

A. I. Nº - 207097.0011/11-5
AUTUADO - ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A
AUTUANTE - ANTÔNIO MENDONÇA SOUSA BRITO
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 28.08.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-04/12

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO A MERCADORIAS UTILIZADAS NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS, CUJAS SAÍDAS OCORREM ISENTAS DE TRIBUTAÇÃO. Exigência fiscal com base em apuração fundada nos arts. 97, I e 100, I e II, do RICMS-BA. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2011, exige ICMS no valor de R\$ 881.792,06, através das seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto. ICMS de R\$ 748.648,87 e multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, correspondente as notas fiscais, conforme demonstrado através de papéis de trabalho, anexo a este processo. ICMS de R\$ 133.143,19 e multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 1097 a 117, e de início descreve as infrações, e remete às considerações sobre a infração 01, no sentido de que em se tratando de estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, conforme alegado pelo representante do fisco, tais operações foram realizadas com insumos agropecuários e cujo tratamento dado pelo RICMS/BA, tem se mostrado conflitante com o Convênio ICMS nº 100/97. Aduz que dito convênio, em seu inciso I, cláusula quinta, dispõe acerca da autorização dos Estados e do Distrito Federal de não exigirem a anulação de crédito das operações realizadas com insumos agropecuários, enquanto em sentido oposto, dispõe o RICMS/BA, o qual determina que o Estado da Bahia exija os estornos de tais créditos, fato gerador da presente infração em desconformidade com a legislação pétrea do ICMS. Descreve os dispositivos citados e conclui que resta claro que o Art. 100, inciso III do RICMS/BA, está em desconformidade com o Convênio ICMS 100/97.

Lembra que é pacificado em nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade de alteração unilateral de Convênios que concedam isenções, incentivos e benefícios fiscais. Portanto, longe de ser possível que os incentivos e benefícios do ICMS concedidos, possam deixar de sê-lo, por ato unilateral da unidade federativa, sem prévio Convênio nesse sentido.

Traz o posicionamento dos pretórios pátrios, em Julgamento da 7ª Câmara Cível, Relator Antenor Cardoso, 1394343 PE 0019177-53.2010.8.17.0000, e da 2ª Câmara Cível, Relatora Sandra Brisolara Medeiros, 70041753583, RS.

Ademais, na espécie sub judice, não houve Convênio posterior ao de nº 100/97, que na questão apreciada o tenha modificado. Consequentemente, a limitação do aproveitamento de crédito acumulado na proporção das exportações, por meio de decreto, viola o princípio da não

cumulatividade, bem como o da legalidade, visto que a legislação pertinente, acima citada, garante a manutenção dos créditos fiscais relativos às operações com produtos agropecuários sem qualquer restrição. Descabe, portanto a exigência restritiva constante no RICMS, de se efetuar o estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto. Traz decisão da Segunda Câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível nº 70010050730, no sentido de que o decreto não pode limitar o alcance da lei.

Não cabe, portanto a aplicação da multa de 60%, vez que não há exigência de anulação de crédito.

Por fim, aduz que não acredita que o Estado da Bahia irá manter esse desequilíbrio nas relações fisco-contribuinte, e ainda assim, poderá o Fisco determinar o estorno dos valores lançados indevidamente, elencados nesse quesito, *e determinar a dedução do seu pagamento*, cujo valor histórico do ICMS é de R\$ 748.648,87 (setecentos e quarenta e oito mil, seiscentos e quarenta e oito reais e oitenta e sete centavos), na CONTA GRÁFICA DO ICMS da IMPUGNANTE, que apresenta um saldo credor não utilizado em dezembro/2011 de R\$ 439.976,48 (quatrocentos e trinta e nove mil, novecentos e setenta e seis reais e quarenta e oito centavos), após deduzida por conta do levantamento da autoridade autuante a importância de R\$ 744.027,03 (setecentos e quarenta e quatro mil, vinte e sete reais e três centavos) conforme LIVRO ESPECIAL DE CRÉDITOS ACUMULADOS do mês de dezembro/2011. (Documento nº 04). Assim, tal possibilidade encontra amparo legal no Art. 108-A, inciso I, letra b, 3. do RICMS – BA. Colaciona a seguinte decisão:

ICMS - CRÉDITO LANÇADO INDEVIDAMENTE - NÃO UTILIZAÇÃO - ESTORNO - CORREÇÃO MONETÁRIA - VALOR HISTÓRICO - MULTA. Sendo constatado que o contribuinte, embora tendo lançado indevidamente na conta gráfica determinada quantia como crédito de ICMS, desse nunca se utilizou e, posteriormente, veio a estorná-la, é indevida a exigência do respectivo recolhimento monetariamente corrigido. Além do mais, como nunca se aplicou correção monetária no saldo da conta gráfica, o estorno daquela quantia pelo seu valor histórico não acarreta prejuízo algum à Fazenda Pública. Enfim, conquanto prevista pela legislação multa em decorrência desse indevido lançamento, não é o caso de reconhecer-se, agora, a sua incidência por falta de prévio e adequado procedimento para a sua imposição.

Portanto entende a empresa que poderá estornar os valores indicados na infração 01.

Sendo considerada a existência de estorno não realizado, requer-se de pronto a redução ou cancelamento da pena suscitada, com base no disposto no art. 42, § 7º da Lei 7.914/96, uma vez que a suposta infração não fora praticada com dolo, haja vista que, conforme acima descrito, embora haja saldo credor, este em momento algum fora utilizado.

Quanto à infração 02, aduz que há um gritante equívoco da autoridade autuante, pois trata-se de deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo grupo empresarial, Itaueira Agropecuária S/A. Portanto não houve operação de cunho econômico, mas mera circulação física de bens do defendente, para seu uso e consumo, não sendo objetos destinados à comercialização, nem a venda ou transferência de propriedade a terceiros.

Aponta que a relação minuciosa das Notas Fiscais acostada ao final desta peça, onde o representante do Fisco sugere que sobre as mesmas Notas Fiscais incidiriam o diferencial de alíquota do ICMS, demonstram a entrada de bens no patrimônio da impugnante, oriundas de outro Estado da federação, com destino a estabelecimento do mesmo grupo empresarial, fato que se comprova ao se especificar cada nota fiscal e seu respectivo registro no Livro Registro de Entradas, por meio dos CFOPs 2.151, 2.154, 2.552 e 2.557, a natureza da operação realizada (transferência), justificadora da não incidência do diferencial de alíquota do ICMS.

Desta feita não restou configurada a circulação para fins de transferência de propriedade, somando-se a isso o fato de que o objeto do imposto previsto no inciso I, b, do art. 155 da CF é a circulação de mercadorias e não de bens e que o Convênio 66/88, ao disciplinar o fato gerador,

faz também menção expressa a mercadorias e não a bens.

Traz à colação o entendimento da doutrina e a jurisprudência pátria que referendam a assertiva acima mencionada, assim, entende que não há dúvida de que a incidência do ICMS é sobre os negócios jurídicos que coloquem mercadorias em circulação e não sobre bens de consumo, equipamento ou utensílios – bens do ativo fixo, que sejam adquiridos pelo grupo econômico Itauera Agropecuária S/A e transferidos para seus diversos estabelecimentos situados no País, entre eles, incluso o estabelecimento da defendente.

Ademais, em que pese a multa aplicada, de 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, embasada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, ressalte-se o fato de tratar-se de descumprimento de obrigação principal, devendo desta forma a multa estipulada na Infração 01 – 01.05.07 ser absorvida por esta, haja vista ser consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, nos termos do art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96.

Ademais, da análise da Lei nº 8.137/90, não há qualquer possibilidade de configuração de crime contra a ordem Tributária, uma vez que os fatos ocorridos não se encontram previstos no referido texto legal, não tendo a impugnante fraudado a fiscalização, prestado falsas declarações, tê-las omitido ou sequer negado a fornecê-las, conforme pontuado na referida Lei.

A final requer nulidade ou a improcedência do auto de infração, com a competente baixa dos seus registros nesse órgão, a realização de diligências, as necessárias à plena elucidação das questões, inclusive a realização de perícia, pela qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de pedidos e suplementação de provas.

O autuante presta informação fiscal, fls. 1132 a 1138, onde esclarece que o contribuinte em questão, que tem como atividade a produção de frutas para o mercado interno, interestadual e exportação, produto enquadrado no art. 14 do RICMS. Ao impugnar o lançamento, coloca em sua peça de defesa alguns possíveis conflitos entre o RICMS e o Convênio nº 100/97, no que diz respeito à exigência da infração 01. Traz como dados o fato de que o Convênio 100 existe desde 1997, bem como o RICMS, e que a empresa iniciou as suas atividades na Bahia em 2006, ou seja, bem depois da edição dessas normas. Assim, não entende porque o contribuinte não efetuou Consulta à Administração Tributária da SEFAZ. Aduz que o trabalho foi realizado e demonstrado de forma tão claro que o contribuinte chega a reconhecer os lançamentos indevidos de créditos, conforme item 24 da peça de defesa. Concorde que o defendente possa utilizar-se dos créditos fiscais acumulados para pagamento de débito de imposto decorrente de autuação fiscal.

Quanto à infração 02, observa que o contribuinte não apresentou nenhum fato, dado ou argumento, suficiente para modificar o resultado apresentado pelo preposto fiscal. O que se observa na peça de defesa são meras colocações para postergar o devido reconhecimento do imposto.

Pede pela procedência do auto de infração.

VOTO

Nego o pedido de diligência fiscal, pois todos os elementos necessários ao deslinde da presente lide encontram-se nos autos.

Inicialmente constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS relativo à falta de estorno de crédito fiscal, referente às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

O art. 155, § 2º, XII, g, da CF/1988, exige que a concessão de benefícios fiscais de ICMS seja precedida de deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, conforme regulado em lei complementar, e que atualmente toma a forma de convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Na presente lide, o defendente invoca o Convênio ICMS 100/97, para justificar a manutenção do crédito fiscal objeto da autuação, sob o argumento de que o Regulamento do ICMS contraria as normas editadas sob a égide do CONFAZ.

O Convênio ICMS 100/97, que reduz a base de cálculo de ICMS nas saídas dos insumos agropecuários que especifica, na Cláusula Quinta, I, autorizou os Estados e o Distrito Federal a não exigir a anulação do crédito prevista nos incisos I e II do artigo 21 da Lei Complementar nº 87 de 13 de setembro de 1996. Portanto vê-se que nos termos do Convênio, houve autorização e não obrigatoriedade de não exigir a anulação dos créditos.

O Estado da Bahia, expressamente na Lei nº 7.014/96, no art. 29 § 4º, I, veda o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ela feita para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior.

Acompanhando esse dispositivo, o art. 30 da mesma Lei reza:

***Art. 30.** O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

Consoante as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, o RICMS/BA, repetindo-as dispõe no art. 100, III, a mesma obrigatoriedade de estorno ou anulação do crédito fiscal. Portanto, não há dissonância entre o estatuído no Convênio ICMS 100/97 e o RICMS/BA.

Deste modo, caem por terra os argumentos trazidos na defesa, vez que o sujeito passivo também não trouxe, aos autos, a regularização de sua escrita fiscal, anteriormente à ação fiscal.

Outrossim, ressalto que o autuante observou a proporcionalidade das vendas isentas, consoante disposição do art. 93, § 1º, inciso II do RICMS/97.

Infração mantida.

Na infração 02, discute-se a exigência referente ao pagamento da diferença de alíquotas de materiais ingressos no estabelecimento para uso e consumo.

Incide o ICMS sobre a entrada de mercadorias em decorrência de operação interestadual, quando a mercadoria for destinada a uso, consumo ou ativo permanente, nos termos do art. 2º, IV da Lei nº 7.014/96.

Ademais, o § 1º, I, II, do mencionado artigo, dispõe que são irrelevantes para caracterização do fato gerador, o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular e a natureza jurídica da operação. Portanto não pode ser validada a impugnação no sentido de que se trata de mero deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo grupo empresarial.

Destaco que não cabe o pedido de absorção da multa da obrigação acessória pela multa da obrigação principal, vez que se tratam de infrações distintas, ambas em decorrências de infrações de obrigações principais de ICMS, que exigem imposto.

Cabível e legítima, portanto a exigência fiscal. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (quanto à fundamentação da decisão)

Primeiramente quero manifestar meu respeito pelo abalizado voto da Ilustre Relatora, frisando que dela divirjo apenas quanto à fundamentação de seu voto para a infração 01, tendo em vista a argumentação trazida pelo representante da empresa na assentada de julgamento.

Na ocasião, disse taxativamente o representante do autuado, que embora lançando em sua escrita o crédito fiscal objeto do estorno por este lançamento, em momento algum, de fato, a empresa dele se utilizou, de modo a implicar em falta de descumprimento de obrigação principal, inclusive informando que a empresa efetuou a regularização do valor exigido via lançamento de estorno depois da lavratura do auto de infração.

Fiando na taxativa afirmação do representante do autuado e por observar a expressa penalidade para o caso de mera escrituração indevida de crédito fiscal sem que isto importe em descumprimento de obrigação principal (Lei 7.014/96: art. 42, VII, “b”, abaixo transcrito), sem exigência de que o estorno seja feito antes ou depois da lavratura do auto de infração, naquela oportunidade me manifestei em desacordo quanto à exigência de pagamento do valor, pois, confirmando-se o argumento defensivo, deveria prevalecer apenas a multa de 60% sobre o crédito indevido lançado, mas não utilizado de modo a implicar em descumprimento de obrigação principal.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

b) na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;

Ocorre que compulsando detidamente os autos, verifiquei que os fatos não corroboram com a alegação defensiva do representante do autuado, pois: a) a infração compreende créditos indevidos relativos ao período janeiro 2008 a dezembro 2010 e o Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 918-966, 1038-1066) não registra saldo credor e nem mesmo o Livro Especial de Créditos Acumulados (fls. 1067-1091), registra saldo maior que o exigido pela infração; b) no período autuado houve recolhimento de ICMS relativo a operações do contribuinte.

Assim, ao contrário do argüido pelo representante da empresa na assentada de julgamento, as provas autuadas demonstraram o efetivo uso do crédito fiscal por ter implicado em recolhimento de ICMS em valores menores que os devidos nos períodos de apuração compreendidos pela ação fiscal, razão pela qual não é o caso de prevalência apenas da multa prevista no dispositivo legal acima transcrito.

Isto posto, pontuo meu acordo com a decisão de mérito da Nobre Relatora dela meramente divergindo quanto ao fato, uma vez que o efetivo uso indevido do crédito se acha consubstanciado nas provas autuadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207097.0011/11-5** lavrado contra **ITAUEIRA AGROPECUÁRIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$881.792,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “b”, e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INACIO DE AQUINO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE