

PROCESSO - A. I. Nº 080556.0001/10-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MOINHO DE SERGIPE S/A.
RECORRIDOS - MOINHO DE SERGIPE S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0104-04/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03.01.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0103-13/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPORTAÇÕES. PARTILHAMENTO ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS DE ORIGEM E DESTINO. De acordo com as disposições constantes do Protocolo ICMS Nº 46/2000, com a redação anterior às alterações promovidas pelo Protocolo nº 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. Efetuada revisão fiscal e excluída parcela indevida, a infração restou parcialmente elidida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2010, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 208.363,32, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de retenção e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do imposto relativo às operações internas subseqüentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado.

Está dito que o cálculo do valor devido foi efetuado observando-se a partilha entre as unidades federadas de origem e de destino, conforme média ponderada das importações ou aquisições de trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, acrescido das despesas até o ingresso das mercadorias no estabelecimento, incluído o montante do próprio imposto, operações estas ocorridas no mês mais recente, conforme Protocolo ICMS 46/2000.

A procedência parcial se deu porque, na revisão fiscal realizada pela autuante, em virtude da conversão do feito em diligência, às fls. 216 e 229, o cálculo do ICMS devido foi efetuado observando o mês corrente, consoante entendimento exarado no Acórdão C/JF 0041-11/10, e registrando como data do fato gerador aquela do desembaraço aduaneiro, inclusive com valores próximos aos acatados pelo estabelecimento quando impugnou o lançamento de ofício, nas cifras de R\$ 110.466,01 em 2007 e R\$ 15.477,31 em 2008, de maneira que o imposto exigido restou modificado de R\$ 208.363,32 para R\$ 125.943,32.

No Recurso Voluntário apresentado, o recorrente manifestou a sua inconformidade quanto à Decisão de se manter a exigência tributária, embora demonstrado, através da conta-corrente mensal, que é credor do Erário Baiano, em razão de recolhimentos de valores superiores aos calculados pelo próprio Fisco, em planilhas elaboradas pela autuante.

Firmou que, examinando-se a planilha de fl. 216, vê-se que houve imposto recolhido a mais em 2007 no valor de R\$ 56.719,86, e a menos em 2008 de R\$ 15.477,31, resultando no saldo a seu favor de R\$ 41.242,55.

Asseverou que o valor recolhido a mais no mês de novembro/2007, decorreu da exigência do fisco de recolhimento antecipado na fronteira com o Estado de Sergipe, em razão de alegada pendência na regularização de exigência da SEFAZ/Bahia, naquela data. Tais recolhimentos tiveram como base de cálculo do imposto o valor da operação ou valor de pauta, enquanto que o valor a ser "repassado", segundo os critérios de cálculo do Protocolo ICMS nº 46/2000, apurado pelo requerente e confirmado pela autuante, totalizou R\$ 662.949,48, daí resultando o recolhimento a mais de R\$ 111.168,14, segundo a versão do fisco, valor este compensado com o imposto devido no mês de dezembro/2007, com amparo no disposto no art. 93 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, no qual está expresso o direito do contribuinte de compensar o imposto pago a mais com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes, "para fins de apuração do imposto a recolher".

Transcreveu mais adiante o art. 93, I, do RICMS/97 (que repito):

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

IX - o valor do imposto pago indevidamente, inclusive,...

Afirmou ser imperioso ter-se presente que o recolhimento (antecipação) a mais no mês de novembro, não teria ocorrido se não houvesse a exigência das autoridades fiscais do pagamento antecipado. Logo, a dedução do valor pago a mais, na apuração do valor do ICMS devido no mês de dezembro/2007, calculado segundo as planilhas instituídas para efeito de atender as disposições do Protocolo ICMS 46/2000, traduz direito assegurado pela legislação aplicável, além de caracterizar plena coerência na apuração do imposto devido ao Estado da Bahia.

Disse haver precedentes do Conselho de Fazenda Estadual sobre a mesma matéria, ou seja, da compensação/dedução de recolhimento a mais, por ocasião do procedimento fiscal, para fins de apuração do imposto a recolher, como opera neste sentido a Decisão a que se reporta o Acórdão CJP nº 0088-11/10, em que o recorrente também é parte e do qual é reproduzido o pertinente excerto do voto do Nobre Conselheiro Relator naquele processo, Dr. Fábio Andrade de Moura, aqui citado:

"Cabe salientar que o débito de R\$ 161.966,43, apontado pela ASTEC mediante a utilização do parâmetro do mês anterior, não leva em consideração os meses em que esse mesmo parâmetro levou ao resultado de recolhimento feito a maior pelo contribuinte. Isso revela que essas autuações são, em sua maioria, uma ilusão".

Concluiu requerendo a acolhida do presente Recurso, para que seja reformada a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, determinando-se o cancelamento do Auto de Infração nº 080556.0001/10-1 e conseqüente extinção do pretendido crédito tributário.

VOTO

Em relação ao Recurso de Ofício, o valor lançado foi reduzido porque a autuante, atendendo a diligência da 4ª JJF, em que foi orientada a seguir os critérios definidos em julgamento anterior deste CONSEF sobre a matéria, refez os cálculos.

Considero irretocável a Decisão recorrida.

A principal alegação contida no Recurso Voluntário é ser o recorrente credor do Erário Baiano, em razão de recolhimentos de valores superiores aos calculados pelo próprio Fisco, e que, se examinando a planilha de fl. 216, elaborada pela autuante, vê-se que houve imposto recolhido a mais em 2007 no valor de R\$ 56.719,86, e a menos em 2008 de R\$ 15.477,31, resultando no saldo a seu favor de R\$ 41.242,55.

Novamente, agiu com propriedade a Junta de Julgamento Fiscal, pois não compete ao fisco apurar créditos em favor do contribuinte, nem promover qualquer tipo de compensação, na hipótese de eventual recolhimento a mais ou indevido na apuração do imposto, de sua responsabilidade, mas lançar de ofício aquilo que foi apurado ou pago a menos, ou deixado de fazê-lo.

A restituição de indébito possui um rito processual próprio, disciplinado no CAPÍTULO II, do RPAF/99, através dos artigos 73 a 83.

Contudo, não posso comungar deste entendimento, quanto ao valor lançado para o mês de dezembro de 2007, em razão da sua especificidade.

O § 2º, da Cláusula Terceira, do Protocolo ICMS 46/2000, determina que o recolhimento do ICMS em favor do estado destinatário da mercadoria será feito através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, até o 10º (décimo) dia do mês subsequente à remessa, no banco oficial do Estado destinatário, ou na sua falta, na agência do banco indicada pelo Estado credor.

Assim foi feito nos demais meses.

O recorrente, desde a sua manifestação acerca da informação fiscal prestada pela autuante (fls. 194 e seguintes), como também no seu Recurso, disse que o valor recolhido a mais no mês de novembro/2007, decorreu da exigência do fisco de recolhimento antecipado na fronteira com o Estado de Sergipe, em razão de alegada pendência com a SEFAZ/Bahia, naquela data, e que tais recolhimentos tiveram como base de cálculo do imposto o valor da operação ou valor de pauta, enquanto que o valor a ser "repassado", segundo os critérios de cálculo do Protocolo ICMS nº 46/2000, apurado pelo requerente e confirmado pela autuante, totalizou R\$ 662.949,48, daí resultando o recolhimento a mais de R\$ 111.168,14, segundo a versão do fisco, valor este compensado com o imposto devido no mês de dezembro/2007, com amparo no disposto no art. 93 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997.

A autuante, por sua vez, apenas rebateu dizendo que não é de sua competência efetuar compensações (fl. 211).

Segundo o art. 140, do RPAF, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Em razão do silêncio da autuante, me resta apreciar este conjunto de provas.

No demonstrativo intitulado "relação de DAEs - ano 2007" (fls. 217 a 222), constato que em todos os meses de apuração do exercício, exceto novembro, o pagamento seguiu a regra do § 2º, da Cláusula Terceira, do Protocolo ICMS 46/2000, sendo recolhido no mês subsequente.

Em novembro, os pagamentos passaram a ser por operação, sendo inclusive os quatro primeiros através de Auto de Infração, com imposição de multa. Então, admite-se como verídica a afirmação do contribuinte autuado.

Desta forma, não houve apuração do ICMS devido a título de repasse para a Bahia, e também devo admitir como verdade, ainda em razão do silêncio da autuante, de que o imposto foi recolhido adotando como base de cálculo o valor da operação ou da pauta fiscal.

Findo este mês, o recorrente apurou o ICMS devido a título de repasse na forma do Protocolo 46/00, e verificou que efetuara o pagamento a mais na monta, esta confirmada pela autuante, de R\$ 111.168,14, que utilizou como crédito fiscal na apuração do mês seguinte, dezembro.

No caso específico, não se trata de compensação de valores pagos a mais, mas de crédito fiscal oriundo destes pagamentos, porque o contribuinte foi impedido de apurar o valor real do imposto a ser "repassado" a Bahia. Quando o fez, corretamente, se creditou daquilo pago indevidamente no mês de novembro na apuração de dezembro.

Destarte, o valor lançado para o mês de dezembro/2007, que perfaz R\$109.713,14 (fl. 216), deve ser excluído da autuação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, excluindo o valor referente a dezembro/2007, restando ao autuado a pagamento de R\$ 16.230,18.

VOTO DISCORDANTE (Recurso Voluntário)

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de Prover em Parte o Recurso de Voluntário, sob a justificativa de que o valor recolhido a mais no mês de novembro/2007, decorreu da exigência do fisco de recolhimento antecipado na fronteira, resultando o recolhimento a mais. Assim, findo este mês, o recorrente apurou o ICMS devido a título de repasse na forma do Protocolo ICMS 46/00 e verificou que efetuara o pagamento a mais na aludida monta, que utilizou como crédito fiscal na apuração do mês de dezembro.

Salienta o nobre Relator que, no caso específico, não se trata de compensação de valores pagos a mais, mas de crédito fiscal oriundo destes pagamentos, porque o contribuinte foi impedido de apurar o valor real do imposto a ser "repassado" ao Estado da Bahia. Quando o fez, corretamente, se creditou daquilo pago indevidamente no mês de novembro na apuração de dezembro.

A razão da minha discordância é porque, apesar do cálculo do valor devido ter sido efetuado observando-se a partilha entre as unidades federadas envolvidas na operação da farinha de trigo, conforme Protocolo ICMS 46/2000, a acusação fiscal decorre da *retenção e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, do imposto relativo às operações internas subseqüentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado*. Sendo assim, a partir desta premissa, não poderia o substituto tributário, mero repassador ao Ente Tributante do imposto cobrado dos seus clientes, estes sim contribuintes do ICMS, se compensar ou se creditar de qualquer imposto pago indevidamente, pois, não restou comprovado ter sido o mesmo quem arcou com o ônus do tributo, mesmo no citado mês de novembro/2007 em que deixou de recolher o ICMS através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, para recolher antecipado na fronteira com os Estados de Sergipe e Bahia, por exigência do fisco baiano.

Diante de tais considerações, opto em manter a linha do voto do Relator, em relação aos demais meses, de que *“A restituição de indébito possui um rito processual próprio, disciplinado no CAPÍTULO II, do RPAF/99, através dos artigos 73 a 83.”*, principalmente quando se trata do tipo de exigência discutida, razão para votar pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 080556.0001/10-1, lavrado contra **MOINHO SERGIPE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.230,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Ciro Roberto Seifert, Vanessa de Mello Batista, Álvaro Barreto Vieira, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/ VOTO DISCORDANTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS