

A. I. Nº - 087016.0017/17-5
AUTUADO - SUGAR POWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇÚCAR EIRELI
AUTUANTE - DIJALMA MOURA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/01/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-01/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AÇÚCAR. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O autuado na condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas realizadas, para fins de antecipação do imposto referente à operação ou operações subsequentes a serem promovidas pelos adquirentes neste Estado, não procedeu à retenção e o respectivo recolhimento. Fatos comprovados. Acolhida parcialmente as alegações defensivas. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração 1 subsistente e infração 2 parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$256.048,25, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de junho a setembro e dezembro de 2013, janeiro, maio, junho, setembro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$140.008,59, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente na descrição da infração que: *Referente às sucessivas saídas de açúcar sem destaque e recolhimento do ICMS Substituição Tributária, conforme demonstrativos Resumo ICMS S Tributária e Falta Apuração ICMS Normal e ST, partes integrantes do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao Contribuinte.*

2. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de abril a outubro de 2013, fevereiro, março, maio e junho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$116.039,66, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente na descrição da infração que: *Referente às sucessivas saídas de açúcar com utilização indevida da Redução da Base de Cálculo prevista no Artigo 266, Inciso XIV, do Decreto nº 13.780/12, o RICMS, conforme demonstrativos RBC Indevida e RBC Indevida ST, partes integrantes do Auto de Infração, cópia e mídia entregues ao Contribuinte.*

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 52 a 55).

Discorre sobre os fatos. Alega não entender porque foi autuado em três Autos de Infração distintos, quando a matéria era a mesma, relacionada com as saídas de açúcar. Observa que além do presente Auto de Infração foram lavrados os Autos de Infração nºs 087016.0016/17-9 e 087016.0019/17-8.

Sustenta que os três Autos de Infração são conexos, motivo pelo qual cabe a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) ao Processo Administrativo Fiscal – PAF (art. 180 do RPAF), devendo os três processos ser reunidos para decisão conjunta (art. 55, § 1º do CPC), evitando

decisões conflitantes ou contraditórias.

Repisa que o presente Auto de Infração deve ser analisado em conjunto com os outros dois, considerando o aproveitamento dos valores recolhidos.

Assevera que, da análise dos demonstrativos dos débitos de ICMS-ST, encontrou os seguintes erros:

- a) lançou saídas para baixa de estoque (CFOP 5927);
- b) considerou vendas para consumidor final;
- c) considerou operações de devolução de compras;
- d) lançou notas de terceiros (entrada para a autuada) como operação de saída (exemplo: NF-e 15905);
- e) não considerou recolhimentos em razão de denúncia espontânea;
- f) não considerou recolhimento de ICMS-ST para o mês de maio/2014

Afirma, ainda, que o autuante deixou de proceder ao confronto entre os débitos apurados e todos os recolhimentos realizados pela empresa.

Salienta que revisou os demonstrativos de apuração dos débitos, considerando os erros acima apontados, sendo que os demonstrativos revisados foram anexados em arquivo eletrônico que denominou “Apuracao-ICMS-ST_em-20180225.xlsx”.

Diz que, posteriormente, confrontou mensalmente os valores dos débitos com os recolhimentos realizados, incluindo valores da Denúncia Espontânea nº 6000003440136 (Doc-01, em anexo), apurando os saldos de ICMS-ST recolhidos a menos.

Registra que o resultado da apuração está apresentado na planilha “Resumo-ICMS-STI” do arquivo eletrônico nominado “Apuracao-ICMS-ST_em-20180225.xlsx”. Acrescenta que o resultado apontou como devido o valor de R\$29.928,22 para a infração 2, conforme resumo impresso anexado (Doc. 02).

Finaliza a peça defensiva requerendo que:

- a) seja declarada a conexão entre os autos de infrações e determinada a reunião dos PAF para decisão conjunta;
- b) seja julgado procedente em parte o Auto de Infração, com homologação dos pagamentos efetuados;
- c) seja observado o teor do § 1º do art. 18 do RPAF, caso sejam modificados os demonstrativos pelo autuante, e em sendo modificado substancialmente, seja deferida a reabertura do prazo de defesa, sob pena de cerceamento ao direito de defesa e contraditório.
- d) sejam as intimações, notificações e outros da espécie relacionadas ao processo em referência, encaminhados ao endereço profissional do representante legal, sito à Rua Alceu Amoroso Lima, 276-A, Mondial Salvador Office, sala 1010, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-770, com telefone (71) 3500-2500, sob pena de nulidade.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 81/82). Esclarece que a exigência fiscal se refere às operações de saídas de açúcar realizadas pelo autuado, sem apuração e recolhimento do ICMS substituição tributária e recolhimento a menos do ICMS substituição tributária decorrente de utilização indevida da base de cálculo prevista no art. 266, XIV do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.

Consigna que a exigência fiscal decorre do descumprimento da cassação da Autorização nº. 30730/2013, (fl.32) e Credenciamento nº. 24237/2011 (fl. 34), conforme Pareceres nºs 26571/2011 e 25529/2013 (fls.33 e 35) e da utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no art. 266, XIV do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Explica que o autuado trouxe aos autos operações nas quais recebeu o açúcar com substituição tributária e promoveu as saídas dessas mercadorias, considerando o encerramento da fase de

tributação. Contudo, manifesta o entendimento de que deveria o autuado ter observado o disposto no art. 291 do RICMS e efetuado nova substituição tributária, haja vista que industrializa a mesma espécie de mercadoria.

Diz que não há compensação a ser feita quando do confronto entre os débitos e créditos apurados.

Afirma que o autuado não comprovou, documentalmente, até o momento da conclusão da Informação Fiscal, a sua alegação de não consideração na ação fiscal dos valores recolhidos ou denúncia espontânea.

Finaliza a peça informativa, mantendo na íntegra o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame trata de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo ambas referentes à falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na infração 1, a exigência fiscal diz respeito às sucessivas saídas de açúcar sem destaque e recolhimento do ICMS Substituição Tributária. Já na infração 2 a exigência refere-se às sucessivas saídas de açúcar com utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no artigo 266, Inciso XIV do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

O impugnante alega que foi autuado em três Autos de Infração distintos, quando a matéria era a mesma, relacionada com as saídas de açúcar. Registra que além do presente Auto de Infração foram lavrados os Autos de Infração nºs 087016.0016/17-9 e 087016.0019/17-8, que por serem conexos, cabe à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) ao Processo Administrativo Fiscal – PAF (art. 180 do RPAF), devendo os três processos ser reunidos para decisão conjunta (art. 55, § 1º do CPC), evitando decisões conflitantes ou contraditórias.

Certamente que a pretensão defensiva no sentido de que os três Autos de Infração sejam reunidos para uma decisão conjunta não se apresenta desarrazoada. Entretanto, no presente caso, não vislumbro qualquer prejuízo para que o julgamento em separado dos aludidos Autos de Infração seja realizado, haja vista que se trata de autuações cujas apurações são feitas individualmente. Ou seja, o crédito tributário exigido no Auto de Infração em exame não carece de qualquer outra decisão para determinação da sua certeza e liquidez.

No mérito, no tocante à infração 1, o autuado estava obrigado a fazer a retenção e o respectivo recolhimento do ICMS ST quando da realização das operações de saídas do açúcar, contudo, assim não procedeu. A obrigatoriedade de tributação nas saídas de açúcar ocorreu em face ao disposto no art. 291 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12:

Art. 291. Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria.

Na defesa apresentada o autuado alega que encontrou os seguintes erros incorridos pelo autuante:

- a) lançou saídas para baixa de estoque (CFOP 5927);
- b) considerou vendas para consumidor final;
- c) considerou operações de devolução de compras;
- d) lançou notas de terceiros (entrada para a autuada) como operação de saída (exemplo: NF-e 15905);
- e) não considerou recolhimentos em razão de denúncia espontânea;
- f) não considerou recolhimento de ICMS-ST para o mês de maio/2014

A análise dessas alegações defensivas permite constatar o seguinte:

- a) na infração 1 inexistente no levantamento levado a efeito pelo autuante qualquer exigência

atinentes ao CFOP 5927;

- b) as Notas Fiscais que não constam o CNPJ no demonstrativo do autuante não dizem respeito a venda ao consumidor final, conforme alegado pelo autuado, mas sim de venda a contribuinte não inscrito. A quantidade de açúcar acobertada pelas referidas notas fiscais caracteriza o intuito comercial. O artigo 5º da Lei nº 7.014/96 estabelece que *Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;*
- c) na infração 1, não consta qualquer exigência referente à devolução de compras - CFOP 6202;
- d) na infração 1, não consta qualquer exigência referente a entrada de mercadorias. A Nota Fiscal Eletrônica nº 15905 foi arrolada na infração 2, conforme será visto mais adiante;
- e) no presente caso, descabe considerar os recolhimentos efetuados pelo autuado pelas entradas de açúcar, inclusive os recolhimentos a título de denúncia espontânea. Isto porque, os valores do ICMS ST recolhidos pelo autuado, bem como os valores que foram objeto de denúncia espontânea, não têm qualquer repercussão no tocante ao ICMS ST exigido na autuação, haja vista que o autuado estava obrigado a proceder à retenção e recolhimento nas operações de saídas de açúcar e não pela entrada;
- f) o recolhimento do ICMS ST, referente ao mês de maio de 2014, refere-se à antecipação tributária, conforme consta no DAE acostado aos autos, trazido pelo próprio autuado, portanto, decorrente da entrada de açúcar e não da saída.

O autuado alega falta de consideração de créditos fiscais a que fazia jus na compensação do imposto apurado neste Auto de Infração.

Conforme consta no documento acostado à fl. 35, o autuado encontra-se cadastrado na condição de "NORMAL", sendo que apura o imposto pelo Regime Normal de Apuração (conta corrente fiscal) situação na qual lança os créditos fiscais decorrentes das entradas/aquisições de mercadorias e serviços e os débitos fiscais decorrentes das operações de saídas/vendas de mercadorias, no último dia de cada mês. Ou seja, procede a apuração do imposto mensalmente, situação na qual, efetivamente, pode utilizar os créditos fiscais para compensação com os débitos.

Contudo, no presente caso, trata-se de Regime Sumário de Apuração do imposto, haja vista que a exigência diz respeito à falta de retenção do ICMS ST e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Tratando-se de Regime Sumário de Apuração, o ICMS ST a ser retido é *calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte* (art.318, § 4º do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12).

Vale consignar que em um lançamento de ofício, em que se exige imposto sobre operações tributáveis que foram consideradas pelo Contribuinte como não tributáveis, não cabe qualquer compensação em relação a créditos fiscais a que faça jus o contribuinte, que presumidamente já foi objeto de escrituração. As escriturações não efetivadas ao seu tempo deverão ser objeto de pedido específico de escrituração extemporânea, nos termos do art. 315 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Diante do exposto, a infração 1 é procedente.

No tocante à infração 2, a análise das alegações defensivas permite constatar o seguinte:

- a) de fato, assiste razão ao autuado quanto à existência no levantamento levado a efeito pelo

autuante de notas fiscais referentes a baixa de estoque, CFOP 5927. No caso as Notas Fiscais Eletrônicas nºs 3331 (R\$663,62), 3453 (R\$400,90) e 3575 (R\$171,00). Assim sendo, cabe a exclusão dos valores atinentes aos referidos documentos fiscais no total de R\$1.235,52;

- b) as Notas Fiscais que não constam o CNPJ no demonstrativo do autuante não dizem respeito a venda ao consumidor final, conforme alegado pelo autuado, mas sim de venda a contribuinte não inscrito. A quantidade de açúcar acobertada pelas referidas notas fiscais caracteriza o intuito comercial. O artigo 5º da Lei nº 7.014/96 estabelece que *Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*. Ademais, no caso deste item da autuação, verifica-se que o próprio autuado procedeu à retenção do imposto;
- c) não assiste razão ao autuado. De fato, nesta infração 2 não consta exigência referente à devolução de compras - CFOP 6202 -, referente às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 5136, 5146, 5157, 5204, 5205, 5369, 5445, 5446, 5506, 5507 e 5515, pois os referidos documentos fiscais, apesar de constarem no demonstrativo elaborado pelo autuante, estão com os valores zerados;
- d) assiste razão ao autuado. De fato, nesta infração consta a Nota Fiscal Eletrônica nº 15905 e a Nota Fiscal Eletrônica nº 15904, que dizem respeito a operações de entrada de mercadorias e não a operações de saídas. Desse modo, cabe a exclusão dos valores referentes a estes documentos fiscais;
- e) conforme consignado anteriormente, no presente caso, descabe considerar os recolhimentos efetuados pelo autuado pelas entradas de açúcar, inclusive os recolhimentos efetuados a título de denúncia espontânea. Isto porque, os valores do ICMS ST recolhidos pelo autuado, bem como os valores que foram objeto de denúncia espontânea, não têm qualquer repercussão no tocante ao ICMS ST exigido na autuação, haja vista que o autuado estava obrigado a proceder à retenção e recolhimento nas operações de saídas de açúcar e não pela entrada;
- f) do mesmo modo, descabe considerar o recolhimento do ICMS ST, referente ao mês de maio de 2014, haja vista que se refere à antecipação tributária, conforme se verifica no DAE acostado aos autos, trazido pelo próprio autuado.

O autuado alega falta de consideração de créditos fiscais a que fazia jus na compensação do imposto apurado neste Auto de Infração.

Conforme consta no documento acostado à fl. 35, o autuado encontra-se cadastrado na condição de "NORMAL", sendo que apura o imposto pelo Regime Normal de Apuração (conta corrente fiscal) situação na qual lança os créditos fiscais decorrentes das entradas/aquisições de mercadorias e serviços e os débitos fiscais decorrentes das operações de saídas/vendas de mercadorias, no último dia de cada mês. Ou seja, procede a apuração do imposto mensalmente, situação na qual, efetivamente, pode utilizar os créditos fiscais para compensação com os débitos.

Contudo, no presente caso, trata-se de Regime Sumário de Apuração do imposto, haja vista que a exigência diz respeito à falta de retenção do ICMS ST e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Tratando-se de Regime Sumário de Apuração, o ICMS ST a ser retido é *calculado aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas sobre a base de cálculo, sendo que, do valor do imposto resultante, será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte* (art.318, § 4º do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12).

Vale consignar que em um lançamento de ofício, em que se exige imposto sobre operações tributáveis que foram consideradas pelo Contribuinte como não tributáveis, não cabe qualquer compensação em relação a créditos fiscais a que faça jus o contribuinte, que presumidamente já

foi objeto de escrituração. As escriturações não efetivadas ao seu tempo deverão ser objeto de pedido específico de escrituração extemporânea, nos termos do art. 315 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Diante do exposto, a infração 2 é parcialmente subsistente no valor de R\$114.804,14, conforme demonstrativo de débito abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. EXCL. N.F. RELACIONADAS	VLR. REMANESCENTE
ABR/2013	5.643,49	0,00	5.643,49
MAI/2013	17.598,77	0,00	17.598,77
JUN/2013	15.560,46	663,62	14.896,84
JUL/2013	22.650,51	400,90	22.249,61
AGO/2013	21.441,63	171,00	21.270,63
SET/2013	23.673,83	0,00	23.673,83
OUT/2013	8.477,38	0,00	8.477,38
FEV/2014	591,48	0,00	591,48
MAR/2014	394,32	0,00	394,32
MAI/2014	5,08	0,00	5,08
JUN/2014	2,71	0,00	2,71
Total	116.039,66	1.235,52	114.804,14

Cumpra observar que, no tocante às duas infrações, o autuante considerou equivocadamente os recolhimentos efetuados pelo autuado a título de Antecipação Tributária, conforme consta no demonstrativo de fl. 14, sendo certo que descabe tal compensação, por se tratar de Regime Sumário de Apuração, conforme já explanado linhas acima. Tal compensação resultou em exigência de crédito tributário em valor inferior ao efetivamente apurado.

Entretanto, considerando que a exclusão de ofício dos valores compensados indevidamente resultaria em agravamento das infrações, o que legalmente não é possível ocorrer, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário não lançado, obviamente, observado o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Por derradeiro, no tocante ao pedido do impugnante no sentido de envio das intimações referentes a este processo diretamente para o seu advogado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$254.812,73, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087016.0017/17-5**, lavrado contra **SUGAR POWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇÚCAR EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$254.812,73**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

LUÍS ROBERTO SOUSA GOUVÊA – JULGADOR