

A. I. N° - 269136.0001/15-0
AUTUADO - J. MACÊDO S/A
AUTUANTE - TEODORO DIAS JUNIOR
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.08.2016

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-05/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. OPERAÇÕES COM TRIGO NACIONAL E IMPORTADO E COM FARINHA DE TRIGO. PROTOCOLO ICMS 46/00. Repasses a maior efetuados para contribuintes situados em Estados signatários do acordo interestadual. Ressarcimento a maior nas operações realizadas para contribuintes localizados em estados não signatários do acordo de substituição tributária. Parte dos valores exigidos no lançamento foi reconhecida pelo autuado e quitados via pedido de uso de créditos acumulados. Em relação às parcelas impugnadas o contribuinte formulou pedido de compensação motivado em pagamentos realizados a maior em períodos mensais subsequentes. Matéria a ser apreciada através de Pedido de Restituição. Procedimento que não está no âmbito de competência do CONSEF, previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, aprovado pelo Dec. n° 7.629/99, entre os artigos 73 a 83 e dirigido aos órgãos de fiscalização do ICMS (art. 79, inc. I, do RPAF), para a certificação das razões de fato e de direito invocadas pelo sujeito passivo direto ou deduzidas pelo responsável tributário. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/15 para exigir ICMS no valor principal de R\$192.040,63, com as seguintes imputações:

Infração 01 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Efetuou repasses a maior para Estados signatários do Protocolo 46/00 da parcela correspondente a 60% da carga tributária do ICMS incidente sobre as aquisições de trigo nacional e importado, nos meses de outubro de 2010, junho de 2011 e outubro e dezembro de 2012. Os valores médios ponderados (em R\$/kg), calculados por esta fiscalização para as entradas de trigo ocorridas no mês mais recente de aquisição do produto seguiram o disposto nos Regulamentos do ICMS-BA, aprovados pelo Dec. 6.284/97 (art. 506-B, § 1º, inc. I) e pelo Dec. 13.780/12 (art. 374, § 1º, inc. I), seguindo a normatização do Protocolo 46/00, na sua Cláusula sétima, parágrafo único, e são divergentes daqueles usados pelo contribuinte no cálculo dos repasses mencionados nos meses acima mencionados. Além disso, no mês de outubro de 2010, o contribuinte efetivamente abateu na sua planilha de apuração do ICMS - antecipação tributária de trigo, um valor de repasse para Estados signatários, superior ao valor calculado na sua planilha de repasse, de modo que apuramos o ICMS devido utilizando o valor total lançado a maior na Planilha de Apuração do ICMS. Anexo 1. Valor exigido: R\$61.418,79. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "e", da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados

neste Estado. Ressarciu-se a maior em operações com Estados não signatários do Protocolo 46/00 da parcela correspondente a 60% da carga tributária do ICMS incidente sobre as aquisições de trigo nacional e importado, nos meses de outubro de 2010, e agosto e dezembro de 2012. Os valores médios ponderados (em R\$/kg), calculados por esta fiscalização para as entradas de trigo ocorridas no mês mais recente de aquisição do produto seguiram o disposto nos Regulamentos do ICMS-BA, aprovados pelo Dec. 6.284/97 (art. 506-B, § 1º, inc. I) e pelo Dec. 13.780/12 (art. 374, § 1º, inc. I), seguindo a normatização do Protocolo 46/00, na sua Cláusula sétima, parágrafo único, e são divergentes daqueles usados pelo contribuinte no cálculo dos repasses mencionados nos meses acima mencionados. Anexo 2. Valor exigido: R\$ 46.578,87. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "e", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Efetuou repasses a maior para Estados signatários do Protocolo 46/00 da parcela correspondente a 60% da carga tributária do ICMS incidente sobre as aquisições de trigo nacional e importado, nos meses de março de 2010, maio de 2011 e agosto de 2012. No mês de março de 2010 o contribuinte contabilizou também a saída de 5.120 kgs a maior de farinha de trigo para o Estado de Sergipe, o que resultou em um cálculo a maior do repasse realizado nesse mês. Nos meses de maio de 2011 e agosto de 2012, o contribuinte não contabilizou a devolução de 6.000 kgs e 2.130 kgs de farinha de trigo oriundas dos Estados de Sergipe e Alagoas, respectivamente, o que também provocou um cálculo a maior do repasse realizado para tais Estados. Anexo 3. Valor exigido: R\$4.346,59. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "e", da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Ressarciu-se a maior em operações com Estados não signatários do Protocolo 46/00 da parcela correspondente a 60% da carga tributária do ICMS incidente sobre as aquisições de trigo nacional e importado, nos meses de agosto de 2010, e abril de 2011. O contribuinte contabilizou indevidamente saídas de 103.520 kgs e 349.184 kgs, respectivamente, de farinha de trigo, com CFOPs 6901 e 6920 para o Estado de Minas Gerais, o que resultou em um cálculo a maior dos valores resarcidos nesses meses. No mês de janeiro de 2012, o contribuinte não contabilizou a devolução de 22.000 kgs de farinha de trigo oriundas dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente, o que também provocou um cálculo a maior do ressarcimento realizado para tais Estados. Anexo 4. Valor exigido: R\$68.700,42. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "e", da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A empresa recolheu a menor do que o indicado na planilha de apuração do ICMS por antecipação tributária, referente às entradas de trigo nacional e importado, nos meses de dezembro de 2010 e fevereiro de 2011. Anexo 5. Valor exigido: R\$10.995,96. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "e", da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do A.I. em 06/07/15 e ingressou com defesa administrativa em 04/09/15, através de petição subscrita por procuradores habilitados nos autos, através do instrumento anexado às fls. 95/96.

Inicialmente a impugnante reconheceu ter cometido equívocos apurados nas infrações 03, 04 e 05 e em parte das infrações 01 e 02. Solicitou o pagamento dos valores reconhecidos através do pedido de autorização de uso crédito acumulado de ICMS, no importe principal de R\$ 117.182,39. (Processos SIPRO 159.399/2015-9 e 165.508/2015-7: apensados). Após tecer considerações em torno da tempestividade da medida impugnatória, o contribuinte passou a abordar o mérito das parcelas remanescentes vinculadas às infrações 01 e 02.

Discorreu que a empresa autuada é pessoa jurídica de direito privado, cuja atividade precípua consiste na moagem de trigo e fabricação de seus derivados, estando jungida ao recolhimento de

ICMS nos termos do previsto pelo Protocolo ICMS nº 46/2000. Que segundo a nota explicativa contida na peça acusatória, a impugnante teria recolhido “a menor” o ICMS-ST em face de divergência na apuração do termo médio do trigo em alguns meses do período fiscalizado nas infrações 01 e 02. Informou ainda desenvolver em sua atividade operações contínuas, procedendo em todos os meses a importações e aquisições de trigo, bem como vendas de seus derivados no mercado interno e interestadual.

Ponderou mais a frente que ainda que a metodologia utilizada pela empresa estivesse equivocada quanto à apuração do Termo Médio nos períodos apontados nas infrações 01 e 02, não haveria tamanho prejuízo ao Erário, pois um mês teria seu efeito anulado no mês seguinte, devido ao desempenho perene das atividades.

Ao abordar de forma específica a origem das diferenças apuradas na autuação disse que as mesmas decorreram de divergências entre o fisco e a impugnante quanto à base de cálculo dos repasses a maior para Estados Signatários do Protocolo 46/00 (infração 01) e dos resarcimentos a maior em operações com Estados não-signatários do Protocolo 46/00 (infração 02), em que a fiscalização ignorou a apuração mês-a-mês, glosando o período onde havia recolhimento “a menor”, mas não compensando com os valores recolhidos “a maior” no período subsequente.

Informou, em complemento, que realiza regularmente operações de importação de trigo, tendo um volume mensal e contínuo de transferência de produtos para os demais estados signatários do Protocolo ICMS 46/00. Apesar disso, afirmou que a fiscalização estadual ao invés de realizar os ajustes necessários para se levantar exclusivamente as diferenças de recolhimento em razão da divergência de interpretação, procedeu tão somente à glosa nos meses onde ocorreram o recolhimento a menor, sem considerar o efeito de crédito do período subsequente.

A título de exemplo, declarou que caso fossem considerados os recolhimentos “a menor” e “a maior” no período objeto da ação fiscal, restaria em favor do Estado da Bahia as quantias de R\$14.968,85 (infração 01) e R\$18.170,57 (infração 02), inferiores aos que foram lançados no Auto de Infração. Espelhou essa situação nos demonstrativos reproduzidos na peça defensiva (fls. 71/74 do PAF).

Pidiu a revisão de ofício do lançamento fiscal com fulcro no art. 149 do CTN, dispositivo cujo teor foi integralmente reproduzida na peça de defesa. Disse ainda que o ente tributante fiscalizou os exercícios de 2010 a 2012, procedendo ao lançamento tão somente nas competências mensais em que houve débito a favor do erário.

Fez citação de lições doutrinárias de eminentes tributaristas brasileiros - Luciano Amaro e Leandro Paulsen - para ressaltar que a revisão do lançamento deverá ser feita não apenas em proveito do fisco, mas também em favor dos contribuintes, uma vez que os tributos decorrem diretamente da lei. Sustenta que o procedimento correto seria a fiscalização revisar todas as competências, refazendo o cálculo de eventual tributo recolhido a maior ou menor em decorrência da metodologia aplicada, compensando-se débitos com créditos. E só após conclusão da revisão de todos os períodos fiscalizados, deveria o Fisco lançar de ofício eventual diferença de valores.

Destacou que o próprio RICMS/BA dispõe sobre a possibilidade de compensação de ICMS indevidamente pago com o ICMS a recolher, conforme art. 93, inc. IX, do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97) e art. 309, X, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Pidiu que o processo fosse convertido em diligência em consagração ao princípio da verdade material.

Ao concluir a peça defensiva o contribuinte formulou os seguintes pedidos:

- a) Que, antes de adentrar na matéria discutida na presente impugnação, a Autoridade Julgadora se digne a efetuar o desmembramento do presente processo, extinguindo totalmente o crédito tributário descrito na “Infração 03, 04 e 05 – 08.26.02” e parcialmente o crédito tributário descrito na “Infração 01 e 02 – 08.26.02” da presente peça punitiva por pagamento, tudo nos termos do art. 156, I, do CTN;

- b) Que, nos termos do art. 151, III, do CTN, seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário lançado através do auto de infração acima epigrafado;
- c) No mérito, que seja julgada completamente improcedente a presente ação fiscal quanto à parte das infrações 01 e 02, pelas razões de fato e de direito esposadas no petitório;
- d) Alternativamente, caso a presente impugnação seja rejeitada no mérito, que o PAF seja remetido para diligência/perícia técnico contábil, visando a resposta dos quesitos formulados.

Requereu ainda provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

A informação fiscal foi prestada pelo autuante e anexada às fls. 98/99 do presente processo.

Após fazer uma síntese da teses defensivas, o autuante passou a contra-arrazoá-las nos seguintes termos, abaixo transcritos:

- a. *Quanto à alegação de que , “... não haveria tamanho prejuízo ao Erário, pois um mês teria seu efeito anulado no mês seguinte, devido ao desempenho perene das atividades”, isto não é procedente, pois, mesmo que houvesse valores recolhidos a maior em meses posteriores, não há uma correspondência simples e direta desses valores de um mês para outro. O ICMS devido é calculado a partir da multiplicação da quantidade mensal de Farinha de Trigo remetida para outros Estados pelo "Termo Médio" aplicável àquele mês específico. Não há uma anulação dos recolhimentos a menor em função dessa suposta compensação, visto que as quantidades de farinha de trigo remetidas pelo deficiente para contribuintes de outros estados signatários do protocolo 46/00 variam mês a mês e, por conseguinte, variam os valores mensais do ICMS a ser repassado para tais Estados.*
- b. *Esta fiscalização não pode “compensar” valores recolhidos a menor com outros valores recolhidos a maior.*
- c. *Se o contribuinte julga possuir direito à restituição de ICMS recolhido a maior, ele tem o direito de pedir a repetição do indébito e deve fazê-lo pelas vias administrativas regulares, com a devida comprovação.*

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 5 (cinco) imputações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório.

O contribuinte, por ocasião da defesa, reconheceu ter cometido os equívocos apurados nas infrações 03, 04 e 05 e em parte das infrações 01 e 02. Solicitou o pagamento dos valores reconhecidos através do pedido de autorização de uso crédito acumulado de ICMS, no importe principal de R\$ 117.182,39. (Processos SIPRO 159.399/2015-9 e 165.508/2015-7: apensados ao presente PAF). Na data do julgamento, após consulta ao sistema interno da SEFAZ-BA que registra os pagamentos (SIGAT), foi detectado a quitação das importâncias relacionadas às infrações 3, 4 e 5. Assim os valores quitados pelo sujeito passivo deverão ser objeto de posterior homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

Foram impugnados os débitos remanescentes das infrações 1 e 2, nos valores, respectivamente, de R\$46.459,94 e R\$28.408,30.

Inicialmente deve ser consignado que a interposição de defesa na esfera administrativa suspende automaticamente a exigibilidade do crédito tributário lançado, conforme disposto no art. 151, inc. III, do CTN, sendo, portanto, um efeito decorrente da lei vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto ao pedido de revisão do lançamento não vislumbro razões para que seja determinada a remessa do PAF em diligência ou para a realização de perícia fiscal-contábil, considerando que existem nos autos elementos suficientes para se proceder a uma decisão mérito ou terminativa pelos membros desta Junta de Julgamento.

Senão vejamos. O cerne da defesa gravita em torno das divergências entre o fisco e a impugnante quanto à base de cálculo dos repasses de ICMS a maior para Estados Signatários do Protocolo 46/00 (infração 01) e dos resarcimentos a maior em operações com Estados não-signatários do Protocolo 46/00 (infração 02). Em ambas as situações apurou-se recolhimento a menos de ICMS

em favor do erário baiano. Importante ressaltar que o Protocolo ICMS 46/00 dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grãos e farinha de trigo, pelos Estados signatários, integrantes das regiões Norte e Nordeste.

Constatou que o contribuinte reconhece que nos períodos mensais autuados houve recolhimento a menor do imposto em favor do Estado da Bahia, mas se contrapõe à totalidade do valor lançado no A.I., sustentando que a fiscalização exigiu tributo nos meses em que ocorreu erro na apuração do ICMS, porém ignorou os valores recolhidos “a maior”, nos períodos subsequentes.

A defesa informou em complemento, que realiza regularmente operações de importação de trigo, tendo um volume mensal e contínuo de transferências de produtos para os demais estados signatários e não signatários do Protocolo ICMS 46/00. Em decorrência da sistemática de tributação antecipada do imposto verifica-se, com certa regularidade, a ocorrência de repasses de ICMS, nas operações destinadas a contribuintes localizados em Estados Signatários do Protocolo 46/00 e de resarcimentos do imposto, nas operações promovidas junto a destinatários situados em Estados não-signatários do Protocolo 46/00.

Pede o sujeito passivo que os cálculos que resultaram em recolhimentos a mais em favor da Bahia sejam deduzidos dos pagamentos efetuados a menos, procedendo-se assim à compensação dos valores, de forma a remanescer no lançamento fiscal tão somente as quantias que deixaram de ser efetivamente pagas. Esse é o núcleo da questão a ser decidida nesses autos. Passo a enfrentá-lo.

O referido pedido de compensação motivado em pagamentos realizados a maior, não pode ser apreciada e sequer acolhida no âmbito do julgamento de um Auto de Infração de competência do CONSEF. Trata-se de matéria objeto de procedimento específico, previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, entre os artigos 73 a 83 e que deve ser formalizado através de pedido de restituição, a ser analisado, quanto ao mérito, pelos órgãos de fiscalização do ICMS (art. 79, inc. I, do RPAF). Portanto, é matéria que não se encontra no campo de competência do CONSEF e que demanda processamento em autos próprios com pedido dirigido à autoridade distinta, visando à certificação das razões de fato e de direito invocadas pelo sujeito passivo direto ou deduzidas pelo responsável tributário.

Diante do exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, mantendo-se integralmente os valores lançados na peça inaugural do processo, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Entretanto ao contribuinte é assegurado o direito, dentro do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de postular, com as provas de que disponha, a restituição dos valores que eventualmente tenham sido recolhidos a mais em favor do erário estadual baiano.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269136.0001/15-0**, lavrado contra **J. MACEDO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 192.040,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser objeto de posterior homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, em 05 de julho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR