

PROCESSO - A I Nº 206915.0011/14-6
RECORRENTE - P & S PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA. - EPP.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFF nº 0082-01/15
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 11/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0280-12/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM ISENÇÃO. O art. 264, XVIII, alínea "d", do RICMS/BA, Decreto nº. 13.780/12, aduzido pelo autuado, estabelece que a admissibilidade de manutenção do crédito fiscal ocorre exclusivamente nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este dispositivo regulamentar. Tratando-se de estabelecimento comercial – caso do autuado – não há que se falar em manutenção de crédito, mas sim em estorno, conforme exigido na autuação. Infração subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado aplicou a redução de 60% da base de cálculo quando o correto seria 30%. O Convênio ICMS nº. 100/97 estabelece em sua cláusula segunda, inciso III, que fica reduzida em 30% a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais de fertilizantes e adubos. Infração subsistente. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Alegação defensiva de que o autuante não discrimina no Auto de infração quais foram os produtos e Notas Fiscais que tiveram saídas não tributadas não procede. As Notas Fiscais eletrônicas arroladas na autuação estão relacionadas na planilha “Demonstrativo das Operações Tributadas Lançadas como Não Tributadas”, elaborada pelo autuante. Na referida planilha é possível identificar-se as colunas "Produtos"; "Nº da Nota Fiscal Eletrônica"; Data da Emissão"; "Chave de Acesso"; "Base de Cálculo"; e demais dados que permitem pleno conhecimento do que se trata a autuação. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência de imposto no montante de **R\$43.635,38**, acrescido da multa de 60%, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 26/11/2014 decorre de três infrações, todas objeto do Recurso Voluntário, cujas acusações são as seguintes:

***Infração 1.** Deixou de efetuar estorno relativo a entrada de mercadorias com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido*

ICMS no valor de R\$38.589,69, acrescido da multa de 60%;

Infração 2. *Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.605,51, acrescido da multa de 60%. Consta que nas saídas foi aplicada a redução de 30% para 60%;*

Infração 3. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril a julho, setembro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$440,18, acrescido da multa de 60%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é integralmente Procedente o Auto de Infração, como segue:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas objeto de impugnação.

No que concerne à infração 01, observo que o autuado alega que o art. 264, inciso XVIII, alínea "d", do RICMS/BA/12 permite a manutenção do crédito do ICMS referente a entradas de produtos agropecuários para as saídas internas.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que o dispositivo regulamentar mencionado pelo autuado, permite a manutenção dos referidos créditos fiscais em operações interestaduais de compras/entradas de insumos agropecuários em estabelecimento agropecuário, portanto, não sendo permitido aos estabelecimentos comerciais, como é o caso do autuado, conforme extrato dos seus Dados Cadastrais na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, acostado às fls.08 a 10 dos autos.

De início, cabe observar que o direito ao crédito fiscal é assegurado ao contribuinte, em face do princípio da não cumulatividade do ICMS, segundo o qual, abate-se na operação subsequente o imposto cobrado na operação anterior.

Ocorre que a admissibilidade do crédito fiscal se dá quando as operações de saídas são tributadas.

Não sendo tributadas é vedado o crédito fiscal relativo à entrada das mercadorias no estabelecimento, salvo a existência de regra de manutenção.

Nesse sentido, estabelece o art. 310, II, do RICMS/BA/2012, Decreto nº. 13.780/12.

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

O art. 264, XVIII, alínea "d", do RICMS/BA, Decreto nº. 13.780/12, aduzido pelo autuado, estabelece que:

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, observadas as seguintes disposições:

(...)

d) fica admitida a manutenção de crédito nas entradas em estabelecimento agropecuário dos produtos objeto da isenção de que cuida este inciso;

Portanto, tratando-se de insumos agropecuários relacionados no Convênio ICMS 100/97, existe regra de manutenção, porém, apenas para o estabelecimento agropecuário, não alcançado o autuado que exerce a atividade comercial.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

Quanto à infração 02, verifico que o autuado sustenta que não efetuou saídas de produtos com redução de 60% quando o devido seria 30% haja vista que não comercializa produtos listados no item III da cláusula segunda do Convênio ICMS 100/97.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que o autuado nega que tenha efetuado operações interestaduais de saídas de fertilizantes aplicando a redução de 60% da base de cálculo, quando o

procedimento correto seria a redução de 30%. Diz que é incompreensível a atitude do contribuinte de negar a ocorrência documentada de diversas operações interestaduais de venda de fertilizantes com destino a clientes estabelecidos no Estado de Sergipe.

Observa que as Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte que sustentam esta infração estão todas relacionadas na planilha “Demonstrativo do Recolhimento a Menor do ICMS”, fls. 74 a 76 dos autos, com cópia entregue, mediante recibo, ao seu representante, com todos os dados referentes às mesmas, inclusive a sua chave de acesso; além de cópia do seu livro Registro de Saídas, fls. 77 a 109 dos autos, onde consta o lançamento das notas fiscais eletrônicas relacionadas na citada planilha.

Efetivamente, os elementos acostados aos autos atinentes a este item da autuação permite concluir que assiste razão ao autuante quanto ao acerto da autuação.

Conforme se verifica no “Demonstrativo do Recolhimento a Menor do ICMS”, fls. 74 a 76 dos autos, consta todos os dados referentes às Notas Fiscais eletrônicas arroladas neste item da autuação, havendo indicação expressa da chave de acesso de cada Nota Fiscal, sendo possível, ainda, identificar no livro Registro de Saídas do autuado, cuja cópia se encontra acostada às fls. 77 a 109 dos autos, o lançamento das Notas Fiscais eletrônicas relacionadas na citada planilha.

Relevante observar que o autuado sequer apontou uma Nota Fiscal que estivesse arrolada indevidamente na autuação, ou seja, que discriminasse produtos contemplados pelo benefício da redução da base de cálculo de 60%.

Em verdade, a análise por amostragem dos documentos fiscais arrolados nesta infração permite constatar que a autuação se apresenta correta. Menciono a título de exemplo a primeira Nota Fiscal eletrônica arrolada na planilha elaborada pelo autuante, no caso a Nota Fiscal eletrônica n. 0028, na qual se verifica que o destinatário Erasmo Rosa Trindade se encontra localizado no Estado de Sergipe, município de Lagarto, sendo o produto classificado no referido documento fiscal com o código NCM 31029000.

O Convênio ICMS nº. 100/97 estabelece em sua cláusula segunda, inciso III, o seguinte:

Cláusula segunda - Fica reduzida em 30% (trinta por cento) a base de cálculo do ICMS nas saídas interestaduais dos seguintes produtos:

(...)

III - amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio, nitrocálcio, MAP (mono-amônio fosfato), DAP (di-amônio fosfato), cloreto de potássio, adubos simples e compostos, fertilizantes e DL Metionina e seus análogos, produzidos para uso na agricultura e na pecuária, vedada a sua aplicação quando dada ao produto destinação diversa.

Já o código NCM 31029000 - discriminado pelo próprio autuado na Nota Fiscal eletrônica n. 0028 – diz respeito a adubos e fertilizantes, cuja redução da base de cálculo, de fato, é de 30% nas saídas interestaduais.

Desse modo, sendo inquestionável que o autuado aplicou erroneamente a redução de 60% da base de cálculo quando o correto seria 30%, esta infração é subsistente.

Relativamente à infração 03, verifico que o autuado alega que o autuante não discrimina no Auto de infração quais foram os produtos/notas que tiveram as saídas não tributadas.

Constato que a alegação defensiva não procede, haja vista que as notas fiscais eletrônicas arroladas na autuação estão todas relacionadas na planilha “Demonstrativo das Operações Tributadas Lançadas como Não Tributadas”, fls. 110/111 dos autos.

Verifica-se no referido demonstrativo as colunas “Produtos”; “Nº da Nota Fiscal Eletrônica”; “Data da Emissão”; “Chave de Acesso”; “Base de Cálculo”; e demais dados que discriminam individualmente em que consiste a autuação.

Além disso, a cópia do livro Registro de Saídas do contribuinte, fls. 77 a 109 dos autos, identifica claramente os lançamentos das Notas Fiscais eletrônicas relacionadas na referida planilha.

Assim sendo, este item da autuação é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

Protocolizado recurso voluntário tempestivo, fls. 167/168, o contribuinte retorna aos autos para insurgir-se contra a decisão emanada da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, reiterando todos os termos da sua defesa, como segue:

Que a requerente foi autuada sob a alegação de: Infração 01) deixar de efetuar estorno relativo a entrada de mercadorias com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção; Infração 02) Recolher a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas

(redução de 30% para 60%); Infração 03) Deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, infringindo assim dispositivos da Lei 7.014/96 e o RICMS/BA.

Que o Art. 264 XVIII “d” do RICMS/BA permite a manutenção do crédito do ICMS das entradas de produtos agropecuários para as saídas internas, (Infração 01-01.05.01).

Que não efetuou saídas de produtos com redução de 60% quando o devido seria 30% haja visto que não comercializa produtos listados no item III, da cláusula segunda do Conv. 100/97. (Infração 02-03.02.05)

Que o agente não discrimina no auto de infração, quais foram os produtos/notas que tiveram as saídas não tributadas pela requerente. (Infração 03-02.01.03),

Diante do exposto, considerando que o próprio RICMS/BA em seu Art. 264 XVIII “d” permite a manutenção do crédito das entradas referentes às saídas isentas, considerando que não comercializa produtos constantes do item III da cláusula segunda do Conv. 100/97, considerando que o agente fiscal não relaciona quais produtos/notas tiveram a saída sem a respectiva tributação, considerando que os ilustríssimos julgadores não levaram em consideração as alegações da defesa, REQUER seja REFORMADA a decisão de primeira instância para considerar IMPROCEDENTE auto de infração n. 206915.0011/14-6 procedendo com sua anulação, por ser de justiça.

Em razão do valor do Auto de Infração, por determinação regulamentar, não há nos autos manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0082-01/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações de haver o contribuinte deixado de efetuar estorno relativo a entrada de mercadorias com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção; de ter recolhido a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; e de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A peça recursal, em verdade, é a peça de defesa apresentada no sentido de contrariar as acusações fiscais do Auto de Infração, entendido que a sua conduta, em que pese tida como infracional, estaria alinhada ao regramento do ICMS no que pertine aos créditos glosados, bem como não teria efetuado saídas de mercadorias listadas no item III, da cláusula 2ª, do Convênio nº 100/97, além do fato de que o Autuante não teria discriminado quais “*produtos/notas*” teriam sido objeto de saídas não tributadas.

Por primeiro, há que se analisar a suscitada nulidade da infração 3, sob a alegação de que o Autuante não teria discriminado quais “*produtos/notas*” teriam sido objeto de saídas não tributadas. Quanto a este ponto, vejo que não merece acolhida a tese recursal, pois, conforme apontado pelo julgador de piso, as notas fiscais eletrônicas que deram azo à autuação estão listadas na planilha de fls. 110/111 dos autos, denominada “*Demonstrativo das Operações Tributadas Lançadas como Não Tributadas*”.

Isto posto, verificada a improcedência da alegação recursal, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, em que pese as alegações da Recorrente, entendo que não há que se fazer qualquer reparo à decisão recorrida.

Para o primeiro dos pontos suscitados pela Recorrente, atinente a sua conduta supostamente alinhada à legislação, vejo que o Sujeito Passivo, que tem como atividade econômica principal o comércio atacadista de defensivos agrícolas, adubos, fertilizantes e corretivos do solo, em verdade pretende fundamentar a sua conduta no art. 264, XVIII, “d”, do RICMS, cuja dicção transcrita no voto da decisão recorrida, faz referência a estabelecimentos agropecuários. Ocorre que não se pode confundir estabelecimento que comercializa produtos agropecuários com

estabelecimentos agropecuários, pois, se assim fosse feito, estar-se-ia confundindo estabelecimento de produção agropecuária – setor primário -, com estabelecimento comercial, o que não se admite por questões óbvias e porque se fosse essa a intenção do legislador, por certo, teria feito expressa menção nesse sentido, permitindo a interpretação dada pelo Sujeito Passivo.

Assim entendido, caracterizado que a Recorrente não é estabelecimento agropecuário, o exame da matéria impõe a aplicação do art. 310, II, do mesmo diploma, que diz que *“É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita: para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior”*.

Quanto à tese de que não teria efetuado saídas de mercadorias listadas no item III, da cláusula 2ª, do Convênio nº 100/97, entendido que é negada a saídas de fertilizantes com aplicação da redução de 60% da base de cálculo, melhor sorte não tem a Recorrente. O fato é que das notas fiscais relacionadas pelo Autuante, fls. 74/76, há a clara referência de que os produtos ali descritos são fertilizantes, o que à luz do que determina o Convênio ICMS 100/97, teria redução da base de cálculo da ordem de 30% e não de 60% como feito pelo Sujeito Passivo, fato que afasta qualquer possibilidade de reforma da decisão recorrida quanto a este ponto.

Em assim sendo, entendendo que as idênticas razões de defesa e também recursais são incapazes de elidir a acusação fiscal, NEGOU ACOHIMENTO à preliminar suscitada, bem como NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **206915.0011/14-6, P & S PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado a recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.635,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS