

PROCESSO - A. I. Nº 206851.0061/10-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A.
RECORRIDOS - ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0079-04/11
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 23.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0390-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Restou comprovado, através de diligência por estranho ao feito, que parte das mercadorias eram materiais de embalagens e insumos. Exigência subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Comprovado tratar-se de materiais de embalagens e insumos. Exigência insubsistente; b) BENS DO ATIVO PERMANENTE. Após expurgos dos materiais para embalagens, remanesce parte da exigência. Modificada a Decisão. Rejeitada a nulidade suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0079-04/11, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 263.171,29, em razão da constatação de três irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as duas primeiras exações e do Recurso Voluntário as três infrações, a seguir descritas:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$129.007,45, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 a 2008;.

Infração 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$82.011,35, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento.

Infração 3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$52.152,49, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 123.880,58, após rejeitar a preliminar de nulidade por concluir que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, como também que o contribuinte exerceu plenamente seu direito de defesa, diante das seguintes razões:

No mérito o Auto de Infração acusa utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo e falta de recolhimento da diferença de alíquota na aquisição de mercadorias destinadas ao consumo e ativo do estabelecimento.

Com relação às infrações 1 e 2, na sua defesa o autuado alegou que o autuante não considerou:

- 1) Aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado;*
- 2) Operações acobertadas pela isenção ou não incidência;*
- 3) Que como produtor está dispensado do pagamento do diferencial de alíquotas (LC 87/96).*
- 4) A diferença entre a alíquota interna e interestadual, aplicando a alíquota interna;*
- 5) A proporcionalidade nas operações contempladas com redução de base de cálculo.*

Na informação fiscal o autuante contestou a alegação de que aplicou a alíquota interna, intimou o autuado para apresentar documentos fiscais relativos às alegações formuladas, corrigiu os demonstrativos originais. O autuado foi cientificado e não contestou os novos demonstrativos refeitos.

Como as alegações foram feitas de forma generalizada, sem indicar quais notas fiscais contemplavam operações isentas, com redução de base de cálculo ou destinadas ao ativo imobilizado, não tendo o recorrente contestado os demonstrativos refeitos pelo autuante após cientificação da informação fiscal, considero que tais incorreções foram suprimidas, tendo em vista que não foi apresentada qualquer prova em contrário.

Com relação à alegação de que aplicou a alíquota interna na apuração do ICMS da diferença de alíquota ao invés da diferença entre a alíquota interna e interestadual, verifico que conforme demonstrativo à fl. 56 relativo ao mês de novembro/06, a Nota Fiscal 301764 com valor de R\$1.851,85 originária do Estado de São Paulo teve valor apurado de R\$185,19 que corresponde ao percentual de 10% da diferença entre a alíquota interna e interestadual (17% - 10%). Portanto, o imposto foi apurado em conformidade com o art. 69 do RICMS/BA e assiste razão ao autuante.

Relativamente ao argumento de que na condição de produtor está dispensado do pagamento do ICMS da diferença de alíquota, não pode ser acatado tendo em vista que o art. 7º, IV, “a” do RICMS/BA, estabelece que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de bens do ativo permanente, e de bens de uso e materiais de consumo, os produtores ou extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais. O próprio contrato social da empresa constituída como sociedade anônima define como objetivo social a exploração de atividades ligadas com a agricultura e pecuária. Logo, o autuado não preenche os requisitos legais para usufruir o benefício da isenção.

Por fim, observo que o autuante refez os demonstrativos originais, os quais foram acostados às fls. 579/606, indicou os valores devidos mensais. Dessa forma, consolido os valores no quadro abaixo e considero devido o valor de R\$61.852,11 na infração 1 e R\$9.875,98 na infração 2. Infrações procedentes em parte.

Com relação à infração 3, a JJF a julgou procedente, uma vez que o autuado não fez qualquer alusão na sua defesa, o que, segundo o órgão julgador, implicitamente, infere-se ter sido reconhecida.

Por fim, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 1.845 a 1.854 dos autos, o recorrente aduz que:

Argui a nulidade da infração 2, nos termos do art. 18, II e IV, do RPAF, uma vez que o autuante reconheceu seus equívocos com relação às operações contempladas com redução de base de cálculo e com não incidência ou isenta, o que acarretou prejuízo ao autuado, corrigido em novo demonstrativo.

No mérito, com relação às infrações 1 e 2, argumenta que o Auto de Infração encontra-se eivado de vício que lhe acarreta invalidade, pois o autuante não considerou “se quer” os imobilizados do qual solicitou o CIAP para análise, o que fez com que, em sua segunda avaliação, reconhecesse que estava errado em mais de 50% das operações, reduzindo a exigência de R\$263.171,29 para R\$123.880,58, prejudicando o contribuinte ao não considerar fatos relevantes.

Alega cerceamento de defesa e do contraditório para que, no prazo de dez dias, se manifestasse dos novos demonstrativos, pois a documentação pertinente estava em poder do autuante e da SRFB. Contudo, através do novo demonstrativo apresentado pelo autuante, diz ter formalizado a composição das notas fiscais denominando bens e serviços, onde se pode evidenciar que em sua maioria são materiais de embalagem, insumos, fertilizantes e de ativo imobilizado, ficando evidente que o autuado não só deixou de se creditar do ICMS como não feriu a legislação quanto à diferença de alíquotas ou créditos indevidos, sendo improcedentes as infrações.

Quanto à infração 3, o recorrente diz estranhar o autuante ter alegado que o autuado não se manifestou sobre a mesma, pois se reportou em várias oportunidades ao ativo imobilizado.

Esclarece que o CIAP atende todas as formalidades legais e não condiz a afirmação do autuante relativa ao aproveitamento do crédito em sua totalidade do ICMS e sim meramente do destacado que representa a menor seu direito de crédito, do que entende comprovada a legalidade dos créditos fiscais, sendo improcedente a exação.

Por fim, salienta ser exportadora em mais de 50% de sua receita, o que, segundo o recorrente, torna necessário uma análise mais perfeccionista para poder imputar o auto de infração.

Reitera que, usando o mesmo segundo demonstrativo ratificado pelo autuante, vem demonstrar ainda a existência de operações em que o preposto fiscal reconhece e ratifica, deixando evidente e confirmado que a análise do autuante se realizou por amostragem, só reconhecendo parte das operações, recusando operações idênticas, do que aduz existir contradição e incerteza, não preenchendo as formalidades à validação da autuação, o que autoriza a decretação de nulidade do lançamento, nos termos do art. 18, II e IV do RPAF. Pede que seja acolhida a preliminar e, no mérito, julgado improcedente o Auto de Infração.

Às fls. 1.940 e 1.941 dos autos, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora Dr.^a Maria José Ramos Coelho, aduz que as alegações recursais quanto à desconsideração de operações idênticas, realizadas com as mesmas empresas e os mesmos produtos, constantes do demonstrativo ratificado pelo autuante por ocasião da informação fiscal, recomenda a análise dos elementos materiais constantes do PAF. Assim, comunga do entendimento que os autos devam ser encaminhados para o autuante com vistas à emissão de manifestação acerca da desconsideração de operações idênticas destacadas no demonstrativo de fls. 1.882 a 1.926 dos autos.

Por determinação da 2ª CJF, de 30/11/2011, o PAF foi convertido em diligência à INFAZ Barreiras para que fiscal estranho ao feito, com base nos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 548 a 606 dos autos, e nas notas fiscais apensadas aos autos, apure: i) quais as mercadorias que foram adquiridas; ii) a finalidade dos “pallets” na atividade da empresa e se são ou não retornáveis, e, neste caso, considerar como embalagens; iii) excluir dos demonstrativos as aquisições de materiais de embalagens, insumos, fertilizantes, combustível, sacos para mudas, cera para beneficiamento das mercadorias, mercadorias adquiridas para comercialização e bens que compõem o ativo imobilizado, caso ainda restante no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito. Em seguida, cientificar o contribuinte e o autuante do resultado da diligência e encaminhar o PAF à PGE/PROFIS para emissão de parecer.

Em atendimento à diligência solicitada, à fl. 1.949 dos autos, foi consignado que “...foram realizados novos demonstrativos baseados nas planilhas já existentes. Fizemos as devidas exclusões conforme Notas Fiscais apensadas ao presente auto (Pág. 607/1296).” Foi dito ainda pelo diligente que “Também foram excluídas dos demonstrativos de cálculos as mercadorias consideradas embalagens (inclusive pallets), insumos, fertilizantes, combustível, sacos para mudas, cera para beneficiamento das mercadorias para venda, mercadorias adquiridas para comercialização e mercadorias que compõem o ativo imobilizado da empresa.”, sendo, por fim, anexado, às fls. 1.950 a 1.993 dos autos, novos demonstrativos, de cujo resultado o recorrente e o autuante tomaram ciência, conforme documentos às fls. 1.994 e 1.996 dos autos.

Às fls. 1.999 a 2.002 dos autos, a PGE/PROFIS opina provimento parcial do Recurso Voluntário, após a adequação do lançamento por fiscal estranho ao feito, visto que a medida saneadora logrou apreciar as provas materiais, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito excluindo os valores cobrados indevidamente, caracterizados como insumos e embalagens.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, às fls. 2.003 e 2.004 dos autos, entendendo que o diligente não cumpriu em sua integralidade o que foi solicitado, já que não incluiu as mercadorias que considerou de uso e consumo e constantes das notas fiscais, do que aduz ser vital para o julgamento da lide que sejam indicadas as mercadorias que restaram no levantamento e consideradas de uso e consumo, acordou encaminhar o PAF à ASTEC/CONSEF para identificar quais as efetivas mercadorias que restaram no levantamento fiscal e que constam das fls. 1.950 a 1.993 e, em seguida, verificar se, de fato, todos os créditos fiscais indicados na última revisão

fiscal estão escriturados como créditos indevidos.

Às fls. 2.006 a 2.008 dos autos, consta Parecer ASTEC nº 0061/2014, no qual consigna que foi efetuada a identificação das mercadorias restantes do demonstrativo de fls. 1.950 a 1.993, sendo elaborado novo demonstrativo conforme fls. 2.009 a 2.012 dos autos, tendo sido verificado que os créditos fiscais correspondentes foram lançados no livro Registro de Entradas, sendo demonstrado, às fls. 2.013 a 2.016, os créditos indevidos relativos às mercadorias de uso e consumo no valor remanescente de R\$14.908,34, de cujo resultado foi cientificado o contribuinte e o fisco, mantendo-se silentes.

Às fls. 2.021 e 2.022 dos autos, a PGE/PROFIS exara novo parecer, no qual opina pelo acolhimento dos valores indicados no demonstrativo da ASTEC, à fl. 2.008 dos autos.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte dos débitos originalmente exigidos às infrações 1 e 2 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações 1 a 3 do Auto de Infração.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, inerente às infrações 1 e 2, nas quais se exigem, respectivamente, o crédito indevido do ICMS e a diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de material de uso e consumo do estabelecimento, consoante demonstrativo às fls. 56 a 88 dos autos, cujas infrações são interligadas, visto fundamentarem-se nos mesmos documentos fiscais, verifica-se que os valores exigidos nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelo próprio autuante, quando da informação fiscal, às fls. 579 a 606, em razão de acolher as alegações de defesa, dentre as quais: aquisições de insumos e bens destinados ao ativo imobilizado; operações acobertadas pela isenção ou não incidência e operações contempladas com redução de base de cálculo, de cujo resultado o contribuinte tomou ciência, à época, dos novos demonstrativos apresentados pelo autuante e não se insurgiu.

Diante de tais considerações, a JJF fundamentou o seu veredito, acolhendo o resultado apurado pelo autuante em sua informação fiscal, do que concordo, para considerar o Recurso de Ofício não provido.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, inicialmente deixo de acatar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois as correções e novos demonstrativos apresentados pelo autuante ou por diligente decorreram da análise das provas documentais trazidas pelo próprio recorrente, em respeito ao princípio da verdade material, não ensejando qualquer insegurança ao lançamento do crédito tributário nem sequer cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo ou prejuízo ao contraditório, muito pelo contrário, ensejou justiça fiscal, fato este admitido pelo próprio recorrente ao não mais se insurgir contra o resultado da última diligência realizada, o que denota seu pleno assentimento aos números apurados.

No mérito, em relação às duas primeiras infrações, as quais são interligadas, não há como não anuir ao resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, conforme Parecer nº 0061/2014, às fls. 2.006 a 2.008, fundamentado pelo demonstrativo analítico às fls. 2.013 a 2.016 dos autos, no qual se apurou o valor remanescente de R\$ 14.908,34 para a primeira infração, conforme demonstrado à fl. 2.008, e por restar comprovado que tais créditos indevidos decorreram de operações interna (fls. 2.013 a 2.016) inexistente valor a se exigir em relação à segunda infração, cuja acusação fiscal decorre da diferença entre as alíquotas interna e interestadual e fundamenta-se nos mesmos documentos fiscais.

Há de se ressaltar que o Parecer ASTEC decorreu de outra diligência, realizada por estranho ao feito, consoante fls. 1.949 a 1.993, na qual foram excluídas dos demonstrativos as aquisições de embalagens (inclusive pallets), insumos, fertilizantes, combustível, sacos para mudas, cera para

beneficiamento das mercadorias para vendas, mercadorias adquiridas para comercialização e para o ativo imobilizado, conforme foi determinado pela 2ª CJF, às fls. 1.944 a 1.945 dos autos. Contudo, por não ter o diligente indicado às mercadorias que considerou de uso e consumo, relativo ao valor remanescente, a 2ª CJF (fls. 2.003/2.004) converteu o PAF à ASTEC/CONSEF para identificar as efetivas mercadorias que remanesceram no levantamento fiscal e que constam das fls. 1.950 a 1.993 dos autos e se os créditos foram apropriados.

Sendo assim, acompanho o Parecer ASTEC/CONSEF para concluir pela subsistência parcial da primeira infração, no valor de R\$ 14.908,34, conforme demonstrativo abaixo, e, em consequência, por se tratar o valor remanescente de operações internas, pela insubsistência da segunda infração.

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 1								
Seq Déb	Seq Infr	Data Ocorrência	Data Vencimento	Aliq (%)	Valor Histórico	Valor Julgado- JJF	Valor Julgado- CJF	Multa (%)
1	1	28/02/2007	09/03/2007	17	5.106,14	3.206,34	0,00	60
2	1	31/03/2007	09/04/2007	17	3.561,38	2.263,10	0,00	60
3	1	30/04/2007	09/05/2007	17	6.942,54	4.675,29	884,00	60
4	1	31/05/2007	09/06/2007	17	11.026,09	5.232,54	1.768,00	60
5	1	30/06/2007	09/07/2007	17	10.079,86	1.455,91	438,33	60
6	1	31/07/2007	09/08/2007	17	13.584,16	9.546,14	7.469,50	60
7	1	30/08/2007	09/09/2007	17	3.508,58	1.225,44	0,00	60
8	1	30/09/2007	09/10/2007	17	2.704,03	2.704,03	0,00	60
9	1	31/10/2007	09/11/2007	17	21.034,95	5.777,32	3.982,50	60
10	1	30/11/2007	09/12/2007	17	6.239,98	2.481,66	0,00	60
11	1	31/12/2007	09/01/2008	17	7.883,36	5.666,98	0,00	60
12	1	31/01/2008	09/02/2008	17	2.235,15	199,47	0,00	60
13	1	29/02/2008	09/03/2008	17	878,40	0,00	0,00	60
14	1	31/05/2008	09/06/2008	17	4.937,80	2.116,80	0,00	60
15	1	30/06/2008	09/07/2008	17	1.335,60	1.335,60	0,00	60
16	1	31/07/2008	09/08/2008	17	5.323,22	2.341,22	0,00	60
17	1	30/08/2008	09/09/2008	17	2.492,76	1.169,76	0,00	60
18	1	30/09/2008	09/10/2008	17	2.035,32	712,32	0,00	60
19	1	30/11/2008	09/12/2008	17	2.740,36	0,00	0,00	60
20	1	31/12/2008	09/01/2009	17	4.134,28	3.859,94	0,00	60
40	1	30/11/2006	09/12/2006	17	1.590,11	1.795,21	0,00	60
41	1	31/12/2006	09/01/2007	17	8.655,87	3.612,09	0,00	60
42	1	31/01/2007	09/02/2007	17	977,51	474,95	0,00	60
43	1	30/11/2006	09/12/2006	17	0,00	0,00	80,67	60
44	1	31/12/2006	09/01/2007	17	0,00	0,00	154,10	60
45	1	31/01/2007	09/02/2007	17	0,00	0,00	131,24	60
TOTAL					129.007,45	61.852,11	14.908,34	

Os meses de novembro, dezembro de 2006 e janeiro de 2007 - Inclusão com código: 01.02.02

No tocante à infração 3, na qual originalmente se exige ICMS de R\$52.152,49, decorrente da diferença de alíquotas na aquisição de bens destinados ao ativo fixo, conforme demonstrativo às fls. 71 e 72 dos autos, verifica-se que o próprio recorrente, às fls. 1.897 e 1.898 dos autos, reconhece que as Notas Fiscais de nº 4201, no valor de R\$537.680,00, e de nº 34735, no valor de R\$14.458,39, ambas originárias de São Paulo, são aquisições de ativo imobilizado e que seria devido a diferença de alíquotas de R\$55.213,84. Entretanto, deduzido o valor tempestivamente recolhido pelo contribuinte de R\$4.899,71, constante do levantamento fiscal (fl. 593), remanesce o valor de R\$50.314,13.

Portanto, tendo em vista que, com base nas informações contidas às fls. 1.897 e 1.898, as demais notas fiscais constantes do levantamento fiscal do autuante (fls. 72/73) foram acolhidas como materiais de embalagem, conforme diligência por estranho ao feito às fls. 1.965 e 1.966 dos autos, ao desconsiderar o crédito fiscal exigido na primeira infração das mesmas notas fiscais por entender se tratar de embalagem, por coerência, devem ser excluídas para efeito de cálculo da exigência relativa à diferença de alíquotas do ativo imobilizado, sendo subsistente em parte a terceira infração no valor de R\$50.314,13, em razão das notas fiscais de nº 4201 e 34735, acima citadas.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do

Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar procedente em parte o Auto de Infração, no valor de R\$65.222,37, sendo: R\$14.908,24 em relação à infração 1, conforme demonstrativo à fl. 2.008 dos autos; insubsistente a infração 2 e subsistente em parte a infração 3, no valor de R\$50.314,13.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206851.0061/10-9**, lavrado contra **ASA AGRÍCOLA SANTO ANTONIO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$65.222,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS