

PROCESSO - A. I. N° 269136.0003/18-7
RECORRENTE - MOINHO CANUELAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0077-01/19
ORIGEM - DAT METRO / INFIAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2021

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0315-11/21-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. PARCELA DO IMPOSTO NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. O Autuado deixou de recolher na data regulamentar a parcela não dilatada, mediante a compensação de débitos fiscais decorrentes de operações de importação do exterior, com saldos credores gerados na apuração mensal. Valor da exigência fiscal retificado, em razão de ter sido lançado em alguns meses o valor do saldo credor e não o valor da parcela não dilatada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal n° 0077-01/19, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2018, interposto pelo Contribuinte, inconformado com a referida decisão, nos termos no Art. 169 I alíneas “a” e “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$ 636.873,74, em razão da falta de recolhimento na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no art. 18 do Decreto n° 8.205/02, ocorrido em agosto e setembro de 2013, março, abril, maio e dezembro de 2014 e fevereiro, abril, julho e dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação (fls. 30 a 40), e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 123 a 126), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1^a JJF que optou pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto n° 7.629/99.

O presente auto de infração, consiste na exigência de ICMS decorrente da falta de pagamento da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, estabelecida no Programa DESENVOLVE, decorrente de operações de importação do exterior de trigo.

Indefiro a realização de perícia requerida pelo autuado. As dúvidas levantadas nos quesitos trazidos que julgo imprescindíveis para a solução da lide, serão esclarecidas no decorrer deste voto, não sendo necessária a participação de perito, pois elas versam basicamente sobre a interpretação da legislação.

Com a importação de trigo ou farinha de trigo, tributada por antecipação tributária nos termos do Protocolo ICMS 46/00, o cálculo da parcela correspondente à operação própria, para efeitos de aplicação do Programa DESENVOLVE, correspondia a 40% da carga tributária imputada através da substituição tributária, em consonância ao que estabelecia a cláusula terceira do Protocolo ICMS 46/00 e os regimes especiais concedidos pela SEFAZ por meio do Parecer n° 3.325/2006 e do Parecer n° 16.379/2015.

Nas operações de importação de trigo do exterior, o autuado apurou a parcela do ICMS sujeita ao DESENVOLVE e, em relação à parcela não dilatada, compensou o valor do débito com créditos fiscais eventualmente existentes em sua escrita fiscal, decorrentes de outras operações não vinculadas ao projeto industrial.

Nas operações de importação do exterior, o fato gerador do imposto ocorre no momento do desembarque aduaneiro, conforme estabelecido no inciso IX, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, e a entrega da mercadoria somente se fará mediante a exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente sobre a operação, no ato do despacho aduaneiro, nos termos do § 3º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, e do inciso IV, do art. 332 do RICMS.

Destaco que o prazo especial para recolhimento do ICMS até o décimo dia do segundo mês subsequente ao mês do recebimento de trigo em grãos, quando o destinatário ou adquirente for industrial moageiro, previsto no inciso X, do art. 332 do RICMS, não se constitui em diferimento do lançamento do pagamento do ICMS nas importações, como indicou o autuado, não cabendo qualquer lançamento de débito fiscal em sua escrituração. As operações de importação de mercadorias do exterior, são operações de entrada e não de saída do estabelecimento.

O item 3 da Instrução Normativa nº 27/09, admite a utilização de saldos credores não relacionados às atividades industriais, para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado, apenas na hipótese em que os débitos fiscais sejam gerados em decorrência de saídas realizadas e que estejam devidamente registradas na escrita fiscal. Nessas situações, é admitida a compensação desses créditos no quadro relativo à apuração dos saldos, linha “014 - Deduções”, com a expressão “saldo credor não relacionado à atividade industrial”.

O item 1 da Instrução Normativa nº 27/09, já estabelece como objetivo do ato normativo, o de definir os ajustes necessários sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, ao qual, não são computados os débitos fiscais gerados em decorrência de importação de mercadoria do exterior.

De acordo com o inciso I, do § 3º, do art. 317 do RICMS, a possibilidade de utilização de créditos fiscais para pagamento de débitos decorrentes de entrada de mercadoria importada do exterior, somente é admitida na hipótese do contribuinte possuir crédito fiscal acumulado, e dependerá de autorização do inspetor fazendário do domicílio do contribuinte e, no âmbito da DAT METRO, do titular da coordenação de processos.

Desse modo, ainda que o autuado possuísse crédito fiscal acumulado em sua escrita fiscal, como não foi requerida a autorização necessária para que pudesse compensá-lo com o valor do débito fiscal gerado em razão de operação de importação de mercadoria do exterior, a sua efetiva utilização estaria caracterizada como indevida.

Entretanto, convém destacar, que os referidos créditos utilizados indevidamente não estão caracterizados como acumulados, nos termos do § 4º, do art. 26 da Lei nº 7.014/96, pois decorreram de eventual saldo credor gerado em razão de importação de grande volume de mercadorias para revenda tributada, o que torna a sua utilização indevida também por esse aspecto, já que não seria admitida a sua utilização ainda que requeresse a autorização prevista no inciso I, do § 3º, do art. 317 do RICMS.

Destaco que, de acordo com o § 7º, do art. 373 do RICMS, no caso de importação de trigo em grãos, o imposto correspondente a essa operação será lançado e pago englobadamente com o ICMS relativo às operações subsequentes. Ademais, o § 5º, do art. 373 do RICMS, estabelece o rol de créditos fiscais que podem ser utilizados na apuração do ICMS relativo à antecipação tributária, na importação de trigo em grãos, não existindo previsão para utilização de créditos fiscais decorrentes de eventual excedente de créditos na apuração do saldo devedor mensal em decorrência de operações de revenda realizadas pelo contribuinte, não vinculadas ao projeto industrial.

Por outro lado, assiste razão ao autuado em relação à cobrança indevida, referente aos meses de abril de 2014 e abril e julho de 2015. Nesses meses, o saldo credor existente na escrita fiscal suplantou a parcela do ICMS não sujeita à dilação, o que gerou o transporte do excedente para o mês subsequente. O autuante incluiu na exigência fiscal todo o saldo credor eventual naquele mês, quando deveria lançar apenas a parte efetivamente compensada, correspondente a 10% do imposto, relativo às operações consideradas próprias.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$562.785,74, nos seguintes termos:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/08/2013	9.799,42
30/09/2013	11.657,42
31/03/2014	93.607,52
30/04/2014	25.888,74
31/05/2014	12.904,09
31/12/2014	32.610,43
28/02/2015	108.744,78
30/04/2015	122.528,68
31/07/2015	84.724,29
31/12/2015	60.320,37
TOTAL	562.785,74

Acrescento ainda que, como consequência do não pagamento no prazo regulamentar de parte ou do total da parcela não sujeita à dilação de prazo nos meses indicados neste auto de infração, o autuado perdeu de forma parcial ou total o direito ao benefício em relação à parcela incentivada nesses meses. Assim, sugiro a realização de nova ação fiscal, visando exigir o ICMS em relação à parcela cuja fruição do incentivo se mostrou indevida, observado o prazo decadencial.

Após julgamento pela 1ª JJF que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, foi interposto Recurso Voluntário pelo autuado, às fls. 145 a 151, no qual requer a nulidade do Auto de Infração em epígrafe tendo em vista a legitimidade da operação de pagamento de débitos de ICMS com créditos utilizados pela Recorrente e que na remota hipótese do Auto de Infração não ser anulado, que a penalidade imposta seja a prevista no inciso I, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Vale destacar que inicialmente, segundo a acusação fiscal, o Auto de Infração foi lavrado em decorrência da seguinte infração:

“O contribuinte deixou de recolher, nos meses de Abril de 2014 e Abril de 2015 e Julho de 2015, e recolheu a menor nos meses de Agosto e Setembro de 2013, Março, Maio e Dezembro de 2014 e Fevereiro e Dezembro de 2015, a parcela do ICMS do Programa Desenvolve não sujeita à dilação de prazo em virtude de ter utilizado indevidamente crédito fiscal oriundo de outras operações da empresa não contempladas pelo Programa Desenvolve. As disposições do Protocolo 46/00, recepcionadas pelo RICMS/BA APROVADO pelo Decreto 13.780/12, também não permitem a utilização de outros créditos na Apuração do ICMS relativo às operações de industrialização de trigo que não sejam aquelas expressamente mencionadas, conforme disposto no Art. 373, parágrafo 5º, inciso II do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 13.780/12, que diz: “Na apuração do ICMS referente à antecipação tributária, o contribuinte industrial moageiro, relativamente a essa atividade, somente poderá utilizar:

- os créditos fiscais decorrentes dos recebimentos ou aquisições de trigo em grão, farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, oriundos de outra unidade da Federação;*
- os créditos fiscais decorrentes da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, na forma do § 2º do art. 309;*
- os créditos fiscais decorrentes de transferências de estabelecimentos fabricantes de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas que possuam regime especial de apuração do imposto...”. O texto regulamentar acompanha o disposto no Protocolo 46/00, o qual dispõe na sua Cláusula Décima que “Na cobrança do ICMS na forma prevista neste protocolo não será admitida a utilização de qualquer crédito fiscal, com exceção do destacado no documento fiscal de aquisição interestadual de trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo e do referente à aquisição de bens do ativo imobilizado, que deverá ser apropriado na forma da legislação vigente.”.”*

Apesar a 1ª JJF ter julgado Parcialmente Procedente, a recorrente alega que a referida decisão não merece prosperar, em síntese, pelas razões abaixo apresentadas.

Alega que o entendimento da JJF quanto ao itens 1 e 3 da Instrução Normativa nº 27/09 e do inciso I, § 3º do art. 317 do RICMS para vedar a utilização de crédito no pagamento de parcela de ICMS não sujeita a dilação de prazo, prevista no Programa DESENVOLVE, decorrente de operações de importação de trigo está equivocado, pois diferentemente do anotado na Decisão recorrida – não há qualquer previsão sobre débitos fiscais gerados em decorrência de saídas realizadas e que estejam devidamente registradas na escrita fiscal, mas tão somente que os saldos credores não relacionados às atividades industriais poderão ser utilizados para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado.

Em razão deste entendimento, dado que a legislação tributária deve ser interpretada restritivamente, não é permitido imputar obrigação à Recorrente que não esteja prevista em lei, logo, entende que não há qualquer restrição ou vedação com relação a débitos fiscais gerados em decorrência de importação de mercadoria do exterior.

Demonstra a recorrente que além da atividade de importação de trigo da Argentina como insumo para sua atividade industrial, sujeita às regras do Protocolo ICMS 46/00 também importa outros produtos alimentícios, como fermento (NCM 2102.30.00), massas e biscoitos, para revenda e compra de ativo imobilizado.

Cita também outro ponto que merece reforma na decisão prolatada pela Junta Julgadora é que

diferentemente do anotado, a Recorrente sim goza do benefício de Diferimento do lançamento de pagamento do ICMS nas importações, aplicando a regra de lançamento do valor do ICMS próprio - Trigo no ajuste 002 – Outros Débitos do Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme previsto no Decreto nº 8.205/02, artigo 2º, inciso IV e no § 7º, do artigo 373 do RICMS/BA.

Solicita ainda que na remota hipótese da manutenção da decisão da JJF, que a penalidade a ser imposta seja a prevista no inciso I, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 visto que o ICMS cobrado foi apurado regularmente e informado em declaração eletrônica, na qual a multa exigida é de 50%.

Em razão da informação fiscal prestada pelo Autuante (fls. 123 a 126), e julgamento da 1ª JJF através do Acordão nº 0077-01/19 e questionamentos elencados no Recurso Voluntário (Fls. 145 a 151), considerando a busca da verdade material, a aplicação da legislação e o intuito da mais justa solução da lide os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiram converter o PAF em diligência a DIREF para que fossem feitos os esclarecimentos necessários acerca da metodologia de cálculo adotada pelo contribuinte a fim de esclarecer o seguinte questionamento:

“Na apuração da antecipação do ICMS devido (40% destinado ao Estado da Bahia), uma vez que este valor é transferido para o livro de Apuração do ICMS, após aplicação do percentual do ICMS dilatado, é possível utilizar os créditos decorrente das operações (compras internas, CIAP, ressarcimento) para abatimento do valor a recolher não sujeito a dilação de prazo?”

A DIREF atendeu a diligência (fls. 192 e 193), cujo teor da resposta segue abaixo:

Na denominada “cadeia do trigo”, toda carga tributária do ICMS é cobrada de uma única vez e com base no protocolo nº 46/00, recepcionado pelo RICMS/BA, nos seus artigos 373 a 379.

Aí se confunde o momento da exigência de ICMS em todas as importações do trigo, com recolhimento da carga tributária total cobrada na cadeia do trigo e que se dá por antecipação e que engloba tanto a etapa de moagem e transformação do trigo em farinha de trigo, quanto as etapas seguintes, que se referem a fabricação dos produtos, tendo como matéria-prima a farinha de trigo.

O foco nesse momento de análise, é a etapa da tributação que se refere à importação do trigo que é utilizado pela empresa moageira baiana, que o moerá e o transformará em farinha de trigo e farelo de trigo.

...
Pelo que está expresso no protocolo (e repetido do RICMS), a parte da tributação de responsabilidade direta pelo moinho, é a de 40% do ICMS cobrado na importação.

O protocolo citado que, repita-se, disciplina com exclusividade a tributação do ICMS sobre trigo, farinha de trigo e produtos derivados, limita o creditamento do ICMS a duas situações, únicas e específicas, uma se refere ao ICMS destacado em NF de aquisição de farinha de trigo e a outra possibilidade é o creditamento do ICMS referente a aquisição de ativos (livro CIAP), que no caso dessa empresa, existindo o diferimento das aquisições de bens para o ativo, também não há crédito, mas caso venha a ocorrer, a empresa poderá sim, creditar-se, da forma e nos limites previstos na legislação.

Quanto ao incentivo do Programa Desenvolve, concedido a empresa através da Resolução de nº 46/2006, para a fabricação de farinha de trigo e farelo de trigo, este só poderia incidir, como se entende que incide de forma pacífica aqui na DIREF, na parcela de tributação de responsabilidade direta do moinho contemplado com tal incentivo, ou seja, aqueles 40% da tributação total, quando da importação do produto.

Assim, o nosso entendimento é que o incentivo do programa Desenvolve incide sobre a parcela de tributação inerente a empresa moageira incentivada pelo programa, abatendo, se houver, aquelas duas parcelas já referidas (créditos destacados em NF e relativas a aquisição de farinha e, créditos oriundos do CIAP, previstos no protocolo 46/00).

Portanto o uso do saldo credor porventura existente, para compensar total ou parcialmente a parcela do ICMS não incentivado (das operações incentivadas, ou seja, se a empresa é classe I e assim pode aplicar o percentual de 90% sobre o valor do saldo devedor das operações incentivadas, os 10% restantes), não nos parece possível, dado a exclusiva legislação sobre a tributação do trigo, farinha de trigo e seus produtos.

Novamente, em sessão realizada em 02 de Junho de 2021, através de vídeo conferência, após as razões apresentadas pelo autuante e pela recorrente em sede de julgamento, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiram remeter os autos em diligência (Fls. 207 e 208) à PGE/PROFIS, baseando no previsto do Art. 137, inciso II do RPAF/BA com o objetivo de elucidar o seguinte questionamento:

(i) Considerando as operações praticadas pela recorrente, pode ser aplicado o disposto nos itens 1 e 3 da Instrução Normativa nº 27/2019 (Por ser beneficiária do Programa Desenvolve) para abater do ICMS diferido, devido pelas operações com importação de farinha de trigo, relativo à parcela não dilatada (10%), o valor do saldo credor decorrente de operações não incentivadas?

Em resposta à diligência, a PGE/PROFIS (Fls. 212 a 218) de autoria do ilustre Procurador, o Dr. José Augusto Martins Júnior, diz que não há como se admitir, sob pena de ranhura definitiva do regime de substituição tributária nas operações de trigo, a utilização de saldo credor das operações sujeitas a tributação normal, para abatimento do ICMS do regime excepcional de tributação, não se aplicando, por óbvio, os itens 1 e 3 da Instrução Normativa nº 27/09 em detrimento do quanto exposto no Protocolo ICMS 46/00 e o Decreto nº 13.780/12 (artigos 373 a 379 do RICMS/BA).

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, nos termos no Art. 169 I alínea “b” do RPAF, inconformado com a decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 636.873,74, que após decisão foi reduzido para R\$ 562.785,74, em razão da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, ocorrido em agosto e setembro de 2013, março, abril, maio e dezembro de 2014 e fevereiro, abril, julho e dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Após razões apresentadas na defesa (fls. 30 a 40), a informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 123 a 126), e o julgamento da 1ª JJF através do Acordão nº 0077-01/19, o autuado apresentou Recurso Voluntário (Fls. 145 a 151), alegando que o referido acórdão não merece prosperar, em função das razões a seguir aludidas.

Alega o contribuinte que o entendimento da JJF quanto ao itens 1 e 3 da Instrução Normativa nº 27/09 e do inciso I § 3º do art. 317 do RICMS, para vedar a utilização de crédito no pagamento de parcela de ICMS não sujeita à dilação de prazo, prevista no Programa DESENVOLVE, decorrente de operações de importação de trigo, está equivocado, pois diferentemente do anotado na Decisão recorrida – não há qualquer previsão sobre débitos fiscais gerados em decorrência de saídas realizadas e que estejam devidamente registradas na escrita fiscal, mas tão somente que os saldos credores não relacionados às atividades industriais, poderão ser utilizados para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado.

Inicialmente, é importante analisar o que diz os itens 1 e 3 da IN 27/2009 (abaixo transcrito), quanto aos itens questionados no Recurso:

1 - Para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa.

*...
3 - Os saldos credores não relacionados às atividades industriais **poderão ser utilizados para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado**, no quadro relativo à apuração dos saldos, linha “014 - Deduções”, com a expressão “saldo credor não relacionado à atividade industrial”, ficando vedada a compensação no pagamento da parcela incentivada (grifos nossos).*

De fato, os itens 1 e 3 da referida IN não vetam a utilização do crédito fiscal decorrente de atividades não incentivadas para abatimento do saldo devedor, inclusive da parcela não dilatada, e nem tampouco do ICMS devido na importação.

Além do que, o saldo credor poderá ser utilizado para pagamento do ICMS devido na importação, nos termos do Art. 317, inciso I e § 3º abaixo transcrito, citado no voto da JJF, embora não seja este o caso em questão:

Art. 317. Os créditos fiscais acumulados nos termos do § 4º do art. 26 da Lei nº 7.014, de 4 de dezembro de 1996, poderão ser:

I - utilizados pelo próprio contribuinte:

*...
b) para pagamento de débito do imposto decorrente de entrada de mercadoria importada do exterior, denúncia espontânea, débito declarado, auto de infração ou notificação fiscal.*

*...
§ 3º Dependerá de autorização do inspetor fazendário do domicílio do contribuinte e, no âmbito da DAT METRO, do titular da coordenação de processos:*

Logo, em razão do entendimento do autuado de que a legislação tributária deve ser interpretada restritivamente, não sendo permitido imputar obrigação à Recorrente que não esteja prevista em lei, entendo que não há qualquer restrição ou vedação com utilização de créditos fiscais para compensação de débitos fiscais gerados, inclusive para pagamento da parcela não incentivada.

Quanto à utilização para pagamento do ICMS devido em decorrência da importação de mercadoria do exterior, é necessário analisar o outro ponto, que segundo a Recorrente merece reforma da decisão da JJF. Segundo a Recorrente, esta possui benefício de Diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações de insumos, aplicando a regra de lançamento do valor do ICMS próprio - Trigo no ajuste 002 – Outros Débitos do Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme previsto no Decreto nº 8.205/02, artigo 2º, inciso IV e no § 7º, do artigo 373 do RICMS/BA:

Art. 373. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo que possua, no mínimo, 80% de farinha de trigo em sua composição final, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Prot. ICMS 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

*...
§ 7º No caso de importação, o imposto correspondente a essa operação será lançado e pago englobadamente com o ICMS relativo às operações subsequentes de que trata esse artigo.*

O que se observa diante das informações apresentadas, é que de fato o ICMS devido pelas operações próprias deve ser considerado percentual de 40% para o Estado da Bahia, com base no Protocolo 46/00 (percentual este sujeito ao benefício do Programa Desenvolve), e que nas apurações da Recorrente (Ex. Fls. 119 e 120), não estão sendo considerados outros créditos fiscais, visto que não consta informação acerca de créditos relacionados às atividades incentivadas.

Em análise à resposta da DIREF, conforme explanado no relatório acima, “*o entendimento é que o incentivo do programa Desenvolve incide sobre a parcela de tributação inerente a empresa moageira incentivada pelo programa, abatendo, se houver, aquelas duas parcelas já referidas (créditos destacados em NF e relativas a aquisição de farinha e, créditos oriundos do CIAP, previstos no Protocolo 46/00)*”.

Quanto ao uso do saldo credor porventura existente, para compensar total ou parcialmente a parcela do ICMS não incentivado, apesar da DIREF dizer “*não nos parece possível, dado a exclusiva legislação sobre a tributação do trigo, farinha de trigo e seus produtos*”, entendo que não deve proceder, pois na apuração não estão sendo utilizados créditos fiscais para efeitos de apuração do saldo devedor do programa Desenvolve (40% do ICMS da operação própria), mas sim, está sendo adotado o previsto no item 3 da Instrução Normativa anteriormente citada.

O referido item, diz que “*Os saldos credores não relacionados às atividades industriais poderão ser utilizados para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado, no quadro relativo à apuração dos saldos, linha “014 - Deduções”, com a expressão “saldo credor não relacionado à atividade industrial”*”, ficando vedada a compensação no pagamento da parcela incentivada. Não se trata, portanto, da utilização de um crédito não incentivado, mas tão somente uma dedução do valor a recolher.

O Art. 373 §5º, diz que “na apuração do ICMS referente à antecipação tributária”, o contribuinte

industrial moageiro, relativamente a essa atividade, somente poderá utilizar os créditos fiscais decorrentes dos recebimentos ou aquisições de trigo em grão, farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo oriundos de outra Unidade da Federação, e dos créditos fiscais decorrentes da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado. Observa-se que se refere à apuração do ICMS, enquanto aqui, estamos falando em valor a recolher.

Em que pese o parecer da PGE/PROFIS (Fls. 212 a 218), de autoria do ilustre Procurador José Augusto Martins Júnior, apesar da hierarquia das leis, estando a Recorrente sujeita ao previsto na Instrução Normativa nº 27/2009, em função de ser beneficiária do DESENVOLVE, e entendendo que a Recorrente levou em consideração o que ali está descrito, acato suas razões.

Diante de todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Com a máxima e respeitosa vénia, venho discordar do voto da eminente Relatora. Ao apreciar o voto recorrido, verifica-se de pronto que há óbices legais à conduta do Recorrente, vejamos:

De acordo com o inciso I, do § 3º, do art. 317 do RICMS, a possibilidade de utilização de créditos fiscais para pagamento de débitos decorrentes de entrada de mercadoria importada do exterior, somente é admitida na hipótese do contribuinte possuir crédito fiscal acumulado, e dependerá de autorização do inspetor fazendário do domicílio do contribuinte e, no âmbito da DAT METRO, do titular da coordenação de processos.

Desse modo, ainda que o autuado possuísse crédito fiscal acumulado em sua escrita fiscal, como não foi requerida a autorização necessária para que pudesse compensá-lo com o valor do débito fiscal gerado em razão de operação de importação de mercadoria do exterior, a sua efetiva utilização estaria caracterizada como indevida.

Entretanto, convém destacar, que os referidos créditos utilizados indevidamente não estão caracterizados como acumulados, nos termos do § 4º, do art. 26 da Lei nº 7.014/96, pois decorreram de eventual saldo credor gerado em razão de importação de grande volume de mercadorias para revenda tributada, o que torna a sua utilização indevida também por esse aspecto, já que não seria admitida a sua utilização ainda que requeresse a autorização prevista no inciso I, do § 3º, do art. 317 do RICMS.

(...)

O item 3 da Instrução Normativa nº 27/09, admite a utilização de saldos credores não relacionados às atividades industriais, para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado, apenas na hipótese em que os débitos fiscais sejam gerados em decorrência de saídas realizadas e que estejam devidamente registradas na escrita fiscal. Nessas situações, é admitida a compensação desses créditos no quadro relativo à apuração dos saldos, linha “014 - Deduções”, com a expressão “saldo credor não relacionado à atividade industrial”.

(...)

Desse modo, ainda que o autuado possuísse crédito fiscal acumulado em sua escrita fiscal, como não foi requerida a autorização necessária para que pudesse compensá-lo com o valor do débito fiscal gerado em razão de operação de importação de mercadoria do exterior, a sua efetiva utilização estaria caracterizada como indevida.

Esta Segunda Instância fez todo o esforço possível, no sentido de se dirimir dúvidas com diligências. A primeira, à DIREF, trouxe a seguinte conclusão:

Portanto o uso do saldo credor porventura existente, para compensar total ou parcialmente a parcela do ICMS não incentivado (das operações incentivadas, ou seja, se a empresa é classe I e assim pode aplicar o percentual de 90% sobre o valor do saldo devedor das operações incentivadas, os 10% restantes), não nos parece possível, dado a exclusiva legislação sobre a tributação do trigo, farinha de trigo e seus produtos.

A segunda, à PGE/PROFIS, apresentou o seguinte argumento de direito:

o Dr. José Augusto Martins Júnior, diz que não há como se admitir, sob pena de ranhura definitiva do regime de substituição tributária nas operações de trigo, a utilização de saldo credor das operações sujeitas a tributação normal, para abatimento do ICMS do regime excepcional de tributação, não se aplicando, por óbvio, os itens 1 e 3 da Instrução Normativa nº 27/09 em detrimento do quanto exposto no Protocolo 46/00 e o Decreto nº 13.780/12 (artigos 373 a 379 do RICMS/BA).

Assim, entendo que a conduta do Recorrente está sobejamente demonstrada como incompatível

com a legislação vigente, razão pela qual, acompanho os fundamentos do voto recorrido, e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269136.0003/18-7**, lavrado contra **MOINHO CANUELAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$562.785,74**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42 II “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Sugere a realização de nova ação fiscal, visando exigir o ICMS em relação à parcela cuja fruição do incentivo se mostrou indevida, observado o prazo decadencial.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Fernando Antônio Brito de Araújo e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Evalda de Brito Gonçalves, Anderson Ítalo Pereira e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS