

A. I. N° - 147794.0002/07-7
AUTUADO - MOINHO DE SERGIPE S/A
AUTUANTES - VANILDA SOUZA LOPES e GISELENE GUSMÃO DE LIMA
INTERNET - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05.09.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0255-04/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR/INDUSTRIALIZADOR. RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOS. Restou comprovado que o partilhamento do ICMS-ST devido na importação de trigo e industrialização, destinada ao Estado da Bahia, foi efetuado em valor a menos que o previsto no Protocolo ICMS 46/00. Refeitos os cálculos com a exclusão do valor de imposto exigido que foi recolhido por meio de Denúncia Expontânea e de mercadorias devolvidas, o que resultou em redução do débito original. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/05/07, para exigir ICMS no valor de R\$436.523,32, acrescido da multa de 60%, em decorrência da retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, na descrição dos fatos, que o ICMS-ST foi apurado com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente, em relação à respectiva operação interestadual, conforme disposto no parágrafo primeiro da Cláusula terceira e parágrafo primeiro da Cláusula segunda do Protocolo ICMS 46/00.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 169 a 174, inicialmente discorre sobre a infração e afirma que embora as autuantes tenham fiscalizado o período de marco/03 a dezembro/06, só exigiu imposto em relação aos meses que a diferença foi favorável ao Fisco. Entretanto, diz que em vista ao princípio da equidade, seguindo o mesmo critério aplicado pela fiscalização, considerando como mais recente o mês anterior ao das operações com o Estado da Bahia, elaborou demonstrativo relativo a todo o período fiscalizado e apurou valor devido de R\$17.505,45.

Ressalta que nos meses de janeiro, fevereiro e marco de 2004, a fiscalização considerou a título de “demais despesas” o montante de R\$413.284,22, enquanto a soma dos valores consignados no demonstrativo totaliza R\$320.828,13, o que distorceu o cálculo do imposto.

Salienta que no dia 22/12/03, identificou e recolheu o valor de R\$32.329,48, correspondente a diferenças apuradas nos meses de julho e agosto do mesmo ano, conforme documento juntado à fl. 178, o que não foi considerado pela fiscalização.

Também, a fiscalização não levou em consideração na apuração do imposto, as devoluções ocorridas no mês de abril de 2005, no montante de R\$4.112,85.

Pondera que não é justo o procedimento adotado pelo Fisco, ao examinar os valores recolhidos em todos os meses do período fiscalizado e ter exigido o imposto dos meses que lhe foi desfavorável, a exemplo do mês de julho/04, que teve recolhimento a mais totalizando

R\$110.512,72 e sendo o ICMS um imposto não cumulativo, entende que deveria ter sido compensado dos meses em que resultou pagamento a menos, o que não foi feito.

Destaca que nos demonstrativos elaborados pela impugnante apurou valores corretos, inclusive nos meses em que o valor apurado é maior do que o consignado pelo Fisco, a exemplo do mês de maio/05, que apurou valor de R\$4.088,37, enquanto a fiscalização apurou valor de R\$1.442,19,

Afirma que em relação ao período fiscalizado, recolheu o montante de R\$28.783.604,26 e que a diferença apurada por ele de R\$17.505,45 é inexpressiva e corresponde a 0,0608% do total recolhido. Alega que o critério utilizado de considerar os valores mais recentes da importação como o do próprio mês, não teve como propósito apurar valores inferiores aos devidos ao Estado da Bahia. Ressalta que os recolhimentos foram feitos sempre e dia.

Transcreve a redação atual e a original do § 1º da Cláusula 3ª do Protocolo ICMS 46/00 e diz que a redação anterior que é diferente da atual e que estabelecia como base do partilhamento o mês anterior e se fosse intenção do legislador considerar como mês mais recente, o mês anterior, não tinha modificado a expressão “mês anterior”.

Diz que por essa razão elaborou o documento 3 (fl. 177), no qual apurou um montante de R\$283.438,69 pago a mais em relação ao período auditado, o que no seu entendimento corrobora a conclusão de que não adotou procedimento para apurar valor do imposto inferior ao devido.

Conclui requerendo o cancelamento do Auto de Infração, pelos motivos expostos.

As autuantes, na informação fiscal (fls. 203 a 205) esclarecem que o trabalho foi realizado à distância e foi embasado nos documentos de importação, informações de despesas, planilhas fornecidos pelo autuado, dados constantes do banco de dados da SEFAZ e dos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte.

Quanto às alegações defensivas esclarecem que:

- a) em relação às despesas computadas nos meses de janeiro a março/04, com valor de R\$413.284,22 em vez de R\$320.828,13, dizem que conforme demonstrativo à fl. 64 e documento assinado pela própria empresa cuja cópia anexa à fl. 206, o primeiro valor foi informado como o das despesas incorridas no cálculo do ICMS por antecipação tributária incorridas com a importação do navio Navigator/Clipper Flamingo, que foi aplicada na apuração da base de cálculo com preço médio de R\$0,20168 por kg de trigo. Ressaltam que o valor apurado pela fiscalização no demonstrativo à fl. 64 é o mesmo que a empresa utilizou para apurar o ICMS-ST por custo unitário de quilo de trigo, conforme o Protocolo ICMS 46/00. Também, a empresa utilizou este valor nas planilhas de devolução de mercadorias ocorridas nos meses de março e abril/04 (fls. 51/52) o que comprova que a despesa considerada pela fiscalização está correta;
- b) relativamente ao recolhimento que o impugnante alega ter feito no dia 22/12/03, no valor de R\$32.329,49 relativo ao imposto apurado nos meses de julho e agosto/03, esclarecem que antes da autuação foi efetuado pesquisas nos arquivos da SEFAZ/BA, conforme cópias de documentos juntados às fls. 210/212, tendo identificado recolhimentos com códigos 1.187, 1.925 e 1.705, respectivamente de GNR ST, parcelamento de débito e Auto de Infração, não tendo em qualquer momento a empresa informado que fizera recolhimento de ICMS relativo a Denúncia Espontânea referente a diferença de imposto recolhido decorrente de partilhamento do ICMS-ST, com código 1.933, não constando este código no sistema SEFAZ;
- c) quanto às devoluções que o autuado alega não ter sido considerada (abril/05) e imposto apurado a mais que a fiscalização (maio/05), informam que conforme documento juntado à fl. 213, relativo ao mês de abril/05, o autuado apurou e recolheu ICMS no valor de R\$668.376,67, conforme dados constantes do arquivo SEFAZ/BA (fl. 214) e às fls. 14 e 177, não efetuando nenhum ressarcimento, e no mês de maio/05 a empresa creditou-se do ressarcimento no valor de R\$4.519,39 (R\$4.099,31 + R\$420,08), conforme demonstrativo de devoluções dos meses de abril e maio, juntados às fls. 59 e 60, que foi informado pela própria empresa, de acordo com

assinatura do representante legal no documento juntado à fl. 215. Afirmam que refeitos os cálculos em função do real custo unitário apurado obtém valores devidos de R\$2.754,97 e R\$318,50, respectivamente nos meses de abril e maio/05, conforme cálculos indicados à fl. 205, totalizando ressarcimento de R\$3.037,47, conforme explicitado no rodapé da planilha à fl. 35.

- d) no tocante a compensações nos meses em que o imposto foi recolhido a mais e que o autuado pretende que sejam compensadas em outros meses, alegam que não têm competência para efetuar as compensações pretendidas pelo recorrente.

Concluem requerendo a procedência total do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 216), tendo o defendente se manifestado acerca da mesma no prazo legal concedido (fls. 218 a 222), afirmando que mesmo que a fiscalização tenha sido feita à distância, o que importa é a busca da realidade fiscal sem impor exigência fiscal com finalidade de aumentar a arrecadação.

Com relação ao item 7.1 da impugnação original, afirma que o valor correto das demais despesas para apurar a efetiva base de cálculo do ICMS corresponde R\$166.761,08 do Navio Navigator I e R\$154.067,05 do Navio Clipper Flamingo, totalizando R\$320.828,13. Afirma que estes foram os valores informados às autuantes conforme demonstrativo à fl. 35 e confirmado no documento 2 (fl. 176). Diz que o valor de R\$413.284,22 considerado pelas autuantes no cálculo do ICMS-ST (fl. 206), “trata-se de um equívoco da impugnante na quantificação das demais despesas naquela oportunidade”.

Alega que a revisão fiscal é o momento oportuno para eliminar os equívocos e apurar o valor correto da base de cálculo do imposto e que o fato de ter declarado incorretamente o valor das despesas em papel timbrado, não quer dizer que tal procedimento não gera direito ao Fisco de exigir o imposto com base no equívoco por ele cometido, o que beneficiou o Estado da Bahia no partilhamento do imposto. Requer que deve prevalecer o valor de R\$320.828,13 no cálculo do imposto.

Com relação ao recolhimento efetuado em 22/12/03, do valor de R\$32.329,48 relativo a diferenças apuradas nos meses de julho e agosto/03, argumenta que pelo fato de desconhecerem aquele recolhimento, estranha o procedimento das autuantes insistindo em manter a total procedência da autuação.

Com relação aos valores corretos para efeito de ressarcimento nos meses de abril e maio/05, apresenta planilha à fl. 220, no qual apurou valores totais de R\$6.854,76 e R\$701,35, com valor de 60% respectivo de R\$4.112,85 e R\$420,08 relativo àqueles meses. Argumenta que os valores demonstrados pelas autuantes às fls. 205, estão incorretos, em vista de que foi adotado o custo do trigo, enquanto a devolução do Estado da Bahia para o Estado de Sergipe foi de farinha de trigo. Entende que devem prevalecer os seus cálculos apresentados no demonstrativo à fl. 176.

Quanto a negativa das autuantes de compensar os valores pagos a mais, entende que ao contrário do que foi afirmado, o art. 93, IX do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 221, estabelece que é “de competência e atribuição do Fisco proceder a compensação do imposto pago indevidamente” em obediência ao princípio da não cumulatividade, mesmo porque sobre o imposto reclamado há incidência de multa, enquanto na restituição dos créditos não há tal encargo. Ressalta que as autuantes não contestaram os dados constantes do doc. 2 (fl. 176) juntado com a defesa, o que ele interpreta como admissível ao que foi exposto e comprovado.

Reitera o exposto na impugnação inicial e requer o cancelamento do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa o contribuinte de reter e recolher a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente ao repasse do imposto substituto de importação de farinha de trigo.

Com relação ao argumento defensivo de que deve ser aplicada a interpretação da Clausula 3ª do Protocolo ICMS 46/00 de que o “mês mais recente” é o próprio mês em que ocorreram as operações, não pode ser acolhida, tendo em vista que a redação atual vigente desde 30/04/01, estabelece que:

§ 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.

Entendo que, pela lógica, o legislador não poderia estabelecer que o cálculo do imposto devesse ser feito com base na média ponderada das importações do próprio mês, tendo em vista que a média ponderada só seria apurada no fim do mês. Quando estabeleceu que deve ser feito com base nas importações ocorridas no mês mais recente, quis dizer que tendo ocorrido importações em meses seguidos ou alternados, prevalece a do mês mais recente e está correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Quanto à alegação defensiva de que deve ser compensado do débito fiscal os valores do imposto que afirmou ter sido pago a mais em determinados meses, não pode ser acolhida, tendo em vista que conforme demonstrativos juntados pelas autuantes às fls. 16 a 42, foi apurado pela fiscalização o recolhimento a menos do ICMS-ST em diversos meses do período fiscalizado, relativo a importação de farinha de trigo, de acordo com o Anexo I à fl. 14, onde foram consolidadas as diferenças entre o valor devido e o recolhido.

No que se refere à formulação do pedido de que sejam apreciadas no julgamento as deduções dos valores pagos a mais, conforme conta corrente apresentado pelo autuado às fls. 175 a 177, entendo que, nos casos em que ocorram erros na apuração do ICMS-ST e que resultem em pagamento a mais que o devido, poderá ser objeto de pedido de restituição, se porventura ficar comprovado, cabendo ao autuado formular o pedido do indébito (art. 112, § 4º do RICMS/97), na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (arts. 73 a 78 do RPAF/99), o que não pode ser feito nesta fase processual por inexistência de amparo legal. Ressalto que não cabe a aplicação da compensação nesta fase processual com base nos termos do art. 93, IX do RICMS/BA, que foi solicitado pelo impugnante na sua defesa, haja vista que depende de apreciação de pedido de restituição, caso comprove o pagamento a mais. Ressalto que o dispositivo invocado em seu favor não se aplica a situação presente e sim quando ocorre “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, na esfera administrativa ou judicial, nos termos do ato expedido ou proferido pela autoridade ou órgão competente”.

Com relação ao argumento de que a fiscalização considerou despesas de R\$413.284,22, quando o correto foi R\$320.828,13 nos meses de janeiro, fevereiro e março/04, constato que conforme esclarecimento das autuantes na informação fiscal, o próprio autuado apresentou o documento juntado à fl. 206, no qual foi indicado este valor, tendo ele mesmo apurado o preço médio apuração da base de cálculo de R\$0,20168 por kg de trigo. Este é o mesmo que a empresa utilizou para apurar o ICMS-ST por custo unitário de quilo de trigo, que foi utilizado pelas autuantes no demonstrativo à fl. 64. Pelo exposto, caso a empresa tivesse se equivocado na apuração do valor total das despesas, deveria apresentar os documentos de suporte das despesas efetivas ocorridas, juntar os comprovantes de pagamentos e de sua respectiva escrituração contábil. Como nada disso foi apresentado, deve prevalecer no cálculo do imposto, os valores das despesas informadas pelo impugnante, mediante documento fornecido à fiscalização (fl. 206). Ressalto ainda, conforme esclarecido pelas autuantes, que a empresa utilizou este valor (preço médio por kg de trigo de R\$0,20168), nas planilhas de devolução de mercadorias ocorridas nos meses de março e abril/04 (fl. 51/52) o que comprova que a despesa considerada pela fiscalização está correta.

No tocante à alegação do recorrente, que recolheu o valor de R\$32.329,48, correspondente a diferenças apuradas nos meses de julho e agosto de 2003, verifico que ao contrário do que foi afirmado pelas autuantes, em pesquisas nos arquivos da SEFAZ/BA, consta que foi recolhido o valor de R\$34.621,57 em 22/12/03, com o código 1705, decorrente de Auto de Infração/Denúncia

Espontânea. Por isso, em consonância com o documento juntado à fl. 179, considero ter sido pago as diferenças de R\$15.933,97 no mês de julho e R\$16.395,51 no mês agosto/03 respectivamente de GNR ST, devendo ser deduzido no demonstrativo de débito apresentado no final do voto.

Com relação a alegação de que a fiscalização na apuração do imposto não considerou as devoluções ocorridas nos meses de abril e maio de 2005, as autuantes rebateram no momento que prestara a informação fiscal de que efetuaram os cálculos em função do real custo unitário apurado naqueles meses, o que totalizou ressarcimento de R\$3.037,47 (R\$2.754,97 e R\$318,50), conforme explicitado no rodapé da planilha à fl. 35. O autuado, no momento que se manifestou acerca da informação fiscal, argumentou que os valores demonstrados pelas autuantes à fl. 205, estão incorretos, em razão de que foi adotado o custo do trigo, enquanto a devolução do Estado da Bahia para o Estado de Sergipe foi de farinha de trigo, e que deve prevalecer os seus cálculos (fl. 176).

Pela análise dos documentos juntados ao processo, verifico que as notas fiscais de devolução juntadas pelo **autuado** com a defesa (fls. 182 a 191), são as mesmas relacionadas no demonstrativo às fls. 59 e 60. A questão que se apresenta é que as autuantes utilizaram os valores dos custos na formação da base de cálculo do ressarcimento das devoluções, enquanto o contribuinte alega que o correto é o valor da farinha de trigo. Na autuação foi indicado como infringido os §§ 1º da Cláusula 3ª e 2º da Cláusula 2ª do Protocolo ICMS 46/00. Constatado que estes dispositivos embora tratem de formação da base de cálculo e do partilhamento do imposto entre o Estado importador/industrializador e o destinatário da farinha de trigo, não há regra específica quanto ao valor a ser deduzido em função de devoluções.

Face ao exposto, considerando que a base de cálculo das operações de venda foi apurada tomando como base o custo do trigo e adicionada Margem de Valor Agregado, é razoável acatar a alegação defensiva de que na operação de devolução deve ser considerado o valor da farinha de trigo e não o valor do custo do trigo. Observo que esta é a regra geral prevista no art. 368, I do RICMS/BA, de que nas operações de devolução de mercadorias com imposto pago por antecipação, deve ser feita em “função da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constantes na Nota Fiscal de origem”.

Assim sendo, acato o demonstrativo juntado pelo autuado à fl. 220 no valor de R\$4.532,93 (R\$4.112,85 + R\$420,08) como o correto do ressarcimento de devoluções do mês de abril e maio/05. Tomo como base o demonstrativo das autuantes à fl. 35, e deduzo do valor apurado de R\$445.366,73 – R\$4.532,93 o que resulta em valor devido de R\$440.833,80. Tendo sido recolhido naquele mês o valor de R\$440.851,07, que é superior ao apurado, não resta nenhum valor neste mês, devendo ser excluído no demonstrativo de débito o valor exigido de R\$1.442,19.

Por tudo que foi exposto, resta devido o valor de R\$402.751,65, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Débito/autuado	Fl.	Débito
31/03/03	09/04/03	22.224,35	17,00	60,00	3.778,14	14	3.778,14
31/05/03	09/06/03	12.865,82	17,00	60,00	2.187,19	14	2.187,19
30/06/03	09/07/03	1.703,88	17,00	60,00	289,66	14	289,66
Julho/03		127.814,53	17,00	60,00	21.728,47	14	
31/07/03	09/08/03				(15.933,97)	179	5.794,50
Agosto/03	09/09/03	141.212,76	17,00	60,00	24.006,17	14	
31/08/03	09/09/03				(16.395,51)		7.610,66
30/09/03	09/10/03	1.539,18	17,00	60,00	261,66	14	261,66
31/10/03	09/11/03	13.381,18	17,00	60,00	2.274,80	14	2.274,80
30/11/03	09/12/03	36.755,71	17,00	60,00	6.248,47	14	6.248,47
28/02/04	09/03/04	441,94	17,00	60,00	75,13	14	75,13
31/03/04	09/04/04	82,29	17,00	60,00	13,99	14	13,99
30/04/04	09/05/04	52,06	17,00	60,00	8,85	14	8,85

31/05/04	09/06/04	1.731,59	17,00	60,00	294,37	14	294,37
30/06/04	09/07/04	594,29	17,00	60,00	101,03	14	101,03
31/08/04	09/09/04	1.063,76	17,00	60,00	180,84	14	180,84
30/09/04	09/10/04	867.108,53	17,00	60,00	147.408,45	14	147.408,45
30/11/04	09/12/04	137.535,53	17,00	60,00	23.381,04	14	23.381,04
31/12/04	09/01/05	235.406,59	17,00	60,00	40.019,12	14	40.019,12
31/01/05	09/02/05	2.764,06	17,00	60,00	469,89	14	469,89
30/04/05	09/05/05	4.290,24	17,00	60,00	729,34	14	729,34
31/05/05	09/06/05					14	0,00
30/06/05	09/07/05	566,06	17,00	60,00	96,23	14	96,23
30/09/05	09/10/05	1.657,65	17,00	60,00	281,80	14	281,80
31/10/05	09/11/05	723.767,76	17,00	60,00	123.040,52	14	123.040,52
31/01/06	09/02/06	161.519,88	17,00	60,00	27.458,38	14	27.458,38
28/02/06	09/03/06	47.010,76	17,00	60,00	7.991,83	14	7.991,83
31/08/06	09/09/06	3.697,76	17,00	60,00	628,62	14	628,62
31/12/06	09/01/07	12.512,59	17,00	60,00	2.127,14	14	2.127,14
Total					436.523,33		402.751,65

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147794.0002/07-7**, lavrado contra **MOINHO DE SERGIPE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$402.751,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR