

PROCESSO - A. I. Nº 269197.0004/13-6
RECORRENTE - BUNGE ALIMENTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0267-02/13
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 12/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0261-11/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. MERCADORIAS BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NA SAÍDA. Confirmada a utilização dos aludidos créditos. Não apreciadas alegações de inconstitucionalidade da legislação e da multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/05/2013 em razão de três irregularidades, sendo apenas a imputação 03 o objeto da impugnação originária e do Recurso Voluntário:

Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$578.157,11, referente a aquisição de mercadorias com saída subsequente beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Consta ainda da acusação: O estabelecimento industrial auditado: 1) Adquiriu material de embalagem (caixas) da sociedade empresária RIGESA DA BAHIA LTDA, CNPJ nº 06.043.069/0001-89 IE nº 63.743.424 em cujas operações houve o destaque do ICMS a alíquota de 17%. 2) Creditou-se do ICMS destacado sem qualquer estorno. 3) Tais mercadorias de embalagem foram utilizados no acondicionamento de produto fabricado pelo estabelecimento auditado (óleo de soja). 4) As saídas de óleo de soja deram-se ao amparo da Redução de Base de Cálculo prevista no artigo 87, Inciso VII do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97) no percentual de 29,41% resultando uma carga tributária de 12% sem levar em consideração o crédito presumido de 5% que tais operações ainda desfrutavam. Conclui-se que o estabelecimento auditado incidiu em infração tributária consubstanciada em recolhimento a menor do ICMS, na medida em que utilizou o crédito fiscal das operações indicadas de forma integral e não proporcional à carga tributária de saída de 12% uma vez que inexistia hipótese de manutenção de crédito para a situação objetiva descrita (Artigo 105 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97). Demonstrativo fiscal às fls. 20 a 40.

O autuado impugnou a imputação 03 do lançamento de ofício às fls. 63 a 84, reconhecendo as demais. À folha 99 o autuado requereu a juntada do Documento de Arrecadação Estadual – DAE correspondente ao recolhimento dos valores das infrações 01 e 02.

O autuante prestou a informação fiscal às fls. 106 a 121, mantendo a autuação.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0267-02/13, às fls. 127 a 132. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 03 (três) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 01 e 02, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação à infração 03, a qual passo a analisar.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

No mérito, na infração 03 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saída subsequente beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Consta

ainda da acusação que o estabelecimento industrial autuado: 1) Adquiriu material de embalagem (caixas) da sociedade empresária RIGESA DA BAHIA LTDA, CNPJ nº 06.043.069/0001-89 IE nº 63.743.424 em cujas operações houve o destaque do ICMS a alíquota de 17%. 2) Creditou-se do ICMS destacado sem qualquer estorno. 3) Tais mercadorias de embalagem foram utilizados no acondicionamento de produto fabricado pelo estabelecimento auditado (óleo de soja). 4) As saídas de óleo de soja deram-se ao amparo da Redução de Base de Cálculo prevista no artigo 87, Inciso VII do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97) no percentual de 29,41% resultando uma carga tributária de 12% sem levar em consideração o crédito presumido de 5% que tais operações ainda desfrutavam. Concluiu o autuante, que o estabelecimento auditado incidiu em infração tributária consubstanciada em recolhimento a menor do ICMS, na medida em que utilizou o crédito fiscal das operações indicadas de forma integral e não proporcional à carga tributária de saída de 12% uma vez que inexistia hipótese de manutenção de crédito para a situação objetiva descrita (Artigo 105 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97). Integra o presente Auto de Infração o Anexo I (2008, 2009 e 2010) que especificam analiticamente o débito exigido.

Entendo não restar dúvida de que o produto óleo de soja industrializado e comercializado pelo sujeito passivo são amparado pela Redução de Base de Cálculo no percentual de 29,41% resultando uma carga tributária de 12%, conforme previsto no artigo 87, Inciso VII do RICMS/87, in verbis:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

...

VII - das operações internas com óleo refinado de soja (NBM/SH 1507.90.10) ou de algodão (NBM/SH 1512.29.10), calculando-se a redução em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento);

Nesta situação, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, em vigor nas datas dos fatos geradores, ao tratar da Anulação do Crédito Fiscal, no artigo 100, inciso II, determina que:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - ...

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

§ 1º Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados. [Grifei.]

Portando, o crédito fiscal utilizado relativo às aquisições de material de embalagem cuja saída é beneficiada com redução da base de cálculo do ICMS, como ocorre com o produto óleo refinado, objeto da presente lide, deve ser estornado pelo contribuinte, de forma proporcional ao benefício fiscal correspondente.

Não pode ser acolhida a alegação defensiva que, supostamente, existiria uma previsão de manutenção de crédito em um suposto Convênio Interestadual, pois tal fato não foi comprovado pelo sujeito passivo, o qual não apontou, de forma objetiva, qual seria o suposto acordo interestadual.

Logo, a infração 03 é procedente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 144 a 165, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese, o Recorrente descreve a imputação e volta a aduzir que adquiriu material de embalagem da empresa RIGESA DA BAHIA LTDA, com incidência do ICMS calculado à alíquota de 17%, dando posterior saída ao produto óleo de soja ao amparo da redução de base de cálculo prevista no artigo 87, inciso VII, do RICMS/BA/07. Que diante do princípio da não-cumulatividade mantém integralmente os créditos do ICMS obtidos na operação anterior, entradas, para compensação com os débitos gerados pelas saídas. Que o Fisco discordou do procedimento adotado, exigindo o estorno proporcional dos créditos de ICMS decorrentes das entradas internas de material de embalagem (caixas de papelão) à alíquota de 17%, e saída do produto óleo de soja ao amparo da redução de base de cálculo ao percentual de 29,41% resultando uma carga tributária de 12%. Que a JJF manteve a exigência tributária, nessa mesma linha do entendimento. Que o produto beneficiado com a redução é o

óleo de soja, e não a caixa de papelão utilizada para seu transporte, aplicando-se a redução apenas ao óleo de soja, sendo para as caixas o crédito integral.

Em seguida novamente questiona a constitucionalidade da exigência do estorno proporcional afirmando que este não encontraria amparo na CF/88, e violaria “o disposto na legislação de regência (Convênio ICMS).”

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade citando o artigo 155 da Constituição da República e o artigo 1º da LC 87/96, aduzindo que a anulação do crédito relativo às operações anteriores, que autorizaria a exigência do estorno, só ocorrerá em casos de “isenção” ou “não-incidência”, e o caso em lide diz respeito à “redução da base de cálculo”, instituto jurídico diverso tanto da “isenção” quanto da “não-incidência”, pelo que entende não estaria dentre as exceções que determinam à anulação do crédito na entrada.

Cita o RE 161.031, e em seguida afirma que recentemente a idéia de considerar “redução da base de cálculo” como uma espécie de “isenção parcial” foi acolhida pelo STF, tornando-se o novo parâmetro de aplicação do art. 155 da CF/88. Ressalta que nas hipóteses de isenção parcial o art. 155, § 2º, inciso II, “b”, da Constituição da República prevê que a anulação do crédito será dispensada quando houver determinação em contrário da legislação, ou seja, quando há previsão legal o crédito integral das entradas deve ser assegurado, o que diz ser o caso.

Discorre acerca de “Convênios Interestaduais de ICMS” citando a Lei Complementar nº 24/75. Diz que quando o RICMS impõe o estorno proporcional dos créditos fiscais relativos à mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização com saída beneficiada pela redução da base de cálculo estaria em desacordo com “o Convênio” e com a Lei Complementar nº 24/75.

Fala que devem ser respeitados os princípios constitucionais da capacidade contributiva (artigo 145, § 2º, da CF), da transparência fiscal em relação aos consumidores (artigo 150, § 2º) e da seletividade das alíquotas respectivas, em função da essencialidade dos produtos (artigo 155, § 2º, III, da CF/88). Cita juristas.

Afirma que recentemente o posicionamento do STF acerca da natureza jurídica da redução da base de cálculo do ICMS sofreu alteração. Que no julgamento do RE nº 174.478 o plenário daquela Corte passou a considerar a redução da base de cálculo como uma espécie da categoria “isenção” e, segundo este entendimento, trata-se de “isenção parcial”, de modo que a exigência do estorno proporcional do crédito do ICMS, em tais casos, não ofenderia o princípio da não-cumulatividade. Discorre a respeito. Afirma que não se poderia aplicar o RE nº 174.478 como paradigma de julgamento para os casos de exigência de estorno dos créditos nas operações de produtos da cesta básica.

Aduz que deve ser mantido o crédito integral das entradas, quando houver autorização em lei complementar ou em convênio, ainda que a saída seja beneficiada com redução da base de cálculo.

Cita julgados do STF aduzindo que esses corroborariam o seu entendimento, identificando-os como STF, Emb. Decl. no RE 174.478 DJe 29.05.2008; Ag. Reg. no RE nº 239.632, RE-AgR nº 433.967; RE-AgR nº 201.764 e STF, ADI 2320-9/SC, DJ 16.03.2007, nesta última Decisão estando citado o Convênio ICMS 36/92 [Reduz a base de cálculo do ICMS nas saídas dos insumos agropecuários que especifica] .

Aduz que no caso de mercadorias sujeitas internamente à alíquota de 12%, se for exigido o estorno do crédito derivado das entradas estar-se-ia imputando ao contribuinte que promovesse tal operação uma carga tributária de aproximadamente 11,33%, ao invés dos 7% constantes na legislação específica de regência.

Afirma que se os créditos forem anulados por meio do estorno, então ele, Recorrente, “terá de passar a considerar tais valores estornados como “custo”, e, então, incluir tais valores no preço de saída dos produtos, onerando assim, o consumidor final (violando completamente a razão de

existência da aplicação da redução da base de cálculo).”

Passa a novamente insurgir-se contra a multa aplicada dizendo-a inconstitucional, confiscatória. Conclui pedindo o acolhimento do Recurso interposto, cancelando ou reduzindo a exigência fiscal.

A PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer às fls. 172 a 178 aduzindo que no que concerne à alegação da legalidade do creditamento integral das caixas utilizadas na comercialização do produto óleo de soja não merece suporte a tese recursal, em face do disposto no artigo 100, II, §1º, do RICMS/BA/97, que preceitua expressamente que o estorno proporcional compreende os materiais de embalagem. Quanto ao estorno proporcional, relata que na Corte Judiciária Suprema resta assente que a redução da base de cálculo configura-se como uma espécie de isenção parcial do imposto. Que assim a norma prevista no artigo 155, §2º, da Constituição da República, é inteiramente aplicável ao caso, prescindindo de qualquer norma de integração, em face do seu caráter autoaplicável. Pontua a existência de estudos anteriores sobre o tema, citando juristas.

Aduz que a mesma trilha do entendimento do STF percorreu recente aresto prolatado pelo mesmo Tribunal: A-AgR 449051 / RS, AI ED 497755/PR.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração 03.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teria efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Não merece reparo a Decisão recorrida.

Tal como já exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

A imputação em lide trata de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de embalagem em cujas operações houve o destaque do ICMS à alíquota de 17%, no período de janeiro a dezembro/2011.

Este material de embalagem foi utilizado no acondicionamento de óleo de soja, produto fabricado pelo autuado. O produto teve saída em operações com redução de base de cálculo prevista no artigo 87, VII, do RICMS/BA/97. O contribuinte creditou-se integralmente do ICMS quando da aquisição do material de embalagem, sem realizar o estorno proporcional do crédito fiscal utilizado, quando das saídas do produto óleo de soja, nelas acondicionado.

Em relação à saída interna de óleo de soja, determina o artigo 87, VII, do RICMS/BA/97:

RICMSBA/97:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

VII - das operações internas com óleo refinado de soja (NBM/SH 1507.90.10) (...) calculando-se a redução

em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento);

Dispõe o artigo 100, II, §1º, do mesmo Regulamento:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

§ 1º Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados.

(grifos nossos)

Por outro lado, as saídas internas de embalagens acondicionando o óleo de soja não estão incluídas nas hipóteses dos artigos 103 a 105 do RICMS/BA/97, que tratam da não exigência de estorno do crédito fiscal. Portanto, inexistente previsão normativa, na legislação de regência, neste Estado, para a manutenção dos créditos fiscais glosados na exigência fiscal.

Observo que o contribuinte aduz discordar do entendimento assente do STF quanto a que a redução de base de cálculo configura-se isenção parcial. Contudo, tal discordância não o modifica, e o entendimento deste Colegiado e da PGE/Profis, expressado nos autos, palmilha o mesmo caminho da Colenda Corte Superior.

O contribuinte aduz que deve haver obediência a “Convênio ICMS” mas não o identifica, e inexistente, ao que saibamos, Convênio que determine a manutenção integral do crédito fiscal nas operações internas com óleo de soja, em que pese ser este item da “cesta básica”.

Quanto às considerações acerca de a aplicação da legislação tributária resultar em “custo” para o contribuinte, do que decorreria aumento de preço da mercadoria para o consumidor, este Colegiado não tem alcance para apreciar questões de mercado, e livre concorrência.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo ser homologados, pelo Setor competente desta SEFAZ, os valores recolhidos, e intimado o contribuinte para recolher o montante remanescente relativo ao crédito tributário lançado de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269197.0004/13-6, lavrado contra BUNGE ALIMENTOS S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$584.152,53, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS