

**PROCESSO** - A. I. Nº 269136.0001/15-0  
**RECORRENTE** - J. MACÊDO S/A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0120-05/16  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 04/05/2017

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0073-11/17

**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 Decreto nº 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/15 para cobrar ICMS no valor histórico de R\$192.040,63, em decorrência do cometimento de cinco infrações, das quais só são objeto do presente recurso às infrações 1 e 2, a seguir transcritas:

***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.

Após o lançamento, foi apresentada defesa tempestiva às fls. 67 a 77, e a correspondente informação fiscal às fls. 98 a 99.

Concluída a instrução, a 5ª JF julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme o voto abaixo colacionado, *verbo ad verbum*:

#### 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 ressarcimentos 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.*

*Constato 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 ressarcimentos 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.*

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 139 a 149, objetivando a revisão do julgamento, com base no art. 169, I, *b* do RPAF, repisando parte dos argumentos defensivos, pleiteando a nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração.

Após fazer uma sinopse fática do Auto de Infração e todo Processo Administrativo Fiscal, aduz que “*malsinada decisão não merece prosperar, uma vez que havendo recolhimentos a maior e a menor no período fiscalizado, deve-se fazer a COMPENSAÇÃO entre os valores, por meio da revisão de ofício*”.

Adiante, propala que a fiscalização somente considerou os meses em que, de acordo com seu cálculo, houve recolhimento a menor do ICMS, ignorando os períodos em que houve recolhimento a maior em desfavor da empresa, afirmando que “*caso fossem considerados os recolhimentos “a menor” e “a maior” no período, restaria um valor em favor do Estado da Bahia de R\$ 14.968,85 (infração 1) e R\$ 18.170,57 (infração 2)*”.

Para embasar sua tese, colaciona planilhas ao corpo do texto, especificando as importâncias as serem compensadas nas infrações 1 e 2, com base nos cálculos elaborados pelo Fisco.

Assevera que a própria resolução do Acórdão reconheceu os pagamentos a maior realizados, mas que entendeu pela impossibilidade de proceder com a compensação. Pontua que tal julgamento não deve prosperar, pois há a possibilidade da revisão de ofício, segundo o artigo 149 do CTN, que reproduz, bem como as lições dos eminentes tributaristas Luciano Amaro e Leandro Paulsen.

Fala que “*Não pode o ente tributante, ao seu alvedrio, fiscalizar um período de três anos (2010 a 2012) e, concluindo haver incorreção na apuração do ICMS deste período, proceder com a revisão de ofício apenas nas competências em que há débito, prejudicando o contribuinte!*”

Nesta senda, alega que o próprio RICMS/BA, dispõe sobre a possibilidade de compensação do tributo indevidamente pago como a recolher, consoante a dicção do artigo 93, inciso IX e também do artigo 309, inciso X.

Com esse norte, entende que, tendo ocorrido recolhimentos a maior e a menor, deve o ente tributante verificar se houve algum prejuízo ao erário, só sendo devida a autuação do contribuinte caso, após o batimento de contas (compensação), tenha restado débito de imposto a pagar, conforme pacífica jurisprudência pátria.

Em seguida, aduz a necessidade de realização de perícia nos presente autos, apontando dois quesitos, abaixo transcritos, in litteris:

*Quesito 01 – Usando a mesma metodologia do fiscal, considerando todos os meses do período autuado (2010 a 2012), existem recolhimentos a maior feitos pelo contribuinte para os meses não constantes no auto de infração?*

*Quesito 02 – Se existem recolhimentos a maior feitos pelo contribuinte (nos meses que não constam no auto de infração), caso seja realizada a compensação entre os valores recolhidos a menor e a maior, haverá saldo de ICMS a pagar no presente auto de infração?*

Ao final de seu arrazoadado, pede pela realização de perícia fiscal, a desconstituição do Auto de Infração por não ter havido prejuízo ao fisco da Bahia, alternativamente que após a compensação requerida, seja condenada a pagar somente os valores de R\$14.968,85 para a infração 1 e R\$ 18.170,57 para a infração 2, e, por último, que haja a possibilidade de sustentação oral.

Não houve manifestação da PGE/PROFIS, consoante nova determinação da legislação.

## VOTO

Temos sob análise Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 5ª JJF que julgou

Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de duas infrações, pela retenção a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição pois repassou a maior (infração 1) e/ou ressarciu-se a maior (infração 2) em operações internas, da parcela correspondente a 60% da carga tributária do ICMS incidente sobre as aquisições de trigo nacional e importado.

*Ab initio*, deve-se registrar que o Contribuinte não se insurge contra o levantamento fiscal, mas tão somente que a fiscalização computou os meses em que houve retenção ou repasse a menor do ICMS devido, “ignorando os períodos em que houve recolhimento a maior em desfavor da empresa”.

Com base nessa tese, refaz os cálculos das infrações para então afirmar que “*caso fossem considerados os recolhimentos “a menor” e “a maior” no período, restaria um valor em favor do Estado da Bahia de R\$ 14.968,85 (infração 01) e R\$ 18.170,57 (infração 02)*”.

Pois bem.

Em que pese a lógica esposada pela empresa, não tem competência esse colegiado em determinar a compensação do imposto devido, com aquele supostamente recolhido a maior. Nestes casos, deve o contribuinte lançar mão do procedimento de restituição de indébito, previsto nos artigos 73 e seguintes do RPAF/BA, endereçada ao inspetor fiscal, consoante o artigo 79 do mesmo diploma legal.

Assim, não há como aderir a tese do contribuinte, mesmo por que, tais cálculos com os meses com pagamento as maior e a menor, não estão jungidos pela fiscalização aos autos e, portanto, não houve o saneamento do respectivo inspetor fiscal.

Quanto ao pedido de perícia, o indefiro com base no artigo 147, II, incisos “a” e “b”, pois, entendo que tal prova não depende de conhecimento especial, bem como, ela se mostra desnecessária vista as outras provas existentes nos autos e a cobrança que a infração busca.

Por tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, ora em lide.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269136.0001/15-0**, lavrado contra **J. MACEDO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$192.040,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo sujeito passivo pela repartição fiscal de origem do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS