

PROCESSO	- A. I. N° 269136.0007/20-4
RECORRENTE	- MOINHO CANUELAS S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0166-01/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.09.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0217-11/24-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA DO IMPOSTO NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2020, o qual formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 487.603,90, 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 nos meses de novembro de 2016 e de janeiro, março, maio, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2017, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “F”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal:

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 nº 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. Ademais, parecer da PGE/PROFIS esclareceu pontos fundamentais para solução da lide.

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% ou 30% da carga tributária imputada através da substituição tributária, de acordo com o período da ocorrência do fato gerador, em consonância ao que se depreende da cláusula sétima do Protocolo ICMS 46/00, e dos pareceres nº 16379/2015 e 8593/2017.

Nas operações de importação do exterior de trigo, 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 deferimento do lançamento do pagamento do ICMS nas

importações, 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, 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.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base no que alega:

Incialmente informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Em sede preliminar aduz a nulidade do Auto de Infração em razão do cerceamento do direito de defesa diante da negativa de prova pericial para averiguação da afirmativa da Recorrente de que utilizou tão somente créditos legítimos de ICMS, oriundos das operações não industriais e referidos créditos foram utilizados para pagamento e/ou abatimento de ICMS devido nas operações industriais moageiras, conforme permite o item 3 da Instrução Normativa SAT Nº 27 de 02/06/2009.

Afirma que o cálculo de ICMS é realizado de FORMA SEPARADA e depois consolidado para escrituração do Livro Registro de Apuração de ICMS apresentando prova documental, qual seja, livro Registro de Apuração de ICMS, Planilha de Cálculo ICMS – Trigo e Resumo de Apuração – Ago/2017.

Aduz ter apresentado planilha discriminativa para comprovar que a Apuração da Antecipação Tributária ICMS da atividade industrial moageira é feita de FORMA SEPARADA e depois consolidada para a posterior escrituração.

Colaciona no bojo da peça recursal trecho das planilhas e da apuração do ICMS e reafirma que a Recorrente utilizou saldo credor de ICMS, advindos das operações de importação de bens destinados à revenda CFOP 3102, escriturados em livro Registro de Entrada, para compensação de parcela do ICMS não incentivado, lastreando-se na Instrução Normativa SAT nº 27 de 02/06/2009 que não especifica que não se aplica à empresa que atua na moagem e fabricação de produtos de origem vegetal.

No mérito, reforça a legitimidade dos créditos utilizados pela recorrente, salientando que utilizou saldo credor não relacionado a atividade industrial, saldo credor originário na importação de fermento, conforme comprovado pelos documentos acostados.

Assevera que, no caso do crédito autuado este não tem a característica de crédito acumulado visto que é decorrente de operação de compra / importação de mercadoria para revenda que tem tributação normal no Estado da Bahia e, por conseguinte, é possível a escrituração e utilização desse crédito para compensar débito de operações posteriores pois o ICMS é um imposto não cumulativo (art. 155, § 2º, I da CF), sendo prova da assertiva acima o fato de que o valor de ICMS está escriturado em livro Registro de Entrada.

Afirma que a Decisão recorrida deixou de apreciar o fato de que, além da atividade de importação de trigo da Argentina como insumo para sua atividade industrial, sujeita às regras do Protocolo ICMS 46/2000, a Recorrente também importa outro produto alimentício, o fermento (NCM 2102.30.00), para revenda., e que nestas operações de importação para revenda, é gerado crédito fiscal não vinculado às operações industriais da Recorrente e, com base no item 3 da Instrução Normativa SAT Nº 27 de 02/06/2009 estes créditos foram utilizados para compensar a parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado.

Logo, o crédito fiscal gerado das operações não industriais e operações de venda para Estado não signatário, foi compensado da parcela cujo prazo não foi dilatado, no livro Registro de Apuração do ICMS, onde resultou o débito do imposto, pois quando a Recorrente realizou importação do fermento (NCM 2102.30.00), recolheu o ICMS importação que, por sua vez, passou a constituir um crédito fiscal legítimo.

Ademais, reforça que há, ainda, outros créditos legítimos, decorrentes das atividades da Recorrente, tais como, compra de sacaria de farelo, devolução de venda do fermento, farelo (venda interestadual) e fibra de trigo que estão sujeitas à tributação regular, não estando sujeitas às regras do Decreto nº 8.205/2002 (Fermento) e/ou Protocolo ICMS 46/2000 (farelo e fibra de trigo).

Conclui, desta forma, que a sistemática de apuração do saldo devedor do ICMS mensal passível do incentivo e delineado na Instrução Normativa nº 27/09 deve ser interpretado em harmonia com o Regime Especial de Pareceres nºs 16379/2015 e 8593/2017.

Por fim, a realização de prova pericial para comprovação do quanto alegado e, não sendo este o entendimento, que o presente Recurso Voluntário seja recebido e julgado totalmente procedente para o fim de anular o Auto de Infração nº 269136000720-4 tendo em vista a legitimidade dos créditos de ICMS utilizados pela Recorrente.

A então relatora 1ª CJF, na época, juntamente com o colegiado de segundo grau, converteu os autos em diligência no sentido de verificar as alegações recursais do contribuinte de que diz possuir Regime Especial nº 16.337/15 que lhe autorizaria a compensar a fração relativa ao ICMS-DESENVOLVE não dilatado, correspondente a 10% do saldo devedor apurado sobre as operações próprias (arbitradas em 33,33% do montante devido na operação de importação) e que a empresa Recorrente é beneficiária do DESENVOLVE, e foi autorizada pelo Regime Especial citado a tratar parte do imposto antecipado, na importação, como sendo relativo a operações próprias do seu estabelecimento industrial. Pergunta: *“Pode, o Sujeito Passivo, fazer uso de outros créditos para deduzir do imposto apurado nos termos do Protocolo 46/00, especificamente, pode fazer uso daquela fração do débito de ICMS relativo a operações próprias da Recorrente, cujo Regime Especial DITRI arbitrou em 33,33% do imposto antecipado na importação?”*.

Na fl. 145, o coordenador da ASTEC encaminhou os autos à SAT/DIREF no sentido de trazer análise e informações do solicitado por esta CJF.

Nas fls. 147/147v, o coordenador da GECON, apontou o seguinte:

Da Análise

As operações com trigo em grãos, farinha ou mistura de farinha de trigo possuem uma sistemática específica

bem diferenciada em relação aos demais produtos sujeitos ao regime de substituição tributária nos termos do Protocolo ICMS nº 46, de 15 dezembro de 2000, internalizado na nossa Regulamento do ICMS e nos demais dispositivos legais correlatos, não se aplicando as regras normais de apuração do imposto na referida sistemática.

No caso mais específico da apuração do ICMS, nas operações realizadas pelos moinhos de trigo localizados nos estados signatários do Protocolo ICMS nº 46/00, deve ser ressaltado o seguinte:

1. O imposto sobre o trigo é apurado na aquisição interestadual ou na importação do trigo em grãos pelo moinho, considerando uma carga tributária decorrente da aplicação do percentual de 33% sobre o valor da operação no período até 31/03/2017 e 40% a partir desta data;
2. A antecipação de que trata o item anterior alcança a saída subsequente de trigo em grãos, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo em todas as suas etapas, bem como às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com os produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, ou seja, o imposto próprio do estabelecimento industrial de derivados;
3. Na apuração antecipada do ICMS nas operações com trigo em grãos só é permitido a utilização dos créditos fiscais decorrentes da aquisição interestadual do trigo, os créditos fiscais decorrentes da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e os créditos fiscais decorrentes de transferências de estabelecimentos fabricantes de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas que possuam regime especial de apuração do imposto na forma prevista no art. 377, nos termos do § 5º do art. 373 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780, de 16 de março de 2012;
4. Além dos créditos relacionados no item anterior, poderá também o contribuinte usar o resarcimento do ICMS pago antecipadamente nas saídas interestaduais de trigo em grãos, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo para unidades federadas não signatários do Prot. ICMS nº 46/00, mediante o regime especial nº 16.337/2015, nos termos do § 9º do art. 373 do RICMS/BA;
5. Nos termos do Regime Especial nº 16.379/2015, a Recorrente foi autorizada a calcular o benefício concedido com base na Resolução nº 46/2006 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, utilizando como saldo devedor mensal do ICMS relativo às operações próprias o equivalente a 40% (quarenta por cento) do ICMS devido por antecipação tributária na importação do trigo em grãos. Alterado e substituído de ofício através do Parecer nº 8593/217, com efeitos a partir de 01/04/2017, que alterou este percentual para 30% (trinta por cento).

Conclusão

Diante do exposto, não será admitido a utilização de quaisquer outros créditos fiscais, com exceção do destacado no documento fiscal de aquisição interestadual de trigo em grão e do crédito referente à aquisição de bens do ativo imobilizado, bem como os créditos fiscais decorrentes de transferências de estabelecimentos fabricantes de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas que possuam o regime especial de apuração do imposto na forma prevista no art. 377.

Na sessão do dia 13/02/2023, este colegiado converte os autos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM com o seguinte teor:

Considerando que o lançamento do ICMS-ST a débito somente traz prejuízos ao Estado, quando o Sujeito Passivo apresenta saldo credor do imposto em sua conta corrente fiscal (já que inexistente tal efeito quando o contribuinte apresenta saldo devedor), ... para que seja designado auditor estranho ao feito, com vistas à adoção das seguintes providências:

1. Examinar a EFD da empresa Recorrente, avaliando se possuía saldo devedor, ao longo do período autuado (2017/2018);
2. Com base na análise feita, pede-se para elaborar quadro demonstrativo mensal, detalhando os saldos devedores/credores em cada um dos meses autuados.

Após o cumprimento da presente diligência, pede-se que a inspetoria de origem dê ciência, ao Sujeito Passivo, do seu teor, concedendo-lhe um prazo de dez dias para, querendo, manifestar-se.

Caso o Sujeito Passivo apresente manifestação, o processo deve retornar para o auditor diligente para prestar informação fiscal.

Depois, pede-se que o PAF seja devolvido para este Relator, a fim de que se possa avaliar as informações prestadas.

Na conclusão da diligência, fls. 156/166, informa o diligente que examinou a EFD do recorrente onde apresentou um quadro de apuração da conta corrente nos exercícios de 2017 (meses de

janeiro a outubro) e 2018 (meses de janeiro, março a maio, agosto a outubro e dezembro), sendo que encontrou ICMS a recolher em todos os meses destacados no exercício de 2017, no entanto, para o exercício de 2018, houve ICMS a recolher para os meses de janeiro, março a maio, agosto a outubro e dezembro, porém, para os meses de fevereiro e junho de 2018 consta saldo credor de ICMS, nos valores, respectivamente, de R\$ 151.099,63 e R\$ 186.527,73. Afirmou que os valores apurados na EFD foram devidamente declarados nas respectivas DMA's, conforme extratos destacados nas fls. 158/166.

Após a devida intimação das partes, o recorrente apresentou manifestação nas fls. 180-81, onde esclareceu que em 15/12/2021, foi protocolado pedido de recuperação judicial que tramita sob o nº 1001467-61.2021.8.26.0260 na 1ª Vara Regional Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem do Tribunal de Justiça de São Paulo. Informa que operava com duas unidades fabris o seguimento moageiro em Santo André-SP e Salvador-BA e que, a unidade localizada na Bahia tornou-se drasticamente inviável. Conclui requerendo a retificação do Auto de Infração. Protesta pela concessão de prazo suplementar de 60 (sessenta) dias. Solicita que as intimações relacionadas ao Auto de Infração sejam realizadas exclusivamente ao endereço destacado nesta peça com atenção aos advogados Juliana Assolari Adamo Cortez – OAB/SP 156.989 e Glauber Ortolan Pereira – OAB/SP 305.031.

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 o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 487.603,90, 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 nos meses de novembro de 2016 e de janeiro, março, maio, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2017, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f", do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em sede preliminar a recorrente aduz a nulidade do Auto de Infração em razão do cerceamento do direito de defesa diante da negativa de prova pericial para averiguação da afirmativa da Recorrente de que utilizou tão somente créditos legítimos de ICMS, oriundos das operações não industriais e referidos créditos foram utilizados para pagamento e/ou abatimento de ICMS devido nas operações industriais moageiras, conforme permite o item 3 da Instrução Normativa SAT Nº 27 de 02/06/2009.

Cabe ressaltar que o deferimento de perícia é decisão pessoal do julgador, se o mesmo entender que os dados constantes nos autos são suficientes para a sua apreciação bem como para a formação de sua convicção a partir os elementos neles contidos, poderá indeferir-lo, sem que isso implique em cerceamento de defesa, conforme prevê o artigo 147 do RPAF/99.

No caso em análise, todos os elementos constantes do PAF são suficientes para o seu adequado deslinde, não havendo necessidade de realização de diligências ou perícias.

Isto posto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Adentrado ao mérito, podemos verificar que a recorrente é uma indústria de Moagem de Trigo, e como tal, está obrigada a fazer apuração do ICMS nos termos do Protocolo 46/00, que diz no seu arts. 1º e 10º:

"Cláusula primeira - Os estados signatários acordam em adotar uniformemente em seus respectivos territórios legislação no sentido de padronizar os procedimentos de cobrança do ICMS referente às operações com trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, tendo como base a importação do mencionado cereal, da farinha de trigo ou o ingresso das mencionadas mercadorias em seus territórios, alcançando esta cobrança as etapas das operações subsequentes, até a saída dos produtos elaborados pelos estabelecimentos industriais de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas derivados da farinha de trigo.(grifos)"

***...
Cláusula décima - 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.”

Pois bem, a recorrente obteve, junto ao Estado da Bahia, o incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE, concedido a empresa através da Resolução de nº 46/2006, para a fabricação de farinha de trigo e farelo de trigo, no entanto, para entender sua aplicabilidade, ou seja, como deveria apurar o ICMS das suas operações, tendo em vista que na Antecipação Tributária do Trigo estaria incluído o ICMS de operação própria, formulou consulta formal junto à DITRI, a qual foi respondida através dos Pareceres nºs 16.379/15 e 8593/2017, cujo trecho assim dizia:

“O parecer 3325/2006 autoriza a calcular o benefício concedido com base nos termos da Resolução nº 12/2006 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, utilizando como saldo devedor mensal do ICMS relativo às operações próprias, a parcela devida ao este Estado, equivalente a 40% do ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, devido na importação de trigo em grãos. (grifos)

Ao analisarmos do Protocolo ICMS 46/2000, mais precisamente na cláusula 2ª, temos que é responsabilidade do importador o ICMS devido pelas entradas e pelas saídas subsequentes:

Cláusula segunda - Fica atribuído ao importador, ao adquirente ou ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pelas entradas e pelas saídas subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na entrada no estado, real ou simbólica, de:

I - trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, com origem do exterior ou de estados não signatários deste Protocolo;

Já a cláusula 4º aponta qual seria a base de cálculo do imposto ao mesmo tempo que indica que o ICMS próprio deve estar nela incluída:

Redação anterior, efeitos até 31.03.17.

Cláusula quarta A base de cálculo do imposto será o montante formado pelo valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, nela incluído o montante do próprio imposto, acrescido, ainda, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

I - na importação do trigo em grão do exterior e nas aquisições de unidades da federação não signatárias, bem como na aquisição interestadual efetuada diretamente a produtor localizado em unidades da federação signatária:

a) 142% (cento e quarenta e dois por cento), quando oriundas do exterior ou de unidades da federação com alíquota interestadual de 12% (doze por cento), devendo este percentual ser ajustado para se obter a carga tributária de 33% (trinta e três por cento), caso a alíquota interna adotada pela unidade federada de destino seja diferente de 12% (doze por cento). (grifos)

(...)

Nova redação dada ao “caput” da cláusula quarta pelo Prot. ICMS 80/16, efeitos a partir de 01.04.17.

Cláusula quarta A base de cálculo do imposto será o montante formado pelo valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, nela incluído o montante do próprio imposto, acrescido, ainda, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

I - na importação do trigo em grão do exterior e nas aquisições de unidades da federação não signatárias, bem como na aquisição interestadual efetuada diretamente a produtor localizado em unidades da federação signatária:

a) 193,33% (cento e noventa e três inteiros e trinta e três centésimos por cento), quando oriundas do exterior ou de unidades da federação com alíquota interestadual de 12% (doze por cento), devendo este percentual ser ajustado para se obter a carga tributária de 40% (quarenta por cento), caso a alíquota interna adotada pela unidade federada de destino seja diferente de 12% (doze por cento);

Da mesma leitura, extraímos que do total a ser recolhido a título de Antecipação Tributária do Trigo, 33% até 31/03/2017 e 40% a partir de 01/04/2017 refere-se ao ICMS próprio.

Já o artigo 7º do mesmo protocolo, determina que o percentual de 30%, até 03/2017 e 40% a partir dali, seria operações próprias:

Nova redação dada ao “caput” da cláusula sétima pelo Prot. ICMS 80/16, efeitos a partir de 01.04.17.

Cláusula sétima Nas operações realizadas por unidades moageiras ou suas filiais atacadistas com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, de sua produção, tributadas na forma deste protocolo, destinadas a outra unidade federada signatária, o valor correspondente a 70% (setenta por cento) da carga tributária, definida nos termos deste protocolo será repassado em favor do estado destinatário da mercadoria, no prazo estabelecido na cláusula quinta

Redação anterior, efeitos até 31.03.17.

Cláusula sétima Nas operações realizadas por unidades moageiras ou suas filiais atacadistas com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, de sua produção, tributadas na forma deste protocolo, destinadas a outra unidade federada signatária, o valor correspondente a 60% (sessenta por cento) da carga tributária definida nos termos deste protocolo será repassado em favor do estado destinatário da mercadoria, no prazo estabelecido na cláusula quinta.

Parágrafo único. O cálculo do imposto a ser repassado será feito com base na média aritmética ponderada dos valores apurados nas aquisições de trigo em grão oriundas do exterior, de estado não signatário ou de produtor localizado em estado signatário, observado o disposto no § 4º da cláusula quarta, ocorridas no mês anterior mais recente em relação à respectiva operação interestadual.

Prova disso é que esse valor é recolhido referente aos 30% ou 40% é feito aos cofres públicos com o código 0806 – ICMS REGIME NORMAL INDÚSTRIA e a diferença, após apurada os créditos previstos aos § 5º, do art. 373 do RICMS/Ba, com o código 0145 -ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Ao meu entender, acertada a emissão do Parecer nº 3.325/06, logo a recorrente sabedora sobre qual parcela do imposto seria as de Operações Próprias, sobre a qual deveria aplicar o incentivo, alinhado ao Convênio 46/00 e nos termos do § 5º, do art. 373 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, que permite apenas creditamento do ICMS destacado no documento fiscal de aquisição interestadual de trigo em grão e do crédito referente à aquisição de bens do ativo imobilizado, bem como os créditos fiscais decorrentes de transferências de estabelecimentos fabricantes de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas que possuam o regime especial de apuração do imposto na forma prevista no art. 377, apurou o saldo devedor a ser submetido ao DESENVOLVE.

Até a apuração da parcela a ser dilatada não há controvérsias e efetivamente não é o cerne da questão.

Destarte, que além da atividade industrial, amparada pelo benefício fiscal do Desenvolve, a Recorrente também comercializa outros produtos que tem metodologia de cálculo normal, ou seja, débito e crédito, ressalte-se que operações não são atreladas ao incentivo. Ocorre que dessas operações a empresa acumulou créditos válidos e escriturados, muitos deles oriundos da importação.

Pois bem, a recorrente afirma que se valeu da Instrução Normativa nº 27/2009, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia -DESENVOLVE, mais especificamente no item 3, que diz:

“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).”

Ora, de fato, o item 3 da IN supra, autoriza a utilização do crédito fiscal decorrente de atividades não incentivadas para abatimento, ou seja, dedução, do saldo devedor da parcela não dilatada.

Ao analisar a planilha de apuração acostadas as CD fl. 28, resta claro que a apuração da parcela dilatada foi feita corretamente, o ICMS devido pelas operações próprias foi considerado percentual de 40% para o Estado da Bahia, com base no Protocolo ICMS 46/00 (percentual este sujeito ao benefício do Programa DESENVOLVE), e não foram considerados outros créditos fiscais, visto que não consta informação acerca de créditos relacionados às atividades incentivadas. Pois bem, como se trata de indústria, todo recolhimento de ICMS de operações próprias é feito através do código 0806 – ICMS Normal Indústria, não segregando nenhuma

operação sendo incentivada e não incentivada. Registre-se que todos os ICMS Antecipação Tributária, código 1145, relativo ao Trigo, foram recolhidos apartadamente. Dessa forma entendo que a recorrente utilizou corretamente a norma legal, inclusive ao aplicar a Instrução Normativa nº 27/2009.

Em apoio a minha linha de raciocínio, recorro ao trecho do voto vencido da Ilustre Conselheira Evalda Brito Gonçalves, no Acórdão nº 0315-11/21-VD, da mesma recorrente, quando se refere ao item 3 da Instrução Normativa nº 27/2009:

“...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. (grifos acrescidos)

Em que pese o parecer da PGE/PROFIS, fls. 67 a 80, de autoria do ilustre Procurador José Augusto Martins Júnior, apesar da hierarquia das leis, entendo que, uma vez determinado qual a parcela seria referente a **Operações Próprias**, definida no Parecer supracitado e no próprio Protocolo ICMS 46/00, estando a Recorrente sujeita ao previsto na Instrução Normativa nº 27/2009, em função de ser beneficiária do DESENVOLVE, a mesma aplicou na íntegra o que ali estava descrito, portanto acato suas razões.

Quanto ao pedido do autuado, no sentido de que toda e qualquer intimação e/ou notificação advinda dos presentes autos seja remetida ao seu Patrono no endereço indicado, informo que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais atendem ao quanto previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, não existe nenhum óbice no sentido de que o pedido do autuado possa ser atendido.

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

VOTO VENCEDOR

Embora a habilitação ao Desenvolve não impossibilite a apropriação dos créditos fiscais relativos às aquisições de energia elétrica, matérias-primas e demais insumos empregados no processo industrial do estabelecimento habilitado, tratando-se de estabelecimentos industriais fabricantes de farinha de trigo, pães, massas alimentícias e demais produtos derivados de farinha de trigo, deve ser observada a disciplina específica prevista no Protocolo ICMS 46/2000, que veio padronizar os procedimentos de cobrança do ICMS referente às operações com trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, realizadas pelos contribuintes deste segmento.

Nesse contexto, a Cláusula décima do referido Protocolo assim estabelece expressamente, ao disciplinar a apropriação dos créditos fiscais pelos citados estabelecimentos:

“Cláusula décima 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.”

Diante do exposto, e em função da sistemática de tributação diferenciada aplicável à indústria de farinha de trigo e seus derivados, a recorrente encontra-se efetivamente impossibilitada de apropriar-se do crédito fiscal em questão, vedação esta que não decorre de sua habilitação ao Desenvolve, mas sim da tributação diferenciada aplicada ao setor industrial do qual é integrante.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269136.0007/20-4, lavrado contra **MOINHO CANUELAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 487.603,90**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, José Adelson Mattos Ramos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Valdirene Pinto Lima, Anderson Ítalo Pereira e Camila Magnavita da Fonseca Camargo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA/VOTO VENCIDO

PAULO DANILO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS