

PROCESSO	- A. I. N° 269136.0006/20-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- M DIAS BRANCO S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0209-01/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0053-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Lançamento tributário realizado para retificação dos valores calculados pelo autuado a título de repasse e ressarcimento na apuração do imposto devido por antecipação tributária na importação de trigo em grão cuja apropriação não poderia ocorrer na apuração do mês indicado como de ocorrência da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2020, que formalizou a exigência de ICMS no valor total de R\$ 182.418,74, 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 no mês de março de 2017, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 31 a 37. Alegou que a redação vigente da cláusula terceira do Protocolo ICMS 46/00 até 31/03/2017 estabelecia que os moageiros deveriam tributar o percentual de 33% nessas aquisições. Destacou que a cláusula sétima do citado protocolo determina que o ICMS deve ser repartido entre os estados de origem e destino da mercadoria, cuja redação estabelecia o percentual de 60% até 31/03/2017. Concluiu que apenas a partir de 01/04/2017 o percentual da carga tributária na aquisição de trigo e farinha de trigo passou para 40% e o repasse para 70%, conforme Protocolo ICMS 80/16.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 64-A a 67. Confirmou que é a data da ocorrência do fato gerador que determina qual a legislação vigente aplicável. Destacou, porém, que o autuado não aplicou a legislação vigente em março de 2017 no cálculo do imposto devido no repasse e no ressarcimento decorrentes de saídas de farinha de trigo para outras unidades da federação ocorridas nesse mês.

Explicou que houve uma mistura inapropriada de legislações vigentes em competências diferentes para a apuração do ICMS relativo a um único fato gerador, com o consequente recolhimento a menor do imposto devido sobre as operações de aquisição de trigo em grão no mês de março de 2017. Ressaltou que o autuado não poderia aplicar uma legislação vigente a partir de 01/04/2017 na apuração do ICMS relativo a fatos geradores ocorridos em março de 2017.

Disse que, de acordo com o inciso IV, do § 5º, do art. 373 do RICMS, o autuado somente poderá abater o valor repassado a outras unidades da Federação no cálculo do imposto devido por antecipação tributária respeitando o princípio da competência e seguindo a legislação vigente no momento da ocorrência do fato gerador. Concluiu que a data de pagamento do tributo não tem relação de causa e feito com a forma de apuração do tributo, devendo ser aplicada a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador.

Após as deliberadas, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

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.

O presente auto de infração trata da exigência de ICMS em decorrência de suposta 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 no mês de março de 2017.

A lide consiste em divergência acerca do valor calculado a título de ressarcimento decorrente de vendas de farinha de trigo a Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00 (item 31 à fl. 08) e a título de repasse nas vendas de farinha de trigo a Estados signatários (item 33 à fl. 08). Entende o autuante que o valor deveria ser calculado no percentual de 60% e não de 70% do valor referente à antecipação tributária ocorrida anteriormente, nos termos estabelecidos na cláusula sétima do protocolo ICMS 46/00, cuja alteração promovida pelo Protocolo ICMS 80/16 produziu efeitos a partir de 01/04/2017.

O repasse ou ressarcimento no percentual de 70% em vez de 60% implicaria em redução no cálculo do imposto devido por antecipação tributária na aquisição de trigo em grão no respectivo mês, haja vista que pode ser abatido na sua apuração, nos termos do inciso IV do § 5º e do § 9º do art. 373 do RICMS.

A apuração do autuante, portanto, gira em torno de importações e aquisições interestaduais, ocorridas no mês de março de 2017, conforme documento apresentado pelo autuado durante ação fiscal e anexado às fls. 10 e 11. Neste documento, denominado “cálculo do ICMS na entrada de trigo em grão”, consta como mês de entrada do trigo importado em março de 2017, como mês de apuração o mês de abril de 2017 e como vencimento do ICMS a data de 10/05/2017. O autuado informou neste documento como realizou a apuração do imposto normal no valor de R\$ 1.997.710,53, sendo recolhido no dia 10/05/2017, tendo como referência o mês de abril de 2017, conforme constatado em consulta ao sistema INC da SEFAZ.

De início, imperioso destacar que a apuração realizada pelo autuado, considerando as importações ocorridas em um mês como vinculadas à apuração do mês subsequente, não encontra amparo na legislação. No caso deste auto de infração, as importações ocorreram em março de 2017, mas seus respectivos valores somente foram considerados na apuração de abril de 2017.

O autuante calculou corretamente para o mês de março de 2017 o imposto devido nas aquisições cujas entradas ocorreram em março de 2017, seja decorrentes de importação do exterior ou oriundas de outras unidades da Federação, mas refez os cálculos partindo da apuração feita pelo autuado em abril de 2017, inclusive em relação aos descontos a título de ressarcimento e repasse, motivo da diferença encontrada neste auto de infração, cujas notas fiscais foram efetivamente emitidas pelo autuado apenas em abril de 2017.

É certo que a apuração do imposto devido por antecipação tributária, decorrente de importação de trigo em grão do exterior, deveria ser feita no mesmo mês da entrada da mercadoria. Porém, a ação fiscal não poderia partir dos cálculos feitos pelo autuado em abril porque neles estão incluídas compensações de créditos que somente poderiam ser considerados no mês de abril de 2017, como, por exemplo, os próprios valores a título de repasse e ressarcimento, pois referem-se a documentos fiscais emitidos pelo autuado em abril, conforme relação em CD à fl. 25.

Assim, a discussão acerca do cálculo correto das compensações a título de repasse e ressarcimento, baseados em documentos fiscais emitidos em abril de 2017, na apuração do imposto devido em março de 2017, se mostra indevida, pois não são valores que devem ser compensados na apuração da antecipação tributária de trigo em grão ocorridas nesse mês.

Os repasses e ressarcimentos baseados nas notas fiscais relacionadas no CD, à fl. 25, foram corretamente calculados pelo autuado no percentual de 70% do valor do imposto antecipado, pois referem-se a fatos geradores ocorridos em abril de 2017, quando já estava em vigor a nova redação da cláusula sétima do protocolo ICMS 46/00, promovida pelo Protocolo ICMS 80/16.

Consequentemente, partir da apuração feita pelo autuado no mês de abril de 2017, não foi a metodologia correta para apuração do imposto devido em março de 2017 em relação às aquisições de trigo em grão ocorridas nesse mês. Compensar repasses e ressarcimentos baseados em documentos fiscais emitidos em abril de 2017 contaminou a apuração do imposto devido em março de 2017, impedindo a correta determinação do montante do débito tributário.

*Desta forma, voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração, sugerindo o refazimento da ação fiscal para apuração do imposto devido a título de antecipação tributária nas aquisições de trigo em grão no próprio mês em que ocorreu a entrada das mercadorias, devendo as compensações a título de repasse e ressarcimento serem feitas em relação aos documentos fiscais emitidos no próprio mês da apuração.*

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Na sessão do dia 30/01/2023, esta instância de segundo grau, converte os autos em diligência à PGE/PROFIS no sentido de trazer parecer opinativo sobre operações de vendas interestaduais de farinha de trigo, considerando que a legislação sofreu alteração a partir do mês de abril/2017, período em que se deu o repasse da farinha de trigo para o Estado destinatário, assim, solicita opinativo sobre estas vendas realizadas em abril de 2017, referente ao percentual do ICMS-ST (apurado na importação) a ser destinado em favor do Estado destinatário, onde qual seria dever de 60% ou 70% da carga tributária?

Em opinativo da PGE/PROFIS, fls. 92/94, o procurador resume a autuação para redação aplicação da cláusula sétima do Protocolo ICMS 46/2000, onde fez transcrição das redações antes e posteriores a abril de 2017. Afirmou que, através de destaques nos dispositivos reproduzidos, fica claro que as normas definem apenas o montante a ser repassado do ICMS-ST sobre farinha de trigo ao estado destinatário da mercadoria, ou seja, a situação jurídica consumida após a incidência do ICMS-ST, em nada se refere aos elementos da obrigação tributária, mas tão somente, o repasse do valor recolhido, conforme cláusula quinta do mesmo Protocolo ICMS 46/2000. Destaca que este dispositivo trata das normas *a latere* dos elementos da obrigação tributária, mas sim, do repasse das receitas entre as unidades signatárias. Reforma entendimento que das leituras das outras cláusulas, se amolda perfeitamente ao quanto disposto no § 1º, do art. 144 do CTN (*aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização...*). Concluiu que a redação da cláusula sétima, conforme redação vigente a partir de 01/04/2017, que impôs o repasse de 70% da carga tributária e, favor do estado destinatário da mercadoria.

Na fl. 95, a procuradora assistente acolhe os fundamentos do opinativo exarado.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 102-03, tomou conhecimento do parecer opinativo da PGE/PROFIS, onde verificou que o entendimento exposto admitiu que se aplica ao caso concreto o repasse de 70% da carga tributária em favor do estado destinatário da mercadoria, assim, assinala que tal entendimento vai ao encontro tanto da sustentação do recorrido quanto da impugnação, reconhecendo a Nulidade da autuação. Pede pela ratificação da decisão de piso.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão Nº 0209-01/21), desonerou o sujeito passivo, decidindo pela Nulidade do Auto de Infração, extinguindo o crédito tributário original de R\$ 182.418,74 fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível o presente recurso.

No mérito trata-se de uma única infração, cuja conduta da autuada foi descrita como: “*realizou 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 no mês de março de 2017, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96*”.

A autuada é empresa do ramo de alimentos à base de Trigo e conforme Protocolo ICMS 46/00 precisa fazer a apuração do resarcimento do ICMS/ST aos Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, bem como o repasse do ICMS/ST referente as saídas para contribuintes situados em Estados signatários do referido protocolo. No caso em tela, para a competência 03/2017, a recorrente utilizou o percentual de 70% do valor referente à antecipação tributária, nos termos estabelecidos na cláusula sétima do Protocolo ICMS 46/00, cuja alteração promovida pelo Protocolo ICMS 80/16 produziu efeitos a partir de 01/04/2017, que ora reproduzo:

“*Nova redação dada ao “caput” da cláusula sétima pelo Prot. ICMS 80/16, efeitos a partir de 01.04.17.*

Cláusula sétima - *Nas operações realizadas por unidades moageiras ou suas filiais atacadistas com farinha de*

trigo ou mistura de farinha de trigo, de sua produção, tributadas na forma deste protocolo, destinadas a outra unidade federada signatária, o valor correspondente a 70% (setenta por cento) da carga tributária, definida nos termos deste protocolo será repassado em favor do estado destinatário da mercadoria, no prazo estabelecido na cláusula quinta

Redação anterior, efeitos até 31.03.17.

Cláusula sétima - *Nas operações realizadas por unidades moageiras ou suas filiais atacadistas com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, de sua produção, tributadas na forma deste protocolo, destinadas a outra unidade federada signatária, o valor correspondente a 60% (sessenta por cento) da carga tributária definida nos termos deste protocolo será repassado em favor do estado destinatário da mercadoria, no prazo estabelecido na cláusula quinta.*

O cerne da questão consiste em se verificar qual a legislação aplicável há época, diante do cenário, o processo foi convertido em diligência a PGE/PROFIS, com parecer da lavra de Dr. José Augusto Martins Junior, fls. 92 a 94, que assim se pronunciou:

"Pois bem, da leitura das redações acima, observa-se, de forma clara, que as normas definem apenas o montante a ser repassado do ICMS-ST sobre farinha de trigo ao estado destinatário da mercadoria.

Ou seja, reportam-se a situação jurídica consumada após a incidência do ICMS-ST, em nada se referindo aos elementos da obrigação tributária, mas, tão-somente, o repasse do valor recolhido.

[...]

Destarte, como consequência lógica e imediata, aplica-se no caso concreto a redação da Cláusula Sétima, conforme redação vigente a partir de 01/04/2017, que impôs o repasse de 70% da carga tributária em favor do estado destinatário da mercadoria."

A apuração do ICMS-ST da recorrente foi feita com base nas importações e aquisições interestaduais, ocorridas no mês de março de 2017, o que estaria correto conforme planilha acostada às fls. 10 e 11. No documento, denominado “cálculo do ICMS na entrada de trigo em grão”, consta como mês de entrada do trigo importado em março de 2017, entretanto, para apurar o repasse foram utilizadas as saídas do mês de abril de 2017, como prevê o Parágrafo único do art. 7º do Protocolo ICMS 46/00 e inciso I, do art. 373 do RICMS/BA, com vencimento do ICMS na data de 10/05/2017, como dispõe parágrafo 2º, do artigo 5º do mesmo Protocolo e inciso X, alínea “a”, do art. 332 do RICMS/Ba, abaixo transcritos:

Da Responsabilidade:

Art. 373. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Prot. ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subsequentes com as mercadorias supramencionadas;

(...)

§ 3º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

I - tratando-se de trigo em grãos, ao valor total de aquisição das mercadorias, adicionado dos impostos federais quando incidentes e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário até o momento do ingresso em seu estabelecimento, acrescentando-se ao montante as margens de valor adicionado previstas no Anexo I deste regulamento.(grifos acrescidos)

Do prazo:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

X - tratando-se do recebimento de trigo em grãos:

a) até o décimo dia do segundo mês subsequente ao mês do recebimento, sendo o destinatário ou adquirente industrial moageiro;

Assim, o autuado apurou o imposto normal no valor de R\$ 1.997.710,53, sendo que o autuante encontrou R\$ 2.180.129,27, tendo em vista que o primeiro aplicou 70% e o segundo 60% respectivamente. Como podemos extrair do parecer acima, o autuado estaria com a razão, já que o correto para a competência Março/2017 seria a aplicação do percentual de 70%, vigente a partir de 01/04/2017, tendo em vista as saídas das mercadorias, que ensejaria no repasse do ICMS-ST, se

deram nesta competência.

Desta forma, mantendo a decisão de piso, que julgou o Auto de Infração NULO, porém por esses novos fundamentos acima apresentados.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269136.0006/20-8, lavrado contra **M DIAS BRANCO S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS**. Recomenda-se o refazimento da ação fiscal para apuração do imposto devido a título de antecipação tributária nas aquisições de trigo em grão no próprio mês em que ocorreu a entrada das mercadorias, devendo as compensações a título de repasse e resarcimento serem feitas em relação aos documentos fiscais emitidos no próprio mês da apuração.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS