitido para registro da importação do exterior de trigo em grãos, cuja cópia digitalizada encontra-se no CD à fl. 138-C, na pasta “Proc Import. 2015/ Navio Aloe.rar”, concluo que não procede o pressuposto utilizado pela autuante para justificar o refazimento do cálculo da carga tributária incidente sobre a importação do trigo, nos termos do Protocolo ICMS 46/00, conforme demonstrativos das fls. 10 a 13 e 61 a 63.

Na Nota Fiscal nº 6743, consta no campo “dados adicionais” com a denominação de “outras despesas”, o valor de R\$969.464,26. De acordo com o documento denominado “Comprovante de Validação Desembaraço de Mercadorias Importadas – DMI”, também com cópia digitalizada no CD à fl. 138-C, na pasta anteriormente referida em “DMI 15-160491-2”, o valor da importação, sem o ICMS, foi de R\$2.850.658,33.

De acordo com a cláusula quarta do Protocolo ICMS 46/00, vigente à época dos fatos geradores, para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária em estados em que a alíquota interna fosse de 12%, como ocorreu em Pernambuco, após o cálculo do ICMS normal deveria ser aplicada MVA de 142%, para se obter a carga tributária de 33%.

No exemplo aduzido, 33% de R\$2.850.658,33, correspondia a R\$940.717,25. Na referida DMI, consta como ICMS normal o valor de R\$388.726,14, e como ICMS devido por substituição tributária o valor de R\$580.523,62, que somados, perfazem o valor de R\$969.249,76, superior, portanto, ao que seria exigido pelo Protocolo ICMS 46/00. A diferença se deveu à utilização indevida de MVA de 149%, ao invés de 142%, conforme consta na citada DMI.

O valor constante no campo “dados adicionais”, como “outras despesas”, corresponde ao somatório das parcelas referentes ao ICMS normal, ICMS substituição tributária e despesas aduaneiras, discriminadas na DMI ($388.726,14 + 580.523,62 + 214,50 = 969.464,26$).

Em relação à suposta falta de inclusão do imposto de importação no cálculo do ICMS devido na importação, também não procede. Tomando como exemplo a importação registrada na nota fiscal nº 6742 (fl. 10), cuja cópia digitalizada encontra-se no CD à fl. 138-C, na pasta “Proc Import. 2015/ Navio Trade Star.rar”, de acordo com o documento denominado “Comprovante de Validação Desembaraço de Mercadorias Importadas – DMI”, também com cópia digitalizada no CD à fl. 138-C, na pasta anteriormente referida em “DMI 150049645-8”, o valor da importação, sem o ICMS, foi de R\$2.658.299,54, e o valor do ICMS normal e ST foi de R\$903.846,08 ($362.495,39 + 541.350,62$), acima dos 33%, também em decorrência da utilização indevida de MVA de 149%, ao invés de 142%, conforme consta na citada DMI.

Assim, concluo que o imposto de importação foi incluído na base de cálculo do ICMS na importação, e que a inclusão do valor correspondente a “outras despesas” no refazimento do imposto incidente na importação se mostrou, portanto, indevida, vindo a resultar em um novo valor correspondente ao ICMS a ser partilhado em desconformidade com o estabelecido no Protocolo ICMS 46/00, aumentando a carga tributária em percentual superior aos 33%.

Desta forma, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0805560004/17-8**, lavrado contra **BUNGE ALIMENTOS S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA